

# REVISTA

## da Ordem dos Advogados

---

### Artigos doutrinais

Mário Raposo: "*PROBLEMAS RELACIONADOS COM O ARRESTO DE NAVIOS*".  
Pág. 5

José Oliveira Ascensão: "*INTERVENÇÕES NO GENOMA HUMANO. VALIDADE ÉTICO-JURÍDICA*". Pág. 25

Paulo de Pitta e Cunha: "*O ALARGAMENTO DA UNIÃO EUROPEIA E A REFORMA INSTITUCIONAL — O TRATADO DE NICE*". Pág. 51

António Menezes Cordeiro: "*CONVENÇÕES COLECTIVAS DE TRABALHO E DIREITO TRANSITÓRIO: COM EXEMPLO NO REGIME DA REFORMA NO SECTOR BANCÁRIO*". Pág. 63

Luís Alberto de Carvalho Fernandes: "*A NOVA DISCIPLINA DAS INVALIDADES DOS DIREITOS INDUSTRIAIS*". Pág. 95

Luís de Lima Pinheiro: "*DIREITO APLICÁVEL AO MÉRITO DA CAUSA NA ARBITRAGEM TRANSNACIONAL*". Pág. 157

Paula Costa e Silva: "*A ARBITRABILIDADE DE MEDIDAS CAUTELARES*". Pág. 211

José António Veloso: "*ASPECTOS INOVADORES DO PROJECTO DE REGULAMENTO DA AUTORIDADE DE CONCORRÊNCIA*". Pág. 237

Pedro Sousa e Silva: "*A PATENTEABILIDADE DOS MÉTODOS COMERCIAIS*".  
Pág. 313

Jorge Patrício Paúl: "*BREVE ANÁLISE DO REGIME DA CONCORRÊNCIA DESLEAL NO NOVO CÓDIGO DA PROPRIEDADE INDUSTRIAL*". Pág. 329

Alexandre Soveral Martins: "*SUSPENSÃO DE DELIBERAÇÕES SOCIAIS DE SOCIEDADES COMERCIAIS: ALGUNS PROBLEMAS*". Pág. 345

Mendonça Correia: "*O MATRIMÓNIO CANÓNICO-CONCORDATÁRIO EM PORTUGAL*". Pág. 375

# REVISTA

## da Ordem dos Advogados (\*)

### DIRECÇÃO

*Director*

Dr. Alberto Luís

*Director Adjunto*

Prof. Doutor António Menezes Cordeiro

*Sub-Directores*

Dr. João Correia

D.<sup>ra</sup> Leonor Chastre

D.<sup>ra</sup> Carla Morgado

### COMISSÃO DE REDACÇÃO

*Comissão de Legislação*

Presidente da Comissão de Legislação, Bastonário Júlio de Castro Caldas

Presidentes das Secções da Comissão de Legislação

*Comissão Científica*

Dr. Fernão Fernandes Thomaz	Prof. Doutor Diogo Leite de Campos
Prof. Doutor José Oliveira Ascensão	Prof. Doutor Fausto de Quadros
Prof. Doutor José Sérvulo Correia	Prof. Doutor Paulo de Pitta e Cunha
Dr. José Osvaldo Gomes	
Dr. Rui Chancelle de Machete	
Prof. Doutor Miguel Teixeira de Sousa	
Bastonário Mário Raposo	
Dr. Carlos Olavo	

*Secretária*

D.<sup>ra</sup> Isabel Cambezes

Propriedade da Ordem dos Advogados

Edição do Centro Editor Livreiro da Ordem dos Advogados

*Redacção e Administração:*

Largo de S. Domingos, 14-1.º — 1169-060 Lisboa — Portugal

Composição e impressão: *Tipografia Guerra* — Viseu

Depósito legal: 124011/98

Tiragem 12 500 exemplares

## REVISTA DA ORDEM DOS ADVOGADOS

# REVISTA

## da Ordem dos Advogados (\*)

### DIRECÇÃO

*Director*

Dr. Alberto Luís

*Director Adjunto*

Prof. Doutor António Menezes Cordeiro

*Sub-Directores*

Dr. João Correia

D.<sup>na</sup> Leonor Chastre

D.<sup>na</sup> Carla Morgado

### COMISSÃO DE REDACÇÃO

*Comissão de Legislação*

Presidente da Comissão de Legislação, Bastonário Júlio de Castro Caldas

Presidentes das Secções da Comissão de Legislação

*Comissão Científica*

Dr. Fernão Fernandes Thomaz      Prof. Doutor Diogo Leite de Campos  
Prof. Doutor José Oliveira Ascensão      Prof. Doutor Fausto de Quadros  
Prof. Doutor José Sérvulo Correia      Prof. Doutor Paulo de Pitta e Cunha  
Dr. José Osvaldo Gomes  
Dr. Rui Chancerelle de Machete  
Prof. Doutor Miguel Teixeira de Sousa  
Bastonário Mário Raposo  
Dr. Carlos Olavo

*Secretária*

Dr.<sup>a</sup> Isabel Cambezes

Propriedade da Ordem dos Advogados

Edição do Centro Editor Livreiro da Ordem dos Advogados

*Redacção e Administração:*

Largo de S. Domingos, 14-1.º — 1169-060 Lisboa — Portugal

Composição e impressão: *Tipografia Guerra — Viseu*

Depósito legal: 124011/98

Tiragem: 12 500 exemplares



# REVISTA

da Ordem dos Advogados

ANO 63  
2 0 0 3



---

LISBOA

## PROBLEMAS RELACIONADOS COM O ARRESTO DE NAVIOS

*Pelo Bastonário Mário Raposo*

### 1. UMA PRIMEIRA QUESTÃO

1. Dispõe o art. 9.º do Decreto-Lei 201/98, de 10 de Julho, sob a epígrafe “Arresto e penhora de navios e mercadorias”:

“1. O navio pode ser arrestado ou penhorado mesmo que se encontre despachado para viagem.

2. O disposto no numero anterior é aplicável aos géneros ou mercadorias carregados em navio que se achar nas circunstâncias previstas no número anterior”

Isto não obstante no art. 1.º do diploma, que dá a noção de navio, se dizer:

“1. Para efeitos do disposto no presente diploma, navio é o engenho flutuante destinado à navegação por água.

2. Fazem parte integrante do navio, além da máquina principal e das máquinas auxiliares, todos os aparelhos, aprestos, meios de salvação, acessórios e mais equipamentos existentes a bordo necessários à sua operacionalidade”.

Anunciara-se, aliás, no *preâmbulo* do diploma que nele se consagra “o princípio de que o arresto e a penhora de navio e MERCADORIAS podem ser efectuados mesmo que o navio já se

encontre despachado para viagem, PERFILHANDO-SE ASSIM A SOLUÇÃO DA CONVENÇÃO (...) SOBRE O ARRESTO DE NAVIOS DE MAR (...) DE 1952”.

... O que é frontalmente inexacto pois na *Convenção* não se prevê (como é óbvio) o arresto *de mercadorias*.

2. Dispunha o art. 491.º do Código Comercial (de 1888):

“O navio despachado para viagem não pode ser arrestado ou penhorado, a não ser por dívida contraída para o aprovisionamento dessa mesma viagem ou para caução de responsabilidade por abalroação.

§ único. O arresto ou a penhora sobre géneros ou mercadorias já carregadas em navio que se achar nas circunstâncias previstas neste artigo, não autoriza a sua descarga, senão nos termos em que o próprio teria ainda direito de a exigir, pagando o interessado o frete, as despesas de carga, descarga e dessarumação, e prestando caução ao valor da fazenda”

Este art. 491.º, que era susceptível de alguma maleabilidade exegética, já que permitia subentender que os géneros ou mercadorias arrestáveis eram os que pertencessem *ao armador*, foi, entretanto, revogado pelo aludido Decreto-Lei 201/98 (art. 33.º).

3. O art. 829.º do Código de Processo Civil reproduziu no essencial as soluções do art. 491.º (“o navio despachado para viagem não pode ser penhorado” — o que equivalia a dispor que também não poderia ser arrestado: art. 402.º do C.P.C.), com a inovação de que as mercadorias já carregadas em navio despachado para viagem não podem ser penhoradas (ou arrestadas), “salvo se pertencerem a um único carregador e o navio não transportar passageiros”.

No tocante ao art. 830.º o mesmo se passou (n.º 1: “ainda que o navio já esteja despachado para viagem, efectuada a penhora de mercadorias carregadas, pode ser autorizada a sua descarga se o credor satisfizer por inteiro o frete em dívida, as despesas de carga,

estiva, dessarrumação, sobredemora e descarga ou prestar caução para pagamento dessas despesas”) (1).

4. O quase inacreditável é que no Decreto-Lei 38/2003, de 8 de Março, respeitante ao novo regime da acção executiva, permanece intocado o art. 829.º do Código de Processo Civil. Quanto ao art. 830.º o mesmo se passa. E o certo é que o legislador não actuou por distração total, já que neste art. 830.º chegou mesmo a fazer uma alteração formal, reforçando uma posição contrária à doutrina, às legislações de todos os países, à Convenção de 1952 (ratificada por Portugal em 1957) e, *the last (“and”...) the least*, à esforçada explicação do único autor português que, ao que sabemos, se pronunciou sobre o assunto (2).

Ao actuar assim o Ministério da Justiça, em 2003, contradisse frontalmente o n.º 1 do art. 9.º do Decreto-Lei n.º 201/98, de 10 de Julho, *dele próprio emanado*.

Realmente, naquele n.º 1 do art. 9.º diz-se: “o navio pode ser arrestado ou penhorado mesmo que se encontre despachado para viagem”. No Código de Processo Civil (art. 829.º, n.º 1), antes e depois da reforma de 2003, declara-se que “o navio despachado para viagem não pode ser penhorado (e, portanto, arrestado)...”.

5. Aliás, todo o sistema é, nesta área, confuso e precipitadamente contraditório.

É sabido que, nos termos do n.º 1 do art. 3.º da Convenção de Bruxelas de 1952 sobre arresto de navios de mar, a providência pode ter lugar “ainda mesmo quando o navio arrestado se encontre despachado para viagem”.

---

(1) A Lei n.º 35/86, de 4 de Setembro (Tribunais Marítimos), não teria que tomar uma posição autónoma sobre o sistema substantivo e processual instituído. Limitou-se a estabelecer que “requerido arresto ou outro procedimento cautelar que tenha por objecto navio, embarcação, outro engenho flutuante ou respectivas cargas e bancas ou outros valores pertinentes ao navio, a secretaria passará logo guias para o pagamento do preparo inicial (...) — n.º 1 do art. 12.º.

(2) Mário Raposo, O NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL E O DIREITO MARÍTIMO, em *Estudos sobre o Novo Direito Marítimo*, Coimbra Editora, 1999, *maxime* pp. 118-120.

“Tem esta disposição como finalidade excluir a aplicação da norma do sinal contrário, ou seja, a que proíbe o arresto de um navio carregado e despachado para viagem, constante de alguns ordenamentos internos” (3).

A solução de impedir o arresto de navios despachados para viagem foi a que prevaleceu durante o século XIX e na 1.ª parte do século XX, na esteira do Código Comercial francês de 1808 (art. 215.º).

Poderá entender-se, e já se entendeu, que o exercício do direito ao arresto pode ser contraindicado por evidentes interesses prementes e relevantes. Neste sentido pronunciou-se a *Cour d'Appel* de Aix-en-Provence em 10.3.87 (4). O arresto servirá então para criar uma pressão excessiva e desproporcionada sobre o devedor. Mas a questão é altamente duvidosa e será quase impossível estabelecer a linha de demarcação entre o *uso* e o *abuso*. Há que reconhecer que o arresto é sempre um meio de pressão sobre o devedor (5).

## 2. O ARRESTO SOBRE A CARGA

6. É o arresto um meio de conservação da garantia patrimonial (arts. 619.º e segs do Código Civil). Efectiva-se através da

---

(3) Belém Mora Capitán, EL EMBARGO PREVENTIVO DE BUQUES, *Bosch* ed., Barcelona, 2000, p. 258. Curiosamente, no direito italiano, a al. d) do art. 645.º do *Código da Navegação* de 1942 nunca foi alterada. E assim não podem aí ser arrestados os navios “pronti a partire o in corso di navigazione”, o que talvez se deve ao facto de a Itália só ter ratificado a *Convenção* em 1979 (Mário Raposo, ob. cit., p. 119). Entretanto, embora as leis positivas não contemplem por via de regra a hipótese de o arresto recair num navio *in the course of navigation* parece que isso é de admitir (por ex. Francesco Berlingieri, ARREST OF SHIPS, 3.ª ed., L.L.P. ed., Londres, 2000, p. 140). É, entretanto, necessário que o navio se encontre nas águas territoriais do Estado da jurisdição do tribunal que decretar o arresto. A questão poderá, entretanto, ser controvertida, designadamente com base no art. 28.º, 2 e 3, da *Convenção do Direito do Mar* de 1982.

(4) Em *Le Droit Maritime français* (D.M.F.) 1988, pp. 545 e segs.

(5) Cécile Navarre-Laroche, LA SAISIE CONSERVATOIRE DES NAVIRES EN DROIT FRANÇAIS, *Moreux* ed., Paris, 2001, p. 317.

apreensão judicial de bens do devedor, quando haja justo (e justificado) receio de que este os inutilize ou venha a ocultar <sup>(6)</sup>.

Obviamente que será possível arrestar (ou penhorar) mercadorias carregadas num navio se for alegado que o proprietário dessas mercadorias é devedor do requerente do arresto.

O que de todo em todo será impensável é que o regime (internacional ou nacional) do arresto de navios de mar se possa aplicar às mercadorias nele carregadas.

Nenhuma dúvida poderá haver sobre a *não* unidade constitutiva ou *pertinencial* entre um navio e as coisas que nele são transportadas a partir de um contrato de transporte celebrado com o armador e não pertencentes, portanto, a este.

Já Ripert salientava, categoricamente:

“Quant à la saisie des marchandises, elle ne sera de nos jours pratiquée que par les créanciers des (chargeurs), l’armateur n’étant propriétaire des marchandises” <sup>(7)</sup>.

Em 24.5.1995 a *Cour d’Appel* de Ruão decidiu exactamente neste sentido. Manteve esta posição em 20.12.1995 <sup>(8)</sup>.

---

<sup>(6)</sup> Antunes Varela, DAS OBRIGAÇÕES EM GERAL, II, 4.<sup>a</sup> ed., Almedina, 1990, pp. 451-453.

<sup>(7)</sup> DROIT MARITIME, 4.<sup>a</sup> ed., 1.<sup>o</sup> vol., Rousseau ed., 1950, p. 795. Em nota, refere Ripert que certas legislações têm regras específicas sobre o arresto de mercadorias “pour les créanciers des chargeurs”. Este o caso da portuguesa. Prossegue Ripert: “Cette saisie des marchandises en cours de route offre un grand intérêt pour permettre la revendication en cas de faillite du destinataire. Le droit anglais consacre tout particulièrement le *right to stop in transit*” (cit. p. 795, em nota). Só que este direito tem uma natureza diversa da do arresto. Não é um direito *sobre o carregador nem sobre o armador*. É um direito do carregador (“the original shipper”) em caso de insolvência do destinatário. Não se trata da resolução do contrato, mas do “congelamento” das mercadorias “by the seller” (Payne & Ivamy’s, CARRIAGE OF GOODS BY SEA, 13.<sup>a</sup> ed., Butterworths ed., Londres, 1989, p. 125). Mas, fundamentalmente, o que o carregador pretende é evitar que o comprador (destinatário) não lhe possa pagar. Está-se em pleno domínio da compra e venda (*law of sale*).

<sup>(8)</sup> D.M.F., respectivamente, 1996, p. 717 e 1997, p. 20. Cfr. ainda Antoine Viard, LA SAISIE CONSERVATOIRE DES NAVIRES AFFRETÉS, na cit. D.M.F., 1994, pp. 305 e segs., *maxime* p. 313.

Noutro plano, e aqui compreensivelmente, a *Cour de Cassation*, em 13.1.1998, julgou que as regras do arresto de navios serão de aplicar aos combustíveis (“soutes”), porque qualificados como “elementos do navio”, o que não acontece com a carga.

O que, insistimos, está completamente fora de causa é a integração do arresto da carga nas regras específicas do direito marítimo<sup>(9)</sup>. Do mesmo modo não serão arrestáveis em conformidade com o Direito Marítimo os destroços dos navios (*épaves, relitti*), não susceptíveis de navegar<sup>(10)</sup>.

7. A finalidade natural do arresto é a de impedir a saída do navio ou a sua deslocação ulterior. O credor “met le navire à la chaîne”. Mas o navio poderá ser vendido ou hipotecado. E até poderia ser dado de fretamento, embora tal não resultasse economicamente viável.

Viegas Calçada, que foi um notável maritimista, compreendeu bem a distinção que haveria que estabelecer entre arresto *de navio* e arresto *da carga*. Estava-se então em 1932.

Dizia ele que o Código Comercial “permite o arresto ou penhora sobre géneros ou mercadorias já carregadas em navio *despachado para viagem*” (o que não acontecia quando se tratasse do arresto do próprio navio). Só que “estes actos não têm como consequência o embaraço do navio”.

<sup>(9)</sup> Martine Remond-Gouilloud, DROIT MARITIME, 2.<sup>a</sup> ed., Pedone ed, 1993, pp. 179. “On aura garde (...) de confondre avec la saisie du navire la saisie de la cargaison. Cette dernière ne fait l’objet d’aucune disposition spéciale, sauf quant aux immunités reconnues aux cargaisons d’Etat (...). Pour le reste, elle relève du droit commun”.

<sup>(10)</sup> Quanto às *épaves* ou *relitti* cfr. Cécile Navarre-Laroche, ob. cit., p. 12 (que cita Pierre Bonassies e Emmanuel du Pontavice) e Lefebvre d’Ovidio — Pescatore — Leopoldo Tullio, MANUALE DE DIRITTO DELLA NAVIGAZIONE, 9.<sup>a</sup> ed., Giuffrè ed, 2000, p. 261. Para Lefebvre d’Ovidio — Pescatore e Tullio não são arrestáveis, em termos de Direito Marítimo, os navios que, embora podendo navegar, estão afectados a uma instalação fixa (restaurante ou hotel, por ex.). Berlingieri (ARREST OF SHIPS, 3.<sup>a</sup> ed., cit., p. 15) entende, no entanto, que são susceptíveis de arresto *marítimo* “drilling platforms, storage tanks, floating factories, floating dry-docks, floating hotels, barges and dredges”. O que relevará é o *registro* da embarcação como tal. Dai que mesmo uma *épave* possa ser arrestada em termos de D.M. se ainda continuar *registada* como navio. Frontalmente contra era Emmanuel du Pontavice, LE STATUT DES NAVIRES, Litec ed, Paris, 1976, pp. 11 e segs. Cfr. ainda René Rodière, DROIT MARITIME. LE NAVIRE, ed. Dalloz, Paris, 1980, p. 255.

E prosseguia: “quando muito pode acontecer que a carga arrestada tenha de ser descarregada, se o dono dela ainda tiver direito a exigir essa descarga, pagando no entanto o frete, as despesas de carga, descarga e arrumação, prestando além disso caução ao valor da fazenda arrestada”.

Falava Viegas Calçada em “credores da carga”. E interrogava: “Quais as dívidas que podem determinar o arresto ou penhora na carga do navio? Serão todas e quaisquer dívidas contra os donos das mercadorias carregadas, ou serão apenas as dívidas respeitantes a essas mercadorias?”. A resposta estava no primeiro termo da interrogação. Podiam ser arrestadas todas as dívidas.

A solução proposta por Viegas Calçada era inteiramente comportável pelo art. 491.º do Código Comercial:

- no corpo do artigo trata-se da hipótese do arresto ou penhora de navio despachado para viagem (como regra não admissível);
- No § único trata-se do arresto ou penhora de mercadorias em navio já despachado para viagem (admissível como regra).

O arresto de mercadorias não permitiria entretanto a sua descarga, a não ser nos termos em que o próprio carregador teria ainda direito a exigi-la (11).

8. Foi publicado, entretanto, o aludido Decreto-Lei 201/98, cujo art. 9.º, depois de conter, a coberto de uma epígrafe que mistura duas realidades completamente distintas (o arresto de navios e o arresto de mercadorias), inclui um n.º 1 mais ou menos inofensivo e um n.º 2 que, se tomado ao pé da letra (e intuída a intenção do “legislador”), ostenta a apontada enormidade de equiparar o arresto do navio ao arresto de mercadorias. Passamos assim a possuir, neste aspecto, um sistema legal que não existe em mais nenhuma parte do mundo civilizado (o que significará, mais ou menos, no resto do mundo).

---

(11) Viegas Calçada, DAS CAUÇÕES MARÍTIMAS, 1932, Lisboa, p. 111.



Isto depois de no art. 1.º, n.º 1, do diploma se ter dito que “para efeitos do presente diploma, navio é o engenho flutuante destinado à navegação por água” e do n.º 2 do mesmo preceito se ter explicitado que “fazem parte integrante do navio, além da máquina principal e das máquinas auxiliares, todos os aparelhos, aprestos, meios de salvação, acessórios e mais equipamentos existentes a bordo necessários à sua operacionalidade”.

No tocante à supressão, pelo Decreto-Lei n.º 38/2003, de 8 de Março, do n.º 3 do Código de Processo Civil, é de dizer que, deixando incólumes os defeitos do sistema global, pôs termo a uma hipótese que não deixaria de ter alguma razão de ser, ao admitir que mesmo em navio já despachado para viagem as mercadorias nele carregadas pudessem ser penhoradas (ou arrestadas) se todas elas pertencessem a um *único* carregador e o navio *não transportasse passageiros*.

O navio estaria, então, como que “ao serviço” desse carregador e não haveria desvantagem de maior na interrupção da viagem <sup>(12)</sup>. Isto, claro está, se o requerente do arresto fosse credor do dono da carga e adoptadas que fossem as regras de direito comum.

Isto até porque nos termos do n.º 1 do art. 830.º do mesmo Código a descarga da mercadoria poderia ser autorizada se o credor satisfizesse por inteiro o frete em dívida e as despesas de carga, estiva, desarrumação, sobredemora e descarga (ou prestasse caução).

9. Como é óbvio, o estranho regime português só vale à *inteira margem da Convenção de 1952* e da que lhe sucedeu, ou seja, a de 1999.

---

(12) É de depreender do art. 491.º do Código Comercial (revogado pelo Decreto-Lei n.º 201/98) que em navio não despachado para viagem o arresto da carga tem consequências análogas às que teria se estivesse em qualquer outro local. Em navio despachado para viagem, o arresto da carga pode ser feito, mesmo depois de publicada a apontada legislação de 1998 e de 2003. O requerente do arresto poderá pedir autorização para a descarregar, nos termos do n.º 1 do actual art. 830.º do Código de Processo Civil. A quem cabe dar essa autorização? Supomos que ao Juiz do Tribunal Marítimo. Martine Remond-Gouilloud (ob. cit., p. 179) entende que o capitão, para evitar a imobilização do navio em decorrência do arresto da carga, poderá fazê-la descarregar e consigná-la em depósito.

### 3. QUANDO SE APLICA A CONVENÇÃO DE 1952

10. Diz o art. 8.º da Convenção de 1952:

“1. As disposições da presente Convenção são aplicáveis em qualquer dos Estados Contratantes a todo o navio que arvore a bandeira de um Estado Contratante.

2. Um navio que arvore a bandeira de um Estado não Contratante pode ser arrestado num Estado Contratante, em virtude de um dos créditos enumerados no art. 1.º ou de qualquer outro crédito que autorize o arresto segundo a lei desse Estado.

3. Todavia, qualquer Estado Contratante pode recusar todas ou parte das vantagens da presente Convenção a qualquer Estado não contratante ou a qualquer pessoa que à data do arresto não tenha a sua residência habitual ou o seu principal estabelecimento num Estado Contratante.

4.....  
5.....”.

Subjacente a este preceito está a consideração da lei da bandeira, sendo irrelevante a nacionalidade do proprietário do navio, ou a do seu estabelecimento principal ou domicílio. A lei da bandeira é, naturalmente, a lei do registo. Mas podem surgir aí problemas, embora não frequentes <sup>(13)</sup>.

No tocante ao n.º 2, surgiram dúvidas de entendimento, resultantes da versão francesa, quando na parte final do preceito fala em “cet État”. No que foi seguida pela versão (oficiosa) portuguesa (“nesse Estado”). Este Estado será o Estado *não contratante* ou o *forum arresti*?

A versão (oficial) inglesa do preceito esbata a maior dúvida ao referir expressamente “the law of the Convention State”. Ou

(13) Belén Mora Capitán, ob. cit., p. 69. De qualquer modo, com sublinha F. Berlingieri (ARREST OF SHIPS cit, p. 16), “the scope of application of the Convention is established on the basis of the flag of the ship”. “The flag is the symbol of the nationality”. E “the nationality of a ship is that of the State in whose register of ships the ship is entered”. Certo é que o navio pode ter um registo duplo (“dual registration”). Mas essa e outras são situações a encarar caso por caso.

seja, não se aplicará, pura e simplesmente, a Convenção se o crédito não constar da *closed list* do art. 1.º.

Quanto ao n.º 3 quem poderá recusar a aplicação da Convenção a qualquer Estado não contratante ?

O Juiz da causa onde a questão se suscitar? Sustenta Cécile Navarre-Laroche que essa recusa pertence a quem detiver competência legislativa. Mas, a ser assim, em que momento poderá tal competência ser exercida?

Sendo certo que tal recusa não figura entre as reservas que podem ser apostas à Convenção quando da ratificação ou da adesão a esta ter-se-á que concluir que o poderá ser em qualquer acto legislativo posterior ao ingresso na Convenção (14).

Aliás, o art. 8.º, n.º 2, da Convenção é fonte de diversos entendimentos. Por exemplo, a *Corte di Cassazione* italiana, em 25.5.1993, decidiu que o credor de um navio de um Estado não contratante podia requerer o arresto com base num dos créditos do art. 1.º da Convenção. Só os demais preceitos desta não seriam aplicáveis pelo tribunal do Estado contratante (15).

11. Dispõe o n.º 4 deste art. 8.º que “nenhuma disposição da presente Convenção modificará ou afectará a lei interna dos Estados Contratantes no respeitante ao arresto de um navio na jurisdição do Estado cuja bandeira ele arvora, por pessoa com residência habitual ou principal estabelecimento nesse Estado”.

Significa isto que o regime da Convenção não se aplica ao arresto em Portugal de um navio português por um residente português (16).

Ou seja, a Convenção apenas se aplicará quando um dos três elementos (local do arresto, bandeira do navio a arrestar e

---

(14) Ob. cit., p. 32. No mesmo sentido, Antoine Vialard, LA SAISIE CONSERVATOIRE DU NAVIRE POUR DETTES DE L’AFFRÉTEUR À TEMPS, em D.M.F., 1985, p. 582. Entretanto, Antoine Vialard parece ter alterado a sua primitiva posição, atribuindo agora ao Juiz competência para a recusa.

(15) Cfr. Maurizio Orione, BREVE RASSEGNA DI ORIENTAMENTI GIURISPRUDENZIALE SUL ALCUNI ASPETTI DEL SEQUESTRO CONSERVATIVO, em *Il Diritto Marittimo*, 1995, pp. 1076-1086.

(16) Antoine Vialard, DROIT MARITIME, ed. Puf, Paris, 1997, p. 315.

requerente do arresto) for estranho ao Estado onde tem lugar o arresto (17).

#### 4. APLICAÇÃO DA CONVENÇÃO

12. Nos termos da *Convenção* para que um navio possa ser arrestado bastará *alegar* a existência de um dos créditos constantes da lista exaustiva, e de aplicação restritiva, do seu art. 1.º, n.º 1. Não há que justificar o receio de perda da garantia patrimonial.

Os acórdãos do S.T.J. e da Relação de Lisboa respectivamente de 21.5.1996 (*Colectânea-S.T.J.*, ano IV, II, p. 84) e de 19.3.1998 (*Colectânea* — ano XXIII, II, p. 96) decidiram, qualquer deles, que há apenas que *alegar* e que *provar* o correspondente crédito marítimo.

Segundo a doutrina e a jurisprudência internacionalmente prevalectentes bastará a mera *alegação*, não tendo que ser feita a *prova* do crédito.

É assim em Espanha, na Holanda, em Itália e na Bélgica, sem sombra de dissonância (18).

Em França, não obstante o peso da generalidade das vozes mais autorizadas no sentido de ser suficiente a *alegação* de um crédito (E. du Pontavice, Rodière, Villeneau, Vialard, etc.), uma ou outra *Cour d'Appel* ainda adopta posições não concordantes. Assim a de Poitiers (em 13.11.1985) ao exigir a prova de que o crédito marítimo tinha um carácter *sério* e *certo*. A *Cour de Cassation*, em 26.5.1987 (D.M.F., 1987, p. 645) rectificou o erro. Propendeu para o exacto sentido a *Cour d'Appel d'Aix-en-Provence*

---

(17) Não se atribui relevo à residência habitual ou principal do arrestado. A razão de ser deste "desinteresse" resulta de o arresto ter como o alvo o próprio navio. É, de certo modo, uma *actio in rem*, por efeito da forte influência do direito inglês na estrutura da Convenção. Cfr. Cécile Navarre-Laroche, ob. cit., p. 34.

(18) Relativamente à Bélgica, por exemplo, cfr. Léo Delwaide, SAISIE CONSERVATOIRE DES NAVIRES DE MER EN BELGIQUE, em D.M.F., 1984, p. 249. A alegação de um crédito marítimo contido na listagem do art. 1.º, n.º 1, da Convenção é suficiente. Mas a alegação de um crédito *inverosímil* ("invraisemblable") não é aceitar. Cfr. ainda do mesmo autor CHRONIQUE DE DROIT MARITIME BELGE (III — 1983/88), também em D.M.F., 1990, maxime p. 123.

em 24.9.1992, mas já divergiu a *Cour d'Appel* de Ruão em 2.4.1992 (19).

13. Face à lista do n.º 1 do art. 1.º da Convenção tem sido entendido não serem créditos marítimos os resultantes de prémios de seguros e de encargos de corretagem (20).

As omissões foram corrigidas na Convenção de 1999 (alíneas *q*) e *r*) do n.º 1 do art. 1.º).

De qualquer modo, créditos marítimos há cujo enquadramento na listagem taxativa e de interpretação restritiva do n.º 1 do art. 1.º da Convenção de 1952 é duvidoso. Subsiste sempre, com efeito, uma certa margem de interpretação, caso a caso.

Assim, e como exemplo, a *Cour d'Appel* de Ruão decidiu, em 27.4.1990, que se enquadrava no âmbito da “closed list” da Convenção o arresto de um navio com base nas operações de descarga do mesmo navio, por se tratar de um desembolso do capitão por conta do navio (alínea *n*) do n.º 1 do art. 1.º) (21).

E a locação de um conjunto de contentores por um armador para a exploração da sua frota de navios porta-contentores? Entende a Câmara dos Lordes que sim se a locação for feita para a utilização de contentores destinados a ser carregados precisamente no navio que o locador do contentor pretende arrestar (22). Entretanto um tribunal de Roterdão autorizou o arresto de todos os contentores locados destinados à exploração dos navios do armador, sem precisar quais (23).

---

(19) Cfr., com anotação de Yves Tassel, em D.M.F., 1993, p. 245 e Pierre Bonasies, D.M.F., 1994, p. 84.

(20) Em contrapartida, Rodière cita uma decisão de um tribunal belga considerando como crédito marítimo o fornecimento de uma quantidade normal de cigarros para a tripulação, só deixando de o ser se a quantidade for anormal (DROIT MARITIME, LE NAVIRE cit, p. 248, em nota).

(21) D.M.F., 1992, p. 362.

(22) *Lloyd's Law Report*, 1998, p. 193.

(23) Taco Van der Valk, CLAIMS FOR CONTAINER HIRE RECOVERABLE IN THE NETHERLANDS, na mesma *LLR* de 6.9.1995.

## 5. QUE NAVIOS PODEM SER ARRESTADOS?

### 14. Dispõe o art. 3.º da Convenção:

“1. (...) qualquer autor pode fazer arrestar, tanto o navio a que o crédito se reporta, como qualquer outro pertencente àquele que na data da constituição do crédito marítimo era proprietário do navio a que este crédito se refere (excepto nos casos previstos nas alíneas *o*), *p*) ou *q*) do n.º 1 do art. 1.º, ou seja, em casos relativos a questões de propriedade ou a hipotecas sobre o navio, pois então apenas pode ser arrestado o navio a que respeita a reclamação).

2. Reputar-se-á terem o mesmo proprietário os navios cujas quotas-partes pertençam, em propriedade, à mesma ou mesmas pessoas.

3. ....

4. No caso de fretamento de navio, com transferência de gestão náutica, quando só o afretador responder por um crédito marítimo relativo a esse navio, o autor poderá fazer arrestar o mesmo navio ou outro pertencente ao afretador, com observância das disposições da presente Convenção, mas nenhum outro navio pertencente ao proprietário poderá ser arrestado por tal crédito marítimo. A precedente alínea aplica-se igualmente a todos os casos em que pessoa diversa do proprietário é devedora de um crédito marítimo”.

15. É o n.º 1 do preceito de fácil entendimento. Como regra, pode ser arrestado não apenas o navio a que o crédito se reporta (*offending ship*) como qualquer outro do mesmo proprietário. Exceptuam-se os casos previstos nas alíneas *o*), *p*) e *q*) daquele n.º 1. Isto é: quando estiver em causa uma questão relacionada com a propriedade ou com a sua compropriedade ou, ainda, com uma garantia hipotecária (ou *mortgage*). Nestas três hipóteses-tipo poderá apenas ser arrestado o navio a que tais questões disserem respeito.

16. Permite o n.º 4 do mesmo art. 3.º o arresto de um navio com base num crédito a que deu causa pessoa diferente do seu pro-

prietário. Assim, no caso de uma dívida contraída por um afretador para a qual tinha sido transferida a gestão náutica (24).

Em decorrência directa do regime previsto no Decreto-Lei 191/87, de 29 de Abril, apenas o fretamento em casco nu estaria abrangido por aquele n.º 4 do art. 3.º o que seria contrário ao espírito do preceito. Só que uma interpretação rígida e restritiva está hoje praticamente abandonada, como já acentuava Emmanuel du Pontavice (25).

Neste sentido, diz Francesco Berlingieri que o arresto poderá recair sobre um navio em relação ao qual tenha sido contratado um fretamento em casco nu (*bareboat charter*), e mesmo em caso de *time charter* “and, even if in a more limited number of cases, against a voyage charter” (26).

17. A 2.ª parte do n.º 4 do art. 3.º suscita outro problema largamente controvertido. O crédito marítimo que permita o arresto deverá ser um crédito privilegiado, ou poderá ser um crédito “comum”?

Parece de reconhecer um direito de arresto incondicionado, sem qualquer dependência do carácter privilegiado do crédito. E neste sentido são de apontar numerosas decisões judiciais francesas e italianas recentes (sobretudo da 2.ª metade dos anos 90) (27).

(24) Cfr. mais detalhadas considerações em Antoine Vialard, LA SAISIE DES NAVIRES POUR DETTES DE L’AFFRÉTEUR À TEMPS, em D.M.F., 1985, p. 579 e cit. est. de 1994.

(25) LE STATUT DES NAVIRES cit., p. 352. “Le créancier d’un affréteur à temps peut saisir le navire”. Du Pontavice suscita, entretanto, o problema inverso: em caso de fretamento “with demise of the ship” os credores do fretador podem requerer arresto sobre o navio que ele, fretador, deu de fretamento? A resposta parece estar na *origem* da dívida: será afirmativa se ela tiver sido contraída com referência (“em proveito”, *hoc sensu*) do navio arrestado.

(26) ARREST OF SHIPS, 3.ª ed. cit., p. 131. Mas o navio sobre que recaia o arresto será apenas o que deu causa ao crédito, e nenhum outro do proprietário desse navio. O que poderá ser arrestado será outro navio pertencente ao afretador.

(27) Cfr., no entanto, Berlingieri, ANCORA SUL SEQUESTRO DI NAVE NON APPARTENENTE AL DEBITORE, em *Il Diritto Marittimo*, 1999, pp. 439 e segs. O estudo constitui a anotação à decisão do Tribunal de Veneza de 5.6.1998, que, em síntese, estabelece: “o art. 3.º, n.º 4, da Convenção (...) deve ser interpretado à luz do art. 9.º e, por conseguinte, não pode ser consentido o arresto de um navio para garantia de um crédito sobre o *afretador a tempo* não dotado de privilégio”.

E, na realidade, parece que o art. 9.º da Convenção não conduz à doutrina que coloca no n.º 4 do art. 3.º o requisito da natureza privilegiada do crédito. Bem ao contrário (28).

18. Suscita o n.º 2 do art. 3.º (“reputar-se-á terem o mesmo proprietário os navios cujas quotas-partes pertençam, em propriedade, à mesma pessoa”), na sua linearidade formal, complexas dúvidas de exegese.

Surgiram estas, desde logo, com a proliferação das “single ship companies”, que correspondem a uma técnica jurídica que leva a constituir tantas sociedades distintas quantos os navios a armar e explorar. Em teoria, cada *Single Ship*, tendo património diverso do das outras, com elas não se poderá confundir. E pelas dívidas de cada um não poderão responder as demais.

Só que, tendo sobretudo em vista as frotas das grandes empresas de navegação, repartidas em *single ship companies* (o que em si mesmo não é uma prática ilegal (29)) a doutrina e a jurisprudência francesa levaram a um ponto extremo a transposição para o D.M. da *teoria da aparência*. Os “laços de parentesco” entre dois navios são, por vezes, extremamente frágeis. A “teoria” não se limita a permitir o arresto de um navio pertencente a uma “single ship” com base nas dívidas de um outro navio pertencente a uma “single ship” cujos sócios são diversos. É o caso, apontado por Antoine Vialard (30), de pelas dívidas de uma sociedade de gestão (*management*), que não é proprietária de nenhum navio, responderem os navios das *single ship companies* que ela gere.

A *Cour d’Appel* de Ruão em 6.1.1994 decidiu que o n.º 2 do art. 3.º se ajustava ao caso em que ocorria uma unidade financeira

---

(28) O certo porém é que continuam a surgir decisões em sentido oposto. Assim a do Tribunal de Ravena de 23.3.2000, em *Il Diritto Marittimo*, 2002, p. 1372. Mas, ao que se vê da anotação (não assinada) desta Revista sem fundamentação válida.

(29) Isabelle Corbier, *LA NOTION JURIDIQUE D’ARMATEUR*, ed. *Puf*, 1999, p. 115. Lembra Isabelle Corbier que na Grã-Bretanha se distingue tradicionalmente entre as sociedades proprietárias de navios que surgem como *registered owners*, as que são *true owners* e as que se poderão identificar como sendo as *beneficial owners*. Essencialmente, o que será de indagar é a concretização de uma *fraude* ou, pelo menos, de um *expediente enganatório* (pp. 131-132).



entre as sociedades proprietárias dos navios e a existência de administradores comuns <sup>(31)</sup>.

E a mesma *Cour d'Appel* entendeu, em 14.9.2000, que era válido o arresto quando entre as duas sociedades existe uma dependência financeira tão significativa que é de considerar que têm um só património.

No entanto, se a existência de um património *real* comum continua a ser aceite pela *Cour de Cassation*, a coincidência entre as administrações das sociedades, pelo menos em parte, não será suficiente <sup>(32)</sup>.

19. A jurisprudência inglesa é, pois, mais prudente e conservadora do que a francesa. Com base no n.º 21(4) do *Supreme Court Act* 1981, cuja finalidade foi, como salientou Lord Diplock, “to bring the right of arrest *in rem* in the English Courts” em consonância com a Convenção de 1952, podem ser arrestados os navios alienados simuladamente a outrem, embora mantendo o anterior proprietário. As doutrinas construídas com base na realidade “single ship companies” não prosperaram <sup>(33)</sup>.

20. No nosso País, além de qualquer outra perspectiva específica, são de considerar as sociedades coligadas, “expressão que num sentido muito amplo podemos equiparar à de grupos de sociedades” <sup>(34)</sup>.

---

<sup>(30)</sup> DROIT MARITIME cit., p. 317.

<sup>(31)</sup> D.M.F., 1994, p. 559, com anotação de Yves Tassel.

<sup>(32)</sup> *Cour de Cassation*, 3.1.1998, em D.M.F., 1999, p. 123. Em Espanha as decisões são, por vezes, contraditórias. Assim, a *Audiência Provincial de Barcelona* considerou, em 27.11.2001, que a circunstância de dois navios, registados em nome de diferentes proprietários, terem a mesma gestão, era insuficiente para justificar o arresto dos dois. Mas o mesmo Tribunal, em 16.5.2002, julgou que um navio pode ser arrestado por créditos relacionados com outro navio pertencente a uma diferente sociedade, quando as duas sociedades têm os mesmos presidentes e vice-presidentes e são geridos pela mesma administração (em *Il Diritto Marittimo*, 2003, p. 69).

<sup>(33)</sup> Berlingieri, SISTER SHIPS E NAVI “APPARENTÉS”, em *Il Diritto Marittimo*, 1998, pp. 315 e segs., *maxime* p. 332-335.

<sup>(34)</sup> Maria da Graça Trigo, GRUPOS DE SOCIEDADES, em *O Direito*, 1991, pp. 41 e segs. e António Pereira de Almeida, SOCIEDADES COMERCIAIS, 3.ª ed., 2003, pp. 439 e segs.

Como se sabe, face ao Código das Sociedades Comerciais de 1986, são três os *modelos* nele previstos: as sociedades em relação de participação, as sociedades em relação de participações recíprocas e as sociedades em relação de domínio. Em qualquer das hipóteses-tipo mantem-se a *autonomia jurídica* das diversas sociedades, permitindo-se uma direcção económica com independência jurídica. Como é óbvio, esta estrutura, com autonomia jurídica das sociedades componentes do *grupo*, não só proporciona vantagens de natureza fiscal, como sinergias de organização, como — e é isso que agora releva — *diversifica os riscos*.

## 6. O ARRESTO INJUSTIFICADO

21. Tem vindo a ocorrer como que uma “banalização” do arresto, como se este não correspondesse a uma providência *agressiva*, para mais decretada sem audiência da parte contrária. A imobilização do navio ou os encargos (cada vez mais onerosos) da prestação de caução por parte do arrestado serão, como o revela a realidade, de elevado montante.

E é patente que poderão advir, em caso de um arresto injustificado, indevidos prejuízos para o armador.

Desde logo, como já assinalava Ripert, “il peut être condamné à indemniser les chargeurs au cas de retard dans l’arrivée ou de non arrivée de la marchandise, car cette saisie n’est pas pour l’armateur un cas de force majeure”<sup>(35)</sup>.

Para além deste dano (que, como os demais, terá que ser alegado e provado, embora sumariamente) poderão existir outros.

Assim outros prejuízos económicos, como os directamente decorrentes da imobilização do navio. Tais prejuízos ascenderão

---

<sup>(35)</sup> Ob. cit., p. 804. Esta advertência de Ripert revela bem a sua posição — que é a geral — de que o arresto *marítimo* não pode incidir sobre a carga. É evidente que esta pode ser autonomamente arrestada nos termos gerais de direito civil e de direito *proces-sual civil*. Exceptuar-se-á deste regime, segundo Simon Baughen (SHIPPING LAW, Cavendish ed., Londres, 1998, p. 287), o crédito do salvador, que constitui um *maritime lien*, que poderá dar lugar ao arresto marítimo do navio, da carga e do frete (arts. 20.º, n.º 1, e 21.º, n.º 2, da Convenção de 1989 sobre Salvação). Entretanto, Berlingieri (ARREST OF SHIPS cit., p. 80) pronuncia-se pela negativa.

quase sempre a alguns milhares de dólares por dia, sobretudo se o navio já estiver armado e despachado para viagem <sup>(36)</sup>.

A pertinência da responsabilização do requerente do arresto pelo prejuízo não patrimonial tem sido apenas considerada quando afecta a reputação no mercado do armador. Mas não será então um prejuízo “quase-patrimonial”?

O beneficiário da indemnização tanto pode ser o proprietário como o afretador que detenha a gestão do navio, nos termos já anteriormente explicitados. Este direito está de modo concludente consagrado na Convenção de 1999, mas resulta já do sistema da Convenção de 1952, congregado com os princípios gerais de direito.

22. Dispõe, realmente, o art. 6.º da Convenção de 1952 que “todas as questões relativas à responsabilidade do autor, por prejuízos causados pelo arresto ou por despesas de caução ou de garantia, prestados para o levantar ou impedir, serão reguladas pela lei do Estado Contratante em cuja jurisdição o arresto for efectuado ou pedido”.

Ora estabelece o art. 621.º do Código Civil (port.) que “se o arresto for julgado injustificado ou caducar, o requerente é responsável pelos danos causados ao arrestado, quando não tenha agido com a prudência normal”. Como referimos já, essa responsabilização funciona como que o “boomerang” do arresto e contribuirá, decisivamente, para levar o arrestante a “pensar duas vezes” antes de requerer tão drástica providência.

Os tribunais competentes para estabelecer as regras substantivas e de processo quanto a um arresto decretado em Portugal são, nesta área (cit. art. 6.º da Convenção), os portugueses, isto é, os tribunais marítimos.

A competência para impor a prestação de uma caução ao requerente do arresto cabe ao juiz: “o requerente do arresto é obrigado a prestar caução, se esta lhe for exigida pelo tribunal” (art. 620.º do Código Civil).

---

<sup>(36)</sup> O armador, tendencialmente, terá de continuar a suportar os salários e encargos sociais da tripulação enquanto se mantiver o arresto. Cfr. Cécile Navarre-Laroche, LA SAISIE CONSERVATOIRE DES NAVIRES... cit., p. 217.

Parece, entretanto, evidente que, embora dificilmente o critério do tribunal seja sindicável, o tribunal tem um verdadeiro “direito-dever” de exigir uma caução ao requerente do arresto quando este não possua quaisquer bens em Portugal ou esteja domiciliado em países aos quais a justiça portuguesa dificilmente poderá aceder. Sabido como é que o arresto é sempre, directa ou indirectamente, uma forma de pressão sobre o arrestado o arresto poderá ser requerido, a coberto da extrema facilidade que a Convenção confere ao credor marítimo, como uma verdadeira “chantagem” em relação ao arrestado. E o requerente do arresto que não preste caução, goza da privilegiada situação da “dar e fugir”.

### 23. Como refere Castro Mendes (37):

“Normalmente só é causa de indemnização (e multa) a litigância de má fé, *dolosa*, como se vê do art. 456.º, n.º 20 (do Código de Processo Civil). Neste caso basta a actuação infundada por *negligência* para dar origem a indemnização”.

Concludente era a posição de Rodière:

“Un pareil système ne peut être valable que par la menace de lourdes indemnités em cas d’abus du droit de saisir (...) Si l’on exige pour la mainlevée une *caution solide*, IL FAUDRAIT COMMENCER PAR EN DEMANDER UNE AU DEMANDEUR DE SAISIE” (38).

E, realmente, na Conferência do CMI que teve lugar em Nápoles para a preparação de uma nova Convenção (a de 1999) algumas Associações Nacionais com peso no *shipping*, como designadamente as escandinavas, propuseram, insistentemente, que a futura Convenção contivesse um preceito *expresso* que impusesse ao tribunal condicionar o arresto à prévia prestação de uma garantia por possíveis danos (39).

(37) DIREITO PROCESSUAL CIVIL, lições de 1967-68, p. 91, em nota

(38) DROIT MARITIME. LE NAVIRE, cit. pp. 248-249.

(39) José Luís Gabaldón García, LA REVISIÓN DEL CONVENIO INTERNACIONAL SOBRE EMBARGO PREVENTIVO DE BUQUES, no *Anuário de Derecho Marítimo*, XIV, 1997, *maxime* p. 110.

O certo, no entanto, é que a Convenção de 1999, embora reforçando a necessidade de caução, não chegou ao ponto de a tornar obrigatória.

Entretanto, ao que informa Berlingieri <sup>(40)</sup>, em três da legislações escandinavas (Dinamarca, Finlândia e Suécia) há sempre que prestar caução. O mesmo acontece na Alemanha, Espanha e Nigéria. Na Bélgica, Croácia, França, Grécia, Itália e Noruega a obrigatoriedade de prestação de caução prévia é, como entre nós, deixada ao critério do tribunal.

No tocante ao fundamento da responsabilização, na Inglaterra, Bélgica e Itália há lugar a ressarcimento em caso de má fé ou negligência grave (“mala fides” ou “gross negligence”). Mas na Dinamarca, em Espanha e na Alemanha bastará que o arresto venha a ser julgado injustificado. Em França terá que se concluir que o arrestante procedeu com abuso de direito <sup>(41)</sup>.

24. No que toca a Portugal a jurisprudência tem-se revelado extremamente benévola e “facilitante” em relação ao requerente do arresto, pondo de lado as realidades actuais e, desde logo, um certo *passado* legislativo <sup>(42)</sup>.

---

<sup>(40)</sup> ARREST OF SHIPS cit., pp. 192 e segs.

<sup>(41)</sup> Berlingieri, id., id. Cfr., quanto ao direito espanhol, Gabaldón Garcia, ob. cit., p. 140.

<sup>(42)</sup> Alberto dos Reis, *CPC ANOTADO*, II, 3.ª ed., 1949, p. 29. “O arresto não poderá ser efectuado sem que o requerente assine termo da responsabilidade por perdas e danos, se afinal for julgado insubsistente a providência, por ter havido da sua parte, intencionalmente, ocultação da verdade ou asserção contrária a ela. Pode também o juiz, quando o entender conveniente, fazer depender o arresto da prestação de caução por parte do requerente” (art. 411.º do Cód. Proc. Civil de 1939).

# INTERVENÇÕES NO GENOMA HUMANO. VALIDADE ÉTICO-JURÍDICA

*Pelo Prof. Doutor José de Oliveira Ascensão*

## SUMÁRIO:

1. Sociedade de risco e manipulação genética; 2. Gene, intervenção genética, patente; 3. Fontes jurídicas; 4. Intervenções com carácter terapêutico em células somáticas; 5. Intervenções com carácter terapêutico em células germinais; 6. Intervenções para fins de melhoramento em células somáticas; 7. Intervenções em células reprodutivas; 8. Ética e "política das éticas"; 9. Intervenções para melhoramento em células germinais; 10. Personalidade e genoma; 11. O *status* jurídico da questão.

## 1. Sociedade de risco e manipulação genética

Vivemos hoje no que é qualificado como uma *sociedade de risco*. A organização tecnológica avançada e meticulosa da vida social coexiste com riscos espantosos que de todo o lado a ameaçam. A sociedade é ávida de segurança, mas está por muitas formas vulnerável. Disso temos por todos os lados manifestações: duas torres que desmoronam, o caos provocado pela interrupção no fornecimento de electricidade, o pânico provocado por um simples acidente rodoviário num túnel, o descontrolo nuclear...

Também se aponta, na origem de grandes riscos que ameaçam a sociedade, a biotecnologia <sup>(1)</sup>.

---

<sup>(1)</sup> Cfr., embora com objectivo apenas de descrição geral, Fernando Brônze, *Argumentação jurídica: o domínio do risco ou o risco dominado?*, no "Boletim da Faculdade

Por isso se desenvolvem dois movimentos paralelos e não contraditórios: por um lado, a corrida à inovação tecnológica, motor de autênticas revoluções que levam sempre mais longe a capacidade de domínio da natureza e de resolução de problemas sociais; por outro, o receio ou a inquietação perante os resultados anómalos que se configuram (ou pressentem, porque muitas vezes ocultos ainda). Como saldo, podemos dizer que os riscos aumentam sempre, mais celeremente que as soluções dos problemas. Ao contrário do *slogan*, a resposta aos problemas levantados pela técnica só com defeito tem sido dada pela técnica.

Isto levou a desenvolver um *princípio da precaução*, dirigido a controlar a evolução para evitar que se desemboque em consequências que sejam já irreparáveis. Ele é proclamado em todos os sectores de risco. E tem sido referido expressamente à biotecnologia, sempre que o ecossistema ou a saúde ou integridade humanas estejam em risco <sup>(2)</sup>.

Na realidade, há aqui apenas manifestação da virtude ou princípio clássico da *prudentia*, algo depreciado no mundo novo, mas que ressurge perante o avolumar dos riscos da própria existência individual e social.

O conhecimento do genoma humano, em particular, abre domínios maravilhosos de actuação, e cria simultaneamente grandes zonas críticas.

As possibilidades de intervenção, na terapia génica, na procriação, ou em muitas outras formas de actuação sobre a base biológica do ser humano, vão em crescimento contínuo.

Mas multiplicam-se os espaços problemáticos, na investigação e experimentação científica (por exemplo, na criação de mons-

---

de Direito" (Coimbra), LXXVI (2000), 13, que retoma (23-24) a enumeração de Ulrich Beck. Este fala da globalização dos perigos ligados às indústrias químicas e atómicas, à manipulação genética e assim por diante. Arthur Kaufmann desenvolve a matéria da Bioética (bem como a da Ecologia) justamente no capítulo sobre a sociedade do risco: *Rechtsphilosophie*, C. H. Beck, 1997, 301-328.

<sup>(2)</sup> Cfr. por exemplo J. P. Remédio Marques, *A comercialização de organismos geneticamente modificados e os direitos dos consumidores*, in "Estudos de Direito do Consumidor", n.º 1 (1999), Centro de Estudos de Direito do Consumo da Faculdade de Direito de Coimbra. 215; João Carlos Gonçalves Loureiro, *O direito à identidade genética do ser humano*, in *Studia Iuridica*, 40, Colloquia 2, Coimbra Editora, 1999, 350.

tros), no diagnóstico (incluindo o pré-natal), na determinação e alcance do consentimento a exigir, e em tantos outros sectores.

E esses problemas fazem-se sentir em todas as aplicações: policiais e criminais; no emprego e nos seguros; no aborto e na selecção dos embriões; na criação de bancos de dados genéticos; na adopção; na investigação de paternidade; e assim por diante <sup>(3)</sup>.

## 2. Gene, intervenção genética, patente

Só é nosso tema o que concerne à própria intervenção no genoma humano.

Estamos no tempo em que se anunciou ter-se chegado ao mapeamento completo do genoma humano.

Assistiu-se até a uma muito significativa corrida entre a indústria e a ciência, a primeira para conseguir o monopólio, a segunda pela liberdade. Segundo se revela ao observador não técnico, a ciência teria chegado primeiro, e a liberdade prevaleceu. O presidente Bush fez mesmo uma declaração pública, que aparentemente iria no sentido da liberdade do genoma humano. Mas isso não aplacou a voracidade da indústria.

Até há pouco, admitiam-se apenas patentes referentes a micro-organismos. Os Estados Unidos introduziram as patentes de genes. A Comunidade Europeia foi pressurosamente atrás, pagando o alto preço de ter de subverter as noções fundamentais de invenção e de descoberta <sup>(4)</sup>. Isto porque a descoberta dum gene é mesmo descoberta e não invenção.

A outorga de direitos exclusivos sobre genes, mediante patente de produto, cria por outro lado o risco de se levantarem barreiras à pesquisa e aplicação <sup>(5)</sup>.

---

<sup>(3)</sup> Cfr. por exemplo Luís Archer, *Questões éticas e sociais implicadas na análise do genoma humano*, na revista "Arte Médica Portuguesa"; Augusto Lopes Cardoso, *Da dimensão jurídica do intervenção genética*, in *Rev. da Ordem dos Advogados*, 61-1 (Jan. 2001), 485-6.

<sup>(4)</sup> Cfr. sobre esta problemática João Paulo Remédio Marques, *Patentes de Genes Humanos*, Coimbra Editora, 2001, 3.2.

<sup>(5)</sup> Cfr. Alberto Bercovitz, *La patentabilidad de los descubrimientos genéticos*, in "El Derecho ante el Proyecto Genoma Humano" (obra colectiva), vol. II, Fundación



Mas a Comunidade Europeia emitiu a Directriz n.º 98/44/CE, de 6 de Julho, relativa à protecção jurídica das invenções biotecnológicas, que consagra a patenteabilidade de sequências de genes, em termos indefinidos mas perigosos (art. 5/2).

Foi transposta para a ordem jurídica portuguesa pelo recente Código da Propriedade Industrial, aprovado pelo Dec.-Lei n.º 36/03, de 5 de Março. Utilizou na transposição o habitual método da fotocópia.

Mas ainda agravou a situação, uma vez que integra um art. 54/1 *a*, em que se admite a patenteabilidade de “uma substância ou composição compreendida no estado da técnica para a execução de um dos métodos citados no n.º 2 do artigo 52.º, com a condição de que a sua utilização, para qualquer método aí referido, não esteja compreendida no estado da técnica”.

Os métodos “citados” no n.º 2 do art. 52 são os métodos de tratamento cirúrgico ou terapêutico do corpo humano ou animal e os métodos de diagnóstico aplicados ao corpo humano ou animal. Mas já ai se diz que podem ser patenteados os produtos, substâncias ou composições utilizados em qualquer desses métodos. O art. 54/1 *a* vem assim, para este caso de métodos não patenteáveis (!), alargar a patenteabilidade às substâncias ou composições compreendidas no estado da técnica, desde que a sua utilização para aqueles métodos não esteja compreendida no estado da técnica. Calculam-se as dificuldades que trará esta previsão casuística, ainda por cima por referência a métodos que não podem ser patenteados.

Retomemos porém a questão do mapeamento do genoma humano. O facto de se afirmar terminado não impede que ainda falte muito no esclarecimento das funções dos genes.

Foi entretanto possível extrair da cadeia de ADN os trechos que contêm informação genética. Produzem-se *sondas* que permitem detectar genes da mesma natureza, nomeadamente para a localização do tipo de anomalias que se pesquisem.

E podem-se recombinar os elementos constituintes:

- suprimindo;
- modificando;
- substituindo;
- aditando;
- genes, e isto;
- quer em células somáticas quer germinais;
- quer para terapia quer para melhoramento.

Devemos examinar estas modalidades, assim descritas em linguagem de leigo.

Mas antes, há que fazer um breve inventário das fontes jurídicas disponíveis.

### 3. Fontes jurídicas

Até há pouco poderia dizer-se que não havia em Portugal fontes normativas específicas na matéria. Restava assim apenas o recurso às fontes gerais, particularmente às constitucionais.

Encontravam-se duas disposições do maior alcance insitas na Constituição <sup>(6)</sup>:

1) a do art. 1, que coloca a base constitucional na dignidade da pessoa humana.

É uma afirmação da maior relevância, comum aliás a todos os países ocidentais. E ela dá a base valorativa para resolver muitas questões suscitadas. Mas há que evitar o recurso desmesurado a este princípio ontológico, que pode levar a uma banalização <sup>(7)</sup>.

---

<sup>(6)</sup> Interessam ainda nesta os arts. 24 (direito à vida), 25 (direito à integridade pessoal) e 26/1 (direito à identidade pessoal).

<sup>(7)</sup> Neste sentido João Carlos Gonçalves Loureiro, *O direito à identidade genética do ser humano*, in "Portugal-Brasil Ano 2000", U.C. / Coimbra Editora, 1999, 264-389 (278-279), que estuda profundamente o tema. Mas o apoio neste princípio é imprescindível neste domínio e o autor recorre a ele frequentes vezes. Veja-se por exemplo a análise de Direito Constitucional brasileiro a que procede, e que o leva a ancorar a integridade genética do ser humano, na falta de previsão específica, na relevância autónoma do princípio da dignidade da pessoa (354-359). O autor retoma o tema em *Os genes do nosso (des)contentamento — Dignidade humana e genética: notas de um roteiro*, in Bol. Fac. Dir. (U.C.), vol. LXXVII, 163, aprofundando o sentido de dignidade humana e considerando que só excepcionalmente se pode falar de uma violação autónoma do princípio da dignidade humana, dado o vasto leque de direitos fundamentais consagrados.

Arthur Kaufmann descrê mesmo que possa representar um argumento plausível, por ser demasiado abstracto e genérico, e ter conteúdo cambiante <sup>(8)</sup>.

2) a do art. 26/3: a lei garantirá a dignidade pessoal e a identidade genética do ser humano, nomeadamente na criação, desenvolvimento e utilização das tecnologias e na experimentação científica. Aqui versamos já especificamente o nosso domínio.

A estas foram-se sucedendo outras fontes, em consequência de acordos internacionais.

Referimos em particular:

I — Declaração Universal sobre o Genoma Humano e os Direitos Humanos (UNESCO, 11 de Novembro de 1997).

Trata-se de uma mera declaração. Tem como é natural um carácter de proclamação de princípios. Todavia, as intervenções sobre o genoma humano são justamente o seu objecto. Contém várias pronúncias sobre aspectos particulares. E o art. 24 prevê “práticas que poderão ser contrárias à dignidade humana, como as intervenções sobre a linha germinal”.

II — Convenção para a Protecção dos Direitos do Homem e da Dignidade do Ser Humano face às Aplicações da Biologia e da Medicina: Convenção sobre os Direitos do Homem e a Biomedicina (Conselho da Europa, Oviedo, 4 de Abril de 1997). Tem um Protocolo Adicional de 12 de Janeiro de 1998, que proíbe a clonagem de seres humanos.

Trata-se agora de uma Convenção, e tem grande significado para Portugal por ter sido já ratificada, juntamente com o Protocolo, a 3 de Janeiro de 2001 <sup>(9)</sup>.

Interessa-nos muito em particular o Cap. IV desta Convenção, relativo ao genoma humano. Alguns preceitos revestem-se de um carácter vago, o que não é de estranhar perante a grande diversidade de participantes e os receios de uma intervenção normativa prematura em domínios ainda em grande ebulição. Por outro lado, isso reduz em grande parte a eficácia prática. Seja o caso da pro-

---

<sup>(8)</sup> *Rechtsphilosophie* cit., 314.

<sup>(9)</sup> A Convenção entrou em vigor a 1 de Dezembro de 2001, por ter sido ratificada por cinco países.

clamação do princípio da não discriminação em virtude do património genético. Marca uma orientação, mas permite ainda muitos entendimentos.

A Convenção contém porém duas disposições taxativas, que cortam cerce as problemáticas que apontam:

1) Art. 14 — não selecção do sexo

São proibidas técnicas da procriação assistida para escolher o sexo da criança a nascer.

Apenas se admite uma excepção: quando a finalidade for evitar graves doenças hereditárias ligadas ao sexo.

2) Art. 12 — testes genéticos predictivos

Só são admitidos para fins médicos ou de investigação médica e sem prejuízo de um aconselhamento genético adequado.

Firma-se assim uma orientação de grande importância, nomeadamente se se tiver em vista a pressão dos sectores interessados no sentido da realização de testes para fins de emprego ou de seguro.

É fundamental para nós o art. 13, epigrafiado mesmo “Intervenções sobre o genoma humano”. Mas justamente por ser o núcleo do nosso tema, a sua análise acompanhará o desenvolvimento subsequente.

Estranhar-se-á a escassez de fontes com que se lida em domínio tão importante. Mas há também aqui uma prudência que impede que se legisle afoitamente. Há que fugir da precipitação que leva a fechar rigidamente questões cuja meditação ainda está em aberto.

Por isso se tem manifestado a preferência pela auto-regulamentação, e nomeadamente pelos códigos deontológicos<sup>(10)</sup>, que permitam com maior flexibilidade a adaptação às necessidades e o acompanhamento da evolução. O recurso às comissões de ética tem-se revelado também muito importante, em Portugal nomeadamente.

É indispensável aditar uma advertência em relação a esta situação de escassez legislativa. Não se pode inferir da circunstância de uma prática não ser especificamente proibida que ela seja lícita<sup>(11)</sup>. Por exemplo, não seria da circunstância de não haver

---

<sup>(10)</sup> Estas fontes não serão por nós examinadas em especial.

<sup>(11)</sup> Cfr. o nosso *Direito e Bioética*, in “da Saude e Bioética” (obra colectiva), Lex, 1991, 12-13.

nenhuma proibição específica da clonagem que se retiraria a licitude desta prática. Não deixariam de se aplicar os princípios gerais do Direito, com todas as orientações valorativas que comportam: e nomeadamente a orientação básica da preservação da dignidade do ser humano. Isto é igualmente importante quando se procede à despenalização de uma acção (12).

#### 4. Intervenções com carácter terapêutico em células somáticas

Pode operar-se a terapia em células somáticas, com intervenções por meio de ADN recombinante.

O homem tem hoje capacidade, embora ainda limitada, de controlar as estruturas da sua existência como ser biológico.

Para o cientismo tecnológico, essa possibilidade não tem marcos que a limitem. O homem, como ser biológico, poderia ser encarado apenas como objecto de acções de melhoria (13). Ajusta-se perfeitamente à nossa sociedade de consumo, em que o cliente tem sempre razão. Por isso a liberdade que se pretende é a do homem vir a ser tudo o que pode ser (14); só as possibilidades fácticas representam barreiras.

Mas desde logo, o “biologismo” só enquadra uma fracção relativamente reduzida do ser humano e suas reacções (15). Escapam-lhe o ser espiritual, que se ancora na base biológica e simultanea-

---

(12) A confusão foi muito visível entre nós no debate sobre a despenalização do aborto. Muitos identificaram despenalização e proclamação da licitude. Não é assim. A intervenção do Direito Penal só atinge um número mínimo de ilícitos, quando razões de várias ordem, nomeadamente de oportunidade, o justifiquem. Ainda quando o aborto é despenalizado não se pode tirar daí nenhuma ilação quanto à licitude ou ilicitude da sua prática.

(13) Ainda mais rudemente é acolhida qualquer limitação à investigação científica. É elucidativo o que se passa com a clonagem.

(14) Cfr. mais desenvolvidamente Fernando Bronze, *A Metodonomologia entre a Semelhança e a Diferença*, Coimbra Editora, 1994, 198.

(15) Cfr. o *Relatório e Parecer sobre Implicações Éticas da Genómica* do Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida (40/CNECV/01), que acentua pelo contrário a influência do ambiente (I, n.º 5).

mente a transcende. Obriga a uma constante dialéctica, dirigida a uma composição finalística, a que presidem já critérios éticos e outros.

Neste domínio, a descoberta das técnicas de actuação sobre o genoma provocou uma comoção inicial, por receio de consequências imprevisíveis. Perguntava-se nomeadamente:

- se a mutação não iria atingir a descendência;
- se ela não provocaria alteração da personalidade do paciente.

Portanto, perguntava-se se a intervenção não afectaria a identidade do receptor; e pior ainda, se não atingiria as gerações vindouras, por veiculação através de células germinais. Era difícil prever as consequências da ruptura do equilíbrio genético.

Mas hoje tende-se a admitir formas de terapia genética em células somáticas. Assimila-se esta modalidade de intervenção a quaisquer outros tratamentos em geral. Aqueles receios estão mitigados, porque não se terão confirmado as previsões mais pessimistas.

O que nos diz o art. 13 da Convenção da Biomedicina? Que uma intervenção que tiver por objecto modificar o genoma humano não pode ser levada a efeito senão por razões preventivas, de diagnóstico ou terapêuticas e somente se não tiver por finalidade introduzir uma modificação no genoma da descendência.

Excluem-se pois as intervenções que se comunicam à descendência, que são as que poderiam ocorrer através de células germinais. Estas serão examinadas a seguir.

Passando às intervenções em células somáticas, que aqui tomamos como as não comunicáveis à descendência, deixamos fora do nosso tema intervenções com finalidade diagnóstica, não obstante os problemas que podem provocar. Ficam as intervenções com finalidade preventiva e terapêutica.

O princípio é hoje o da admissibilidade destas intervenções.

Tal princípio é de aplaudir, desde que se pressuponham regras deontológicas ou éticas em geral que fixem limites. Quanto à alteração da identidade não é questão específica destas intervenções; e não é a qualquer intervenção no genoma que se deve atribuir esta consequência.

De facto há dificuldades em determinar os limites da intervenção terapêutica. Mas este ponto será examinado adiante. Outra questão reside na chamada “reserva de emergência” (16).

E aqui volta a funcionar o princípio da prudência, perante tecnologias não experimentadas ou intervenções de resultados ainda inseguros.

### 5. Intervenções com carácter terapêutico em células germinais

As maiores dificuldades concentram-se nas intervenções em células germinais.

Aqui dá-se um aumento tremendo do risco. Não está em causa apenas um indivíduo, estão também gerações futuras. As intervenções podem trazer mutações imprevisíveis. No extremo, poderiam conduzir a algo que não pertencesse já biologicamente ao género humano (17).

A questão é para já predominantemente teórica. Dizem os especialistas que estas técnicas não estarão operacionais ainda por anos.

Mas o debate não é em qualquer caso prematuro, porque em questão de tanta gravidade há que formar opinião o mais cedo possível, para que amanhã não sejamos surpreendidos por evoluções para que não soubemos preparar-nos ou a que não quisemos atempadamente pôr cobro.

A posição mais generalizada, na sociedade da lisonja em que nos encontramos, em que os egoísmos são constantemente alimentados pela propaganda política e pela publicidade, é a da desconsideração dos interesses das gerações futuras. A frase de Keynes, “a longo prazo estaremos todos mortos”, é bem lapidar. Detrás de

---

(16) A Declaração de Helsínquia V — Edimburgo 2000, n.º II.5, admite que em face da ineficiência de outras práticas se podem usar métodos não comprovados, particularmente se estes tiverem sido objecto de pesquisa. A nova informação deve ser se possível guardada e publicada. Abrangerá a possibilidade assim aberta as intervenções no genoma humano? Advinha-se o risco de isso trazer consequências muito negativas, em especial se incidir sobre células germinais.

(17) Ou que resulte do cruzamento com animais.

uma observação de facto inatacável, está subliminarmente contida a desresponsabilização pelo que respeita aos que estão para vir: essa a razão do êxito que a frase obteve. Só nós contamos. O que deixamos aos vindouros já nos não preocupa.

No ponto de vista ético, porém, a posição a tomar é radicalmente oposta. Impõe-se uma solidariedade inter-gerações; somos responsáveis, na nossa medida, por quem vier depois de nós. Tudo o que fizermos que possa atingir as gerações futuras só pode ser feito em benefício delas, e não em seu detrimento,

Portanto, qualquer intervenção estaria sempre condicionada pelas consequências previsíveis que trouxesse ao homem no provir<sup>(18)</sup>.

Retomemos então o art. 13 da Convenção. Que nos diz sobre a intervenção em células germinais?

Directamente, não as refere. A formulação pode conter a admissão de uma intervenção em células germinais, com finalidades preventivas ou terapêuticas em relação ao próprio indivíduo — por exemplo, para substituir um gene nocivo. Isso estaria admitido, parece, porque o critério da admissibilidade foi colocado na finalidade da intervenção.

Mas o que se entende pela frase: “se não tiver por finalidade introduzir uma modificação no genoma da descendência”? Parece excluir o que se dirige exclusivamente a alterar as características do genoma da descendência. Mas abre espaço à possibilidade de uma intervenção em células germinais ser feita com finalidade terapêutica no que respeita ao sujeito, mas introduzir simultaneamente uma modificação no genoma da descendência. Como se não dão mais esclarecimentos e se põe o critério na finalidade<sup>(19)</sup>, parece deixarem-se em aberto as modificações no genoma da descendência que sejam arrastadas por intervenções com finalidade terapêutica em células germinais.

---

(18) E até pelo grau de risco de consequências imprevisíveis que envolva, a avaliar em termos de prudência.

(19) João Loureiro, *O direito à identidade genética* cit., 9.3., traduz por “apenas se o seu objecto não for...”. A substituição de *finalidade* por *objecto* não é indiferente para o sentido do preceito. *Finalidade* é o que consta da versão portuguesa publicada no *Diário da República* e o que corresponde também às versões inglesa e francesa. Por isso é a versão que retemos.



Como julgar então esta situação, ainda que se afigure de realização hipotética e marginal?

A Constituição, no art. 26/3, fala em garantir a identidade genética do ser humano. Com isto estabelece também uma garantia que se reflecte sobre as gerações futuras.

Mas a identidade genética não implica inalterabilidade: senão, mesmo as intervenções terapêuticas em células somáticas não seriam admitidas. Também não há uma garantia da inalterabilidade genética da espécie, até porque os direitos, liberdades e garantias têm por sujeito pessoas, e não espécies.

Isto significa que, mesmo à luz da Convenção e demais fontes, há ainda um espaço não regulado, onde cabe uma intervenção de que resulte modificação no genoma da descendência.

Mas quais são os limites dessa intervenção, a considerar-se eticamente admissível?

Permitimo-nos colocar a questão mais em geral.

A intervenção terapêutica em células germinais, com a finalidade de afastar genes malignos que se comuniquem à descendência, deve ser recebida com grandes cautelas, mas não condenada à partida.

A finalidade de curar justifica a intervenção. Libertar os vindouros de uma doença é justificação suficiente.

Mas se admitida, e na medida em que for admitida, só o será com total subordinação ao princípio da prudência.

Tem de se supor uma intervenção profundamente meditada e sujeita a toda a possível experimentação.

Tem de se averiguar quanto possível se a eliminação dos aspectos negativos não terá como contrapartida para o homem a eliminação de aspectos positivos que deles sejam dependentes. Doutra maneira poderão afinal os vindouros ficar desprovidos do equilíbrio genético natural.

Nunca se elimina totalmente o risco. Mas só após realizadas as diligências cabíveis se pode pensar em intervenções que possam ter efeitos na descendência, libertando a espécie (a linha descendente) de uma anomalia.

Estas conclusões teriam sempre interesse, mesmo que concluíssemos que na situação actual estas intervenções estão de facto proibidas ou fortemente restringidas. É que, como dissemos,

vigora o princípio da prudência. Só passo a passo se abrem novos caminhos. Uma política muito restritiva tenderá a evoluir, com os progressos científicos, no sentido de uma maior maleabilidade. A valoração positiva desses métodos, no plano ético, permite a abertura prudente a outras orientações.

E de facto, por oposição ao que se estabelece nos arts. 2 e 3 da Convenção Europeia dos Direitos Humanos, afirma-se hoje um novo direito, o direito a não herdar defeitos genéticos detectados e elimináveis cientificamente <sup>(20)</sup>.

## 6. Intervenções para fins de melhoramento em células somáticas

Uma intervenção pode não ter finalidade terapêutica (ou preventiva), mas de melhoramento.

Esse melhoramento pode dirigir-se:

- ao indivíduo
- a espécie.

O melhoramento da espécie seria obtido mediante intervenção em células germinais. Será matéria a examinar depois. Agora interessam-nos intervenções sobre células somáticas com fins de melhoramento que não atinjam as células germinais.

Limitando-nos pois a estas, observamos que semelhantes actuações sobre o corpo humano não são tão singulares como poderia pensar-se. Já se fazem, mesmo sem intervenção no genoma humano. E criam mesmo problemas de qualificação ética e jurídica, como no caso de cirurgia estética. Esta é ofensa corporal típica, ao contrário da intervenção com fim de cura; apenas poderá ser justificada com base no consentimento do ofendido.

O conteúdo da melhoria aparece claro em vários aspectos. Tomam-se remédios para aumentar a resistência física, a memória, até o QI... Isto cria um paralelismo na apreciação da licitude.

---

<sup>(20)</sup> Cfr. José Luis Viliar Palasi, *Introducción jurídica*, in "El Derecho ante el Proyecto Genoma Humano", vol. 1, Fundación BBV, 1994, 62.

Também nestes casos, se houver maus resultados estes não se transmitem (ao menos directamente) aos vindouros <sup>(21)</sup>.

Mas se passarmos às intervenções sobre o genoma humano em células somáticas, destinadas a obter o melhoramento, ou o reforço de caracteres humanos positivos, as dúvidas aumentam. Já se não trata de corrigir defeitos, mas de produzir um homem melhorado.

É possível recorrer a outras subdistinções para valorar a licitude. Por exemplo, poderemos distinguir:

- o reforço de caracteres positivos
- as alterações arbitrárias.

Todas as distinções chegam a casos de fronteira, sempre discutíveis. A comparação com a cirurgia estética mostra a dificuldade. Também poderíamos pensar nas mudanças de tez. Mas a distinção é nuclearmente verdadeira.

Por isso, daqui por diante vamos considerar simplesmente o reforço de caracteres que representem elementos positivos do ser humano, e interrogar-nos sobre a licitude da sua obtenção ou melhoria por intervenção no genoma, no nível das células somáticas.

Fala-se usualmente, quer em *engenharia genética*, quer em *manipulação genética*. Mas manipulação implica um juízo negativo. Tomaremos por isso *engenharia genética* como a expressão-base, livre ainda de qualquer valoração, para designar toda a intervenção em células através do ADN recombinante <sup>(22)</sup> Podemos falar em *manipulação genética*, como modalidade de engenharia genética com carácter arbitrário, por não ser dirigida ao reforço ou obtenção de caracteres a valorar positivamente.

Mesmo fixando-nos na engenharia genética que não consista em manipulação, há que proceder à sua valoração ética.

Uma intervenção que permitisse aumentar a força física, ou qualidades psíquicas, seria de condenar?

---

<sup>(21)</sup> Salvo evolução anómala e imprevisível.

<sup>(22)</sup> Se imaginássemos que isso poderia ser obtido por métodos que não representassem intervenção directa, como a ingestão de produtos químicos, já não representaria engenharia.

Parece-nos difícil uma resposta afirmativa sem mais, quando ninguém condena os fármacos com esta finalidade. Não diríamos que o elemento eticamente decisivo se encontra no modo físico de intervenção. Está antes na finalidade prosseguida.

Pôs-se em causa essa licitude, considerando a desigualdade que assim se iria introduzir. Esses meios seriam de acesso limitado e muito onerosos. Ir-se-ia criar então um abismo entre quem poderia recorrer a eles e quem o não pudesse fazer.

Mas esse abismo não é maior que entre quem tem Rolls Royce e quem não tem dinheiro para comprar uma bicicleta. Ou, em domínio mais próximo, quem pode voar para o estrangeiro para se tratar da sida e quem fica na lista de espera do hospital. Para não falar, evidentemente, na cirurgia estética.

Diríamos que deste modo se misturaria uma questão de ordenação social, que é genérica, com a questão bioética, que é a única que versamos aqui.

Na realidade, excluir a utilização dum processo vantajoso com a consideração que não pode chegar a todos é incorrer no que chamamos a *igualdade da inveja*. Esteve muito em moda há uns tempos atrás, e deixou marcas persistentes. Porém, tudo o que for benéfico para alguns deve deixar-nos contentes. Como chegar aos outros, é outra questão. Seguramente muito importante, mas sempre consequencial e instrumental em relação à primeira.

Que concluir então sobre estes métodos? Serão de rejeitar, por trazerem a tentação de criar o super-homem, a figura acima da condição humana?

Não é, quanto a nós, motivo determinante de condenação.

Estamos ainda muito longe de semelhantes extremos. Pelo que não há motivo para tolher o desenvolvimento da pesquisa.

Isto significa que não é uma razão ética, mas uma razão de prudência, que dita o limite, constante do art. 13 da Convenção, de só serem permitidas intervenções sobre o genoma humano com finalidade terapêutica (ou preventiva).

As intervenções que se dirigissem a melhorias seguras no plano somático da base biológica do ser humano poderiam ser permitidas. Teriam porém de ser submetidas a restrições muito apertadas, para que representassem verdadeiramente uma melhoria, afastando alguns riscos que são já previsíveis.

E decerto, nada há que tolha a investigação científica com esta finalidade.

## 7. Intervenções em células reprodutivas

Chegamos à hipótese extrema de intervenção humana sobre a base biológica — a intervenção em células germinais, portanto com a potencialidade de se transmitirem mutações aos descendentes.

Também aqui a finalidade poderá ser terapêutica, eugénica ou experimental. A terapêutica dar-se-ia para afastar anomalias em células reprodutivas (23).

Comecemos por distinguir estas intervenções da mera escolha entre várias possibilidades de reprodução.

Esta matéria só é objecto de uma referência na Convenção sobre Biomedicina: o art. 14 exclui a utilização de técnicas de procriação assistida para escolher o sexo da criança a nascer, como dissemos (24). Daqui se infere que a utilização para quaisquer outros fins não está coberta pela Convenção, positiva ou negativamente.

O referido Relatório do CNECV (25) sobre implicações éticas da genómica observa que a justificação última da exclusão da selecção dos dadores de gâmetas para a consecução de características físicas da descendência, por razões não médicas, estaria expressa na Exposição de Motivos anexa ao Protocolo que proíbe a clonagem de seres humanos: “Considerando que a recombinação genética natural tende a originar uma maior liberdade para o ser humano do que lhe daria uma constituição genética pré-determinada, é do interesse de todas as pessoas manter a natureza essencialmente aleatória da composição dos seus próprios genes”.

---

(23) Cfr. Carlos Maria Romeo Casabona, *El Derecho y la Bioética ante los límites de la vida humana*. Centro de Estudios Ramón Areces, 1994, 367. Apresenta já como alternativa o diagnóstico pre-implantatório.

(24) Salvo para evitar graves doenças hereditárias ligadas ao sexo.

(25) *Supra*, n.º 4.

Sem contestar a opção, pomos em dúvida a afirmação que assim se limita a liberdade dos vindouros. Cada um é igualmente livre, dentro da sua própria constituição genética. A questão está na legitimidade da escolha humana em vez da determinação aleatória, não na liberdade do ser futuro implicado.

Mas mesmo a mera escolha das características físicas dos próprios embriões já formados, a fazer-se, é impugnada por motivos éticos.

A intervenção pode incidir, ao menos teoricamente, sobre gâmetas isolados ou sobre o embrião. Neste último caso pode ser fetal, a realizar no ventre da mãe<sup>(26)</sup>; tem então riscos acrescidos.

Com isto se gera uma nova problemática, que é a da oposição da mãe e da possibilidade de a ultrapassar no interesse do filho. A situação suscitou várias pronúncias neste sentido nos Estados Unidos. Mas há também posições em sentido contrário<sup>(27)</sup>.

Porém, como dissemos, não é este tema que nos ocupa. Pensamos antes na intervenção em células germinais para transmitir certas características à descendência.

## 8. Ética e “política das éticas”

O genoma foi repetidamente declarado património comum da humanidade nas assembleias internacionais. E uma grande proclamação eloquente, para fazer face aos perigos que se apresentam. Representa algo como uma progressão do direito subjectivo a um património genético inalterado; é uma espécie de objectivação desse direito.

E isto porque as mutações genéticas podem pôr em causa a humanidade, tal como nos reconhecemos; e porque recorrentemente, de modo aberto ou disfarçado, se continua a manifestar o apelo à raça superior.

---

(26) Ou da portadora. Como é natural, se for fetal está dependente do consentimento da mãe.

(27) Cfr. Romeo Casabona, Carlos Maria, *Do Gene ao Direito* (trad. bras.), Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (São Paulo), n.º 9, 1999, 156 e segs. (164).

Mas aquela afirmação deve ser entendida em termos adequados. Como todas as declarações de cúpula, precisa de um ajustamento de fronteiras. Por outro lado, teve a sua valia para um dado momento histórico, mas esse momento está em vias de ficar superado (28).

Há que distinguir, em relação a esse património, o que representa benefício do que representa alienação — deixando já de fora o que é libertação do mal, portanto terapia. É alienação a atracção do super-homem, que implica mudança de natureza; mas também aqui a grande dificuldade está no traçar do critério de distinção.

Devemos, antes de mais, ter bem consciência do que está em jogo. Para isso convém excluir todo o gongorismo, para que a realidade se apresente no seu significado.

O obstáculo principal reside hoje na opacidade ética de vários sectores “pós-modernos”, que se limitam a uma ética de “diálogo”, ou melhor, a um mínimo denominador comum das éticas. Na realidade, não é já uma ética; passa a ser política, a *política das éticas*. Estas orientações nada têm a opor à criação dum ser que, pela alteração do seu genoma, não pertencesse já à espécie humana.

Isso criaria a diversidade de natureza, entre os seres transformados e os remanescentes. Mas não se vê também razão, quando outros critérios não intervêm senão os utilitaristas, para excluir directamente a criação *duma pluralidade de naturezas humanas*, tantas quantos os ambientes para que seja conveniente adaptar o homem (29).

A desconsideração dos limites ontológicos tira de facto a base para excluir qualquer desenlace. Mas o resultado a que conduziria seria a quebra, agora definitiva, da unidade do género humano.

Há que rejeitar estes extremos, numa visão ética (que não podemos fundamentar aqui) e à luz dos dados jurídicos existentes.

---

(28) Por isso, a própria afirmação do art. 1 da Declaração Universal sobre o Genoma Humano e os Direitos do Homem “o genoma humano é um componente fundamental do património comum da Humanidade” foi substituída, passando a dizer-se: “Num sentido simbólico, ele é património da humanidade”.

(29) Cfr. Fermin Roland Schramm, *Eugenia, Eugénica e o Espectro do Eugénismo*, em [ww.furg.br/furg/admini/cibio/opi/eugenia.htm](http://ww.furg.br/furg/admini/cibio/opi/eugenia.htm).

## 9. Intervenções para melhoramento em células germinais

A intervenção em células germinais pode fazer-se para melhoramento da espécie.

É aqui que surgem as máximas fantasias, pois tudo aparece como verosímil. Surgem também as máximas tentações, como a da criação duma super-raça que pouco teria já de comum com a nossa, porque o código genético passaria a ser outro. Surge enfim o máximo risco. E isto muito embora a utilização efectiva destas técnicas esteja muito mais longe do alcance humano do que o sensacionalismo dos média e do espectáculo dão a entender.

Mas isto não implica que todas as intervenções com fins de melhoria devam ser liminarmente rejeitadas.

Também não significa que rejeitemos o consenso como via de actuação. Pelo contrário, a prudência recomenda que neste campo acidentado nos limitemos àquelas alterações que são universalmente aceites como benéficas<sup>(30)</sup>.

Talvez neste momento devamos mesmo prosseguir sobretudo na busca do consenso — embora tendo plena consciência que o consenso não é critério de verdade, muito menos na ética. Sobre-tudo hoje, que vivemos em tempos de consensos impostos pelos meios de comunicação social.

Como o consenso não é critério de verdade, terá de se deixar sempre espaço para posições individuais em contrário. Que se podem exprimir, nomeadamente, pela objecção de consciência.

Tal como se tem de deixar espaço para orientações minoritárias, que tenham igualmente meios de expressão e sejam respeitadas (e não demonizadas, como fazem os nossos democráticos comentadores).

Mas os passos que se dão nesta via ingrata e resvaladiça precisam de se basear num apoio tão alargado quanto possível. Tendo sempre presente que consenso não é unanimidade, porque a exi-

---

<sup>(30)</sup> Cfr. sobre esta matéria o nosso *Direito e Bioética* cit., 21, em que referimos a posição de Luís Archer.



gência de unanimidade, ou da aproximação desta, leva ao imobilismo<sup>(31)</sup>.

Na realidade, também aqui temos uma manifestação do princípio da prudência. Por razões pragmáticas e por razões de fundo. O consenso, se for genuíno, resultará do poder persuasivo do argumento. E a evidência continua a ser, no domínio racional, o critério da verdade.

Portanto, o ponto de partida possível estaria na distinção das intervenções arbitrárias e das que consensualmente devam ser tomadas como melhoramento.

Como dissemos, é matéria que não terá concretização fáctica nos tempos mais próximos. Nem a técnica tem resposta para já. Mas é necessário estarmos preparados para reagir correctamente, se a qualquer momento a questão se suscitar.

Vamos dar como exemplo (real ou fictício, para nós é indiferente) um gene que melhore a acuidade visual. A actuação com fins de melhoramento consistiria numa recombinação de DNA em células germinais que alterasse a informação genética na descendência, melhorando o desempenho da função<sup>(32)</sup>.

Isso suporia sempre, repisamos, o conhecimento avançado de todas as funções do gene e do equilíbrio genético, para não ter efeitos colaterais de maior gravidade. Suporia toda a prudência em semelhança mutação. E suporia ainda a possibilidade de recusa por parte das pessoas naturalmente implicadas naquela operação.

## 10. Personalidade e genoma

A supor que estas intervenções se mantivessem nos limites indicados, quais seriam as consequências?

---

(31) Arthur Kaufmann, *Rechtsphilosophie* cit., 313-314, observa com razão que a responsabilidade não é só pela acção, mas também pela omissão. Mas recorda também (311) a afirmação de Hans Jonas, que os erros técnicos mecânicos são reversíveis, os biogénéticos são irreversíveis.

(32) Poderia consistir num aumento da resistência do homem perante determinados agentes patológicos (cfr. por exemplo Romeo Casabona, *Do Gene ao Direito* cit., 224), o que já não representa terapia ou *eugenia negativa*. Ou no reforço de caracteres humanos desejáveis, como a memória.

Temos em vista alterações limitadas do genoma, que não implicariam alteração da natureza. Mas o resultado seria sempre a coexistência de tipos genômicos naturais e de tipos a que podemos chamar transgênicos.

Essa coexistência manter-se-ia por tempos indeterminados. Mesmo que os cruzamentos trouxessem uma certa ampliação, o âmbito afigura-se-nos ser sempre limitado a nível mundial. Só a multiplicação de semelhantes intervenções poderia modificar o panorama (a prazo muito longo, todavia). Por outro lado, dependeria ainda da persistência do gene introduzido ou alterado, ou das suas modificações, o que supomos ter hoje muito de ignoto.

Mas há ainda que apurar se este tipo de intervenção será eticamente admissível.

A grande objecção assenta em a intervenção poder trazer uma *mudança da personalidade* (33). É o argumento mais frequente, mas dissemos já anteriormente que temos dificuldade em o compreender. A personalidade dos membros das gerações futuras não muda, porque terão sempre só uma. A questão está antes na legitimidade das intervenções presentes sobre o futuro, não na alteração de personalidades futuras.

Mas consideremos então a predisposição que se possa praticar agora de elementos que contribuem para a formação da personalidade de seres a vir, ou sobre os quais a personalidade destes se alicerce.

Ainda que a intervenção seja para realizar um melhoramento; ou que a incidência surja como consequência acessória do melhoramento — actuamos sobre, ou determinamos, a personalidade de seres a nascer?

Se a personalidade fosse a resultante do genoma, a resposta poderia ser afirmativa. Predispondo o genoma, ou elementos deste, estaríamos a predispor também, parcialmente que fosse, personalidades futuras.

Isso seria porém manifestação duma concepção materialista da personalidade, que se não justifica. O espírito, funcionando

---

(33) Parece-nos desde logo claro que não se pode falar de alteração da personalidade daquele cujas células germinais foram alteradas.

sobre base biológica, vai muito além desta. Só aspectos proporcionalmente limitados da personalidade dependem da base física. Há um grande sector que é epi ou transgenómico. Para muitos aspectos fundamentais da personalidade não se encontrou até hoje base em qualquer gene <sup>(34)</sup>.

Por isso, o espírito sobrepõe-se à base física. Não é pelo genoma que o captamos.

Talvez este aspecto seja impressivamente captável pela realidade dos gémeos homozigóticos. Têm o mesmo genoma (ou praticamente o mesmo) e todavia a própria experiência do convívio revela-nos personalidades perfeitamente diferenciadas. Têm aspectos comuns, mas são sem dúvida personalidades distintas.

A própria clonagem deve ser considerada a esta luz <sup>(35)</sup>. Com toda a anomalia que encerra, e nomeadamente com a ausência de dupla derivação que implica, em todo o caso a replicação do genoma não representaria duplicação da pessoa. Haverá sempre pessoas diferentes, não obstante as zonas de reacção semelhantes que acusassem.

É verdade que, alterando células germinais, se dispõem elementos que serão constitutivos de personalidades futuras. Estes elementos são planeados, em vez de resultarem aleatoriamente de processos naturais. Mas com isto não se está a tirar a identidade pessoal de ninguém.

Tudo são factores que devem pesar no julgamento dos processos de melhoramento por intervenção nas células germinais. Em domínio tão delicado, em que as exigências de prudência decuplicam, não se vê que a ética impeça em absoluto que se explorem caminhos que possam levar a uma melhoria da base física da individualidade humana.

---

<sup>(34)</sup> Afirma por isso Daniel Wikler, *Los genes y la libertad humana*, in "El Derecho ante el Proyecto Genoma Humano" (cit. nota 5), 1, 107-109 (107-108), que os progressos da ciência genética não suscitam novas questões no domínio da liberdade humana: "Os genes são atributos físicos como quaisquer outros, cujo conhecimento pode ser utilizado para o bem e para o mal".

<sup>(35)</sup> É palavroso recorrer a um pretensão direito à individualidade, no sentido de irrepetibilidade dos seres futuros, para resolver a questão. Aliás, é manifestação do abuso que se faz da categoria do direito subjectivo, a torto e a direito. A exclusão da clonagem não se funda na violação de quaisquer pretensos direitos, mas em considerações objectivas sobre a dignidade e portanto sobre a não instrumentalidade da pessoa humana.

Mas esta é a apreciação bioética. E a apreciação jurídica, ou ético-jurídica?

### 11. O *status* jurídico da questão

Que concluir, das manifestações legais dispersas sobre esta matéria?

Não há uma disposição expressa. Pelo que estaria fundamentalmente em causa o art. 26/3 da Constituição, que garante a identidade genética do ser humano. Mas, se estivessem em causa direitos de pessoas existentes, a garantia da identidade genética seria assegurada através da exigência do consentimento da pessoa implicada para a intervenção no genoma, salvo se essa intervenção contrariar a cláusula geral dos bons costumes.

A questão está porém em saber se sob essa garantia pessoal não se situa também uma garantia institucional, que assegura a identidade da espécie. É natural que sim <sup>(36)</sup>. Mas isso não significa a inalterabilidade do genoma e a impossibilidade de intervenções. Recorde-se o que dissemos sobre as intervenções em células somáticas com carácter de terapia.

Portanto, o significado da garantia da identidade genética do ser humano parece ficar dependente da valoração bioética sobre o tipo de intervenção que se pretenda.

Mas não avançamos mais por este caminho, porque a aprovação da Convenção sobre Biomedicina veio trazer outra base jurídica à questão.

O art. 13 da Convenção, como vimos, traz implícita uma proibição absoluta de intervenções no genoma humano que tiverem por finalidade introduzir uma modificação no genoma da descendência.

Isto significa que qualquer modificação nas células germinais fica automaticamente vedada. As distinções que traçámos, para

---

<sup>(36)</sup> Sobre o significado da garantia constitucional da identidade genética do ser humano, cfr. a análise desenvolvida de Paulo Otero, *Personalidade e Identidade Pessoal e Genética do Ser Humano — Um Perfil Constitucional da Bioética*, Almedina, 1999; em particular para a questão que nos ocupa, cfr. o n.º 4.3., onde sustenta um princípio geral da verdade biológica.

discussão bioética, são praticamente irrelevantes, porque aquele preceito a todas proíbe.

Poderá parecer paradoxal, dado o que anteriormente dissemos, mas estamos de acordo com a proibição no que respeita a células germinais — portanto, no que respeita a intervenções cujos efeitos se prolonguem no genoma da descendência.

É que o dever de prudência impede que se abram prematuramente as portas a processos hoje ainda não definidos, e cujas consequências estão ainda muito longe de estar apuradas com a segurança possível.

Em domínios de tanta gravidade, em que qualquer erro de previsão se poderia repercutir tragicamente sobre a descendência, é bom que o direito imponha, no período antecedente à factibilidade efectiva, um compasso de espera, destinado a um equacionar mais perfeito das questões. Fala-se internacionalmente numa *moratória* neste domínio. Aplaudimos a solução.

Não pensamos porém que esta seja definitiva, pelo que haverá que não deixar esmorecer a meditação jurídica.

Isso ficou já marcado quando falámos da intervenção em células somáticas. Há intervenções, mesmo com carácter de terapia, que atingem a dignidade do homem e devem ser vedadas. Seria o caso de intervenções que, afastando doenças, tornassem o paciente apático ou abúlico, por exemplo <sup>(37)</sup>.

Mas não é qualquer melhoramento que muda a personalidade. Procurámos por isso delimitar os casos em que pareceria lícita uma intervenção com função de melhoramento em células somáticas.

O que se passa nas intervenções com função de melhoramento em células germinais é apenas um novo passo — qualitativamente muito importante, mas sempre sequencial — em relação a essa problemática. Por exemplo, a libertação de dependências ou limitações físicas não parece dever ser vedada por si. Tornar as pessoas menos irritáveis, por exemplo, não parece de repelir — mesmo que referido a gerações futuras.

Porém, se pesquisarmos as razões da proibição, verificamos que esta se baseia quer na insuficiência dos conhecimentos, quer

---

(37) Pelo menos quando essa fosse a resultante global dessas intervenções.

na possibilidade de erros na intervenção, quer no receio de desvios ou abusos. Por isso se apela para uma moratória.

Isto manifesta que os tempos ainda não estão maduros para maior avanço neste campo. A reflexão deve prosseguir, quer no campo biológico, esclarecendo as potencialidades, quer no campo ético, aprofundando o seu significado, quer no campo jurídico, precisando os condicionalismos normativos que qualquer abertura teria necessariamente de implicar.

Estas cautelas são amplamente justificadas também pela voracidade da indústria, que referimos já. Abrir neste momento a possibilidade de modificação do genoma humano com efeitos sobre as gerações futuras seria transformar a genómica em objecto de lucro, mais do que já está, sem qualquer instrumento ou possibilidade séria de controlo. Este é um dos grandes riscos que paira actualmente sobre a dignidade humana.

Mas por outro lado, tomar a situação actual como definitiva, encerrando tudo no dilema sim ou não, seria deletério. O caminho parece ser antes o do aprofundamento de distinções, que tornem possível delimitar com segurança o que é ou não admissível.

Verificamos pois que, também neste sector melindroso, as questões não são radicalmente novas. Mas há um incremento de gravidade que ameaça trazer uma diferenciação qualitativa.

É necessário avançar com muito pequenos passos, que correspondam ao estado dos conhecimentos e à reflexão ético-jurídica. Mas também nisso se manifesta o principio fundamental da prudência.



## O ALARGAMENTO DA UNIÃO EUROPEIA E A REFORMA INSTITUCIONAL — O TRATADO DE NICE

*Pelo Prof. Doutor Paulo de Pitta e Cunha*

*Com o colapso, em Dezembro de 2003, da Conferência Inter-governamental em que se visava a aprovação, com maior ou menor número de modificações, do projecto de Tratado dimanado da Convenção de Bruxelas, a qual se propunha introduzir uma “Constituição para a Europa” é de prever que se mantenham em vigor por mais tempo os actuais Tratados europeus — nomeadamente os Tratados da Comunidade Europeia e da União Europeia, ambas na versão decorrente do Tratado de Nice. E à revisão acordada no Conselho Europeu, reunido nessa cidade no final de 2000, que se reporta a presente análise.*

*Embora fosse de admitir que a ruptura se verificasse na fase das ratificações nacionais, mormente nas que se baseiam em referendos, não era previsível que a afirmação de divergências chegasse ao ponto de afundar a própria CIG.*

*Estamos na presença de um dos maiores fracassos da história da integração europeia — ligado a uma crise de confiança, que já se pressentia, e a uma onda de cepticismo quanto à subsistência do espírito europeu.*

*Mas o Tratado de Nice, pesem embora as muitas críticas que sobre ele impendem, e que o tornam no mal-amado dos Tratados europeus, assegura a continuidade do funcionamento institucional da União Europeia.*

*É de desejar que, como aconteceu em anteriores reveses, venha a ser superada aquela crise.*



1. O Tratado de Nice, assinado em 26 de Fevereiro de 2001, introduziu importantes alterações na regulação da cooperação reforçada, que fora introduzida pelo Tratado de Amesterdão.

Nos domínios em que esta era já admitida (o primeiro e o terceiro pilares da União Europeia), foi suprimida a parte das correspondentes disposições em que era conferido aos Estados membros discordantes o direito de veto. Continua a ser possível levar o assunto ao Conselho Europeu, mas a deliberação cabe ao Conselho, que se pronuncia por maioria qualificada. Por outro lado, o número mínimo de países iniciadores de um processo de cooperação reforçada deixa de ser definido como constituindo a maioria dos Estados membros, apenas se exigindo a partir de agora que seja de oito Estados membros. Trata-se, é certo, da maioria, na composição actual da União, mas com os próximos alargamentos a nova versão do preceito virá permitir que a iniciativa passe a caber a uma minoria de Estados.

A principal inovação no domínio da cooperação reforçada reside em se ter admitido que o processo opere também no segundo pilar — política externa e de segurança comum —, no qual, pelo melindre da matéria, tocando o âmago da soberania, não se havia admitido no regime de Amesterdão a integração diferenciada. E foi a particular delicadeza das questões abordadas no âmbito da PESC que levou a revisão de Nice a submeter as decisões relativas à instituição de cooperação reforçada, neste domínio, precisamente à mesma condição de unanimidade que se suprimiu para os outros pilares.

Em síntese, a cooperação reforçada no Tratado de Nice aparece generalizada aos três pilares, passando a operar com mais flexibilidade no primeiro e no terceiro e sendo introduzida, com grande prudência, no segundo — onde, além do mais, explicitamente ficam excluídas do seu âmbito as questões com implicações militares ou no sector da defesa.

2. Foi no plano institucional que, na perspectiva do alargamento da União Europeia pela adesão dos doze países candidatos (dez estados da Europa Oriental e dois Estados insulares mediterrânicos), o Tratado de Nice trouxe as mais significativas modificações. Os aspectos focados, que se identificam com os chamados

“left-overs” de Amesterdão, eram a ponderação de votos nas deliberações do Conselho e a composição da Comissão. As discussões em torno de ambas as questões reflectiram o confronto de posições entre os países grandes e os países médios e pequenos, o qual dominou as negociações do Conselho Europeu de Nice.

Os países grandes — Alemanha, França, Reino Unido e Itália, aos quais soube juntar-se a Espanha — estavam preocupados com o declínio da sua influência no Conselho, que resultaria das novas adesões, caso se mantivesse a chave de votação actualmente praticada. Os países médios e pequenos queriam sobretudo evitar que a Comissão deixasse de ter na sua composição nacionais de todos os Estados membros.

O resultado da revisão de Nice foi o estabelecimento de novas ponderações para as votações no Conselho, matéria em que os países grandes reforçaram o seu peso relativo — basta notar que os quatro maiores deterão, a partir de 1 de Janeiro de 2005, cada um deles 29 votos (e a Espanha, que regista a maior subida relativa, 27), enquanto Portugal, a Bélgica e a Grécia passaram a dispor de apenas 12 votos cada. Ou seja, os grandes praticamente triplicaram o número de votos que lhes estava atribuído (a Espanha mais do que triplicou o seu), ao passo que os citados países médios pouco mais do que duplicaram o respectivo número de votos. É deste resultado, entre outros aspectos, que decorre a imagem de um “directório” dos maiores países, imagem que explica a prevenção dos Estados médios e pequenos em relação à forma como vai evoluindo o processo de integração.

Sublinhe-se que a ponderação de votos no Conselho assume importância crucial em face da redução dos casos de votação por unanimidade e do alastramento das situações contempladas no Tratado em que a decisão é tomada por maioria qualificada.

Para as decisões por maioria qualificada, o número de votos que é necessário reunir (o qual, até ao presente, é de 62 num total de 87 votos) passa a ser de 169 num total de 237. É exigido que se verifique o voto em sentido favorável da maioria dos Estados membros se a propositura do acto couber à Comissão, e de dois terços nos restantes casos. E há ainda uma condição, que representou uma compensação dada à Alemanha por, a despeito de ter uma população significativamente superior à dos demais Estados gran-

des, não ter obtido o correspondente número de votos na ponderação atribuída. Trata-se da chamada “verificação demográfica” — verificação de que os Estados membros que compõem a maioria qualificada representam pelo menos 62% da população total da União. Esta condição, que tem como efeito impedir que a decisão seja adoptada, não opera por forma automática, devendo ser explicitamente solicitada pelo Estado membro interessado na sua aplicação.

Foi prevista, em Declaração anexa ao Tratado, relativo ao alargamento da União Europeia, na qual se fixa a “posição comum” dos Estados membros a assumir nas conferências de adesão, que após a adesão do 27.º Estado (o que supõe a conclusão com êxito das negociações com os actuais doze candidatos), a atribuição de votos aos novos membros — fixando-se em 27 os da Polónia, dado que a sua população é sensivelmente da ordem da da Espanha, em 12 os da República Checa e da Hungria, em termos demográficos muito equiparadas a Portugal, à Bélgica e à Grécia. Isto, levará a que o “quorum” passe a ser de 255 em 345 (73, 91%).

Como já foi referido, aspecto significativo da revisão de Nice foi a redução dos domínios em que da votação por unanimidade no Conselho se passará à votação por maioria qualificada. Esta passagem opera por forma imediata (ou seja, a contar da entrada em vigor do Tratado de Nice), em cerca de duas dúzias de casos, cobrindo aspectos tão diferentes como a livre circulação dos cidadãos, a representação da Comunidade a nível internacional no âmbito da união económica e monetária, a conclusão de acordos internacionais relativos ao comércio de serviços e a aspectos comerciais da propriedade intelectual, a cooperação com terceiros países, a nomeação do presidente e demais membros da Comissão.

Em alguns casos, a introdução de votação por maioria qualificada é diferida. É o caso da deliberação sobre as perspectivas financeiras plurianuais, em que, por insistência da Espanha, só a partir de 1 de Janeiro de 2007 será posto de lado o actual regime de voto unânime.

Estando o quadro geral de financiamento pelos fundos comunitários já fixado, com base na “Agenda 2000”, para o período 2000-2006, parece justificar-se o adiamento da introdução do novo sistema de votação nesta matéria para 2007.

A despeito do sensível alargamento do domínio da tomada de decisões por maioria qualificada, saliente-se que sectores muito importantes — como é o caso da política fiscal e de determinados aspectos da política social, designadamente a segurança social e a representação e defesa colectiva dos trabalhadores — não foram tocados por esta modificação, continuando submetidos ao regime de votação por unanimidade. Não é de surpreender que o Reino Unido se tenha distinguido na veemência da oposição à passagem, nestas áreas, à maioria qualificada.

No que respeita à composição da Comissão, o resultado das difíceis negociações na conferência intergovernamental que culminou com o Conselho Europeu de Nice foi a renúncia pelos maiores Estados ao segundo comissário que actualmente detêm (por vezes apresentada como compensando, de alguma forma, o acréscimo do seu poder de voto no Conselho), e a permanência da regra segundo a qual a Comissão é composta por nacionais de todos os Estados membros. Esta alteração operará a partir de 1 de Janeiro de 2005. Por se ter entendido que o alargamento do número de membros da Comissão, à medida que se efectivarem as novas adesões, impediria, a partir de determinado ponto, o eficaz funcionamento do órgão — o que é, aliás, discutível —, acordou-se que, a partir da adesão do vigésimo sétimo Estado membro, o número de comissários passará a ser inferior ao dos Estados, estabelecendo o Conselho, por unanimidade, um sistema de rotação paritário entre os Estados membros. A qualificação como “paritário” revela que, ao menos neste domínio, a igualdade dos Estados foi respeitada...

Nas negociações de Nice os membros da Comissão parecem ter sido encarados mais como representantes dos Estados de que são cidadãos do que como individualidades independentes, norteadas em exclusivo em função dos interesses da Comunidade, o que representa grave distorção da visão consagrada nos Tratados.

3. No que se refere à composição do Parlamento Europeu, os actuais Estados membros tiveram de renunciar, com efeitos a partir de 1 de Janeiro de 2004, a certo número de eurodeputados — a fim de poder ter-se em conta o afluxo de representantes decorrente das adesões dos actuais países candidatos. Só o Luxemburgo e a Alemanha mantiveram as respectivas representações. No caso ale-

mão, trata-se ainda de uma compensação para a aceitação de uma ponderação de votos no Conselho igual à de países com população substancialmente inferior — aceitação que terá resultado de obstinação da França, receosa de, ficando distanciada do primeiro país na ponderação dos votos, se ver relegada para uma segunda linha em termos de prestígio e de influência.

Passa a limitar-se a 737 (actualmente, 700) o número de membros do Parlamento Europeu.

4. O texto de Nice comporta alterações em matéria de nomeação da Comissão (deixam de ser os Governos dos Estados membros a designar por comum acordo a pessoa que pretendem nomear, passando a ser o Conselho, reunido a nível dos Chefes de Estado e do Governo, que se pronuncia sobre este assunto por maioria qualificada), e ainda quanto ao papel e atribuições do presidente da Comissão, o qual passa a definir as orientações políticas para actuação da instituição, reparte as competências entre os seus membros, e detém o poder de exigir a demissão de um membro da Comissão, mediante prévia aprovação pelo colégio dos comissários. Esteve presente, quanto a este último aspecto, a lembrança das vicissitudes por que passou a Comissão presidida Jacques Santer: na impossibilidade de poder suscitar-se o afastamento de um ou alguns comissários, e perante a iminência da aprovação pelo Parlamento Europeu de uma moção de censura atingindo colegialmente a instituição, veio a verificar-se a cessação colectiva de funções por parte da Comissão.

5. O Tratado de Nice trouxe profunda alteração do sistema jurisdicional comunitário. A missão, até agora atribuída por forma exclusiva ao Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias, de assegurar o respeito do direito na interpretação e aplicação do Tratado, passa a ser explicitamente reconhecida também ao Tribunal de Primeira Instância.

Este Tribunal adquire competência generalizada para o exame de recursos interpostos não só por pessoas físicas e jurídicas, mas também pelos Estados membros e instituições comunitárias. Por outro lado, podem agora ser agregadas ao Tribunal de Primeira Instância “câmaras jurisdicionais” para se ocuparem de assuntos

específicos. O Tribunal poderá, assim, vir a assumir o carácter de uma segunda instância numa hierarquia, em três graus, dos tribunais comunitários.

Embora as questões prejudiciais continuem, em princípio, a caber na esfera de competência exclusiva do Tribunal de Justiça (visando-se uma interpretação uniforme do Direito Comunitário), é agora previsto que o Estatuto do Tribunal de Justiça possa atribuir à jurisdição de primeira instância a competência para questões prejudiciais em matérias específicas — podendo o Tribunal de Justiça proceder a reexame, se estiver em risco a unidade e coerência do direito comunitário.

O Tribunal de Primeira Instância passa, assim, a poder conhecer dos recursos de anulação e por omissão, e dos relativos ao ressarcimento de prejuízos derivados da responsabilidade extracontratual da Comunidade e a litígios entre esta e os seus agentes, e a sua esfera de acção poderá, como se viu, vir a abranger as próprias questões prejudiciais.

Mas os recursos por incumprimento (dirigidos contra os Estados membros) permanecem na exclusiva competência do Tribunal de Justiça.

6. O Tratado da União Europeia foi objecto de outras modificações aprovadas no Conselho Europeu de Nice. No que respeita ao domínio dos “princípios”, onde se contemplavam desde o Tratado de Amesterdão os casos de violação grave, Nice vem acrescentar a verificação, por maioria de 4/5 dos membros do Conselho, da existência de um risco evidente de violação grave. Este aditamento teve, sem dúvida, origem na situação que se verificou há pouco tempo no caso da Áustria, e em face da qual a União não dispunha de meios próprios de reacção. Mas adensa-se, até pela dificuldade de identificar o “risco evidente”, o perigo da intervenção da União Europeia na esfera interna dos Estados membros.

Aliás, na nova versão do n.º 1 do artigo 7.º o caso austríaco esteve sem dúvida presente, ao referir-se que o Conselho pode pedir a personalidades independentes a apresentação, dentro de um prazo razoável, de um relatório sobre a situação do Estado membro em questão. Foi precisamente este o meio utilizado para solucionar o imbróglio austríaco, permitindo aos catorze salvar a face

ao porem de lado as sanções sem que, na realidade, algo tivesse mudado no panorama político do país visado.

No segundo pilar — esfera da PESC —, a assunção pela União Europeia de compromissos directos de defesa, designadamente sob a forma de constituição da prevista força militar autónoma, permitindo fazer face a crises internacionais, levou à reestruturação dos órgãos de comando (o Comité Político passando a designar-se Comité Político e de Segurança) e ao desaparecimento das referências à União da Europa Ocidental, até aqui qualificada como proporcionando à União o acesso a uma capacidade operacional, designadamente para missões de gestão de crises.

No terceiro pilar foi contemplada a extensão da cooperação em actividades judiciais, sendo instituída a Unidade Europeia de Cooperação Judiciária (Eurojust).

O âmbito da competência do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias sofreu ligeira ampliação, passando a abranger, além das disposições do Tratado da União Europeia já constantes da versão actual, a apreciação de litígios relativos à aplicação do preceito atinente ao risco de violação dos princípios em que se funda a União, mas só no que respeita às questões processuais.

Resulta esta limitação a aspectos adjectivos da circunstância de a verificação do risco de violação envolver apreciações de carácter político, para que o Tribunal de Justiça não está vocacionado.

7. Não tendo havido dificuldades em se operar a ratificação por via dos parlamentos nacionais, processo que foi seguido em catorze Estados membros, o Tratado de Nice foi objecto de inesperada rejeição por parte do eleitorado irlandês, no único caso em que a via utilizada foi o referendo.

Muito se discutiu sobre a motivação que terá levado a esta rejeição: falou-se da recusa em se aceitar a crescente inclusão de questões militares e de defesa nas competências da União, atenta a tradicional neutralidade da Irlanda; na perspectiva de perda do apoio dos fundos estruturais em face da entrada de grande número de Estados membros com níveis de desenvolvimento mais baixos; no desagrado que despertou a acentuação da divergência, em termos de poder, entre os grandes e os pequenos países; na preocupação pela progressiva perda da identidade nacional no quadro de um

processo de integração cada vez mais absorvente. Ora, não sendo a Irlanda um país que, como a Dinamarca ou o Reino Unido, se tenha distinguido por posições anti-integracionistas, o resultado do referido referendo, a somar-se a outras situações em que, consultado o eleitorado sobre novos tratados europeus, a resposta terá sido negativa ou frouxamente positiva, traduz a existência de um desfasamento entre a opinião pública e a classe política, em termos de a primeira não acompanhar os avanços no sentido federalista que a segunda vai concedendo.

Tal como no caso da Dinamarca em relação ao Tratado de Maastricht, Nice foi objecto de um segundo referendo na Irlanda — realizado em 19 de Outubro de 2002. E também aqui o sinal se inverteu tendo, assim, desaparecido o obstáculo à entrada em vigor do novo Tratado. O que não se sabe é o que teria acontecido se a via do referendo tivesse sido adoptada no processo de ratificação de outros países, incluindo os grandes... A verdade é que a repetição dos referendos nos casos de haver, num primeiro, resultados negativos vem sendo praticada com êxito. Tratando-se, até agora, de pequenos países, dir-se-ia que se condescende em se lhes dar a oportunidade de corrigirem a posição assumida, como se o primeiro referendo não tivesse passado de mero exercício preparatório, que saiu errado...

Para a inversão do resultado terão contribuído, na Irlanda, a melhor apresentação dos argumentos pró-integração na segunda campanha, uma mais completa informação por parte do Governo, o peso do sentimento de culpa de, através da rejeição, se impedir a entrada dos países candidatos para a União, e o avolumar do receio das consequências políticas e económicas que teria para o país o seu distanciamento em relação ao processo de integração europeia.

8. Preocupação dominante da conferência intergovernamental que precedeu a aprovação do Tratado de Nice foi realizar as mutações institucionais indispensáveis ao funcionamento da União comportando os novos Estados membros. Sob este ponto de vista, ainda que ao preço de aumentar a desigualdade entre os grandes e os restantes, ou da acrescida complexidade das regras de votação no Conselho (que passam a supor a presença cumulativa de três exigências, constituindo o chamado “triple lock” — relativas à



maioria dos Estados membros, ao apuramento da maioria qualificada com base nas novas ponderações dos votos, e à verificação demográfica), Nice terá atingido o seu objectivo, que era o de resolver os "left-overs" de Amesterdão.

Por outro lado, como ficou referido, as condições de recurso à cooperação reforçada tornaram-se mais maleáveis, o que deixa antever a superação da paralisação do funcionamento deste dispositivo, que parecia decorrer da fórmula de Amesterdão.

O abandono da regra da unanimidade em numerosas matérias constitui um sinal da gradual federalização que cada novo Tratado vai introduzindo no âmbito da União.

9. O Tratado de Nice não trouxe, porém, qualquer mudança fundamental na arquitectura da União Europeia ou nas relações de poder entre os seus órgãos. A estrutura em pilares e a respectiva caracterização não sofreram alterações. Os passos no sentido do reforço dos traços supranacionais, embora visíveis, não têm grande expressão. Como foi dito, em pontos nucleares, com a política fiscal ou a política social, a exigência de voto unânime no Conselho não cedeu.

As grandes questões em torno do futuro da integração europeia, de que avulta a discussão em torno da finalidade federal e da institucionalização, ficaram adiadas. Nice, tal como Amesterdão, ou como o Acto Único, longe de constituir marco fundamental no processo de integração, como foram Roma ou Maastricht, não pasará provavelmente do rodapé nas páginas da futura história do movimento europeu.

Mas, havendo intervalos cada vez menores entre cada tratado e o anterior, não poderia razoavelmente esperar-se que fossem lançados grandes projectos integracionistas em cada novo tratado europeu...

10. Sob o ângulo da sistematização e da intelegibilidade dos tratados, Nice terá começado a destruir a arrumação que três anos antes fora conseguida em Amesterdão.

Foram muito numerosas as modificações introduzidas nos tratados, regressando-se ao expediente de numerar, com as siglas A, B, e seguintes, os novos artigos intercalados nos tratados (por

exemplo, no Tratado da União Europeia a cooperação reforçada no âmbito da PESC foi responsável pela inserção dos artigos 27.º-A até 27.º-E; no Tratado da Comunidade Europeia, acrescentou-se, na parte III, um novo título XXI, epigrafado “Cooperação económica, financeira e técnica com terceiros países” (artigo 181.º-A).

11. Eis, em resumo, o conteúdo e as características de um Tratado europeu que, embora venha resolver, pelo menos a curto prazo, o problema institucional do alargamento da União Europeia, tem a marca de uma excessiva complexidade e falta de transparência, não contribuindo para aproximar a opinião pública dos progressos da construção jurídica da União Europeia.

O reconhecimento, pelos seus próprios autores, das insuficiências e da curteza de vistas do Tratado explica a Declaração a ele apensa sobre o futuro da União, apelando a “um debate mais amplo e aprofundado sobre o futuro da União Europeia”. Deste assunto se incumbiu o Conselho Europeu na sua reunião de Laeken/Bruxelas, em Dezembro de 2001, ao tomar a iniciativa de convocar uma “Convenção” para se abordarem os grandes temas de reflexão, previamente à convocação, em 2004, de uma nova conferência intergovernamental visando introduzir as correspondentes alterações nos Tratados europeus.

O Tratado de Nice admite, assim, a sua própria provisoriedade. E, ao incluir, entre os temas para uma próxima reflexão, a simplificação dos Tratados, “por forma a torná-los mais claros e mais compreensíveis”, deixa antever uma profunda reestruturação do ordenamento de base da União Europeia, por forma a se suplantarem, com visíveis dificuldades de articulação, os do Acto Único, de Maastricht, de Amesterdão e de Nice.

De resto, durante o período que mediou entre a rejeição da Irlanda e o segundo referendo nesse país, ter-se-á admitido que o Tratado de Nice não viesse a sair à luz, e que em tal circunstância poderia processar-se a passagem directa do normativo de Amesterdão para o texto a ser aprovado na próxima conferência intergovernamental.

Ao entrar em vigor em 1 de Fevereiro de 2003 — possibilitando, reconheça-se, a conclusão das negociações com os países

candidatos e a sua adesão à União Europeia —, o Tratado de Nice fez uma chegada tardia, atendendo a que estava já em marcha, sob o impulso da Convenção, uma remodelação global e de muito maior fôlego — à qual, algo pomposamente, se tende a associar o termo “Constituição”.

# CONVENÇÕES COLECTIVAS DE TRABALHO E DIREITO TRANSITÓRIO: COM EXEMPLO NO REGIME DA REFORMA NO SECTOR BANCÁRIO (\*)

Pelo Prof. Doutor António Menezes Cordeiro

## I — INTRODUÇÃO

### 1. O problema

I. Há dez anos publicámos, nos *Estudos em Memória do Professor Doutor João de Castro Mendes*, um escrito intitulado *Dos conflitos temporais de instrumentos de regulamentação colectiva de trabalho* <sup>(1)</sup>. Cabe agora, com pretexto em *Estudos de Homenagem* a outro grande professor da Faculdade de Direito de Lisboa, retomar alguns aspectos do problema. Para tanto, utilizaremos, como banco de ensaio, uma questão que tem animado a nossa jurisprudência jurídico-laboral dos últimos anos: a da aplicação de cláusulas contidas no acordo colectivo de trabalho vertical para o sector bancário, e que foram introduzidas sucessivamente nos instrumentos em vigor.

---

(\*) Escrito destinado aos Estudos em Honra do Prof. Doutor José de Oliveira Ascensão.

(1) *Estudos em Memória do Professor Doutor João de Castro Mendes* (1994), 459-473.

II. A cláusula 137.<sup>a</sup> do ACTV para o sector bancário dispõe, no seu n.º 1:

No caso de doença ou invalidez ou quando tenham atingido 65 anos de idade (invalidez presumível) os trabalhadores em tempo completo têm direito:

a) Às mensalidades que lhe competirem (...)

(...)

Seguiam-se várias regalias que permitiriam, no fundamental e aos trabalhadores reformados, conservar o *status* retributivo que tinham quando no activo.

Esta cláusula remonta ao CCT de 1964, tendo conhecido várias redacções. Até 1982, era a única relativa a pensões e reformas no sector bancário, pelo que se aplicaria a todos os trabalhadores que preenchessem as suas condições: quer atingissem a reforma no activo, quer isso sucedesse depois de, por qualquer razão, terem deixado o serviço da instituição de crédito considerada.

III. Temos, de seguida, de lidar com a cláusula 140.<sup>a</sup>, cujo n.º 1 dispõe:

O trabalhador (...) que, por qualquer razão, deixe de estar abrangido pelo regime de segurança social garantido pelo presente acordo, terá direito, quando for colocado na situação de reforma por invalidez ou invalidez presumível, ao pagamento pelas instituições de crédito ou parabancárias, na proporção do tempo de serviço prestado a cada uma delas, da importância necessária para que venha a auferir uma pensão de reforma igual à que lhe caberia se o tempo de serviço prestado no sector bancário fosse considerado como tempo de inscrição no regime geral da segurança social (...)

Trata-se, agora, de um regime explícito para os trabalhadores que abandonem o sector bancário antes da reforma por invalidez ou invalidez presumível. Esse regime, claramente menos favorável do que o resultante da cláusula 137.<sup>a</sup>, surgiu apenas com o CCT de 1982.

IV. Pergunta-se, agora: qual o regime aplicável aos trabalhadores que abandonaram a banca antes de 1982: o da cláusula 137.<sup>a</sup> ou o da cláusula 140.<sup>a</sup>? A jurisprudência oscilou entre as duas possíveis soluções, vindo, recentemente, a insistir na última (2). Supomos, porém, que essa insistência não tem em conta a realidade bancária a que se aplica; ignora, ainda, as regras gerais de Direito transitório e certas valorações específicas jurídico-laborais. Vamos ver.

## II — A EVOLUÇÃO DA CONTRATAÇÃO COLECTIVA BANCÁRIA

### 2. A contratação colectiva até 1974

I. A colocação do tema anunciado exige um conhecimento da evolução da contratação colectiva bancária. As cláusulas assistenciais não devem ser interpretadas de modo isolado: antes inseridas nos instrumentos a que pertencem.

O primeiro contrato colectivo para o sector bancário foi assinado em 31-Dez.-1938. Tinha o seguinte proémio:

Entre o Grémio Nacional dos Bancos e Casas Bancárias, representando todas as pessoas singulares ou colectivas que exerçam o comércio bancário no continente português, que serão designadas por *estabelecimentos bancários*, e os Sindicatos Nacionais dos Empregados Bancários dos distritos de Lisboa, Porto, Coimbra, Braga e Viseu, representando todos os empregados bancários do mesmo continente, que serão designados por *empregados*, foi ajustado celebrarem, como realmente por este título celebram, um contrato colectivo de trabalho, que se regerá pelas seguintes cláusulas:

---

(2) Cf. STJ 6-Fev.-2002 (MARIO TORRES), AcD XLI (2002), n.º 488-489, 1218-1235, que revogou um acórdão da 2.ª Instância que optara pela primeira solução e onde pode ser confrontada outra jurisprudência.

Tratava-se dum instrumento já extenso <sup>(3)</sup>, repartido por 88 cláusulas, assim ordenadas:

- Capítulo I – Do âmbito e da duração do contrato – 1.<sup>a</sup> e 2.<sup>a</sup>;
- Capítulo II – Da admissão do pessoal e das causas de despedimento – 3.<sup>a</sup> a 18.<sup>a</sup>;
- Capítulo III – Da disciplina do trabalho – 19.<sup>a</sup> a 23.<sup>a</sup>;
- Capítulo IV – Horário de trabalho – 24.<sup>a</sup> a 38.<sup>a</sup>;
- Capítulo V – Da classificação e da transferência do pessoal – 39.<sup>a</sup> a 50.<sup>a</sup>;
- Capítulo VI – Remuneração do trabalho – 51.<sup>a</sup> a 54.<sup>a</sup>;
- Capítulo VII – Previdência – 55.<sup>a</sup>;
- Capítulo VIII – Serviço militar e Legião Portuguesa – 56.<sup>a</sup> e 57.<sup>a</sup>;
- Capítulo IX – Férias – 58.<sup>a</sup> e 59.<sup>a</sup>;
- Capítulo X – Faltas por motivo de doença. Licenças – 60.<sup>a</sup> a 64.<sup>a</sup>;
- Capítulo XI – Sanções – 65.<sup>a</sup> a 68.<sup>a</sup>;
- Capítulo XII – Comissão corporativa – 69.<sup>a</sup> a 75.<sup>a</sup>;
- Capítulo XIII – Disposições gerais e transitórias – 76.<sup>a</sup> a 88.<sup>a</sup>.

No tocante a disposições de tipo social, este primeiro contrato colectivo bancário continha duas. Assim:

CLÁUSULA 55.<sup>a</sup> Os outorgantes obrigam-se a, no prazo máximo de dois anos a contar da entrada em vigor do presente contrato, ter concluído o regulamento para a constituição da Caixa Sindical de Previdência dos Empregados Bancários.

CLÁUSULA 61.<sup>a</sup> (transitória). Enquanto o problema da assistência aos empregados inválidos por doença não estiver resolvido na sua generalidade, os estabelecimentos bancários garantem aos seus empregados, em caso de doença, o seguinte:

- a) Aos empregados com mais de um e menos de três anos de serviço:

Dois meses com ordenado por inteiro e

Dois meses com metade do ordenado;

<sup>(3)</sup> BINTP V (1938), n.º 23/24, 460-469, com os mapas anexos. O primeiro signatário foi FERNANDO ULRICH, pelo Banco de Portugal e Presidente do seu Conselho Geral.

b) Aos empregados com três ou mais anos de serviço:

Um mês com ordenado por inteiro e outro com metade do ordenado por cada ano de serviço até dez e

Um mês e meio com ordenado por inteiro e um mês e meio com metade do ordenado por cada ano de serviço além de dez.

(...)

O contrato de 1938 foi alterado em 19 de Agosto de 1941 <sup>(4)</sup>. A cláusula 55.<sup>a</sup> passou a ter a redacção seguinte:

Os outorgantes obrigam-se a, quando as circunstâncias o permitirem, concluir o regulamento para a constituição da Caixa Sindical de Previdência dos Empregados Bancários.

A cláusula 61.<sup>a</sup> manteve-se incólume.

Seguiu-se, em 12-Nov.-1943, uma alteração pontual à cláusula 85.<sup>a</sup>, relativa a descontos no tempo de serviço <sup>(5)</sup>.

Como se vê, logo em 1938, os parceiros laborais colectivos cometeram aos banqueiros uma determinada função assistencial, a título transitório. Os parceiros vincularam-se "... enquanto o problema da assistência (...) não estiver resolvido na sua generalidade ...".

II. O segundo contrato colectivo de trabalho foi aprovado em 1-Fev.-1944 <sup>(6)</sup>. Apresenta-se mais sintético — 73 cláusulas em 15 capítulos — e melhor sistematizado do que o primeiro.

A matéria referente à saúde foi colocada no Capítulo XII, relativo à previdência, nos termos seguintes:

CLÁUSULA 59.<sup>a</sup> Os outorgantes obrigam-se a, quando as circunstâncias o permitirem, concluir o regulamento para a consti-

<sup>(4)</sup> BINTP VIII (1941), n.º 16, 402-404; eram mexidas 33 cláusulas, entre modificações, supressões e aditamentos.

<sup>(5)</sup> BINTP X (1943), n.º 23, 708.

<sup>(6)</sup> BINTP XI (1944), n.º 3, 47-54.



tuição da Caixa Sindical de Previdência dos Empregados Bancários.

(...)

CLÁUSULA 60.<sup>a</sup> Enquanto não funcionar a Caixa prevista na cláusula anterior, os estabelecimentos bancários garantem aos seus empregados, em caso de doença ou de invalidez, o seguinte:

Seguia-se um esquema semelhante ao anterior, mas melhorado.

O 2.º contrato colectivo de trabalho foi diversas vezes alterado: em 1-Fev.-1945, no domínio de férias e salários (7); em 11-Mar.-1946, em diversos pontos, com relevo para a Comissão Corporativa (8); em 20-Fev.-1947, sendo então alterada a cláusula 60.<sup>a</sup> que passou a estipular (9):

Enquanto não funcionar a Caixa prevista na cláusula anterior os estabelecimentos bancários garantem aos seus empregados, em caso de doença ou de invalidez, as mensalidades resultantes do supra n.º 6.

Seguiram-se novas alterações: em 11-Fev.-1948 (10), no tocante ao tempo de trabalho e em 10-Mar.-1949 (11), em vários aspectos — 11 cláusulas — entre as quais a cláusula 60.<sup>a</sup>, que passou a contemplar a hipótese de desacordo entre as partes quanto ao “estado de doença” e a forma de o dirimir.

Subsequentemente, outras alterações foram adoptadas: em 10-Abr.-1957 (12), sendo modificada nalguns pontos a cláu-

(7) BINTP XII (1945), n.º 7, 233; foi aprovado em 3-Abr.-1945.

(8) BINTP XIII (1946), n.º 6, 148-149; foi aprovado em 16-Mar.-1946.

(9) BINTP XIV (1947), n.º 4, 99; não indica a data da aprovação.

(10) BINTP XV (1948), n.º 4, 82; foi aprovada em 18-Fev.-1948.

(11) BINTP XVI (1949), n.º 6, 130-131; foi aprovada em 14-Fev.-1949.

(12) BINTP XXIV (1957), n.º 8, de 30-Abr.-1957, 301-303, homologada em 16-Abr.-1957; o contrato esteve, pois, 8 anos intocado.

sula 60.<sup>a</sup>, em 1959, quanto a vencimentos (13) e em 30-Out.-1961, quanto a férias e diversos aspectos (14).

Uma revisão mais profunda foi adoptada em 19-Fev.-1964 (15): foram atingidas 49 cláusulas, em diversas áreas. A cláusula 60.<sup>a</sup> — de certo modo, ainda em vigor — passou a abranger o seguinte n.º 1:

Em caso de doença ou de invalidez do empregado ou quando tenha atingido 70 anos de idade (invalidez presumível), as mensalidades que lhe competirem de harmonia com o mapa n.º 6.

No ano seguinte, mais precisamente em 9-Mar.-1965, foi aprovada nova alteração (16). Na parte aqui mais directamente em causa foi aditada, ao § 10.º da cláusula 60.<sup>a</sup>, uma alínea referente à contribuição dos estabelecimentos bancários para a resolução do problema habitacional dos empregados, nos termos de regulamento a acordar. Seguiram-se as alterações de 29-Fev.-1968 (17), com incidência especial nas férias e nas retribuições.

III. Em torno do 2.º contrato colectivo para o sector bancário dar-se-ia, por fim, um litígio que, de acordo com a legislação vigente na época, foi solucionado por arbitragem. Os sindicatos nomearam, como árbitro, o Dr. MÁRIO PINTO; o Grémio, o Prof. Doutor PESSOA JORGE; o árbitro presidente foi o Prof. Doutor TEIXEIRA RIBEIRO.

O acórdão arbitral surgiu em 17-Abr.-1970 (18), tendo sido homologado em 16-Maio desse mesmo ano, pelo então Secretário

(13) Temos a informação de que tais alterações foram atribuídas sob a forma de subvenções, não tendo sido publicado, no BINTP, o competente instrumento.

(14) BINTP XXVIII (1961), n.º 20, 1235-1236; foi homologada no mesmo dia 30-Out.-1961.

(15) BINTP XXXI (1964), n.º 5, 208-216; foi homologada no mesmo dia 19-Fev.-1964.

(16) BINTP XXXII (1965), n.º 6, 300-302; foi homologada no mesmo dia 9-Mar.-1965.

(17) BINTP XXXV (1968), n.º 5, 208-210.

(18) BINTP XXXVII (1970), n.º 10, 669-686.

de Estado, Dr. SILVA PINTO. Alterou diversas cláusulas e procedeu a uma considerável elevação de vencimentos, para acompanhar o custo de vida.

No despacho de homologação, o Secretário de Estado veio, designadamente, exarar:

Daí que não possa deixar de se ter na devida conta a conveniência de, em futuras negociações, prever a melhoria dos diversos factores conducentes a um progressivo aumento de produtividade.

E prossegue:

Em conformidade com a decisão do Tribunal Arbitral, que condicionou a entrada em vigor da cláusula respeitante à matéria de seguro social, ir-se-á proceder imediatamente à criação da Caixa de Previdência e Abono de Família dos Empregados Bancários.

Efectivamente, o acórdão arbitral alterava a cláusula 60.<sup>a</sup>; condicionava, porém, a entrada em vigor da nova redacção à não criação, dentro de seis meses, da Caixa Sindical de Previdência — 79.<sup>a</sup>: uma aspiração vertida, desde 1938, no acordo colectivo do sector bancário.

Na verdade, seria assinada e publicada a Portaria n.º 272/70, de 4 de Junho, que declarou constituir a Caixa de Previdência e Abono de Família dos Empregados Bancários. Tal criação não era imediata: previam-se determinados trabalhos preparatórios, a concluir em prazos curtos.

A matéria assistencial bancária atravessou, assim, todo este longo período, sempre ancorada numa vontade provisória dos parceiros laborais colectivos. Os banqueiros foram assumindo deveres passageiros — expressamente assumidos como tais — sempre na expectativa duma estruturação global da segurança assistencial. É evidente que a não-criação da Caixa de Previdência do sector bancário não foi inocente. Ela permitiu aos banqueiros, reter toda uma série de prestações que, de outro modo, deveriam efectuar. Adiante veremos o relevo interpretativo da matéria.

IV. O 3.º contrato colectivo de trabalho dos empregados bancários surgiu em 6-Jul.-1973; resultou, igualmente, de uma arbitragem<sup>(19)</sup>, por sinal complexa. O contrato foi muito alargado, passando a abranger 173 cláusulas, assim distribuídas:

- Capítulo I – Área, âmbito e vigência – 1.ª a 4.ª;
- Capítulo II – Admissão e carreira profissional – 5.ª a 28.ª;
- Capítulo III – Direitos e deveres das partes – 29.ª a 37.ª;
- Capítulo IV – Da prestação de trabalho – 38.ª a 62.ª;
- Capítulo V – Retribuição – 63.ª a 78.ª;
- Capítulo VI – Suspensão da prestação de trabalho – 79.ª a 109.ª;
- Capítulo VII – Da cessação do contrato de trabalho – 110.ª a 125.ª;
- Capítulo VIII – Regimes especiais – 126.ª a 132.ª;
- Capítulo IX – Comissões corporativas – 133.ª a 135.ª;
- Capítulo X – Previdência – 136.ª a 141.ª;
- Capítulo XI – Higiene e segurança no trabalho – 142.ª a 148.ª;
- Capítulo XII – Formação profissional – 149.ª a 152.ª;
- Capítulo XIII – Sanções – 153.ª a 163.ª;
- Capítulo XIV – Relações entre as partes outorgantes – 164.ª a 173.ª.

Seguam-se 5 mapas anexos.

No tocante à previdência, dispunha a cláusula 136.ª, epigra-fada “princípio geral”<sup>(20)</sup>:

Enquanto não entrar em funcionamento a Caixa de Previdência e Abono de Família dos Empregados Bancários, prevista pela Porta-

(19) BINTP XL (1973), n.º 27, 2199-2358; o texto do contrato consta de pp. 2317-2346. Estão publicadas copiosas declarações dos árbitros do Grémio e dos Sindicatos, nos pontos em que foram vencidos, com relevo para este último. O BINTP não permite conhecer a identidade dos árbitros; pelo estilo, pela *verve* e pelo conteúdo, arriscámos, contudo, que o árbitro dos Sindicatos fosse o Prof. Doutor ORLANDO DE CARVALHO; confirmámos, há alguns anos e junto do próprio, esse facto. O Prof. ORLANDO DE CARVALHO comunicou-nos, ainda, a identidade dos outros árbitros: o Dr. AMÂNDIO DE AZEVEDO, pelo Grémio e o Dr. JOAQUIM SEABRA LOPES, Presidente, descrevendo-nos interessantes episódios sobre esta arbitragem. Aqui ficam os nossos agradecimentos, agora em memória do Prof. ORLANDO DE CARVALHO.

(20) BINTP XL (1973), 2339.

ria n.º 272/70, de 4 de Junho, as instituições bancárias garantem aos seus empregados os benefícios constantes das cláusulas seguintes.

Como se vê, mantém-se a solução provisória da antiga cláusula 60.<sup>a</sup>; de resto, reconhece-o a justificação arbitral <sup>(21)</sup>, que explica ter-se procedido a uma melhoria na forma.

O 3.º contrato colectivo para o sector bancário apresenta uma configuração técnica moderna. Ele denota, com clareza, os grandes progressos obtidos pelo Direito do Trabalho nacional, no final do Estado Novo. O aspecto social e assistencial mantém-se num aparente bloqueio. E as suas razões mais directas são fáceis de apontar: um sistema global de assistência é dispendioso e problemático, perante o estado geral do País. Além disso, ele conduziria, necessariamente, a prestações niveladoras e relativamente modestas. Ora, num sector restrito, como o bancário, seria sempre possível montar uma assistência privilegiada. Tal esquema mais aliciante ficaria quando os banqueiros assumissem a sua gestão: poupariam prestações periódicas para a futura Caixa, assegurando-se a gestão dos correspondentes fundos.

### 3. O período de 1975 e 1976

I. Após 25-Abr.-1974, deu-se início a um período conturbado, em termos, também, laborais colectivos. Fizeram a sua aparição instrumentos atípicos ou negociados à margem do ordenamento ainda vigente.

No tocante ao sector bancário, foi assinado, em 24-Jan.-1975, um denominado *Protocolo de Aditamento ao Contrato Colectivo de Trabalho Celebrado entre os Sindicatos dos Empregados Ban-*

---

(21) BINTP XL (1973), 2307.

*cários dos Distritos de Coimbra, Lisboa e Porto e o Grémio Nacional dos Bancos e Casas Bancárias* (22).

II. Este instrumento continha diversas melhorias remuneratórias e promocionais. Tem muito interesse consignar, no âmbito intitulado X — Previdência, o ponto 4, assim concebido (23):

4. Para preparar a resolução dos problemas referidos nas alíneas c), d) e e) do n.º 10 do projecto de protocolo apresentado pelos Sindicatos, as quais a seguir se transcrevem:

- c) Enquanto não entrar em funcionamento a Caixa de Previdência e Abono de Família dos Empregados Bancários, as instituições bancárias obrigam-se a participar em 80% do total das despesas que os seus trabalhadores e respectivo agregado familiar, desde que não abrangidos por caixa de previdência, tenham com:

(...)

solicitar-se-á ao Governo a nomeação duma comissão com vista à apresentação de estudo e conclusões destinados a definir, transitóriamente e enquanto não se tiver efectuado a integração do sector no sistema de previdência, o esquema de assistência solicitada:

O esquema que venha a estabelecer-se para suprir esta fase transitória não vinculará a banca em termos de direitos adquiridos ou encargos assumidos, face ao regime que a integração no sistema de previdência vier a determinar no tocante à assistência médico-medicamentosa;

Considera-se que a citada comissão deverá utilizar um prazo máximo de sessenta dias a partir da sua constituição para apresentar as conclusões;

As partes pronunciar-se-ão no prazo de quinze dias úteis sobre a data da apresentação do referido estudo.

(22) BMT XLII (1975), n.º 9, 329-332; a ordem de publicação foi assinada a 24-Fev.-1975, por CARLOS CARVALHAS, Secretário de Estado; o 1.º signatário era o então Ministro do Trabalho, COSTA MARTINS.

(23) BMT XLII (1975), 331-332.

III. Um despacho de 20-Fev.-1975 do Ministro do Trabalho (COSTA MARTINS), intitulado *Determinações relativas à aplicação das normas do Protocolo de Aditamento*, alargava o Protocolo às diversas instituições e majorava, para elas, em 1/14, a retribuição anual <sup>(24)</sup>.

IV. Deparamos, ainda em 1975, com um instrumento intitulado *Nivelamento das condições laborais para o sector bancário*, publicado no então *Boletim do Ministério do Trabalho* na secção das convenções colectivas. Trata-se dum documento *sui generis*, com declarações de voto de representantes de Ministérios e que obteve, em 25-Set.-1975, um despacho de concordo do Ministro TOMAZ ROSA <sup>(25)</sup>.

O instrumento apresenta-se como conclusões duma Comissão de Nivelamento nomeada pelo Ministro do Trabalho e pelo Secretário e Estado do Tesouro. Não resistimos a transcrever parte do preâmbulo do documento em causa:

Procedeu-se à revisão das remunerações de estratos mais desfavorecidos, sanaram-se situações escandalosas de privilégios incompatíveis com a sociedade que se pretende edificar, nivelou-se o que foi possível sem perder de vista o contexto histórico do trabalho compreendido e os interesses dos trabalhadores portugueses, bancários e não bancários.

O desenvolvimento do processo político e as medidas que serão levadas a cabo em consonância com ele permitirão, com certeza, criar as condições que possibilitem o aperfeiçoamento das conclusões encontradas, as quais foram amplamente discutidas quer a nível das comissões quer a nível de assembleias de classe.

O “instrumento” em causa não correspondia, efectivamente, a nenhuma fórmula conhecida de regulação laboral. As dúvidas quanto às suas legalidade e eficácia não tardariam. O Governo, através do então Ministro do Trabalho, MARCELO CURTO, optou por reto-

---

<sup>(24)</sup> BMT XLII (1975), n.º 8, 315.

<sup>(25)</sup> BMT XLII (1975), n.º 43, 2267-2271.

mar os precisos termos do “instrumento” em causa numa portaria de regulamentação do trabalho, assinada em 27-Fev.-1976 <sup>(26)</sup>.

#### 4. A evolução posterior a 1978

I. O 1.º acordo colectivo de trabalho das instituições de crédito, expressamente autodenominado vertical, foi assinado em 14-Abr.-1978 <sup>(27)</sup>.

O instrumento, além de 12 anexos e dum Regulamento de Higiene e Segurança no Trabalho, abrangia 162 cláusulas, assim arrumadas:

- Capítulo I – Área, âmbito e vigência – 1.ª a 3.ª;
- Capítulo II – Admissão e carreira profissional – 4.ª a 21.ª;
- Capítulo III – Direitos, deveres e garantias – 22.ª a 38.ª;
- Capítulo IV – Prestação de trabalho – 39.ª a 59.ª;
- Capítulo V – Suspensão da prestação de trabalho – 60.ª a 86.ª;
- Capítulo VI – Retribuição – 87.ª a 104.ª;
- Capítulo VII – Sanções e regime disciplinar – 105.ª a 123.ª;
- Capítulo VIII – Prescrição, regime de prova e privilégio dos créditos – 124.ª a 126.ª;
- Capítulo IX – Formação profissional – 127.ª a 130.ª;
- Capítulo X – Benefícios sociais – 131.ª a 147.ª;
- Capítulo XI – Execução do contrato – 148.ª a 151.ª;
- Capítulo XII – Disposições gerais e transitórias – 152.ª a 162.ª.

O contrato colectivo em causa referia, na sua cláusula 31.ª, a medicina do trabalho, cometendo — n.º 1 — às instituições de crédito, os deveres advenientes do Decreto-Lei n.º 47 511, de 25 de Novembro de 1967 e do Decreto n.º 47 512, da mesma data.

II. Convém ainda ter presente que o Capítulo X — Benefícios sociais onde esta matéria vem tratada, tinha o conteúdo seguinte <sup>(28)</sup>:

- Secção I – Segurança social – 131.ª a 137.ª;
- Secção II – Regime especial de maternidade – 138.ª a 140.ª;

<sup>(26)</sup> BMT 43 (1976) 5, de 30-Mai.-1976, 219-224.

<sup>(27)</sup> BTE 45 (1978), n.º 18, 1146-1182.

<sup>(28)</sup> BTE 45 (1978), I Série n.º 18, de 15-Mai.-1978, 1169-1172, com rectificações BTE 45 (1978), n.º 27, 1758.



Secção III – Subsídio infantil – 141.<sup>a</sup>;

Secção IV – Empréstimo para habitação – 142.<sup>a</sup> a 147.<sup>a</sup>.

Logo a abrir, a cláusula 131.<sup>a</sup> dispunha:

As instituições de crédito, por si ou por serviços sociais privados já existentes, continuarão a garantir aos trabalhadores ao seu serviço os benefícios constantes desta secção (...)

E a 132.<sup>a</sup>/1:

No caso de doença ou invalidez, ou quando tenham atingido 65 anos de idade (invalidez presumida) os trabalhadores a tempo completo têm direito (...)

A Caixa Geral de Depósitos ressaltou a aplicabilidade da sua legislação própria. Surgiram, ainda, reservas quanto a restrições à liberdade de recrutamento. Os sindicatos exararam uma resposta enérgica<sup>(29)</sup>. Uma dúvida concreta ocorrida quanto ao domínio da previdência foi solucionada por decisão arbitral depositada a 31-Jul.-1978<sup>(30)</sup>. Um aviso para uma Portaria de Extensão relativa a este acordo colectivo e à subsequente decisão arbitral foi publicado no BTE<sup>(31)</sup>.

Em 3-Ago.-1978, foram depositados 6 acordos de adesão relativos àqueles instrumentos<sup>(32)</sup>, seguindo-se mais 2, no dia seguinte<sup>(33)</sup> e mais 3, em 16-Nov.-1978<sup>(34)</sup>.

O Contrato Colectivo de 14-Abr.-1978 conheceu, a partir de 15-Mai.-1979, algumas alterações: fundamentalmente salariais<sup>(35)</sup>.

---

<sup>(29)</sup> BTE 45 (1978), n.º 18, 1182.

<sup>(30)</sup> BTE 45, I Série (1978), n.º 29, de 8-Ago.-1978, 1913-1914; a Comissão Arbitral era composta por CARLOS MOTA PINTO, ANTONIO MONTEIRO FERNANDES e MANUEL PEREIRA BARROCAS.

<sup>(31)</sup> Mais precisamente: BTE 45, I Série (1978), I.ª Série, n.º 33, de 8-Set.-1978, 2125.

<sup>(32)</sup> BTE 45, I Série (1978), n.º 30, de 15-Ago.-1978, 1944-1946.

<sup>(33)</sup> *Idem*, 1947-1948.

<sup>(34)</sup> BTE 45, I Série (1978), n.º 44, de 29-Nov.-1978, 3262-3263.

<sup>(35)</sup> BTE 46, I Série (1979), n.º 22, de 15-Jun.-1979, 1682-1683; foi depositada a 20-Jun.-1979 e rectificada em 31-Mai.-1979, BTE 46 cit., n.º 27, 1968.

III. Um 2.º Contrato de Trabalho vertical foi assinado em 28-Jun.-1980 <sup>(36)</sup>. Trata-se dum instrumento sistematicamente semelhante ao de 1978, com alterações no seu interior.

O âmbito da segurança social passou a constar da cláusula 135.<sup>a</sup> <sup>(37)</sup>, muito semelhante à anterior e acima transcrita cláusula 131.<sup>a</sup>. A alteração mais saliente deu-se no acrescento do seguinte dispositivo:

Porém, nos casos em que benefícios da mesma natureza sejam atribuídos por instituições ou serviços de segurança social (...) apenas será garantida pelas instituições de crédito a diferença entre o valor desses benefícios e o dos previstos neste contrato.

A integração das profissões em níveis foi publicada no ano seguinte <sup>(38)</sup>. E nesse mesmo ano, houve um acordo de revisão com incidência remuneratória <sup>(39)</sup>.

Sucederam-se, depois, os acordos de adesão: 2, publicados em 30-Mar.-1981 <sup>(40)</sup>, 1 em 22-Jun.-1981 <sup>(41)</sup>, 1 em 22-Jul.-1981 <sup>(42)</sup>, 1 em 29-Sep.-1981 <sup>(43)</sup>, 2 em 14-Nov.-1981 <sup>(44)</sup>, 1 em 19-Fev.-1982 <sup>(45)</sup>, 1 em 19-Mar.-1982 <sup>(46)</sup>, 1 em 10-Mai.-1982 <sup>(47)</sup>.

IV. O 3.º contrato colectivo de trabalho vertical para o sector bancário foi assinado em 8-Jul.-1982 <sup>(48)</sup>. Este instrumento man-

<sup>(36)</sup> BTE 47, I Série (1980), n.º 26, de 15-Jul.-1980, 1770-1807; depositada em 10-Jul.-1980 e rectificada no BTE 47, I Série (1980), n.º 34, de 15-Sep.-1980, 2403.

<sup>(37)</sup> BTE 47 cit., 1795.

<sup>(38)</sup> BTE 48, I Série (1981), n.º 25, de 8-Jul.-1981, 1797.

<sup>(39)</sup> BTE 48, I Série (1981), n.º 26, de 15-Jul.-1981, 1842-1843; foi depositado em 10-Jul.-1981.

<sup>(40)</sup> BTE 48, I Série (1981), n.º 13, de 8-Abr.-1981, 832.

<sup>(41)</sup> BTE 48, I Série (1981), n.º 23, de 22-Jun.-1981, 1477.

<sup>(42)</sup> BTE 48, I Série (1981), n.º 27, de 21-Jul.-1981, 1851.

<sup>(43)</sup> BTE 48, I Série (1981), n.º 36, de 29-Sep.-1981, 2671.

<sup>(44)</sup> BTE 48, I Série (1981), n.º 42, de 14-Nov.-1981, 2992.

<sup>(45)</sup> BTE 48, I Série (1982), n.º 8, de 27-Fev.-1982, 450; tratava-se do

IFADAP.

<sup>(46)</sup> BTE 48, I Série (1982), n.º 13, de 8-Abr.-1982; tratava-se da UNICRE.

<sup>(47)</sup> BTE 48, I Série (1982), n.º 19, de 22-Mai.-1982, 1180.

<sup>(48)</sup> BTE 49, I Série (1982), n.º 26, de 15-Jul.-1982, 1542-1582.

tém a sistematização que ascende a 1978 e, mais longe, à arbitragem de 1973, embora com uma tendência para um alargamento progressivo. Eis o sumário do seu conteúdo:

Capítulo	I – Área, âmbito e vigência – 1. <sup>a</sup> a 3. <sup>a</sup> ;
Capítulo	II – Admissão e carreira profissional – 4. <sup>a</sup> a 25. <sup>a</sup> ;
Capítulo	III – Direitos, deveres e garantias – 26. <sup>a</sup> a 42. <sup>a</sup> ;
Capítulo	IV – Prestação de trabalho – 43. <sup>a</sup> a 63. <sup>a</sup> ;
Capítulo	V – Suspensão da prestação de trabalho – 64. <sup>a</sup> a 88. <sup>a</sup> ;
Capítulo	VI – Retribuição – 89. <sup>a</sup> a 105. <sup>a</sup> ;
Capítulo	VII – Trabalhador-estudante – 106. <sup>a</sup> a 110. <sup>a</sup> ;
Capítulo	VIII – Sanções e regime disciplinar – 111. <sup>a</sup> a 129. <sup>a</sup> ;
Capítulo	IX – Prescrição, regime de prova e privilégio dos créditos – 130. <sup>a</sup> a 132. <sup>a</sup> ;
Capítulo	X – Formação profissional – 133. <sup>a</sup> a 136. <sup>a</sup> ;
Capítulo	XI – Benefícios sociais – 137. <sup>a</sup> a 154. <sup>a</sup> ;
Capítulo	XII – Execução do contrato – 155. <sup>a</sup> a 158. <sup>a</sup> ;
Capítulo	XIII – Disposições gerais e transitórias – 159. <sup>a</sup> a 165. <sup>a</sup> .

O contrato colectivo abrangia, depois, diversos anexos — mais precisamente cinco — e um Regulamento de Higiene e Segurança no Trabalho. A matéria atinente à segurança social tinha escassas alterações: escalonava-se, agora, a partir da cláusula 137.<sup>a</sup>. Todavia, acentuou-se a pressão tendente à integração dos trabalhadores bancários no sistema de segurança social. Isso levou à inserção da cláusula 141.<sup>a</sup> (Regime transitório de segurança social), com o seguinte teor:

1. É criada uma comissão formada por 2 representantes das instituições de crédito nacionalizadas, por 1 representante das demais instituições de crédito e por 3 representantes dos sindicatos signatários, com o objectivo de elaborar os estudos e projectos necessários à integração dos trabalhadores bancários no sistema de segurança social, constitucionalmente previsto.

2. A comissão deverá apresentar no prazo de 1 ano projecto de diploma necessário a ser concretizada a integração prevista no número anterior, com respeito pelos direitos adquiridos.

3. Enquanto não for concretizada a integração referida nos números anteriores, o trabalhador que abandonar o sector bancário, por razões que não sejam da sua iniciativa, nomeadamente o despe-

dimento, terá direito, quando for colocado na situação de reforma por invalidez ou velhice prevista no regime de segurança social que lhe for aplicável, ao pagamento pela respectiva instituição de crédito da importância necessária a complementar a sua pensão de reforma, até ao montante que lhe corresponderia se o tempo de serviço prestado no sector bancário fosse considerado como tempo de inscrição na segurança social.

4. Para efeitos do disposto no número anterior presume-se que há abandono por iniciativa do trabalhador quando este for despedido por ter faltado injustificadamente durante 20 dias seguidos.

5. Para efeito da contagem do tempo de serviço prestado no sector bancário, referido no n.º 3, aplica-se o disposto nas cláusulas 16.<sup>a</sup> e 144.<sup>a</sup>.

6. O regime estabelecido no n.º 3 desta cláusula só se aplica aos trabalhadores que abandonarem o sector bancário nas condições aí referidas a partir de 15 de Julho de 1982.

A integração em níveis de qualificação foi publicada em 22-Out.-1982 <sup>(49)</sup>. Seguiram-se diversos acordos de adesão, com exemplo no de 21-Abr.-1983 <sup>(50)</sup>. O acordo colectivo de trabalho de 8-Jul.-1982 conheceu uma alteração, fundamentalmente de tipo salarial, assinada em 15-Jul.-1983 <sup>(51)</sup>.

Formalmente, o acordo colectivo de 1982 veio, na sua cláusula 165.<sup>a</sup>, revogar todo o acordo anterior. No entanto e no essencial, ele recebeu-lhe os quadros. A segurança social manteve os dispositivos que a animavam, com a novidade representada pela cláusula 141.<sup>a</sup>, acima transcrita.

V. Um quarto acordo colectivo vertical foi formalmente assinado em 13-Jul.-1984 <sup>(52)</sup>. O instrumento manteve as linhas ante-

<sup>(49)</sup> BTE 49, I Série (1982), n.º 39, de 22-Out.-1982, 2322.

<sup>(50)</sup> BTE 50, I Série (1983), n.º 16, de 29-Abr.-1983, 1113.

<sup>(51)</sup> BTE 50, I Série (1983), n.º 28, de 29-Jul.-1983, 1444-1445; foi depositada em 21-Jul.-1983.

<sup>(52)</sup> BTE 51, I Série (1984), n.º 28, de 29-Jul.-1984; utilizamos uma versão editada pelo Sindicato dos Bancários do Sul e Ilhas.

riores, passando embora a ter 169 cláusulas. A cláusula 169.<sup>a</sup> revogou o anterior “Acordo Colectivo de Trabalho Vertical para o Sector Bancário”. Não obstante, todo o espírito do Direito revogado se manteve, sendo recebido no novo instrumento.

VI. Um novo acordo colectivo de trabalho vertical para o sector bancário foi assinado em 25-Jul.-1986<sup>(53)</sup>; mantém as grandes linhas dos anteriores. A cláusula 38.<sup>a</sup> (Âmbito) conservou intocada a referência que vinha da cláusula 131.<sup>a</sup>, de 1978, quanto à assistência social<sup>(54)</sup>.

A cláusula 142.<sup>a</sup>, por seu turno, conservou o denominado regime transitório de segurança social (o trabalhador que abandonar o sector bancário ...) <sup>(55)</sup>.

VII. Em 26-Jul.-1990 foi assinado um novo acordo colectivo para o sector bancário<sup>(56)</sup>. Em boa verdade, podemos falar em “novo acordo” por o BTE ter procedido a uma publicação integral do instrumento e não, apenas, à publicação das alterações. A sistemática anterior foi mantida.

O acordo colectivo do sector bancário de 1990 conheceu algumas alterações, entradas em 31-Jul.-1992<sup>(57)</sup>.

Em 12-Ago.-1993 foi acordada uma alteração salarial no acordo colectivo de 1992<sup>(58)</sup>. Novas alterações foram subscritas em 26-Out.-1994, com diversas reservas<sup>(59)</sup>. Em 29-Dez.-1996, novas alterações, de ordem fundamentalmente salarial, foram adoptadas<sup>(60)</sup>. Em 23-Jan.-1996, várias instituições de crédito e o

---

<sup>(53)</sup> BTE 53, I Série (1986), n.º 28, de 29-Jul.-1986, 1735-1778; foi depositado em 28-Jul.-1986.

<sup>(54)</sup> BTE 53, I Série cit., 1763/I.

<sup>(55)</sup> BTE 53, I Série cit., 1764/I.

<sup>(56)</sup> BTE 57, I Série (1990), n.º 31, de 22-Ago.-1990, 2418-2464.

<sup>(57)</sup> BTE 59, I Série (1992), n.º 31, de 22-Ago.-1992, 2206-2216; foi depositado em 13-Ago.-1992.

<sup>(58)</sup> BTE 60, I Série (1993), n.º 32, de 29-Ago.-1993, 1416-1417; foi depositada em 13-Ago.-1993.

<sup>(59)</sup> BTE 61, I Série (1994), n.º 42, de 15-Nov.-1994, 1955-1959; foi depositada em 2-Nov.-1994.

<sup>(60)</sup> BTE 63, I Série (1996), n.º 2, de 15-Jan.-1996, 42-43; depositado em 4-Jan.-1996.

Sindicato Nacional dos Quadros Técnicos Bancários celebram um acordo de adesão às referidas alterações <sup>(61)</sup>.

Em 4-Abr.-1997 foram assinadas novas alterações, de relativa amplitude <sup>(62)</sup>. Tais alterações, precedendo as formalidades legais, foram objecto duma Portaria de Extensão, assinada em 19-Mar.-1998. A evolução subsequente não releva, agora, para os propósitos do presente estudo.

### III — A APLICAÇÃO NO TEMPO DE CONVENÇÕES COLECTIVAS DE TRABALHO

#### 5. Aspectos gerais

I. A evolução da contratação colectiva bancária, de que acima demos breve nota, mostra que, ao tema dos trabalhadores que tenham prestado serviço em instituições de crédito, se vieram a aplicar, sucessivamente, dois distintos instrumentos, com soluções diversas. Tais soluções estão corporizadas nas cláusulas 137.<sup>a</sup> e 140.<sup>a</sup> que, embora vigorando hoje, em simultâneo, representam, na verdade, dois esquemas historicamente distintos, como vimos.

Deparamos, nestes termos, com um conflito de normas convencionais no tempo. Esse conflito encontra uma saída com base nas regras gerais de Direito transitório, inseridas no artigo 12.º do Código Civil. Vamos recordar a temática subjacente <sup>(63)</sup>.

II. Os conflitos de normas no tempo ocorrem quando uma mesma situação jurídica entre em contacto com normas novas e velhas. O Direito transitório é, então, chamado a intervir. E pode fazê-lo por uma de duas vias: ou materialmente, fixando um regime de transição que assegure a passagem de um esquema para o outro; ou formalmente, limitando-se a apontar, das leis em con-

<sup>(61)</sup> BTE 63, I Série (1996), n.º 6, de 5-Fev.-1996, 95-96.

<sup>(62)</sup> BTE 64, I Série (1997), n.º 15, de 22-Abr.-1997, 649-654.

<sup>(63)</sup> Cf. MENEZES CORDEIRO, *Manual de Direito do Trabalho* (1994, reimp.), 298; retomamos parte do desenvolvimento expandido no citado estudo em memória do Prof. Castro Mendes.

flito, qual a competente para solucionar o problema. Esta última solução, própria da técnica das normas de conflitos, do tipo do Direito internacional privado, é a mais frequente.

O Direito transitório formal pode, por seu turno, ser geral ou específico. Geral sempre que vise aplicar-se a múltiplas disciplinas, indistintamente consideradas; no essencial, ele encontra-se no artigo 12.º do Código Civil. Especial nos casos em que tenha sido articulado para operar perante as disciplinas específicas: Direito penal, Direito fiscal ou Direito processual civil.

III. No Direito do trabalho não há um Direito transitório especial. Salvo preceitos contidos em diplomas delimitados e para efeitos também limitados e bem demarcados, recorre-se, pois, ao artigo 12.º do Código Civil (64).

Este preceito surge na sequência de uma evolução que cumpre conhecer, ainda que com brevidade.

À primeira vista, poderia parecer que, perante uma sucessão de leis no tempo, a lei nova teria pretensões de aplicação integral: com a sua entrada em vigor, a lei velha seria proscrita da ordem jurídica, desaparecendo todos os seus efeitos a favor da lei nova. Este radicalismo em prol da lei nova conduz a resultados inaceitáveis; basta ver que todas as situações duráveis validamente constituídas ao abrigo da lei antiga — como, por exemplo, os casamentos — seriam postas em causa quando ocorresse uma substituição de leis (65).

Perante esse obstáculo, poder-se-ia gerar um radicalismo de sinal contrário: todas as situações constituídas ao abrigo da lei velha deveriam perdurar tal e qual, quando surgisse uma lei nova com o mesmo âmbito de aplicação. O primado da lei velha também levaria a saídas inconvenientes: certas situações jurídicas ficariam, para sempre, inalteráveis, regendo-se por ordenamentos há muito desaparecidos. Assim sucederia com o direito de propriedade, que faria apelo a normas romanas ou, porventura, ainda anteriores.

(64) Cf. MENEZES CORDEIRO, *Manual de Direito do Trabalho* cit., 198 ss..

(65) OLIVEIRA ASCENSÃO, *O Direito/Introdução e teoria geral*, 11.ª ed. (2000), 529 ss..

Como ponto de partida pode, assim, assentar-se em que lei nova e lei velha têm âmbitos próprios de aplicação. A repartição desses âmbitos há-de ter uma qualquer ligação com a data da entrada em vigor da lei nova, embora não possa depender, em toda a sua extensão, apenas desse factor.

IV. Numa busca de bitolas materiais que ofereçam uma efectiva delimitação entre a lei nova e a lei velha pode apontar-se, em primeira linha, a ideia de que não deve haver retroactividade, no sentido de deverem ser respeitados determinados efeitos já provocados.

Coube a SAVIGNY oferecer um primeiro critério da não retroactividade, isto é, dos efeitos a preservar pela lei nova.

Segundo SAVIGNY, haveria que fazer uma distinção, hoje clássica, entre situações que instituem direitos e situações que estabelecem meras expectativas. Perante o direito adquirido ao abrigo da lei velha, a lei nova deveria deter-se, respeitando. Pelo contrário, defronte de meras expectativas geradas pela lei velha, a lei nova teria aplicação imediata.

Apesar do avanço analítico demonstrado por esta orientação, mantêm-se certos aspectos indesejáveis, já aludidos. Com efeito, não é exacto que um direito adquirido deva ficar intocável, para todo o sempre, regendo-se pela lei velha. Tal situação conduziria, como acima se disse, a que direitos como o de propriedade se pautassem, por exemplo, pelo Direito romano. Para além disso, introduz-se um novo factor de discussão: não é segura a distinção entre direitos e expectativas, sendo de mau método elevar um factor menos claro a chave de todo um sistema.

V. Uma nova ordenação do problema foi preconizada por ENNECERUS e com a maior importância: a sua doutrina foi adoptada por MANUEL DE ANDRADE, passando, através dele, ao Código Civil, mais precisamente ao seu artigo 12.º. Perante uma lei nova, tudo estaria em saber se ela visa regular factos jurídicos ou situações jurídicas.

Quando a lei nova pretenda regular factos jurídicos em si, reportando-se, pois, à sua validade formal e substancial, ela só se aplica aos factos novos. Por exemplo, os contratos de casamento



celebrados ao abrigo da lei antiga sobrevivem quando a lei nova venha estabelecer novos requisitos formais ou substanciais para a celebração de casamentos.

Quando a lei nova vise reger situações jurídicas, ela atinge a generalidade das situações existentes, mesmo quando formadas ao abrigo da lei velha. Por exemplo, a lei que venha alterar o conteúdo da propriedade aplica-se aos direitos já constituídos à data do seu aparecimento. Poderá pôr-se, aqui, um problema de retroactividade, a examinar mais abaixo.

## 6. A substancialização

I. Embora consagrado, o sistema do artigo 12.<sup>o</sup> do Código Civil tende hoje a ser completado.

De facto, o Direito transitório formal é um Direito de conflitos ou um Direito de segundo grau. Ele não regula directamente situações da vida, antes se limitando, de entre várias normas em presença, a apontar qual tem competência para o fazer. O Direito transitório torna-se, assim, acentuadamente irreal, apresentando escassas ligações com os casos concretos.

Esta situação, assim apresentada, não é desejável nem conveniente. Não é desejável porque o Direito visa sempre resolver casos concretos; não pode, pois, e em nenhum dos seus estádios, alhear-se dessa mesma solução, sob pena de formalismo e de irrealismo. Não é conveniente por não corresponder à efectividade do processo de concretização do Direito. Chamado a resolver um problema, o intérprete-aplicador procura a decisão pesando os diversos argumentos que para ela possam contribuir, entre os quais os elementos transitórios: ele não vai, em separado, determinar uma lei transitoriamente aplicável e, depois, proceder às outras operações de concretização. A metodologia actual entende a realização do Direito como tarefa essencialmente integrada; e nessa integração inclui-se a determinação da lei aplicável, se necessário com recurso ao Direito transitório. Todos os elementos acima apontados a propósito da concretização jurídica entram aqui em jogo.

II. A autonomização de um Direito transitório formal é necessária para efeitos de estudo e de análise. Ela deve, no entanto, ser destruída, em momento posterior, por nova síntese que dê a dimensão real da decisão jurídica. Assim, e logo no domínio do Direito transitório, jogam-se os valores fundamentais do ordenamento, os quais não podem ser ignorados.

O Direito transitório tem de atender — e logo de ser sensível — às soluções que efectivamente faculte: a delimitação entre lei nova e lei velha dá-se através de um diálogo entre esquemas formais de aplicação temporal e os valores substantivos em presença.

A tal propósito se fala na substancialização das normas de conflitos: atendendo aos resultados elas condicionam directamente as soluções e dependem delas.

## 7. Retroactividade e direitos adquiridos; *favor laboratoris*

I. Questão melindrosa no Direito transitório é a colocada por normas retroactivas. À letra, retroactividade é a actuação sobre o passado. No entanto, a expressão será aqui usada em termos bastante mais latos: ela implicará qualquer situação em que se venha bulir com algo já existente ou de possível consubstanciação. Torna-se então necessário distinguir diversas formas ou graus de “retroactividade”; o alargamento da ideia vai, de facto, levá-la a abarcar diferentes realidades.

A doutrina especializada tem ido bastante longe nesse domínio; pelas necessidades da exposição vai, de seguida, efectuar-se uma simples distinção de três formas de retroactividade, consubstanciadas em outros tantos graus de ordem decrescente: o terceiro grau ou grau máximo, o segundo grau ou grau médio e o primeiro grau ou grau fraco.

II. No grau máximo ou forte, a lei é retroactiva quando pretenda agir sobre o caso julgado anterior. O caso julgado é uma decisão jurídica definitiva que, formalmente, já não admita mais alterações. Em regra, quando se fala de caso julgado tem-se em vista a sentença transitada, a qual não admite, como se sabe, recurso ordinário. Tal noção pode, contudo, ser estendida a outros

tipos de decisões jurídicas — por exemplo, actos administrativos — que, por razões de Direito, não mais possam ser alteradas.

No grau médio, a lei é retroactiva quando actue sobre factos inteiramente decorridos no passado, ainda que sem a cobertura do caso julgado, isto é, da decisão jurídica insusceptível de alteração por vias ordinárias. Assim sucederia, por exemplo, quando uma lei que baixasse a taxa de juros determinasse a restituição de juros vencidos e pagos ao abrigo da lei velha.

No grau fraco, a lei é retroactiva quando actue sobre situações jurídicas pré-existentes, mas que ainda não produziram todos os seus efeitos; a alteração vai centrar-se, então, sobre os efeitos ainda não verificados. Por exemplo, haveria retroactividade fraca no diploma que, ao alterar as taxas de juros, atingisse os contratos celebrados ao abrigo da taxa anterior, mas de modo a abranger apenas os juros ainda não vencidos.

III. O artigo 12.º do Código Civil pode conduzir, em certos casos, a situações de “retroactividade” fraca ou do primeiro grau: assim sucede quando a lei nova, por pretender regular de modo directo o conteúdo de certas situações jurídicas, atinja situações pré-existentes, constituídas ao abrigo da lei velha. Entende-se pois que fica na disponibilidade do legislador o estabelecer este modo de retroactividade. Certos limites, que ainda devem ser tidos em conta, serão objecto de uma menção específica.

Em compensação, a retroactividade forte ou do terceiro grau é inconstitucional. Segundo o artigo 282.º/3 da Constituição, havendo declaração de inconstitucionalidade com força obrigatória geral, ficam ressalvados os casos julgados firmados ao abrigo do próprio diploma viciado. Este argumento jurídico-positivo somado à necessidade de, por força definitiva, deixar incontroversa a coisa julgada, permite considerar inequívoca a inconstitucionalidade da retroactividade de grau máximo.

A retroactividade média — portanto aquela que vai atingir efeitos inteiramente produzidos ao abrigo da lei velha — coloca questões de fronteira mais delicadas. Julga-se que o legislador pode impor esquemas de retroactividade média desde que o faça expressamente e desde que, ao fazê-lo, respeite certos postulados constitucionais. Por exemplo, o diploma que viesse alterar a taxa

de juros e que determinasse a restituição de juros anteriormente vencidos e pagos, iria bulir com o artigo 62.º da Constituição, que garante a propriedade privada. A retroactividade seria possível desde que os titulares atingidos fossem indemnizados.

IV. Ocorre perguntar se o *favor laboratoris*, enquanto norma de conflitos, tem algum particular papel a desempenhar nas questões acima referidas dos conflitos temporais de normas e dos graus de retroactividade. O problema é despoletado pela existência de algumas regras específicas de Direito transitório laboral, como as contidas nos hoje revogados artigos 10.º e 54.º dos Decretos-Leis n.º 49.408, de 24 de Novembro de 1969 e n.º 409/71, de 27 de Setembro, respectivamente, que ressalvam os esquemas anteriores, no que sejam mais favoráveis para os trabalhadores. Hoje, poderemos referir, como exemplo, o artigo 11.º/1 da Lei n.º 99/2003, de 27 de Agosto, que aprovou o Código do Trabalho: ressalva as remunerações anteriores, quando mais elevadas. Também o artigo 8.º/1 da mesma Lei ressalva as situações totalmente consumadas, ao tempo da lei velha <sup>(66)</sup>.

Como é sabido, a existência, num ramo normativo, de soluções particularizadas tanto pode dar lugar a argumentos por analogia como *a contrario*. Não é possível escolher logicamente entre eles, numa das críticas tradicionais à jurisprudência dos conceitos. Por isso, há que atentar nos valores em jogo.

Tanto o Decreto-Lei n.º 49.408 como o Decreto-Lei n.º 409/71, pelo seu teor como pela conjuntura expansionista em que surgiram visaram, de modo assumido, melhorar as condições dos trabalhadores. Ora bem estranho seria que, pontualmente, elas viessem piorar: antes, então, que se mantivessem. Por isso os citados artigos 10.º e 54.º não obedecem a qualquer lógica do Direito transitório mas, tão só, à lógica dos diplomas em que eles se incluem. Nessa base não é possível qualquer generalização: o artigo 12.º do Código Civil, com as suas conexões, suplanta o *favor*. Mas já os artigos 8.º/1 e 11.º/1 do Código do Trabalho exprimem uma concretização, no Direito do trabalho, de regras gerais. Estas dão, assim e aí, lugar a um *favor* mais consistente.

(66) Cf. PEDRO ROMANO MARTINEZ, *Código do Trabalho Anotado* (2003), 39-40.

V. O material reunido permite responder ao problema dos “direitos adquiridos” dos trabalhadores.

A expressão “direitos” é, com frequência, utilizada sem o alcance técnico que lhe deveria caber. Recorde-se o “direito” ao trabalho que corresponde, no fundo, à ideia programática, a defender por via política, de que o Estado deve prosseguir uma política de pleno emprego ou os “direitos” referidos no artigo 15.º/2 da LRCT que se reportam a figuras ainda não “cristalizadas” ou “vencidas”.

Em tais circunstâncias, impõem-se algumas distinções dentro do universo amplo “direitos”; ficam abrangidos:

- direitos subjectivos reconhecidos por sentença transitada ou equivalente;
- direitos subjectivos já formados na esfera jurídica do titular e exercidos; por exemplo, a retribuição vencida e paga;
- direitos subjectivos já formados na esfera jurídica em causa mas ainda não exercidos; por exemplo, a retribuição vencida mas não paga;
- expectativas automáticas; por exemplo, se atingir cinco anos de serviço, obtém uma diuturnidade;
- expectativas simples: se tiver bom serviço pode ser promovido;
- expectativas programáticas: concretizando o plano constitucional, há pleno emprego, qualidade de vida, etc..

VI. Os “direitos” referidos são tutelados nos precisos termos acima considerados a propósito dos graus de retroactividade.

No caso julgado não se pode tocar, sob pena de inconstitucionalidade. Os verdadeiros direitos subjectivos são direitos patrimoniais privados: ninguém pode ser despojado deles sem justa indemnização.

As expectativas — por vezes ditas “direitos” ainda não formados — são vulneráveis. Ninguém tem direito ao salário do próximo ano; nem sequer trabalhou, aliás, no correspondente período, podendo até nunca o vir a fazer. Mesmo as expectativas automáticas podem ser suprimidas, assim sucedendo, designadamente, quando integrem situações complexas alteradas pela lei nova; pense-se, por exemplo, no caso do arrendamento. Esta vulnerabili-

dade das expectativas tanto opera perante as automáticas como perante as simples.

As expectativas programáticas, por fim, dão lugar a pretensões políticas, a actuar dentro das regras próprias da democracia representativa.

VII. O quadro traçado permite, segundo se julga, solucionar o problema posto pela sucessão no tempo de IRCs. As situações laborais atingidas pelos dois instrumentos — o velho e o novo — regem-se por um ou por outro, de acordo com o artigo 12.º do Código Civil.

Quando — como será de regra dado o seu teor regulativo — o novo IRC vise as próprias situações jurídicas, ele aplica-se às pré-existentes desde a sua entrada em vigor, embora ressalvados os efeitos produzidos. O que é dizer:

- os direitos subjectivos executados ou consolidados ao abrigo do instrumento velho mantêm-se segundo este;
- as posições em formação, mas ainda não subjectivizadas, regem-se pelo instrumento novo.

Deve esclarecer-se, quanto à primeira das referidas categorias, que o direito subjectivo se tem por consolidado logo que fiquem preenchidos todos os seus requisitos substanciais. Isso não é afectado pelo facto de a sua eficácia depender de eventuais *conditiones iuris* tais como: o beneficiário estar vivo aquando da passagem de determinada data, ainda que esta ocorra no futuro. Recorde-se que a condição é, por essência, retroactiva (artigo 276.º, do Código Civil), vindo apenas completar algo predeterminado desde o início.

#### IV — O REGIME DA REFORMA NO SECTOR BANCÁRIO

##### 8. A problemática subjacente

I. As considerações acima expendidas sobre a substancialização do Direito transitório mostram que não podemos abordar o regime da reforma no sector bancário, na parte em que deriva de

uma sucessão de convenções colectivas, sem ter consciência da problemática subjacente. As valorações que dela emergem deverão contribuir para afeição das regras de Direito transitório a ter em conta.

II. Os contratos colectivos do sector bancário, praticamente desde o início, cometeram, às instituições de crédito, determinadas funções assistenciais. Fizeram-no, naturalmente, por não estar montada uma estrutura própria para a assistência do sector bancário. Todavia, surpreende que o problema se tenha arrastado desde 1938, não estando ainda resolvido na passagem do 25-Abr.-1974. De certo modo, ainda hoje operam consequências dessa inacção: os serviços de assistência médica ou SAMS. Tudo leva a crer que as próprias instituições de crédito não estavam interessadas na criação de serviços assistenciais no sector. Porquê?

III. Desde logo — o ponto é relevado, aliás, na jurisprudência — porque a criação de tais serviços obrigaria as entidades empregadoras a descontar para eles. Os próprios trabalhadores teriam, também, de o fazer, logo surgindo a tendência para repercutirem a quebra do rendimento líquido, assim provocada, em novos pedidos de aumentos salariais. Digamos que a assunção, pela própria banca, de funções assistenciais envolveria a poupança imediata do financiamento de organismos assistenciais específicas. Repare-se, aliás, que tais organismos, pela natureza das coisas, acabam sempre por traduzir novos dispêndios: pessoal próprio, instalações e diversas despesas de organização e de funcionamento. Tudo isso acabará, em última análise, por pesar sobre o sector.

IV. Devemos, depois, ter em conta que a assunção, pelas instituições de crédito, de funções assistenciais as leva a constituir provisões específicas, para a eventualidade de deverem honrar os compromissos assumidos. Pois bem: tais provisões permitem, no fundo, a gestão dos inerentes valores e representam, caso não haja esforço assistencial, uma autêntica mais-valia para as instituições responsáveis.

V. Por seu turno, cabe sublinhar as expectativas legítimas dos trabalhadores bancários. Aquando da contratação e, mais tarde, durante todo o desenvolvimento da respectiva carreira, os trabalhadores do sector abdicariam de outras soluções profissionais, sabendo que tinham garantido um bom enquadramento assistencial: *maxime* uma reforma de qualidade, assegurada por instituições de solvabilidade garantida.

Em suma: as instituições de crédito tiraram um partido imediato da lei velha; os trabalhadores tinham uma confiança legítima de beneficiarem, mais tarde, dessa mesma lei.

## 9. O sentido da “lei nova”

I. Até 1982, as instituições de crédito, pelas razões acima explicitadas e dentro das valorações daí decorrentes, mantiveram uma plena responsabilidade pelas prestações assistenciais aos seus trabalhadores. No tocante à reforma: garantiram-na, pelo patamar da última categoria retributiva.

Nessa data e como vimos, foi prevista uma comissão para a integração dos trabalhadores bancários na segurança social. Perfilava-se, desde 1938, a perda das relativas vantagens que o sector arrecadava, mercê da não sujeição às regras da segurança social: descontos, novas pressões sobre os salários e perda da gestão dos fundos correspondentes. Donde a contrariedade da cláusula 141.<sup>a</sup>/3: as instituições de crédito deixavam de garantir a reforma por inteiro, passando a assumir, apenas, “... a importância necessária para complementar a sua pensão de reforma, até ao montante que lhe corresponderia se o tempo de serviço prestado para o sector bancário fosse considerado como tempo de inscrição na segurança social”.

II. Todavia, os parceiros laborais colectivos, em 1982, tiveram consciência de que a cláusula 141.<sup>a</sup>/3 ia atingir direitos já constituídos, dos trabalhadores. Por isso, pelo seu n.º 6, só se aplicava aos trabalhadores que abandonassem o sector bancário a partir de 15-Jul.-1982. Para os outros, mantinha-se em vigor o “regime pleno” inserido na cláusula 137.<sup>a</sup>. Porquê?



III. Estando em vigor o regime “normal” da segurança social, as instituições de crédito pagariam duas vezes pelo mesmo trabalhador: directamente e mediante os descontos a fazer para as caixas ou equivalentes. Não era justo nem adequado, pelo que se fixou uma fronteira.

Nos contratos subsequentes, esse preceito — o do n.º 6 — já não era necessário. A lei nova, com os seus novos equilíbrios e a sua lógica intrínseca passaria a funcionar para o futuro. Entenda-se: para as situações novas.

## **10. A salvaguarda das situações consubstanciadas perante a lei velha**

I. Perante os elementos coligidos, começa a sedimentar-se a conclusão inevitável de que as situações consubstanciadas antes de 1982 não podem deixar de se reger inteiramente pela lei velha.

Em face do artigo 12.º/1 do Código Civil, a subsunção é flagrante: ficam ressalvados os efeitos já produzidos pelos factos que a lei se destina a regular. A lei nova não veio reger pensões de reforma; apenas os contratos em vigor depois dela, fazendo-o, naturalmente, para o futuro. Nas revisões subsequentes, a ressalva desapareceu pela sua inutilidade.

II. As considerações do Direito transitório — seja o geral, seja o especial — são confirmadas pela substancialidade das ocorrências. Perante os trabalhadores que tenham abandonado o sector bancário antes de 1982: as instituições não fizeram descontos; não suportaram acréscimos salariais compensadores; efectuaram e geriram provisões adequadas. Como exonerá-las da competente responsabilidade?

III. E pelo prisma dos trabalhadores: aceitaram toda uma carreira na mira (entre outras) das vantagens assistenciais de que iriam usufruir, no termo da sua vida activa. Como privá-los de uma vantagem conseguida no passado, em nome de uma lei nova que nem como retroactiva se apresenta? Aliás, se como tal se apresentasse,

ela seria inconstitucional, pela pura e simples violação do artigo 62.º/1, da Constituição.

Se a isso somarmos os vectores juslaborais da tutela dos direitos adquiridos e do *favor laboratoris* na sucessão de leis no tempo, reforçada fica a necessidade de rever, quanto antes, a jurisprudência que, contrariando a orientação tradicional e inteiramente correcta, neste domínio, do nosso foro social, procurou inovar. O sistema jurídico e a Ciência do Direito, na sua globalidade, assim o recomendam.



# A NOVA DISCIPLINA DAS INVALIDADES DOS DIREITOS INDUSTRIAIS

*Pelo Prof. Doutor Luís Alberto de Carvalho Fernandes*

## *SUMARIO:*

I - 1. Objecto da exposição 2. Razão de ordem II - 3. Considerações prévias 4. A nulidade 5. A anulabilidade 6. Pontos comuns à nulidade e à anulabilidade; enumeração 7. Pontos comuns à nulidade e à anulabilidade; âmbito 8. Pontos comuns à nulidade e à anulabilidade; modo de invocação 9. Pontos comuns à nulidade e à anulabilidade; efeitos III - § 1.º Patentes 10. Considerações prévias 11. Causas da nulidade 12. In-validade parcial - § 2.º Modelos de utilidade 13. Considerações prévias 14. Causas da nulidade - § 3.º Topografias de produtos semicondutores 15. Considerações prévias 16. Causas da nulidade - § 4.º Desenhos ou modelos 17. Considerações prévias 18. Causas da nulidade 19. Causas da anulabilidade 20. Invalidade parcial - § 5.º Marcas ou direitos derivados 21. Considerações prévias 22. Causas da nulidade 23. Causas da anulabilidade 24. Regime da anulação - § 6.º Recompensas 25. Anulabilidade - § 7.º Nome ou insígnia de estabelecimento 26. Considerações prévias 27. Causas da nulidade 28. Causas da anulabilidade e regime da anulação - § 8.º Logótipo 29. Remissão - § 9.º Denominações de origem e indicações geográficas 30. Considerações prévias 31. Causas da nulidade 32. Causas da anulabilidade e regime da anulação IV - 33. Razão de ordem 34. A dicotomia nulidade/anulabilidade 35. A invalidade como causa da extinção dos direitos de propriedade industrial 36. O objecto da invalidade 37. A articulação entre o regime da recusa e da invalidade dos direitos industriais

## CAPÍTULO I

### PRELIMINARES

#### 1. Objecto da exposição (\*)

O objecto da minha intervenção neste Curso de Pós-Graduação em Propriedade Industrial respeita a uma matéria — a invalidade — em si mesma situada na Teoria Geral do Direito, tendo a sua sede própria na função do negócio jurídico, quando esta se mostra afectada por vícios genéticos desse acto. Por isso, o seu regime comum se situa no Código Civil, nos arts. 286.º a 294.º.

Ela não é, contudo, privativa destes actos jurídicos nem deste ramo do Direito, antes tem cabimento em muitos outros domínios, muito embora não possa deixar de ser influenciada pela maneira de ser dos institutos a que se liga nas suas variadas aplicações concretas.

Assim se explicam as frequentes intervenções do legislador na fixação de regimes particulares da invalidade, como justamente acontece na área da propriedade industrial.

Nesta base, a nosso ver, o estudo monográfico de tais regimes não se deve circunscrever à sua descrição, mas ter como preocupação dominante averiguar se os desvios à teoria geral, que ela nos revele, se justificam pela índole da matéria onde operam, e a ela se adequam. Neste plano, a visão de um *generalista* pode trazer apegas úteis e só por esta razão nos *atrevermos*, distantes como temos

---

(\*) Este texto assenta nos tópicos que serviram de base à lição proferida, em 11 de Dezembro de 2002, na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, no 4.º Curso de Pós-Graduação em Propriedade Industrial 2002/2003, desenvolvendo-os e actualizando-os. Com efeito, essa lição foi proferida na vigência do Código da Propriedade Industrial de 1995 e, embora já então estivesse anunciada a aprovação de novo Código, não o podia ainda levar em conta, pois só veio a ser publicado meses mais tarde (Dec.-Lei n.º 36/2003, de 5 de Março).

O Código que vai passar a vigorar dois meses após a data em que se escreve este texto — Maio de 2003 — introduz várias alterações na matéria de que este estudo se ocupa, umas mais significativas do que outras, mas mantém o modelo de regulamentação adoptado no Código de 1995, como no texto logo de seguida se dirá. Podemos, por isso, ao reduzir a escrito a exposição naquela data feita sobre o regime das invalidades dos direitos industriais, seguir a sistematização que presidiu à sua exposição oral.

andado do direito da propriedade industrial, a aceitar o honroso convite que nos foi dirigido e dar o contributo ao nosso alcance neste *Curso*, ao lado de tão ilustres especialistas.

## 2. Razão de ordem

I. As considerações anteriores servem também para explicar a ordenação básica que vai presidir à exposição subsequente.

A descrição das soluções adoptadas pelo direito constituído impõe-se em primeiro lugar, pois só após o seu conhecimento podemos partir para a sua apreciação crítica.

Cada um destes temas será objecto de um capítulo próprio: *descrição do regime e sua análise crítica*.

Só em relação ao primeiro se justificam algumas notas prévias sobre a arrumação das matérias por ele abrangidas.

II. Acontece que no novo Código da Propriedade Industrial <sup>(1)</sup> — que neste campo não se afasta do anterior —, o tratamento da invalidade aparece fragmentado, repartindo-se pelos seus dois primeiros títulos. Assim, na “Parte Geral” (Título I) estabelecem-se regras gerais para todos os direitos industriais [arts. 33.º a 36.º <sup>(2)</sup>]. Por seu turno, no Título II, que, sob a epígrafe «Regimes jurídicos da propriedade industrial», se ocupa dos vários direitos industriais privativos <sup>(3)</sup>, estatuem-se regras particulares para a grande maioria deles.

Por assim ser, na descrição do regime da invalidade em propriedade industrial, seguindo o direito positivo, vamos distinguir esses dois momentos: *regime geral e regimes particulares*.

Em relação a cada um deles, há, porém, diferentes exigências de sistematização que, embora sucintamente, devem ainda ser dadas a conhecer.

(1) Adiante designado por *Código*.

(2) São deste *Código* os preceitos legais citados sem indicação de origem, sempre que do contexto não resulte algo diferente; quando sejam necessárias referências ao *Código* anterior, ele será identificado como *Código de 1995*.

(3) Sobre a natureza jurídica dos direitos privativos e a sua tipicidade, cfr. Carlos Olavo, *Propriedade Industrial*, Almedina, 1997, págs. 20 e segs. e 30 e segs..

III. Na propriedade industrial, seguindo, nesta matéria, o Código Civil, o legislador distingue, na invalidade, os seus dois regimes típicos: nulidade e anulabilidade (4).

Esta distinção, como é manifesto, releva tanto no tratamento comum a todos os direitos industriais como no dos direitos privativos. Logo, em qualquer destes dois planos não podemos deixar de a ela atender, sem prejuízo de, por economia de tempo, ser conveniente abordar conjuntamente certos aspectos em que o regime se aplica tanto à nulidade como à anulabilidade.

São, porém, diversas as preocupações que dominam cada um dos momentos por que se divide a exposição.

Na parte comum a todos os direitos industriais trata-se de descrever o regime da invalidade nos diversos aspectos de que o Código se ocupa. E, no que seja omissivo, apurar até onde é legítimo e em que termos — preencher a lacuna com o regime civilístico da invalidade.

Diferentemente se passam as coisas quanto aos regimes particulares dos vários direitos privativos. Aí, o que interessa destacar são os aspectos próprios de cada um, tanto mais quanto é certo, como de seguida melhor se verá, que eles podem respeitar apenas a um tipo de invalidade, e nem sempre ao mesmo para esses diversos direitos.

## CAPÍTULO II

### DESCRIÇÃO DO REGIME DA INVALIDADE

#### SECÇÃO I

#### REGIME GERAL

### 3. Considerações prévias

A preceder a exposição do tratamento da invalidade no Código, duas notas merecem referência, por se relacionarem tanto com a nulidade como com a anulabilidade.

---

(4) Seguimos aqui a construção que defendemos em *Teoria Geral do Direito Civil*, vol. II, 3.ª ed., rev. e aum., UCE, Lisboa, 2001, págs. 463 e segs.; dela daremos nota adiante (n.º 34), a propósito de matéria a que mais interessa.

Respeita a primeira ao enquadramento legal da matéria.

Os preceitos que dela se ocupam (arts. 33.º a 36.º) estão integrados no Capítulo IV do Título I e são subordinados à epígrafe «Extinção dos direitos de propriedade industrial».

Abrangem-se, assim, no mesmo capítulo, além da invalidade, a caducidade e a renúncia de direitos industriais, solução sobre cujo rigor técnico-jurídico oportunamente teremos de nos pronunciar.

A segunda nota respeita ao objecto da invalidade.

Os arts. 33.º a 36.º referem-na aos *títulos de propriedade industrial*.

O destaque deste ponto justifica-se, não tanto para avaliar a justeza da solução — matéria de que nos ocuparemos no último capítulo da exposição —, mas para chamar desde já a atenção para o facto de não ser ela a perfilhada em relação aos direitos privativos.

#### 4. A nulidade

I. O regime geral da nulidade em propriedade industrial contém-se no art. 33.º do *Código*.

Regulam-se aí três pontos: âmbito da nulidade, suas causas e prazo de arguição.

Verifica-se, porém, quanto ao primeiro, que ele tem larga correspondência no regime da anulabilidade, pelo que reservamos a sua análise para quando nos ocuparmos do regime comum aos dois tipos de invalidade.

II. As causas da nulidade dos títulos de propriedade industrial, segundo o artigo citado, reduzem-se a três categorias.

Por força da al. a) do n.º 1 desse preceito, o título de propriedade industrial é nulo quando o objecto do correspondente direito privativo não seja susceptível de protecção.

É, pois, em função da noção de cada um destes direitos e dos requisitos a que ele deve obedecer que esta causa de nulidade tem de ser apurada. A seu tempo veremos que o *Código*, coonestando este entendimento, acaba por reeditar, para os direitos privativos esta causa geral, embora sob vestes distintas.



Para além desta, é também causa da nulidade a «preterição de procedimentos ou formalidades imprescindíveis para a concessão do direito» (5).

Trata-se, pois, numa formulação sintética, de se verificar a inobservância de *formalidades essenciais* do procedimento de concessão do direito. Já se deixa ver que estamos perante um *conceito geral* que há-de ser preenchido em função das exigências procedimentais estatuídas para cada direito privativo.

Finalmente, a al. c) do n.º 1 do art. 33.º considera nulos os títulos de propriedade «quando forem violadas regras de ordem pública».

Este preceito, que não tinha correspondência na lei anterior, não faz mais do que explicitar uma solução que sempre resultaria do regime comum da invalidade, seja pela via mais directa do art. 294.º do Código Civil, seja pela menos directa do art. 280.º, n.º 2, deste mesmo Código.

Como nota final, comum a todas as causas da nulidade enumeradas no art. 33.º, pode dizer-se ser este o valor a elas adequado, mesmo se consideradas na perspectiva dos critérios civilísticos que presidem à distinção entre nulidade e anulabilidade.

III. Sobre o prazo de arguição da nulidade rege o n.º 2 do art. 33.º, estatuinto que ela é invocável a todo o tempo.

Explicitou assim o legislador a solução que já se devia considerar consagrada do n.º 2 do art. 32.º do *Código de 1995*, afastando eventuais dúvidas que ele podia suscitar (6).

---

(5) Embora a redacção desta alínea peque por nela se fazer, dupla e desnecessariamente, referência à *concessão* do direito, ela tem o mérito de afastar um texto manifestamente *infeliz* — para sermos generosos — do preceito correspondente do *Código de 1995* [art. 32.º, n.º 1, al. b)], quando nele se fazia referência à preterição de formalidades «susceptíveis» (*sic*) de pôr em causa o resultado final do processo de concessão; ora, não são as formalidades a causar esse resultado — estas propiciam-no, espera-se, por isso são exigidas —, mas a sua preterição!

(6) Disponha-se nele que «a declaração de nulidade pode ocorrer enquanto subsistir o interesse nessa declaração». O alcance do preceito seria o de significar que a nulidade podia ser invocada para além do prazo de caducidade dos direitos de propriedade industrial (cfr. Oliveira Ascensão, *A Segunda Versão do Projecto de Código da Propriedade Industrial*, sep. da Revista da Faculdade de Direito, Lisboa, 1992, págs. 76-77, em escrito dirigido especialmente às patentes, tendo por objecto o Projecto relativo ao que viria a ser o *Código de 1995*).

Em suma, quanto a este ponto, o *Código* segue, na nulidade em direito da propriedade industrial, o regime comum estabelecido no art. 286.º do Código Civil.

## 5. A anulabilidade

I. À semelhança do que ocorre na nulidade, o *Código* dedica também um preceito específico à anulabilidade: art. 34.º.

Ocupa-se ele, tal como o anterior, do âmbito deste valor negativo, em termos que, como atrás foi dito a respeito da nulidade, nos levam a reservar a sua análise para momento ulterior. Para além disso, enumeram-se as causas gerais da anulabilidade e estabelece-se, para uma delas, uma solução alternativa à anulação.

II. Os vícios que geram anulabilidade dos títulos de propriedade industrial vêm enumerados no n.º 1 do art. 34.º, em termos que exigem clarificação.

O *corpo* desse número identifica como causa da anulabilidade a circunstância de o titular não ter direito aos títulos.

Trata-se de uma causa genérica, porquanto logo se acrescenta: «e nomeadamente», por referência às alíneas desse número. Importa, pois, verificar que causas da anulabilidade nelas se contêm e como se articulam com o *corpo* do número em análise.

A al. a) determina a anulabilidade do título quando o direito não pertença àquele a quem está atribuído. Há-de entender-se que está aqui em causa o direito privativo a que o título se refere.

Em si mesma, esta alínea limita-se a dizer, no plano dos direitos de propriedade industrial, o que o *corpo* do preceito genericamente diz quanto aos respectivos títulos.

É, assim, discutível a sua necessidade, dúvida que se adensa quando a articulamos com a al. b).

Com efeito, esta prevê a anulabilidade dos títulos se forem concedidos com preterição «dos direitos previstos nos artigos 58.º, 59.º, 121.º, 122.º, 156.º, 157.º, 181.º, 182.º e 226.º», remissão que, a nosso ver, só pode ser vista com profunda estranheza.

Desde logo, os arts. 58.º e 59.º definem precisamente quem tem direito à patente; e os restantes três pares de artigos limitam-se

a dizer o mesmo, sucessivamente, para os modelos de utilidade, as topografias de produtos semicondutores e os desenhos ou modelos, porquanto mais não fazem do que remeter para os arts. 58.º e 59.º!

Por seu turno, o art. 226.º rege sobre os termos em que o agente ou representante do titular de uma marca registada num dos países membros da União ou da OMC, mas não registada em Portugal, pode obter registo dessa marca em seu próprio nome (?).

Depende tal registo de autorização do titular da marca; se não for obtida, o titular da marca tem o direito de se opor ao registo, salvo se o agente ou representante justificar o seu procedimento.

O registo da marca em nome próprio do agente ou representante, com violação do disposto neste preceito, torna o título anulável, segundo a al. b) do n.º 1 do art. 33.º.

Isto é, se não estamos a ver mal, esta norma nada acrescenta de substancial à al. a) do mesmo artigo (8). De facto, aquela alínea diz que o título de propriedade industrial é anulável se for concedido com preterição dos direitos daquele a quem o direito privativo pertence. O que só pode significar que a concessão é feita a quem o direito não pertence, caso em que a anulabilidade já resultava da al. a), se não mesmo do *corpo* do art. 34.º.

Não compreendemos, por isso, o que levou o legislador a optar por esta formulação da al. b) do n.º 1 do art. 34.º, afastando a da al. b) do n.º 1 do art. 33.º do *Código de 1995*. Embora a sua redacção pudesse, se tal se entendesse necessário, ser melhorada, ela tinha, a nosso ver, um sentido útil. Dela resultava a anulabilidade quando os títulos «tiverem sido concedidos com preterição dos direitos de terceiros». Segundo a mesma alínea, não relevava aqui apenas a titularidade desses direitos, porquanto a lei esclarecia que a posição prevalente dos terceiros podia fundar-se «em prioridade ou outro título legal» (9).

---

(?) Sobre a situação regulada nesta norma, ainda que escrito para o preceito correspondente do *Código de 1995*, vd. o estudo de Carlos Olavo, *Marca Registada em Nome Próprio por Agente ou Representante*, sep. da Revista da Ordem dos Advogados, ano 59, II (Abril de 1999).

(8) E esta, por seu turno, também não traz algo de substancialmente novo em relação ao *corpo* do artigo.

(9) A subsistir o preceito, seria aconselhável que o legislador evitasse aqui o emprego da palavra "título", por referência a *fonte* ou *causa jurídica* do direito, pois a ela já recorre, com sentido diferente, para identificar os ... *títulos de propriedade industrial*.

Para além do exposto, a al. b) do n.º 1 do art. 34.º merece ainda outros reparos. Desde logo, estabelecendo o preceito um regime comum aos direitos de propriedade industrial, não se vê justificação para ele remeter para o regime específico dos direitos privativos. E, a adoptar-se tal solução, qual a razão para a remissão ser feita apenas para alguns deles e não para todos?

III. Não se contém, no art. 34.º, como já não se continha no artigo correspondente do *Código de 1995*, qualquer norma, paralela da do n.º 2 do art. 33.º, sobre o prazo de arguição da anulabilidade.

Assim, no plano geral em que ora nos situamos, entendemos dever recorrer-se ao regime comum do art. 287.º, n.º 1, do Código Civil, aplicado correspondentemente. Daí resulta ser tal prazo, em regra, de um ano, contado do momento em que a pessoa com legitimidade para invocar a anulabilidade tem conhecimento da causa em que ela se funda. Não poderá, porém, deixar de se atender, para o efeito do início de contagem do prazo, quando a causa do vício esteja relacionada com actos sujeitos a publicação, ao disposto nos n.ºs 1 e 2 do art. 29.º do *Código*.

IV. Como alternativa à anulação, o n.º 2 do art. 34.º atribui ao «interessado» em fazer valer a anulabilidade a faculdade de pedir a reversão, a seu favor, do título anulável, no todo ou em parte.

Todavia, diversamente do que previa o n.º 2 do art. 33.º do *Código de 1995*, onde esta faculdade era estabelecida sem restrições, o n.º 2 do art. 34.º limita-a aos casos da al. b) do seu n.º 1.

Em face, porém, do que ficou dito, a respeito desta norma, em II, não se vê razão para o regime do n.º 2 do art. 34.º não se aplicar também aos casos da al. a) do n.º 1.

Como é manifesto, seja qual for o alcance do preceito, o exercício da faculdade nele prevista depende de, em relação ao *interessado*, se verificarem os requisitos da concessão do título de propriedade industrial anulável.

Ocorre aqui uma situação que apresenta certa afinidade com a que, na anulabilidade do negócio jurídico, corresponde à possibilidade de confirmação. Temos em vista sobretudo a circunstância de ao *interessado* serem atribuídos dois direitos potestativos: *in*

*casu*, o de anulação e o de reversão. Mas também a de, por esta via, o título não ser anulado, mas subsistir.

Dependendo da modalidade da anulabilidade, quanto ao seu âmbito, a reversão pode ser total ou parcial. Assim estatui expressamente a norma em análise.

## 6. Pontos comuns à nulidade e à anulabilidade; enumeração

O art. 35.º regula, sem distinção do tipo da invalidade, aspectos relativos a duas das questões que se compreendem no seu regime de arguição: modo de a fazer valer e legitimidade para a invocar.

Noutro plano, o art. 36.º ocupa-se dos efeitos da declaração da nulidade e da anulação.

Finalmente, incluímos aqui a matéria que deixámos atrás em aberto, para agora ser exposta: a solução adoptada pelo *Código* quanto ao âmbito da nulidade e da anulabilidade. Por esta questão, iniciamos a exposição dos pontos comuns à nulidade e à anulabilidade em direito da propriedade industrial.

## 7. Pontos comuns à nulidade e à anulabilidade; âmbito

I. Em termos inteiramente sobreponíveis, os n.ºs 1 dos arts. 33.º e 34.º admitem que a nulidade como a anulabilidade dos títulos de propriedade industrial revistam duas modalidades: *total* ou *parcial*.

Por outro lado, com igual sintonia, nenhum dos preceitos fornece qualquer dado relativo ao critério de determinação do âmbito a atribuir à invalidade. Esta abstenção do legislador tem implicações menos significativas do que a um primeiro exame se poderia supor, pois nos regimes particulares dos direito privativos desenham-se situações relevantes de invalidade parcial<sup>(10)</sup>. Nelas se tem, pois, de encontrar o critério para determinar se é total ou parcial.

---

<sup>(10)</sup> Assim acontece relativamente às patentes (art. 114.º), aos modelos de utilidade (art. 152.º), às topografias de produtos semicondutores (art. 171.º) e aos desenhos ou modelos (art. 210.º).

II. Tendo presente a posição que adoptamos quanto à invalidade parcial, como figura genérica, que pode assumir várias modalidades <sup>(11)</sup>, não temos qualquer dificuldade em admitir esta aplicação daquela figura jurídica. No limite, estaremos, apenas, em presença de mais uma dessas modalidades, para além das que identificamos no seu regime civilístico.

De resto, a articulação deste ponto do regime da invalidade em propriedade industrial com o modo da sua arguição, de que de imediato nos ocupamos, conduz-nos a atribuir, ao juiz, poderes para fixar a modalidade da nulidade ou da anulabilidade — total ou parcial — que ao caso convenha.

Para tanto, na falta de critério imposto pela lei para cada direito privativo, deve ele atender ao modo como a causa da invalidade se projecta sobre o título da propriedade industrial, viciando-o no todo ou apenas em parte e, nesta segunda hipótese, em que medida. Ser-lhe-á lícito, nomeadamente, recorrer ao princípio comum enumerado no art. 292.º do Código Civil, salvo se as circunstâncias particulares do caso a isso se opuserem.

## 8. Pontos comuns à nulidade e à anulabilidade; modo de invocação

I. O modo de arguição da invalidade vem regulado no n.º 1 do art. 35.º. Dele resulta que a declaração da nulidade ou a anulação «só podem resultar de decisão judicial».

Fica, assim, excluída a invocação extrajudicial, seja por declaração unilateral da parte interessada, seja por acordo das partes envolvidas <sup>(12)</sup>.

Sendo a invocação judicial, as questões mais relevantes do seu regime são as relativas à competência do tribunal e à legitimidade das partes.

<sup>(11)</sup> Cfr. *Teoria Geral do Direito Civil*, vol. II, cit., págs. 486 e segs..

<sup>(12)</sup> Partimos aqui da admissibilidade da solução de fazer valer a invalidade por acordo, tal como a sustentamos perante o art. 291.º do Código Civil, sem deixar de assinalar ser este um ponto controvertido do regime civilístico da invalidade (cfr. *Teoria Geral do Direito Civil*, vol. cit., pág. 473).

II. A competência, em razão da matéria, para a correspondente acção cabe aos tribunais de comércio, como tribunais de primeira instância de competência especializada (art. 78.º da Lei da Organização e Funcionamento dos Tribunais Judiciais — L.O.F.T.J. —, Lei n.º 3/99, de 13 de Janeiro) <sup>(13)</sup>. Assim dispõe a al. *h*) do n.º 1 do art. 89.º da L.O.F.T.J..

Por força do n.º 3 deste mesmo preceito, têm também os tribunais de comércio competência para julgar os incidentes e apensos dessas acções.

III. As acções de declaração da nulidade ou de anulação de direitos privativos estão sujeitas a averbamento no Instituto Nacional da Propriedade Industrial [art. 30.º, n.º 1, al. *d*)].

Também a decisão definitiva proferida nas acções de declaração da nulidade ou de anulação, uma vez transitada em julgado, deve ser averbada no Instituto Nacional da Propriedade Industrial e deve ser publicada no *Boletim da Propriedade Industrial*. Além do respectivo texto, deve ser publicado o correspondente averbamento [n.º 3 do art. 35.º; cfr., também, art. 30.º, n.º 1, al. *e*)].

Segundo o n.º 3 do art. 35.º, deve, para o efeito, a secretaria do tribunal enviar ao Instituto uma cópia da decisão, dactilografada ou em suporte adequado.

O averbamento é feito, em qualquer dos casos, no título, a requerimento de quem seja interessado e só depois dele os factos correspondentes produzem efeitos em relação a terceiros (n.ºs 4 e 2, respectivamente, do art. 30.º). A falta de averbamento não afecta, porém, a eficácia desses factos, nas relações entre as partes ou seus sucessores (n.º 3 do mesmo preceito).

Uma vez feito o averbamento, manda o n.º 6 do art. 30.º que dele seja publicado aviso no *Boletim da Propriedade Industrial*.

O regime de averbamento que assim fica genericamente descrito não pode, porém, deixar de ser articulado com o disposto no art. 5.º, al. *j*), dos Estatutos do Instituto da Propriedade Industrial,

---

<sup>(13)</sup> Sobre esta matéria, cfr. Carlos Olavo, *A Propriedade Industrial e a Competência dos Tribunais de Comércio*, sep. da Revista da Ordem dos Advogados, ano 61, I (Janeiro 2001), em especial, págs. 203-205.

aprovados pelo Decreto-Lei n.º 400/98, de 17 de Dezembro. Determina, na verdade, este preceito que o Instituto deve «manter actualizado o registo dos direitos atribuídos, procedendo à inscrição dos respectivos actos de modificação e manutenção, de modo a garantir a veracidade da certificação e a existência de outros meios de prova documental necessários à resolução de eventuais conflitos no âmbito da propriedade industrial». Daqui decorre que, para ser atingido o objectivo previsto neste preceito, as acções de declaração da nulidade e de anulação, bem como as decisões finais nelas proferidas, devem, também, ser inscritas neste registo.

IV. A legitimidade das partes relativamente à arguição da invalidade tem de ser analisada nos seus dois momentos: activa e passiva. Qualquer deles, na acção de declaração da nulidade ou de anulação, vem regulada no n.º 2 do art. 35.º.

Se, nesta matéria, o preceito correspondente do *Código de 1995* (art. 34.º, n.º 2) não merecia encómios <sup>(14)</sup>, a situação não melhorou no *Código*.

Os motivos de reparo verificam-se sobretudo na legitimidade activa, mas em termos distintos na declaração da nulidade e na anulação.

V. Na acção de declaração da nulidade, o n.º 2, primeira parte, do art. 35.º, mantendo o regime anterior, atribui legitimidade ao Ministério Público e a qualquer interessado.

Este regime não levantava qualquer dúvida, por referência aos casos de nulidade dos títulos, quando confrontado com o estatuído no art. 286.º do *Código Civil*. O *Código*, porém, complicou a questão, pois, inadvertidamente, o legislador não só regulou também esta matéria no n.º 2 do art. 33.º, como o fez aí em termos diferentes dos do n.º 2 do art. 35.º. Com efeito, naquele preceito estatui-se que a nulidade é invocável ... por *qualquer interessado*, sem mais.

(14) Dele também resultava que a legitimidade na acção de anulação cabia ao Ministério Público e a qualquer interessado.



Não pretendemos, ao assinalar esta desarmonia, levantar dúvida quanto à legitimidade do Ministério Público, mas lá que estamos longe de um exemplo de bem legislar, estamos ...

VI. Pelo que respeita à acção de anulação, a legitimidade activa é igualmente atribuída, pelo n.º 2 do art. 35.º, ao Ministério Público e a qualquer interessado.

Também neste caso o *Código* reproduz o regime anterior; daí que, tal como então, a matéria não possa passar sem uma análise mais atenta.

Como é sobejamente sabido, o n.º 1 do art. 287.º do Código Civil limita a legitimidade para arguir a anulabilidade às pessoas no interesse de quem a anulabilidade é estabelecida.

Tendo presente este regime, logo se deixa ver que o n.º 2, primeira parte, do art. 35.º abre significativamente o leque da legitimidade, nesta matéria, não só quando a atribui ao Ministério Público, mas ainda, e sobretudo, quando admite *qualquer interessado* a fazer valer a anulabilidade. É, na verdade, fora de dúvida que esta fórmula, que o art. 286.º do Código Civil reserva para a nulidade, tem um alcance muito mais amplo do que a utilizada no seu art. 287.º, n.º 1.

A benefício de demonstração ulterior, quando nos ocuparmos da análise crítica do regime legal da invalidade em propriedade industrial, deixamos já referido não nos parecer haver para tanto justificação.

VII. Em sede de legitimidade passiva na acção de declaração da nulidade ou de anulação, a segunda parte do n.º 2 do art. 35.º estatui que ela deve ser proposta contra o titular inscrito do direito.

Todavia, o preceito manda citar <sup>(15)</sup> para a acção «todos os que, à data da publicação do averbamento previsto na alínea *d*) do n.º 1 do artigo 30.º, tenham requerido o averbamento de direitos derivados no Instituto da Propriedade Industrial».

---

<sup>(15)</sup> Aplauda-se aqui o texto do *Código*, corrigindo uma imperfeição da redacção do Código anterior, onde se mandava *notificar* os interessados em causa, o que, em termos técnico-jurídicos processuais, não era adequado (cfr. art. 228.º, n.º 1, 2.ª parte, e n.º 2, do Código de Processo Civil).

Como a remissão deixa perceber, trata-se da publicação do averbamento da acção, em si mesma, mediante o aviso referido no n.º 6 do art. 30.º. Percebe-se a intenção do legislador, mas não pode deixar de se chamar a atenção para o facto de as pessoas a citar poderem não ser *todas* conhecidas no momento da propositura da acção. Na verdade, entre este e o da publicação do aviso decorre necessariamente algum período de tempo, durante o qual pode *ainda* ter sido *requerido* o averbamento de direitos derivados.

Como é manifesto, as pessoas que aqui se mandam citar são chamadas a intervir no processo para defesa dos seus interesses, relativamente aos direitos de que são titulares.

## 9. Pontos comuns à nulidade e à anulabilidade; efeitos

I. O art. 36.º do *Código* ocupa-se dos *efeitos da declaração da nulidade ou da anulação*, suprimindo assim — e bem — uma lacuna do *Código de 1995* que regulava a matéria apenas em sede de nulidade, no art. 35.º.

Em rigor, o art. 36.º estabelece os limites à eficácia retroactiva da declaração da nulidade ou da anulação. Manifestamente, porém, o preceito pressupõe a eficácia retroactiva da invalidação — seguindo, aliás, o regime civil nesta matéria (cfr. art. 289.º do *Código Civil*) —, e daí parte para estabelecer certas restrições às consequências que tal regime acarreta.

II. Resulta, na verdade, do art. 36.º que, afastando a retroactividade da declaração da nulidade ou da anulação, se mantêm efeitos que, antes dela, se tenham produzido, em resultado:

- a) do cumprimento de obrigações;
- b) de sentença transitada em julgado;
- c) de transacção, mesmo que não homologada;
- d) de actos de natureza análoga.

Por actos de *natureza análoga* devem entender-se aqueles que, quanto a uma situação jurídica, produzam efeitos semelhantes aos emergentes dos enumerados nas restantes alíneas.

No seu conjunto, estabelece, portanto, o art. 36.º significativas limitações à retroacção da declaração da nulidade ou da anulação, que domina o instituto <sup>(16)</sup>.

Deixa, porém, em aberto o seguinte problema: os efeitos ressaltados da retroactividade subsistem mesmo que os actos de que emergem sejam posteriores à publicação do averbamento da acção de declaração da nulidade ou de anulação?

Tendemos para a resposta negativa, invocando, correspondentemente, o n.º 1 do art. 291.º do Código Civil.

## SECÇÃO II REGIMES PARTICULARES

### § 1.º — Patentes

#### 10. Considerações prévias

I. Os arts. 113.º e 114.º estabelecem o regime particular da invalidade relativamente às patentes, em termos que merecem um esclarecimento prévio.

Dispõe o art. 113.º que, ressalvado o regime do art. 33.º, «as patentes são nulas» nos casos enumerados nas alíneas daquele preceito.

A referência da nulidade às *patentes* suscita, desde logo, o problema do ajustamento do seu objecto ao regime geral do art. 33.º. Esta é, porém, apenas uma manifestação de questão mais ampla de que teremos de nos ocupar na apreciação crítica das soluções consagradas nesta matéria <sup>(17)</sup>.

Por ora, para além de alertarmos para a necessidade de apurar o alcance desta diferente conformação da invalidade, não há mais do que assinalar que, de qualquer modo, se o legislador pretendia manter aqui a solução adoptada nos arts. 33.º e 34.º, referindo a

<sup>(16)</sup> Era este o alcance que Oliveira Ascensão entendia dever ser atribuído ao preceito que, no Projecto relativo ao *Código de 1995*, regulava a matéria quanto às patentes (*A Segunda Versão*, cit., pág. 77).

<sup>(17)</sup> *Infra*, n.º 36.

invalidade aos títulos de propriedade industrial, a redacção adoptada traiu o seu pensamento, pois sugere algo diverso.

II. O regime particular da invalidade das patentes resume-se a dois pontos, regulados separadamente nos arts. 113.º e 114.º.

No primeiro são estabelecidas causas específicas da nulidade; o segundo rege sobre a invalidade parcial, em qualquer dos seus dois tipos.

## 11. Causas da nulidade

I. As causas particulares da nulidade das patentes vêm enumeradas nas alíneas do art. 113.º. Delas decorre que há nulidade da patente, quando se verificam vícios que correspondem, no plano dos negócios jurídicos, a situações de inidoneidade do objecto (cfr. art. 280.º do Código Civil).

II. Assim, nos termos da al. a), a patente é nula, quando o seu objecto não preencher os requisitos de novidade, actividade inventiva e aplicação industrial.

Estes requisitos são exigidos pelo n.º 1 do art. 51.º, desenvolvidos nos seus n.ºs 2 e 3 e definidos nos arts. 55.º e seguintes.

III. A al. b) do art. 113.º, que representa uma inovação em relação ao direito anterior, estabelece a nulidade da patente, «quando o seu objecto não for susceptível de protecção, nos termos dos artigos 51.º, 52.º e 53.º».

Compreende-se e aceita-se a remissão para os arts. 52.º e 53.º, porquanto neles se estabelecem limitações quanto à concessão de patentes, por razões decorrentes, directa ou indirectamente, do seu objecto.

Mas o mesmo se não pode dizer já do art. 51.º, porquanto nele se definem os requisitos *positivos* do objecto da patente e não limitações ao mesmo. Por certo, a sua falta gera nulidade da patente, mas tal resulta já da al. a) do art. 113.º.

Destas causas de nulidade deve ser aproximada a da al. d) do art. 113.º. O vício respeita agora à descrição do objecto [cfr.

art. 62.º, n.º 1, al. b), e n.º 4] e prende-se com o requisito de aplicação industrial.

O preenchimento deste requisito implica, segundo o n.º 3 do art. 55.º, a possibilidade de o objecto da correspondente invenção ser fabricado ou utilizado em qualquer género de indústria ou na agricultura.

No caso, verificando-se embora esta exigência, a descrição do objecto está feita em termos tais que, não obedecendo ao exigido no n.º 4 do art. 62.º, não permitem que a sua execução seja feita por qualquer pessoa competente na matéria.

IV. A outra causa particular da nulidade da patente respeita à epígrafe ou título dado ao invento [al. c) do art. 113.º].

Para boa compreensão desta matéria, importa ter aqui presente a norma relativa aos elementos que devem integrar o pedido da patente. Um deles, segundo a al. b) do n.º 1 do art. 61.º, é uma «epígrafe ou título que sintetize o objecto do invento». Está em causa uma designação do invento que, em termos sintéticos, permita dar a conhecer, por si só, o seu objecto.

O vício gerador da nulidade da patente consiste, assim, em a sua epígrafe ou título, por não constituir uma síntese adequada, abranger objecto diferente do verdadeiro objecto da patente.

## 12. Invalidez parcial

I. O art. 114.º, aplicável tanto ao caso de nulidade como de anulabilidade da patente, respeita ao âmbito da invalidez.

O seu n.º 1, concretizando o que resulta do regime geral da invalidez dos direitos de propriedade industrial, determina quando se verifica a sua invalidez parcial. Ela ocorre sempre que o vício que afecta a patente respeita apenas a uma ou algumas das reivindicações.

As reivindicações definem o objecto da protecção pedida pelo requerente da patente e, como tal, respeitam ao que nela é considerado novo e caracteriza o invento [art. 62.º, n.º 1, al. a), e n.º 3].

Em suma, o disposto no art. 114.º significa que a invalidez da patente não se projecta necessariamente em todas as respectivas

reivindicações, podendo afectar apenas uma ou várias. Já não é, porém, admissível a invalidação parcial de uma reivindicação, como expressamente estatui o art. 114.º.

II. A invalidade parcial da patente, para ter sentido, implica que a reivindicação ou reivindicações não viciadas possam por si só constituir objecto de uma patente, embora diferente da requerida pelo interessado.

É isso mesmo que o n.º 2 do art. 114.º estatui, embora em termos gramaticalmente não muito felizes, quando estabelece que, sendo invalidadas apenas uma ou mais reivindicações, «a patente continua um vigor relativamente às restantes, sempre que *esta* puder<sup>(18)</sup> constituir objecto de uma patente independente».

## § 2.º — Modelos de utilidade

### 13. Considerações prévias

I. O regime particular da invalidade relativamente aos modelos de utilidade é estabelecido nos arts. 151.º e 152.º, em termos análogos aos dos preceitos reguladores da patente.

Desde logo, o n.º 1 do art. 151.º diz que «os modelos de utilidade são nulos»; valem, por isso, aqui as considerações feitas a respeito de problema homólogo, nas patentes.

Mas a proximidade entre os regimes de invalidade das patentes e dos modelos de utilidade vai muito mais longe, em termos que permitem em larga medida tratar aqui a matéria por breve remissão para o que ficou dito no parágrafo anterior.

De resto, em parte significativa, a regulamentação dos modelos de utilidade é feita, no *Código*, por pura e simples remissão para o regime das patentes.

É fácil compreender esta similitude de regime, se tivermos presente que a protecção de uma invenção pode ser feita, à opção

(18) Devia dizer-se *estas puderem*, pois são as reivindicações válidas — e não a patente — que podem constituir objecto da *patente independente*.

do requerente, a título de patente ou modelo de utilidade (cfr. art. 51.º, n.º 4, cujo conteúdo é reproduzido no art. 117.º, n.º 3). Mais: «a mesma invenção pode ser objecto, simultânea ou sucessivamente, de um pedido de patente e de um pedido de modelo de utilidade» (art. 51.º, n.º 5, repetido, *ipsis verbis*, no n.º 4 do art. 117.º).

II. As particularidades da invalidade dos modelos de utilidade, tal como acontece nas patentes, respeitam às causas da nulidade e ao âmbito da invalidade.

Todavia, quanto ao segundo ponto, o art. 152.º limita-se a remeter para o art. 114.º, pelo que, neste domínio, vale, *mutatis mutandis*, o que ficou exposto sobre as patentes.

Só as causas da nulidade dos modelos de utilidade justificam, pois, breve referência.

#### 14. Causas da nulidade

I. As causas da nulidade enumeradas nas als. *a)*, *c)* e *d)* do n.º 1 do art. 151.º correspondem, ponto por ponto, às contidas nas als. *a)*, *c)* e *d)* do n.º 1 do art. 113.º, quanto às patentes.

Por assim ser, de particular, relativamente à nulidade dos modelos de utilidade, há apenas que assinalar que os requisitos referidos na al. *a)* do n.º 1 do art. 151.º são enumerados no n.º 1 do art. 117.º e definidos no art. 120.º.

Quanto à al. *b)* do n.º 1 do art. 151.º, ela só se demarca da al. *b)* do art. 113.º pelo que respeita, como é manifesto, às disposições legais para que remete. No mais, do que se trata é de estabelecer a nulidade do modelo de utilidade quando o seu objecto não for susceptível de protecção, «nos termos dos artigos 117.º, 118.º e 119.º».

Por razões análogas às invocadas a propósito do art. 113.º, a remissão da al. *b)* do n.º 1 do art. 151.º para o art. 117.º não faz sentido, pois nele não se estabelecem limitações ao objecto dos modelos de utilidade, mas os seus requisitos positivos, já contemplados no n.º 1, al. *a)*, do art. 151.º. Só nos arts. 118.º e 119.º cons-

tam limitações que afastam a protecção do objecto do modelo de utilidade <sup>(19)</sup>.

II. O regime descrito na alínea anterior sofre, porém, uma limitação por força do n.º 2 do art. 151.º.

Restringe, com efeito, esta norma a declaração da nulidade dos modelos de utilidade aos casos em que eles tenham sido objecto de exame, regulado nos arts. 131.º e 132.º.

A compreensão da norma em análise importam os seguintes aspectos do regime de concessão dos modelos de utilidade.

Se o correspondente pedido for regular, segue-se a sua publicação no *Boletim da Propriedade Industrial*, abrindo-se então um prazo para reclamações (arts. 128.º e 129.º). No decurso desse prazo podem os interessados deduzir oposição e requerer exame.

Se nenhum destes meios for usado, é concedido provisoriamente o título do modelo de utilidade; todavia, a *validade* deste título <sup>(20)</sup> cessa quando tenha sido requerido exame (art. 130.º, n.ºs 1 e 4). Este regime implica que o exame possa ser requerido, não só na fase do pedido, mas ainda após a concessão do título provisório, enquanto ele se mantiver válido, como expressamente estatui o n.º 1 do art. 131.º.

Assim, o que o n.º 2 do art. 151.º acaba por significar é o seguinte: só os modelos de utilidade definitivos podem ser declarados nulos. O meio para reagir contra vícios do modelo provisório é o exame.

### § 3.º — Topografias de produtos semicondutores

#### 15. Considerações prévias

I. Os arts. 170.º e 171.º estabelecem o regime particular da invalidade do direito industrial em epígrafe por referência ao seu registo.

<sup>(19)</sup> No primeiro dos preceitos ultimamente citados, por simples remissão para o regime das patentes.

<sup>(20)</sup> A palavra *validade*, usada no texto legal, não deve ser aqui entendida no sentido técnico-jurídico estrito, mas antes, a nosso ver, no de relevância jurídica.



Se, nas patentes e nos modelos de utilidade, se podem suscitar dúvidas quanto à incidência da invalidade, em relação às topografias de produtos semicondutores o afastamento em relação ao regime geral da invalidade em propriedade industrial surge com maior evidência <sup>(21)</sup>. E é, em qualquer caso, diferente do das patentes e dos modelos de utilidade.

Para além desta diversidade na configuração do objecto sobre que incide, a regulamentação contida naqueles preceitos não se afasta sensivelmente da invalidade das patentes.

II. Desde logo, à semelhança do que aí acontece, as normas acima referidas regem sobre as causas particulares da nulidade do registo de topografias de produtos semicondutores e sobre o âmbito da invalidade, em qualquer dos seus tipos: nulidade ou anulabilidade.

Acontece, porém, que neste segundo domínio o art. 171.º se limita a remeter para o art. 114.º, ou seja, para a regulamentação da invalidade parcial das patentes.

Deste modo, ainda neste caso, só as causas específicas da nulidade justificam algumas notas complementares.

## 16. Causas da nulidade

I. A análise das três alíneas do art. 170.º revela, logo a uma primeira leitura, quanto a sua redacção é próxima da do art. 113.º, que rege as causas da nulidade das patentes.

Pode ir-se mesmo mais longe e dizer que as als. *b)* e *c)* do art. 170.º reproduzem o texto das als. *c)* e *d)* do art. 113.º.

Em boa verdade, deve até acrescentar-se que estas normas não fazem mais do que uma aplicação específica de algo já resultante da remissão genérica contida no art. 159.º. Nele se manda aplicar às topografias de produtos semicondutores as disposições relativas às patentes, salvo se a isso se opuser a natureza daquele direito.

Por assim ser, no plano das causas da nulidade em referência vale, correspondentemente, quanto ficou dito em sede de patentes.

---

<sup>(21)</sup> De seguida veremos que a solução de referir a invalidade ao registo é adoptada nos demais direitos privativos de que nos vamos ocupar.

II. A respeito da al. a) do art. 170.º, a nota a assinalar é a de ela reduzir a um preceito único o que no art. 113.º se contém nas suas als. a) e b).

Em verdade, a nulidade aí prevista resulta de o objecto da topografia de produtos semicondutores não satisfazer os requisitos dos arts. 153.º a 155.º. Ora, os arts. 153.º e 154.º estabelecem, no seu conjunto, a definição de topografia de produtos semicondutores. Por seu turno, o art. 155.º regula o que, neste direito privativo, é objecto de protecção legal.

#### § 4.º — Desenhos ou modelos

### 17. Considerações prévias

O regime próprio da invalidade, pelo que respeita aos desenhos ou modelos <sup>(22)</sup>, é estabelecido nos art. 208.º a 210.º, que alargaram sensivelmente o que se continha no art. 164.º do *Código de 1995*, ainda que as matérias reguladas sejam as mesmas: causas da invalidade e âmbito desta.

Todavia, no primeiro caso, além de se verificarem modificações relevantes nas causas da nulidade, passaram a prever-se também causas particulares da anulabilidade; no segundo, foi desenvolvido o regime da invalidade parcial, em termos adiante esclarecidos.

Vamos analisar em separado as causas da nulidade, as causas da anulabilidade e a invalidade parcial.

A fechar estas notas preliminares, assinale-se que, tal como se verificou em sede de topografia de produtos semicondutores, a invalidade não é referida aos títulos de propriedade industrial, nem aos desenhos ou modelos, mas ao seu registo.

### 18. Causas da nulidade

I. As causas particulares da nulidade dos desenhos ou modelos vêm enumeradas nas alíneas do n.º 1 do art. 208.º e respeitam

<sup>(22)</sup> Sobre esta categoria de direitos privativos, *vd.* M. Moura e Silva, *Desenhos e Modelos Industriais — Um Paradigma Perdido?*, in *Direito Industrial*, vol. I, Almedina, Coimbra, 2001, págs. 431 e segs..

a vícios que na sua maior parte são relativos ao objecto do correspondente direito privativo, como resulta da exposição subsequente.

II. Segundo a al. *a*), o registo é nulo se a protecção pretendida não respeitar a um desenho ou modelo, tal como é definido no art. 173.º, para que o preceito expressamente remete.

Deve, porém, entender-se que a remissão há-de ser integrada pela definição de produto, contida no art. 174.º, pois este é um dos elementos da noção fixada no art. 173.º. Por muito amplo que seja — como é — o conceito de *produto* recebido no art. 174.º, ele só tem sentido se algumas *realidades*, potencialmente como tal qualificáveis, nele não couberem — são, neste sentido, *inidóneas*. Ora, o registo de um desenho ou modelo que tenha por objecto tais *realidades*, por não serem *relativas a um produto hoc sensu*, não pode deixar de ser nulo.

III. Por força da al. *b*) e da remissão nela contida para o art. 175.º, o registo é nulo se os respectivos desenhos ou modelos forem contrários à ordem pública ou aos bons costumes.

Este preceito estabelece uma causa da nulidade já em parte coberta pelo regime geral contido na al. *c*) do n.º 1 do art. 33.º, aditando-lhe a ofensa aos *bons costumes*.

IV. A al. *c*) identifica como vício do registo de desenho ou modelo, gerador de nulidade, a falta de requisitos deste direito privativo.

Em síntese, esses requisitos são a novidade e o carácter singular estatuídos nos n.ºs 1 e 2 do art. 176.º. A sua caracterização extrai-se dos restantes números deste preceito e dos arts. 177.º a 180.º. No fundo, é a não verificação dessas características que gera a nulidade do registo, se, ainda assim, for feito.

V. A al. *d*) do art. 208.º demarca-se em alguma medida das anteriores, pois se prende com a relevância do princípio da prioridade em direito da propriedade industrial.

Está em causa o facto de o desenho ou modelo registado «interferir» com outro protegido desde data anterior, mas que só tenha sido divulgado após a data do pedido de registo ou da prioridade reivindicada.

VI. A al. e) identifica, em rigor, dois vícios diferentes, embora intimamente conexos, por em qualquer deles estar em causa a (indevida) utilização, no desenho ou modelo, de certos elementos que não são admitidos. A distinção estabelece-se em função desses elementos e do fundamento que está na origem do carácter indevido da sua utilização.

A primeira parte da alínea contempla uma série de restrições emergentes do art. 6.º-ter da Convenção de Paris, para a Protecção da Propriedade Industrial (23), relativamente a vários elementos cujo uso deve ser impedido, salvo se obtidas as necessárias autorizações (24).

---

(23) A Convenção data de 20 de Maio de 1883, tendo sido várias vezes revista: Bruxelas, em 14 de Dezembro de 1900, Washington, em 2 de Junho de 1911, Haia, em 6 de Novembro de 1925, Londres, em 2 de Junho de 1934, Lisboa, em 31 de Outubro de 1958, Estocolmo, em 14 de Julho de 1967.

O Decreto-Lei n.º 22/75, de 22 de Janeiro, aprovou para ratificação o Acto de Estocolmo.

(24) Para mais completo esclarecimento, transcreve-se o art. 6.º-ter, na versão portuguesa aprovada pelo diploma referido na nota anterior: «1) — a) Os países da União acordam em recusar ou anular o registo e em impedir, por meio de providências adequadas, o uso, sem autorização das autoridades competentes, quer como marcas de fábrica ou de comércio, quer como elementos dessas marcas, de armas, bandeiras e outros emblemas de Estado dos países da União, distintivos e sinetes oficiais de fiscalização e de garantia por eles adoptados, bem como qualquer imitação do ponto de vista heráldico.

b) As disposições mencionadas na letra a) aplicam-se igualmente às armas, bandeiras e outros emblemas, iniciais ou denominações de organismos internacionais intergovernamentais de que um ou vários países da União sejam membros, com excepção de armas, bandeiras e outros emblemas, iniciais ou denominações que já tenham sido objecto de acordos internacionais vigentes, destinados a assegurar a sua protecção.

c) Nenhum país da União terá de aplicar as disposições referidas na letra b) em detrimento dos titulares de direitos adquiridos de boa fé antes da entrada em vigor nesse país da presente Convenção. Os países da União não são obrigados a aplicar as ditas disposições quando o uso ou o registo mencionado na letra a) não for de natureza a sugerir, no espírito do público, um elo entre a organização em causa e as armas, bandeiras, emblemas, iniciais ou denominações, ou se este uso ou registo não for de natureza a, com verosimilhança, induzir o público em erro sobre a existência de ligação entre o utente e a organização.

2) A proibição dos distintivos e sinetes oficiais de fiscalização e de garantia só se aplica aos casos em que as marcas que os incluem se destinam a ser usadas em mercadorias do mesmo género ou de género semelhante.

3) — a) Para a aplicação destas disposições, os países da União acordam em dar a conhecer reciprocamente, por intermédio da Secretaria Internacional, a lista dos emblemas de Estado, distintivos e sinetes oficiais de fiscalização e de garantia que desejam ou dese-

A segunda parte prevê a nulidade do registo por utilização indevida de distintivos, emblemas e sinetes não compreendidos no referido artigo da Convenção, mas apenas quando esses elementos revistam particular interesse público em Portugal.

VII. A relevância dos vícios expostos, como causa da nulidade dos desenhos ou modelos, sofre uma restrição semelhante à que ocorre nas topografias de produtos semicondutores, porquanto a declaração de nulidade do registo só pode verificar-se quando os desenhos ou modelos tenham sido objecto de exame.

---

irão colocar, de uma maneira absoluta ou em certa medida, sob a protecção do presente artigo, bem como todas as modificações ulteriormente introduzidas nessa lista. Cada país da União porá à disposição do público, em devido tempo, as listas notificadas.

Esta notificação não é, todavia, obrigatória relativamente às bandeiras dos Estados.

b) As disposições referidas na letra b) da alínea 1) do presente artigo são unicamente aplicáveis às armas, bandeiras e outros emblemas, iniciais ou denominações das organizações internacionais intergovernamentais que estas comunicaram aos países da União por intermédio da Secretaria Internacional.

4) Qualquer país da União poderá, no prazo de doze meses, a contar da data do recebimento da notificação, transmitir, por intermédio da Secretaria Internacional, as suas eventuais objecções ao país ou à organização internacional intergovernamental interessados.

5) Em relação às bandeiras de Estado, apenas se aplicarão as medidas previstas na alínea 1) às marcas registadas depois de 6 de Novembro de 1925.

6) Em relação aos emblemas de Estado que não sejam bandeiras, aos distintivos e sinetes oficiais dos países da União, às armas, bandeiras e outros emblemas, iniciais ou denominações das organizações internacionais intergovernamentais, estas disposições só serão aplicáveis às marcas registadas mais de dois meses depois da recepção da notificação prevista na alínea 3).

7) Nos casos de má fé, os países terão a faculdade de anular o registo das próprias marcas registadas antes de 6 de Novembro de 1925 que contenham emblemas de Estado, distintivos e sinetes.

8) Os nacionais de cada país que forem autorizados a usar emblemas de Estados, distintivos e sinetes dos seus países poderão utilizá-los, ainda que sejam semelhantes aos de outro país.

9) Os países da União obrigam-se a impedir o uso não autorizado, no comércio, das armas de Estado dos outros países da União, quando esse uso possa induzir em erro acerca da origem dos produtos.

10) As disposições precedentes não obstam a que os países exerçam a sua faculdade de recusar ou anular, pela aplicação do n.º 3.º da letra B do artigo 6.º — *quinques*, as marcas que contenham, sem autorização, armas, bandeiras e outros emblemas de Estado ou distintivos e sinetes oficiais adoptados por algum país da União, assim como sinais distintivos das organizações internacionais intergovernamentais, mencionados na alínea 1).

Valem, por conseguinte, nesta matéria, *mutatis mutandis*, as considerações expostas nessa sede, com duas notas adicionais.

Visa uma chamar a atenção para as disposições que regem o exame, quanto aos desenhos ou modelos: arts. 193.º e 194.º.

Trata-se, na outra, de assinalar que a restrição do n.º 2 do art. 208.º deve ser entendida *cum grano salis*, pelo que respeita à causa da nulidade consagrada na al. e) do seu n.º 1, porquanto do art. 6.º-ter da *Convenção* resulta que os países da União devem «recusar ou anular o registo», havendo uso indevido dos elementos nele previstos.

## 19. Causas da anulabilidade

I. As causas particulares da anulabilidade do registo do desenho ou modelo constam do n.º 1 do art. 209.º, em duas alíneas de conteúdo bem diverso.

II. A al. a), de redacção pouco clara, refere-se ao caso de, num desenho ou modelo ulterior, ser utilizado um sinal distintivo, em relação ao qual exista o direito de proibir essa utilização. O direito a essa proibição pode, segundo as suas causas, ter duas fontes: ou o Direito Comunitário ou as disposições que regulem esse sinal. Mas deve entender-se que estamos perante um direito atribuído a certas pessoas, cujo interesse particular se considera digno de tutela.

Verificados estes requisitos, o registo do desenho ou modelo é anulável.

III. A al. b) do n.º 1 do art. 209.º estabelece ainda a anulabilidade do registo quando o desenho ou o modelo envolva a utilização de obra protegida pelos direitos de autor<sup>(25)</sup>, e não haja para tanto sido obtida autorização.

---

(25) Sobre as relações entre a protecção de desenhos ou modelos e os direitos de autor, na vigência do *Código de 1995*, vd. Carlos Olavo, *Desenhos e Modelos: Evolução Legislativa*, sep. da Revista da Ordem dos Advogados, ano 61, II (Abril de 2001), págs. 658 e segs..

Mais uma vez estão aqui presentes interesses privados que se destacam por a sua tutela derivar de direitos de autor e não de direitos de propriedade industrial.

IV. Similarmente ao que ocorre quanto às causas particulares de nulidade, o n.º 2 do art. 209.º restringe o recurso à anulabilidade do registo às situações em que o desenho ou modelo tenha sido objecto de exame.

Assim, genericamente, prevalecem nesta matéria as notas relativas aos casos de nulidade, apenas com uma particularidade.

A restrição do n.º 2 do art. 209.º tem a sua aplicação limitada, *expressis verbis*, aos «casos previstos no número anterior». Tal não pode deixar de significar, para o preceito ter sentido útil, que ela não vale para as causas gerais da anulabilidade previstas no art. 34.º, solução que, todavia, suscita dúvidas quanto à sua justeza.

## 20. Invalidade parcial

O art. 210.º concretiza os termos em que pode ocorrer a invalidade parcial do registo do desenho ou modelo, aplicável tanto quando o correspondente valor negativo seja a nulidade como quando seja a anulabilidade.

Dele resulta que a invalidade parcial é admissível quando o registo respeite a vários objectos e o vício em causa afecte apenas um ou alguns deles. Como é manifesto, e o n.º 1 do art. 210.º deixa perceber, a invalidade opera então apenas quanto ao objecto ou objectos viciados.

Não é, porém, já admissível, segundo a mesma norma, a invalidação parcial de um objecto.

O n.º 2 do art. 210.º, explicitando o alcance do n.º 1, acrescenta que, se a invalidação for parcial, o registo invalidado continua em vigor quanto à parte não afectada.

É discutível a necessidade deste preceito, tal como está formulado, porquanto a invalidade parcial só nos termos daquele n.º 2 faria sentido.

## § 5.º — Marcas ou direitos derivados

### 21. Considerações prévias

As particularidades da invalidade das marcas ou direitos derivados do seu registo assumem carácter mais complexo do que nos outros direitos privativos e contêm-se nos art. 265.º a 267.º; tem, contudo, de se atender ainda, na fixação do seu regime, ao art. 268.º.

Destes preceitos resultam desvios relativamente a vários pontos do regime geral da invalidade dos direitos industriais, como se passa a expor.

Tal como acontece com as topografias de produtos semicondutores e os desenhos ou modelos, a invalidade é referida ao registo da marca.

Pelo que respeita às matérias reguladas nos arts. 265.º e seguintes, a principal inovação, em relação ao *Código de 1995*, reside no facto de se terem passado a prever também causas específicas da nulidade.

Seguindo o esquema que temos vindo a usar, trataremos em separado o regime da nulidade e o da anulabilidade.

### 22. Causas da nulidade

I. As causas da nulidade do registo da marca e dos direitos dele derivados têm correspondência em fundamentos da recusa do registo, previstos nos arts. 238.º e 239.º. Tais fundamentos respeitam a elementos relevantes na caracterização da marca [als. *a*) a *s*) do n.º 1 do art. 238.º] ou relacionam-se com interesses de ordem geral [als. *a*) a *e*) do art. 239.º].

Por outras palavras: as als. *a*) e *b*) do n.º 1 do art. 265.º seleccionam, nos fundamentos da recusa contidos no n.º 1 do art. 238.º e no art. 239.º, aqueles em relação aos quais se adequa a nulidade do registo indevidamente feito.

Trata-se, como é manifesto, de uma solução correcta, pois, em tais circunstâncias, tendo sido feito um registo que devia ter sido recusado, seria desrazoável não o considerar nulo.



II. No mesmo plano de coordenação dos fundamentos da recusa e das causas da nulidade do registo se situa o n.º 2 do art. 265.º, ao remeter para o n.º 3 do art. 238.º.

Esta norma exclui a recusa do registo relativamente a marcas desprovidas de qualquer sentido distintivo ou constituídas exclusivamente por certos elementos que o legislador expressamente declara não satisfazerem os requisitos do art. 222.º [al. *a*) e als. *c*) e *d*), respectivamente, do n.º 1 do art. 223.º]. A exclusão, todavia, em tais circunstâncias, só se verifica, se a marca «tiver adquirido carácter distintivo» (26).

Ao mandar aplicar o n.º 3 do art. 238.º à acção de declaração da nulidade, com as necessárias adaptações, tal significa que a remissão da al. *a*) do n.º 1 do art. 265.º tem de ser articulada com a do seu n.º 3. Assim, nem sempre a violação do disposto nas alíneas do n.º 1 do art. 223.º causa nulidade, pois nos casos acima identificados, em que a recusa do registo é excluída, a acção de declaração da nulidade não procede, se a marca assim constituída e registada tiver adquirido carácter distintivo.

## 23. Causas da anulabilidade

I. O regime particular de anulação do registo da marca e dos direitos dele derivados está fixado no art. 266.º. Nele se regulam, além das causas específicas da anulabilidade, vários pontos conexos com a anulação em si mesma.

Nesta última matéria tem ainda de ser atendido o art. 267.º que exclui, em certo caso, o direito à anulação.

II. As causas da anulabilidade, próprias deste direito privativo, vêm enumeradas nas als. *a*) e *b*) do n.º 1 do art. 266.º, em termos que corrigem alguma imperfeição do preceito correspondente do *Código de 1995* (art. 214.º, n.º 1) (27) (28).

---

(26) Cfr., também, n.º 2 do art. 223.º, com o qual o n.º 3 do art. 238.º se articula.

(27) O *corpo* do n.º 1 do art. 214.º começava por enumerar, em termos genéricos, como causa da anulação, o facto de o beneficiário do registo não ter direito a este. A necessidade desta referência genérica era mais do que discutível, por ela corresponder ao que

Todavia, o art. 266.º não é também isento de reparos, porquanto na al. a) do seu n.º 1 inclui, entre as normas para que remete, o art. 226.º; ora, a violação deste preceito consta já entre as causas comuns da anulabilidade enumeradas na al. b) do n.º 2 do art. 34.º.

Temos, pois, apenas que nos ocupar das mais causas da al. a) do n.º 1 do art. 266.º.

III. O registo da marca e dos direitos dele derivados é anulável, segundo a al. a) do n.º 1 do art. 266.º, se for efectuado com violação do disposto nas als. f) a h) e m) do art. 239.º e nos arts. 240.º a 242.º.

Nestas alíneas do art. 239.º, para além de outros requisitos, estão sempre em causa direitos ou interesses de terceiros, que se pretendem acautelar. Nesta base, feito o registo com infracção das normas que os tutelam, é o valor negativo anulabilidade perfeitamente adequado ao vício em causa.

Embora carecendo de alguns esclarecimentos adicionais, algo semelhante se passa quando o registo seja feito com infracção dos arts. 240.º a 242.º.

O primeiro prevê, no seu n.º 1, a recusa do registo se a marca em causa envolver reprodução ou imitação [nos termos das als. b) e c) do n.º 1 do art. 245.º (29)] «de determinado aspecto exterior, nomeadamente de embalagem, ou rótulo, com as respectivas forma, cor e disposição de dizeres, medalhas, recompensas e demais elementos comprovadamente usado por outrem nas suas marcas registadas».

No art. 241.º está pressuposta a tutela que merecem as chamadas *marcas notórias*. Segundo o n.º 1 do art. 241.º, são estas as

---

constava no n.º 1 do art. 33.º desse mesmo Código. Nem o facto de a norma referir a invalidade ao registo e não ao título de propriedade industrial justificava essa menção, dada a ressalva do art. 33.º, feita na primeira parte do n.º 1 do art. 214.º, porquanto ela implicava já uma aplicação correspondente do regime contido naquele preceito.

(28) Em termos substanciais, há, porém, pontos de contacto entre os dois diplomas legais. Assim, a al. a) do n.º 1 do art. 266.º contempla causas que, sensivelmente, correspondem às antes descritas nas als. a) e b) do n.º 1 do art. 214.º do Código de 1995. Em verdade, os vícios que as geram consistem na infracção de várias normas que regulam o procedimento de registo, dirigidas à tutela de terceiros.

(29) Este preceito fixa o conceito de imitação ou usurpação da marca.

marcas notoriamente conhecidas em Portugal, mas não registadas. Nesta base, deve ser recusado o registo de marca que, no todo ou em parte essencial, envolva reprodução, imitação ou tradução de marca notória, se:

- a) a marca a registar se puder confundir com a notória na sua aplicação a produtos ou serviços idênticos ou afins;
- b) por efeito da aplicação da marca a registar, for possível estabelecer uma associação com a marca notória.

Sendo o registo feito, quando devia ser recusado, é anulável.

O art. 242.º ocupa-se de matéria homóloga, mas relativa agora às denominadas *marcas de prestígio*. Está aqui em causa uma marca não registada, mas que goze de prestígio em Portugal ou na Comunidade Europeia, se for marca comunitária<sup>(30)</sup>. Se a marca a que respeita o pedido de registo constituir tradução ou for igual ou semelhante a uma *marca de prestígio*, ainda que destinada a produtos ou serviços sem identidade ou afinidade, o registo deverá ser recusado, se:

- a) o uso da marca a registar tirar partido indevido do carácter distintivo ou de prestígio da *marca de prestígio*;
- b) esse uso puder prejudicar esse carácter distintivo ou esse prestígio.

Sendo o registo feito contra o disposto no art. 242.º, é anulável.

A invocação da anulabilidade, com fundamento na infracção ao disposto nos arts. 241.º ou 242.º, sofre, porém, uma restrição, por força do n.º 2 do art. 266.º.

A anulabilidade só pode ser invocada se o interessado requerer o registo da marca em que se fundamenta a anulação para os produtos ou serviços que lhe deram notoriedade ou prestígio, consoante os casos.

---

<sup>(30)</sup> Sobre a marca comunitária, *vd.* Oliveira Ascensão, *A Marca Comunitária*, *sep.* da Revista *O Direito*, ano 133.º (2001), III, e *Marca Comunitária e a Marca Nacional (Parte II — Portugal)*, *sep.* da Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Coimbra Editora, 2000, e sobre a marca de grande prestígio, *O Conteúdo e a extensão do direito à marca: a marca de grande prestígio*, in *Direito Industrial*, vol. I, *cit.*, págs. 79 e segs..

Faz o n.º 2 do art. 266.º aplicação, em sede de anulabilidade, de um regime paralelo do que os n.ºs 2 dos arts. 241.º e 242.º estabelecem quanto à recusa do registo.

Mas, justamente por assim ser, estabelecendo o n.º 2 do art. 240.º regime equivalente para a recusa nele prevista, seria adequado que no n.º 2 do art. 266.º se fizesse também menção do art. 240.º.

IV. A al. b) do n.º 1 do art. 266.º regula uma causa da anulabilidade do registo da marca e de direitos dele derivados que, embora em plano diferente das da alínea anterior, mantém em relação a elas um elemento comum: estão em causa interesses predominantemente particulares.

Trata-se, agora, de o titular do registo pretender, com base nele, fazer concorrência desleal. A esta hipótese equipara a segunda parte da al. b) a de tal concorrência ser possível, independentemente de ser essa a intenção do titular do registo.

## 24. Regime da anulação

I. Um dos aspectos particulares do regime de anulação do registo da marca ou de produtos dele derivados consta do n.º 3 do art. 266.º.

Estabelece esta norma uma limitação à anulação do registo, quando o fundamento da anulabilidade esteja relacionado com a tutela que deva ser atribuída a uma marca anterior. Consiste ela em a anulabilidade do registo da marca posterior não poder ser invocada, se da marca anterior, que se invoca como fundamento da anulação, não estiver a ser feito uso sério, tal como é definido no art. 268.º.

A razão de ser desta restrição é manifesta: o titular da marca anterior, por não satisfazer o requisito de uso sério, não é digno da tutela que determina a anulação da marca posterior.

II. Para além desta limitação, há, porém, que ter ainda em conta o disposto no art. 267.º, por força do qual, seguindo a terminologia legal, ocorre uma *preclusão por tolerância* do direito de anulação.

A situação correspondente caracteriza-se nos seguintes termos.

O titular de uma marca registada tem conhecimento de estar a ser usada certa marca, registada posteriormente à sua, e tolera esse uso pelo prazo de cinco anos.

O n.º 2 do art. 267.º não qualifica o prazo fixado no n.º 1, ao contrário do que ocorria com o direito pregresso, que o entendia como caso de caducidade (art. 215.º, n.º 2, do *Código de 1995*).

Se, com o seu silêncio, o legislador pretendeu afastar esta qualificação, só o podemos aplaudir. Temos, na verdade, por correcto entender este prazo como de prescrição<sup>(31)</sup>.

Certo é, porém, que o prazo se conta do momento em que o titular da marca anterior teve conhecimento do uso da marca posterior (n.º 2).

O verdadeiro alcance da *preclusão por tolerância* apura-se pelos efeitos por ela produzidos.

Destes, o primário é o de o titular da marca registada anteriormente deixar de poder invocar a anulabilidade do registo da marca posterior.

Mas deixa também de se poder opor à sua utilização, quanto aos produtos ou serviços em relação aos quais se verificou o uso tolerado da marca posterior<sup>(32)</sup>.

A *preclusão do direito à anulação* apenas põe o titular da marca com registo posterior a coberto da invocação da sua anulabilidade. Com efeito, como se estatui no art. 267.º, n.º 3, daí não decorre a validação do registo posterior, porquanto o titular da correspondente marca não pode invocar a tolerância do uso, para ele, por seu turno, se opor ao direito do titular da marca registada anteriormente, «mesmo que este já não possa ser invocado contra a marca posterior».

A *preclusão*, estabelecida no n.º 1 do art. 267.º, não se verifica, em relação a qualquer dos efeitos acima identificados, «se o registo da marca posterior tiver sido efectuado de má fé». A razão

---

(31) *Vd.*, a propósito, o que escrevemos em *Teoria Geral do Direito Civil*, vol. cit., págs. 648-650, 651 e 661-662, sobre os conceitos de prescrição e de caducidade e a delimitação dos dois institutos.

(32) *Cfr.* art. 258.º

desta ressalva assenta no facto de o titular da marca posterior não merecer tutela, por causa da sua má fé.

III. Afastando-se do art. 35.º, que não se ocupa do prazo de interposição da acção de anulação dos títulos de propriedade industrial, o n.º 4 do art. 266.º regula especificamente essa matéria.

Estabelece este preceito que, em regra, as acções de anulação do registo de marcas ou de direitos dele derivados devem ser propostas no prazo de 10 anos. Este prazo conta-se da data do despacho que conceda o registo, afastando-se assim o que a respeito desta matéria ficou exposto no regime geral da invalidade dos direitos industriais <sup>(33)</sup>.

A acção de anulação não depende, porém, de prazo, se o registo da marca tiver sido obtido de má fé. É este o sentido da segunda parte do n.º 4 do art. 266.º, quando nele se afirma que, neste caso, o direito de pedir a anulação «é imprescritível» (*sic!*).

A solução contida neste preceito, em si mesma, é correcta, pois o titular da marca anulável não merece a tutela que a limitação do prazo implica. Mas o mesmo não se pode já dizer da qualificação jurídica da natureza desse prazo.

Sugere, com efeito, a redacção do preceito — quando usa o adjectivo «imprescritível» — que na mente do legislador o prazo nele fixado é de prescrição. Sendo assim, a técnica legislativa do *Código* não pode deixar de merecer reparos, devendo entender-se, apesar da perturbação que o texto acima citado lança na matéria, que o prazo fixado no número anterior é de *caducidade*.

Apontam, neste sentido, os termos em que estabelecemos a distinção entre a prescrição e a caducidade, já acima referenciados.

Assim, o que, em termos correctos, o n.º 4 do art. 266.º significa é o seguinte: a invocação da anulabilidade, havendo má fé, não depende de prazo.

Nem esta solução é caso virgem no regime da anulabilidade <sup>(34)</sup>.

<sup>(33)</sup> *Vd., supra*, n.º 5.III.

<sup>(34)</sup> Cfr. art. 287.º, n.º 2, do Código Civil.

## § 6.º — Recompensas

## 25. Anulabilidade

I. As especialidades da invalidade, pelo que respeita às recompensas, contêm-se no art. 280.º, que dispõe o seguinte: «o registo é anulável quando for anulado o título da recompensa».

Para além de um aspecto de pormenor <sup>(35)</sup>, este artigo mantém a redacção da norma correspondente do *Código de 1995* (art. 226.º). Subsistem assim as dúvidas que a aparente simplicidade de qualquer dos preceitos a um primeiro exame encobre.

II. É manifesto que dele resulta, em primeira mão, a submissão da anulabilidade do registo da recompensa ao regime geral da anulabilidade do respectivo título, nos múltiplos aspectos oportunamente estudados.

Mas, na sua aplicação concreta, logo cabe perguntar como opera a anulabilidade, na sua invocação judicial.

O preceito implica a necessidade de distinguir entre anulabilidade do título da recompensa e do registo. Mas dele resulta a precedência daquela sobre esta, pois o registo só é anulável, quando, como se lê no texto legal, for *anulado* (e não simplesmente *anulável*) o título da recompensa. Daí a pertinência da seguinte pergunta: o pedido de anulação do registo tem de ser formulado autonomamente, após a anulação da recompensa ou pode ser cumulado na acção de anulação da recompensa, como consequência desta?

Razões de economia processual conduzem-nos a perfilhar a segunda solução.

III. Outra questão suscitada pelo art. 280.º consiste em saber se, ao fazer menção específica da anulabilidade, tal significa exclusão do regime da nulidade.

A pergunta vale, em particular, para esta modalidade da invalidade do registo, embora não seja também descabida quanto à do próprio título da recompensa.

---

(35) Trata-se de agora se ressaltar expressamente o regime geral do art. 34.º.

Em relação a este, vistas as causas da nulidade dos títulos de propriedade industrial, não se pode dizer que elas não façam sentido quanto às recompensas.

Mas, sendo assim, seria muito estranho que o registo fosse anulável quando o título de recompensa seja anulado, mas não quando seja declarado nulo!

Não pode ser.

Mais razoável será entender, afastando embora a presunção do art. 9.º, n.º 3, do Código Civil, que o legislador, neste caso, fez uso menos correcto da expressão *anulado*, devendo entender-se que quis significar *invalidado*.

### § 7.º — Nome ou insígnia de estabelecimento

#### 26. Considerações prévias

O *Código* introduziu inovações relevantes no regime particular da invalidade do registo do nome ou insígnia de estabelecimento <sup>(36)</sup>. Na verdade, o art. 244.º do *Código de 1995* referia-se apenas à anulabilidade do registo, prevendo-a quando na sua concessão houvesse infracção de disposições que exigem autorização ou consentimento de terceiros.

A lei nova, nos arts. 298.º e 299.º, ocupa-se, sucessivamente, de causas particulares da nulidade e da anulabilidade do registo do nome ou insígnia de estabelecimento, mas em termos que merecem alguma censura, pelas razões adiante expostas.

Para além disso, os preceitos acima citados regulam ainda alguns aspectos do regime da invalidade.

Como é habitual, as causas da nulidade e da anulabilidade serão analisadas em dois números separados. No segundo serão incluídos os desvios ao regime da anulação.

---

<sup>(36)</sup> Sobre este direito privativo, *vd.* Luís Menezes Leitão, *Nome e insígnia de estabelecimento*, in *Direito Industrial*, vol. I, cit., págs. 157 e segs..



## 27. Causas da nulidade

I. A primeira causa da nulidade do registo do nome ou insígnia de estabelecimento, estabelecida no n.º 1 do art. 298.º, prende-se com a violação das normas que regulam a constituição de qualquer destes direitos industriais. Contêm-se elas, numa formulação positiva, nos arts. 283.º e 284.º e, numa formulação negativa, no art. 285.º.

Na verdade, os arts. 283.º e 284.º estabelecem, sucessivamente, os elementos que podem ser usados na constituição do nome e da insígnia.

Por seu turno, o art. 285.º, sob a epígrafe «fundamentos de recusa» (37), identifica, afinal, os elementos a que se não pode recorrer para constituir o nome ou a insígnia.

Todavia, a remissão do n.º 1 do art. 298.º para o art. 285.º é manifestamente incorrecta, nos termos genéricos em que se mostra feita.

II. O primeiro indício da inadequação desta norma encontra-se na própria letra: a al. a) do n.º 1 do art. 299.º, ao estabelecer as causas particulares da anulabilidade do registo do nome ou insígnia de estabelecimento, refere igualmente a infracção do «disposto no artigo 285.º»!

A harmonização de normas tão desavindas, o intérprete só pode fazê-la se for admissível distinguir, nas várias alíneas do n.º 1 do art. 285.º, elementos que não sejam admitidos, uns por razões de ordem pública, outros por razões de ordem particular.

Pensamos ser viável esta distinção, até por motivos que, mais uma vez, não abonam nada em favor do legislador.

Em verdade, por força do n.º 1 do art. 285.º além de outros, é considerado, como elemento que do nome ou insígnia não pode fazer parte, «tudo quanto, no n.º 1 do artigo 238.º e nas alíneas a) a e) e h) a j) do artigo 239.º, se refere às marcas» (al. f) do n.º 1 do art. 285.º).

---

(37) É manifestamente infeliz a epígrafe deste preceito — *fundamentos de recusa* —, em si mesma, mas também se tivemos em conta o art. 292.º; em verdade, não só este preceito tem por epígrafe «recusa», como, ao identificar os fundamentos da recusa, inclui o disposto, entre outros, no art. 285.º.

Ora, acontece que a infracção do disposto nestes arts. 238.º, n.º 1, e 239.º é especificamente considerada causa da nulidade do registo, nas als. *a)* e *b)* do n.º 2 do art. 298.º, mas não em termos equivalentes aos que constam da al. *f)* do n.º 1 do art. 285.º!

Quer dizer: no que respeita a alíneas dos arts. 238.º, n.º 1, e 239.º, que estejam referidas na al. *f)* do n.º 1 do art. 285.º, mas não nas als. *a)* e *b)* do n.º 2 do art. 298.º, só pode entender-se haver uma causa de anulabilidade. É o que sucede com a al. *d)* do n.º 1 do art. 238.º e a al. *h)* do art. 239.º.

III. Invocando esta legitimação da letra da lei, embora deixando de lado a sua formulação bem incorrecta, consideramo-nos habilitados a repartir — para além do que respeita à al. *f)* — as alíneas do n.º 1 do art. 285.º em dois grupos, para efeitos de determinação das causas que em relação ao registo do nome ou insígnia de estabelecimento geram nulidade ou anulabilidade.

Pensamos que devem ser referidas à anulabilidade aquelas em que o elemento que não pode fazer parte do nome ou insígnia está directamente relacionado com o interesse de outra pessoa, que pode ser afectado com o seu uso. Pensamos ser isso o que se passa com a infracção do disposto nas als. *c)* a *e)*, *g)* e *h)*.

Deste modo, a remissão do n.º 1 do art. 298.º, ao fixar as causas da nulidade, deve entender-se restrita à infracção das als. *a)*, *b)* e *c)* do n.º 1 do art. 285.º.

IV. Para além disso, o n.º 2, nas suas als. *a)* e *b)*, estabelece a nulidade do registo do nome ou da insígnia de estabelecimento, mandando atender, correspondentemente, às causas da nulidade do registo das marcas e de direitos dele derivados, previstas nas als. *a)* a *c)* do n.º 1 do art. 238.º e als. *a)* a *e)* e *i)* a *l)* do art. 239.º <sup>(38)</sup>.

Sem prejuízo do reparo a cima feito, relativamente à necessidade de concertar estas normas com a remissão que o n.º 1 do art. 298.º faz para o art. 285.º, em particular por referência à al. *f)*

<sup>(38)</sup> As als. *a)* e *b)* do n.º 2 do art. 298.º reproduzem o texto das als. *a)* e *b)* do n.º 1 do art. 265.º, em matéria de marcas.

do n.º 1 deste preceito, vale aqui, *mutatis mutandis*, quanto em relação às marcas ficou exposto.

V. Mantendo, neste plano, o mesmo paralelismo entre o regime das marcas e o do nome ou insígnia de estabelecimento, o n.º 3 do art. 298.º (tal como o n.º 2 do art. 265.º) manda aplicar à acção de declaração da nulidade o disposto no n.º 3 do art. 238.º, quanto à recusa do registo.

Assim, ainda neste caso, não temos mais do que remeter para o regime da acção de declaração da nulidade do registo da marca.

## 28. Causas da anulabilidade e regime da anulação

I. As causas da anulabilidade do registo do nome ou insígnia de estabelecimento vêm enumeradas nas als *a*) e *b*) do n.º 1 do art. 299.º.

A respeito da al. *a*) e da sua remissão para o art. 285.º fomos forçados a antecipar o seu alcance, a respeito do n.º 1 do art. 298.º; para aí remetemos.

Quanto à al. *b*), reproduz, textualmente, a al. *b*) do n.º 1 do art. 266.º, relativo às marcas.

Valem, aqui, correspondentemente, as observações então feitas sobre esta norma.

II. As particularidades do regime da anulação do registo do nome ou insígnia de estabelecimento vêm reguladas nos n.ºs 2 e 3 do art. 299.º, que correspondem, no seu conjunto, ao n.º 4 do art. 264.º (39), quanto a marcas, cuja regulamentação reproduzem.

Está em causa o prazo de propositura da acção de anulação para o qual vale, por esta coincidência, o que ficou exposto a respeito do segundo dos preceitos citados.

---

(39) Não pode, assim, passar sem uma breve referência a assimetria verificada entre estas normas, com prejuízo da técnica legislativa. Não deixa também de ser curioso o facto de no *Código* se ter perfilhado, nesta questão, em sede de nome ou insígnia de estabelecimento, uma divisão do regime do prazo em dois preceitos que o *Código de 1995* adoptava em matéria de marcas (art. 214.º, n.ºs 5 e 6), e agora foi abandonada quanto a este direito privativo.

## § 8.º — Logótipo

### 29. Remissão

O art. 304.º manda aplicar aos logótipos «as disposições relativas aos nomes e insígnias de estabelecimento», com as necessárias adaptações.

O carácter genérico da remissão e a manifesta proximidade entre estas duas categorias de direitos privativos justificam o entendimento de nela se compreender o regime da invalidade estabelecido nos arts. 298.º e 299.º.

## § 9.º — Denominações de origem e indicações geográficas

### 30. Considerações prévias

O *Código de 1995* não continha normas específicas sobre a invalidade deste direito privativo <sup>(40)</sup>. Esta solução foi agora alterada, revelando, no legislador, uma manifesta preocupação de, nos vários direitos privativos, adoptar um tratamento uniforme.

Assim, os arts. 313.º e 314.º estabelecem causas particulares da nulidade e da anulabilidade do registo das denominações de origem e das indicações geográficas. No segundo tipo da invalidade identifica-se ainda um ponto particular do regime da anulação.

Seguindo o exemplo da lei, mantemos o esquema habitual na exposição destas matérias.

### 31. Causas da nulidade

A identificação das causas particulares da nulidade do registo das denominações de origem e das indicações geográficas é feita,

---

<sup>(40)</sup> Sobre este direito privativo, *vd.* A. F. Ribeiro de Almeida, *Indicação Geográfica, Indicação de Proveniência e Denominação de Origem (Os nomes geográficos na Propriedade Industrial)*, in *Direito Industrial*, vol. I, cit., págs. 51 e segs., e *Denominações Geográficas e Marcas*, in *Direito Industrial*, vol. II, Almedina, Coimbra, 2002, págs. 341 e segs..

no art. 313.º, como em outros direitos privativos, por referência aos fundamentos da recusa do correspondente registo.

Estes constam do art. 308.º, limitando-se o art. 313.º a destacar nesses fundamentos os constantes nas als. *b)*, *d)* e *f)*). Sendo o registo feito com violação do disposto nestas normas, ele é nulo.

Só temos que assinalar serem estas as alíneas que, do ponto de vista de valor negativo do registo, contemplam situações a cuja violação deve corresponder a nulidade. É, pois, correcto o critério adoptado pelo legislador.

## 32. Causas da anulabilidade e regime da anulação

I. O n.º 1 do art. 314.º segue, para a anulabilidade, a solução adoptada, na nulidade, no art. 313.º.

O registo de uma denominação de origem ou de uma indicação geográfica é anulável quando tenha sido concedido com violação do disposto nas als. *a)*, *c)*, *e)* e *g)* do art. 308.º. São estas as restantes alíneas que neste preceito estabelecem fundamentos da recusa do registo.

Em face do que ficou dito no número anterior, já se deixa ver que às situações nelas descritas, quando violadas na concessão do registo, quadra o valor negativo anulabilidade.

II. Em sede de normas particulares relativas ao regime da anulação, os n.ºs 2 e 3 do art. 314.º regem sobre o prazo de propositura da correspondente acção.

Reproduzem estes preceitos, ponto por ponto, o texto dos n.ºs 2 e 3 do art. 299.º, que regulam a mesma matéria quanto aos nomes ou insígnias de estabelecimento.

Ora, como então ficou anotado, qualquer destas duas normas, no seu conjunto, correspondem ao n.º 4 do art. 264.º, aplicável à anulação do registo das marcas e direitos dela derivados.

Por assim ser, só temos aqui que remeter para o que, no local próprio, dissemos sobre o n.º 4 do art. 264.º, com as necessárias adaptações.

### CAPÍTULO III

## ANÁLISE CRÍTICA DO REGIME DA INVALIDADE

### 33. Razão de ordem

Encetamos agora, segundo o esquema oportunamente anunciado, uma análise do regime da invalidade dos direitos industriais, com o objectivo de avaliar a sua adequação, do ponto de vista técnico-jurídico.

Ao longo da exposição anterior, por necessidade de compreensão das soluções adoptadas pelo direito positivo, tivemos já oportunidade de pôr em destaque algumas imperfeições do *Código* no plano da técnica legislativa. Elas não deixam de ser relevantes quando se aprecia criticamente esse diploma legal, pois se projectam, por vezes, no tratamento substancial das matérias, e, por isso, devem aqui dar-se como presentes.

Todavia, a preocupação que agora nos domina é outra.

Trata-se de apurar, numa perspectiva global, e por referência a certos aspectos mais relevantes do regime da invalidade no domínio dos direitos industriais, se, na transposição do regime comum — civilístico —, o *Código* adoptou as soluções mais acertadas. Sem perder de vista, como logo de início referimos, que, ao aplicar-se a outras áreas do Direito, a *invalidade* que o Código Civil constrói na perspectiva da função do negócio jurídico, há-de ajustar-se á maneira de ser dos institutos em que passa a funcionar.

Mas, trata-se também de apurar se, ressalvados estes ajustamentos, o regime da invalidade, visto no plano interno — sistemático — desses institutos se apresenta como um todo coerente.

São estes, como já se deixa ver, dois campos diferentes, que, como tais, colocam questões diferentes. No primeiro, estão em causa, de um lado, a dicotomia nulidade/anulabilidade acolhida pelo *Código* e, do outro, a invalidade como causa da extinção dos direitos industriais. No segundo, situamos a análise do objecto da invalidade e a articulação do seu regime com o da recusa da concessão dos direitos industriais.

Estas são as matérias que passamos a analisar em números separados.

### 34. A dicotomia nulidade/anulabilidade

I. O *Código*, tal como o diploma que o antecedeu, distingue, na invalidade dos direitos industriais, a nulidade da anulabilidade.

O que nos propomos averiguar é se o regime de cada um desses valores negativos, na aplicação que o *Código* deles faz aos direitos industriais, respeita o que há de essencial na delimitação que entre eles deve ser estabelecida.

A compreensão das observações que esta tarefa nos sugere só se alcança plenamente se estiver presente a concepção por nós perfilhada na configuração da invalidade e, correspondentemente, da ineficácia.

Tendo já tido oportunidade de a expor em escritos anteriores, entendemos ser-nos permitido enunciá-la aqui nas suas linhas fundamentais, a preencher com os dados que naqueles constam <sup>(41)</sup>.

II. É nossa convicção que a invalidade constitui, no quadro dos valores negativos do negócio jurídico, uma categoria dogmática *a se*, contraposta à ineficácia *stricto sensu*.

A invalidade reveste várias modalidades — absoluta ou relativa, insanável ou sanável, com eficácia automática ou sem eficácia automática <sup>(42)</sup> —, demarcadas pelo seu regime.

O Código Civil, por razões em que dominam preocupações pragmáticas, dirigidas a uma mais fácil regulamentação da matéria, a partir dessas várias modalidades, constrói dois *tipos* de invalidade: a *nulidade*, que caracteriza como uma invalidade absoluta, insanável e com eficácia automática; e a *anulabilidade*, que caracteriza como invalidade relativa, sanável e sem eficácia automática.

Como é manifesto, a cada um destes *tipos* corresponde um *regime típico*, contido, no Código Civil, fundamentalmente, para a nulidade, no art. 286.º e, para a anulabilidade, nos arts. 287.º e 288.º.

<sup>(41)</sup> Cfr. *Teoria Geral do Direito Civil*, vol. cit., págs. 464-466.

<sup>(42)</sup> Há, ainda que distinguir entre *invalidade total e parcial*, mas estas modalidades situam-se num plano diferente das enunciadas no texto e não relevam para demarcar a nulidade da anulabilidade.

Esta tipificação não é incompatível com aspectos de regime comuns a qualquer dos tipos, como claramente evidenciam os arts. 289.º a 293.º do Código Civil. Mas não é também incompatível com desvios ao regime típico da nulidade ou anulabilidade, situações comumente identificados como *invalidades mistas*, que, da nossa parte, por uma razão de coerência com a construção adoptada, preferimos denominar como nulidades ou anulabilidades *atípicas*.

Uma das questões que nesta complexa matéria preocupam a doutrina, independentemente do modo como a nulidade e a anulabilidade são concebidas, é a do critério que preside à sua delimitação.

Não é este o local para entrarmos nesse ainda controvertido debate doutrinal <sup>(43)</sup>, limitando-nos também a manifestar aqui o critério que temos por acolhido no Direito Civil português. Chama ele à colação, nesta matéria, a prevalência do interesse público ou privado, que se visa tutelar ao atribuir relevância invalidante a certos vícios do negócio jurídico <sup>(44)</sup>. Temos por relevantes, para o efeito, de um lado, a regra geral contida no art. 294.º do Código Civil e, do outro, o diferente regime da legitimidade para invocação da nulidade e da anulabilidade, patenteado pelo confronto dos arts. 286.º e 287.º, n.º 1, desse diploma legal.

III. Pressupostas as considerações da alínea anterior, vejamos como a questão da destrinça entre a nulidade e a anulabilidade dos direitos industriais se deve colocar.

---

<sup>(43)</sup> Cfr., sobre este ponto, a nossa *Teoria Geral do Direito Civil*, vol. cit., págs. 466-467; para uma análise mais desenvolvida do problema, com referências, *vd.* Pedro Leitão Pais de Vasconcelos, *A Procuração Irrevogável*, Almedina, 2002, págs. 156 e segs..

<sup>(44)</sup> O critério da violação prevalente de interesses públicos ou privados, para distinguir a nulidade da anulabilidade, foi invocado por Oliveira Ascensão, em estudo dirigido ao Projecto do *Código de 1995 (A Segunda Versão)*, cit., pág. 76). O mesmo critério é mantido em estudo mais recente, também a respeito do regime da invalidade da patente (*Parecer sobre «Proposta de Alteração do Código da Propriedade Industrial»*, sep. da Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Coimbra Editora, 2000, pág. 327), e retomada em *A reforma do Código da Propriedade Industrial*, in *Direito Industrial*, vol. I, cit., págs. 481 e segs.. A crítica era dirigida a normas da *Proposta* que estabelecia a anulabilidade para situações a que melhor quadra a nulidade, solução que no *Código* foi corrigida.



Entendemos legítimo partir, para tanto, da função da propriedade industrial, tal como a concebe o art. 1.º do *Código*. Dispõe-se nele que «a propriedade industrial desempenha a função de garantir a lealdade da concorrência, pela atribuição de direitos privativos sobre os diversos processos técnicos de produção de riqueza».

Se desenvolvermos o conteúdo deste preceito, temos por correcto descortinar nele, lado a lado, uma *função social* e uma *função particular* ou individual da propriedade industrial. De resto, não estamos aqui a fazer senão uma aplicação específica do que é hoje entendimento corrente relativamente à função da propriedade em geral <sup>(45)</sup>.

A *função social* da propriedade industrial prende-se com interesses gerais da economia e dos consumidores.

Pelo que respeita à sua *função particular*, conexas com a actividade dos empresários, a propriedade industrial partilha do princípio da autonomia privada, na sua projecção na liberdade de iniciativa económica privada, constitucionalmente consagrada (art. 61.º, n.º 1). Neste plano, estão em causa interesses privados que se prendem com o fomento e desenvolvimento do valor económico dos direitos industriais, o aumento da capacidade de ganho e o progresso técnico e económico.

Do nosso ponto de vista, à delimitação destes dois planos na função da propriedade industrial não podem deixar de corresponder *sanções* diferentes, consoante esteja em causa a violação dos interesses tutelados por uma ou outra das assinaladas funções.

Assim, vícios dos direitos industriais que afectem a sua função social hão-de gerar nulidade, enquanto a anulabilidade será o valor negativo adequado à afectação de interesses correspondentes à função particular.

IV. Se rememorarmos aqui, à luz das observações anteriores, as causas da nulidade e da anulabilidade dos direitos industriais, quer no seu regime geral, quer no regime particular dos direitos

---

<sup>(45)</sup> A nossa posição nesta matéria está expressa in *Teoria Geral do Direito Civil*, vol. I, 3.ª ed., rev. e act., U.C.E., Lisboa, 2001, pág. 93, e *Lições de Direitos Reais*, 4.ª ed., rev. e act., Quid Juris, Lisboa, 2003, págs. 198-199.

privativos, podemos assentar em que o *Código* não suscita reparos relevantes.

Na verdade, salvo alguns desacertos oportunamente assinalados, a repartição das causas da invalidade pelos dois tipos que ela reveste respeita em geral o critério acima definido.

O mesmo já se não pode dizer, porém, quando consideramos o regime geral da legitimidade para invocar a anulabilidade estabelecido na primeira parte do n.º 2 do art. 35.º.

Essa legitimidade, para seguir o modelo fixado no n.º 1 do art. 287.º do Código Civil, devia ser limitada às pessoas cujos interesses são afectados pelo vício que gera o valor negativo, por serem elas as tuteladas com a *sanção* da anulabilidade; ou seja, por outras palavras, às pessoas no interesse de quem a anulabilidade é estabelecida.

Ora, não é este o significado do art. 35.º, n.º 2, ao atribuir legitimidade a *qualquer interessado*. Basta para tanto ter presente que *qualquer interessado* — fórmula acolhida no art. 286.º do Código Civil para definir a legitimidade para invocação da nulidade — significa, como a doutrina assinala, o «sujeito de qualquer relação jurídica afectada, na sua consistência jurídica ou prática, pelos efeitos a que o negócio se dirigia» (46). Transposta para a invalidade dos direitos industriais, esta noção identifica o titular de qualquer situação jurídica, afectada, nos termos expostos, pela manutenção do direito industrial a que a nulidade respeita.

Ora, esta é uma *posição* muito mais ampla do que a ocupada pelas pessoas a favor de quem a anulabilidade é estabelecida, sendo a diferença justificada, no regime do Código Civil, pela diferente natureza dos interesses envolvidos num caso e no outro.

Ficou atrás demonstrado que a distinção, na invalidade dos direitos industriais, entre causas geradoras da nulidade e da anulabilidade se ajusta ao critério da natureza prevalentemente pública ou privada dos interesses em jogo.

Nesta base, não se vislumbra razão para, com quebra da harmonia do sistema, o *Código*, insistindo numa solução inadequada

(46) É esta a noção de C. Mota Pinto (*Teoria Geral do Direito Civil*, 3.ª ed., act., 1.ª reimp., Coimbra Editora, 1986, pág. 611), que perfilhamos (*Teoria Geral do Direito Civil*, vol. II cit., pág. 470).

que vinha do direito anterior — e para a qual Oliveira Ascensão repetidamente chamara a atenção <sup>(47)</sup> —, atribuir legitimidade para arguir a anulabilidade a qualquer interessado.

Mas, por esta mesma ordem de razões, não temos também por correcta a atribuição, ao Ministério Público, de legitimidade para invocação da anulabilidade, uma vez que, por definição, não está em causa o interesse público, mas o privado.

### 35. A invalidade como causa da extinção dos direitos de propriedade industrial

I. *A arrumação da matéria da invalidade no Código*, indicada na epígrafe deste número, suscita-nos uma nota de censura.

Trata-se de o regime da invalidade ser enquadrado, sob a epígrafe *extinção*, não só no regime geral (Capítulo IV, que começa no art. 33.º), sendo aí a invalidade tratada conjuntamente com a caducidade e a renúncia, mas também nos regimes particulares das marcas (Secção que começa no art. 265.º) e das recompensas (Secção que começa no art. 280.º), nestes dois casos surgindo, conjuntamente com a invalidade, a caducidade.

Como vício de sinal contrário, nas topografias de produtos semicondutores a Secção que começa no art. 170.º tem por epígrafe «invalidade», mas abarca também a caducidade.

O tratamento da invalidade em conjunto com outras figuras jurídicas ocorre ainda em relação ao nome ou insígnia de estabelecimento [transmissão <sup>(48)</sup> e caducidade] e às denominações de origem e indicações geográficas (efeitos e caducidade). Contudo, nestes casos, as epígrafes das correspondentes secções (com começo, respectivamente, nos arts. 297.º e 310.º), identificando todos os institutos que regulam, não usam uma designação genérica; escapam, assim, à censura de seguida feita.

---

(47) Relativamente a textos preparatórios de qualquer desses dois Códigos; cfr. estudos citados na nota (44).

(48) Não podemos deixar passar em claro quanto é incorrecto referir a transmissão ao registo (art. 297.º), erro em que o legislador cai mais vezes (cfr., v.g., quanto às marcas, art. 262.º).

O vício vinha já do *Código de 1995*, onde assumia maior projecção quantitativa, pois, além do regime comum, se situava ainda nos regimes particulares das patentes, dos modelos de utilidade, das marcas e das recompensas, com a agravante de nem sequer haver identidade entre as respectivas epígrafes, usando-se umas vezes *extinção* e outras *cessação*.

II. A sistematização acima identificada é, do ponto de vista da técnica jurídica, flagrantemente imperfeita.

Nem reecemos ser acusados de excesso de rigor ou de pruridos jurídicos, ao assiná-lo, pois, como passamos a demonstrar, está em causa um mau uso da terminologia científica do Direito e esta é essencial à boa compreensão e aplicação das normas jurídicas.

Ao regular a invalidade por referência à extinção dos direitos de propriedade industrial, o legislador parece, pelo menos, atribuir à declaração da nulidade e à anulação um efeito incompatível com a maneira de ser destes valores negativos, fazendo, concomitantemente, mau uso da palavra *extinção*.

Começando por este aspecto, basta recordar que por *extinção* se entende o *desaparecimento*, da ordem jurídica, de uma determinada situação jurídica que, assim cessa a sua *vida* e, por isso, sai também da esfera de certa pessoa.

Tal pressupõe que essa situação existia, do ponto de vista do Direito, antes da verificação do facto que é causa da sua extinção.

Ora, o que caracteriza a *invalidade* — demarcando-a da *simples ineficácia* — é a natureza genética dos vícios que a geram, que, por assim ser, andam ligados à formação da figura jurídica que afectam. Com esta nota, harmoniza-se perfeitamente o princípio que preside aos efeitos da invalidação: a retroactividade.

Por outras palavras, declarada nula ou anulada certa figura jurídica, tudo se passa, para o Direito, como se ela mesma nunca tivesse existido. Como bem assinala Oliveira Ascensão, embora referindo-se ao projecto de uma norma relativa às patentes, «por natureza, a declaração de nulidade ou a anulação desaproveitam o acto desde o início»<sup>(49)</sup>. Não faz, assim, sentido falar em extin-

(49) *A Segunda Versão*, cit., pág. 77.

ção, por esta ser incompatível com a retroacção dos efeitos da invalidação.

Vimos, a seu tempo que, embora com restrições — que, de resto, também se verificam no regime comum da invalidade —, o *Código* consagra o princípio da retroacção (art. 36.º); assim, identificar, no caso, uma extinção dos direitos de propriedade industrial constitui um conflito intra-sistemático, que bem podia ter sido evitado.

### 36. O objecto da invalidade

I. A exposição do regime da invalidade revelou-nos que, segundo o texto da lei, ela aparece referida a *realidades* diferentes, o que não pode deixar de constituir, pelo menos a um primeiro exame, motivo de perplexidade. Com efeito, no regime geral, fixado nos arts. 33.º a 36.º, a invalidade é reportada aos títulos de propriedade industrial; nos regimes particulares, há a distinguir: nas invenções, objecto da invalidade são as patentes e os modelos de utilidade; nos restantes direitos privativos, para o *Código*, nulo ou anulável é o registo.

Esta divergência textual acentua-se se tivermos presente a prática adoptada pelo legislador, que de seguida exemplificamos com as patentes, mas surge repetida quanto a todos os regimes particulares. Estamos a referir-nos ao facto de no art. 113.º, ao fixar as causas da sua nulidade, se começar por ressaltar o disposto no art. 33.º. Literalmente, tal significa que as causas enunciadas neste preceito como causa da nulidade dos títulos de propriedade industrial são também causas da nulidade ... das patentes<sup>(50)</sup>.

Se para a diversidade verbal que vimos assinalando se não encontrar fundamento ou explicação, estaremos perante a mais criticável solução do *Código*, no plano específico da invalidade dos direitos de propriedade industrial, já se deixa ver.

E teremos também de concluir que o legislador não conseguiu evitar um dos riscos inerentes à inclusão de uma *parte geral* no

---

(50) O exemplo dado no texto torna-se ainda mais significativo nos direitos privativos em que a invalidade é referida ao registo.

Código da Propriedade Industrial <sup>(51)</sup> <sup>(52)</sup>: imperfeita articulação entre o regime comum e os regimes particulares.

Vejamos mais de perto.

II. Deixando, por ora, de lado, o que respeita aos direitos privativos, seria de esperar que, nos preceitos onde é estabelecido o seu regime geral, a invalidade fosse referida a algo que permitisse abranger a generalidade daqueles direitos — na sua diversidade —, admitindo, por ora, que, aí, esta tem justificação.

A resposta a esta questão não pode ser dada sem previamente esclarecer o que se deve entender por *títulos* de propriedade industrial a que os arts. 33.º e seguintes referem a invalidade.

III. Invocando à letra a presunção do art. 9.º, n.º 3, do Código Civil, e para não atribuímos ao legislador o vício legislativo de não traduzir o seu pensamento em termos técnicos adequados, a primeira solução a ensaiar não pode deixar de ser a de recorrer ao art. 7.º do *Código*, onde se faz uso da palavra *título* por referência aos direitos de propriedade industrial.

Ora, segundo este preceito, no seu n.º 1, a prova desses direitos «faz-se por meio de títulos, correspondentes às suas diversas modalidades». Esclarecendo o alcance desta norma, o n.º 2 do mesmo artigo acrescenta que «os títulos devem conter os elementos necessários para uma perfeita identificação do direito a que se referem».

---

<sup>(51)</sup> O problema da adopção de uma parte geral foi suscitado, no processo legislativo que conduziu ao *Código*, por Oliveira Ascensão (*Observações*, cit., pág. 658).

<sup>(52)</sup> A sistematização do *Código*, repartindo o seu articulado em dois títulos — «Parte Geral» e «Regimes Jurídicos da Propriedade Industrial» — foi recebida do *Código de 1995*.

Ela, tem por certo, a vantagem de formular uma série de preceitos comuns a todos os direitos industriais, evitando que certos pontos do seu regime sejam sucessivamente repetidos em relação a cada um deles, como sucedia no Código de 1940, que não tinha disposições gerais relativas à invalidade (cfr. arts. 32.º e 33.º, 69.º e 70.º, 122.º e 123.º, 138.º e 139.º e 159.º e 160.º, respectivamente, para as patentes, os modelos e desenhos, as marcas, as recompensas e o nome ou insígnia de estabelecimento).

Mas exige, em contrapartida, uma apurada técnica legislativa, na selecção do que deve caber na parte geral e na particular e na articulação entre os respectivos regimes.

Embora o *Código* não o diga expressamente, não podemos deixar de considerar nele implícito que a emissão destes títulos cabe ao Instituto Nacional da Propriedade Industrial — e a al. j) do art. 5.º dos seus *Estatutos* confirma-o.

Em suma, os *títulos* são, afinal, documentos autênticos que fazem prova dos direitos de propriedade industrial e do seu conteúdo.

Neste sentido, o recurso à palavra *títulos*, adoptado pelos arts. 33.º a 36.º, mostrar-se-ia apto a abranger todos os direitos industriais, pois o art. 7.º a todos é aplicável; mas pecaria por outra razão.

Não temos, na verdade, por adequado referir a invalidade ao título, em si mesmo, enquanto documento, pois isso a situaria num plano meramente formal, quando os vícios que a geram respeitam a aspectos *substantivos* e *substanciais* ou *adjectivos* dos direitos industriais. Assim o revela a exposição feita no Capítulo II.

IV. Afastada a via que atrás tentámos percorrer, a referência a *títulos*, no regime geral da invalidade em propriedade industrial torna-se *nebulosa*, impondo-se tentar esclarecê-la pela articulação com o objecto da invalidade dos direitos privativos.

Ora, quanto a estes, as diferentes soluções acima anotadas podem explicar-se pelos diferentes tipos que a análise do regime da sua concessão nos revela.

Assim, às invenções respeitam as *patentes* e os *modelos de utilidade*; os restantes casos são objecto de *registo*. A esta tipificação, que o *Código* acolhe em vários preceitos (cfr. arts. 4.º, n.º 1, 5.º, n.º 1, 6.º e 29.º, n.º 1), correspondem dois procedimentos diversos<sup>(53)</sup>. Um para as patentes e modelos de utilidade, que podemos designar *processo de concessão* (respectivamente

---

(53) No *Código de 1995* referia-se um processo de patente (arts. 57.º e segs.), de modelo de utilidade (arts. 127.º e segs.) e um processo de registo para os modelos e desenhos industriais (arts. 150.º e segs.), as marcas (arts. 181.º e segs.), as recompensas (arts. 223.º e segs.), o nome e insígnia de estabelecimento (arts. 233.º e segs.) e as denominações de origem e indicações geográficas (arts. 252.º e segs.).

Na al. i) do art. 5.º dos *Estatutos* do Instituto da Propriedade Industrial faz-se ainda referência a *processo de depósito* para os vários direitos privativos, mas desta norma tem de ser feita interpretação actualista, para a integrar no sistema do *Código*.

arts. 61.º e seguintes e 124.º e seguintes), outro para os demais direitos privativos, que a lei identifica, expressamente, como *processo de registo* <sup>(54)</sup> <sup>(55)</sup>.

V. As observações anteriores podem — assim o esperamos — ajudar a clarificar as soluções do *Código* e conduzir mesmo à conclusão de, afinal, ao referir a invalidade aos títulos de propriedade industrial, às patentes, aos modelos de utilidade e ao registo, o legislador não está a significar realidades diferentes, sem prejuízo de o ter feito em termos pouco adequados, do ponto de vista formal.

Mas, a nosso ver, o principal vício que pode ser apontado ao *Código* é outro — e este é substancial. Pensamos que o Prof. Oliveira Ascensão pôs o *dedo na ferida* quando, em observações dirigidas a uma proposta surgida aquando da elaboração do *Código*, escreveu:

«O direito recai sobre a invenção, sobre o modelo de utilidade, sobre o desenho ou modelo industrial. Por ter esse direito é concedida a patente ou é realizado o registo. Mas o direito não recai sobre o registo; o direito ao registo ou à patente é um direito instrumental, para assegurar aquele direito substantivo» <sup>(56)</sup>.

---

<sup>(54)</sup> Cfr., para as topografias de produtos semicondutores, arts. 160.º e segs.; para os desenhos ou modelos, arts. 184.º e segs.; para as marcas, arts. 233.º e segs.; para as recompensas, arts. 274.º e segs.; para o nome ou insígnia de estabelecimento, arts. 286.º e segs.; e para as denominações de origem e indicações geográficas, arts. 307.º e segs..

Relativamente aos logótipos, dada a singeleza do seu regime, esta matéria não tem tratamento autónomo; todavia, a remissão genérica do art. 304.º para a regulamentação do nome ou insígnia de estabelecimento, faz que para que ele valha, igualmente, o que vai afirmado no texto.

<sup>(55)</sup> Deste procedimento de registo deve manter-se distinto o registo que outro preceito dos *Estatutos* prevê [al. j] do mesmo art. 5.º], cuja realização inclui entre as atribuições do Instituto da Propriedade Industrial: *registo actualizado* de todos os direitos industriais. É que este registo não respeita apenas à concessão dos direitos, mas a todos os actos a eles relativos, justamente para que se cumpra o objectivo expressamente previsto na lei, de resto necessário à sua função: a sua actualização para «garantir a veracidade da certificação e a existência de outros meios de prova documental necessários à resolução de eventuais conflitos no âmbito da propriedade industrial».

<sup>(56)</sup> *Observações*, cit., pág. 660.



Segundo cremos, o direito substantivo a que se refere Oliveira Ascensão — na generalidade dos direitos industriais <sup>(57)</sup> — tem a sua causa jurídica num acto que traduz uma exteriorização do espírito humano — *acto jurídico simples* — e tem por objecto um bem imaterial, sem prejuízo da sua *materialização* em coisas materiais e corpóreas (o chamado *corpus mechanicum*) <sup>(58)</sup>.

Todavia, aquele acto só por si não faz surgir um *direito de propriedade industrial* (*stricto sensu*, digamos), pois este está dependente da *verificação* de certos requisitos, mediante um procedimento administrativo, que culmina na concessão da patente ou do modelo industrial ou no registo. Nesta perspectiva, e segundo entendemos, a causa jurídica dos direitos industriais é complexa.

Ora, por assim ser, os *vícios* que são tratados como causas de invalidade dos direitos industriais tanto podem respeitar ao acto jurídico simples acima identificado, como ao procedimento, muito embora, no primeiro caso, ele não deixe, em regra, de inquinhar também o procedimento. Em suma, podem ser *vícios substantivos* ou *adjectivos*.

Em rigor técnico jurídico, o *Código*, devia, na invalidade, *distinguir* estes dois planos <sup>(59)</sup>, o que não ocorre.

Todavia, tal não significa que nas causas da invalidade nele previstas não se identifiquem *vícios substantivos* e *adjectivos* dos direitos industriais. Reportando-nos apenas às causas comuns, respeitam a *vícios substantivos* as da nulidade contidas nas als. a) e c) do n.º 1 do art. 33.º e as da anulabilidade consagradas no art. 34.º. Mas liga-se a *vício adjectivo* a causa da al. b) do n.º 1 do art. 33.º.

---

<sup>(57)</sup> As excepções verificam-se quanto às recompensas e às denominações de origem e indicações geográficas.

<sup>(58)</sup> Sobre o objecto dos direitos privativos, cumpre ver, na doutrina portuguesa, Carlos Olavo, *Propriedade Industrial*, cit., págs. 21 e segs., ainda que a posição exposta no texto nem sempre coincide com a deste Autor.

<sup>(59)</sup> Em sentido próximo ao exposto se pronuncia Oliveira Ascensão quando afirma que a distinção entre o direito e o registo, a patente ou desenho «tem depois muita importância quando se passa ao capítulo de invalidade. É que a invalidade pode atingir o direito ou o registo. Se atinge o direito, comunica-se ou pode comunicar-se ao registo. Mas pode o direito estar impecável, e o acto de registo em si estar inquinado. O regime jurídico não pode deixar de corresponder a esta diversidade.» (*Observações*, cit., pág. 661).

### 37. A articulação entre o regime da recusa e da invalidade dos direitos industriais

I. A exposição do regime da invalidade dos direitos de propriedade industrial deu-nos o ensejo de verificar que, relativamente a alguns direitos privativos, as causas particulares da nulidade e da anulabilidade eram estabelecidas por remissão para causas da recusa.

A articulação entre as causas da recusa e da invalidade é, em tese geral, de louvar, porquanto, se um direito tiver sido concedido quando havia fundamento para ser recusado, foi-o indevidamente, mal se compreendendo que o seu valor jurídico não seja afectado. Em sentido favorável à manutenção da correspondência entre o motivo da recusa e a causa da invalidade pronuncia-se, embora incidentalmente, Oliveira Ascensão<sup>(60)</sup>. A nosso ver, só assim não deverá acontecer em casos muito contados, quando o fundamento da recusa a ela esteja especificamente ligado.

II. O que nos propomos, nesta última fase da análise crítica do *Código*, é apurar se essa articulação se mostra feita em termos adequados. Para tanto, tiramos partido de observações contidas no Capítulo II, relativamente a certas imperfeições então anotadas, por exigência de clarificação do correspondente regime, e que agora daremos como presentes.

III. A investigação dos fundamentos da recusa e das causas da invalidade tem de ser dirigida, tanto aos gerais como aos particulares.

Todavia, para evitar repetições, podemos antecipar que, dos «fundamentos gerais de recusa», contemplados no n.º 1 do art. 24.º, aqueles que relevam para efeito da invalidade, são os das als. c) a e).

Ora, aos das als. c) e e) correspondem — e bem — causas gerais da nulidade identificadas, respectivamente, nas als. b) e c) do n.º 1 do art. 33.º.

<sup>(60)</sup> *Observações ao Projecto de Alterações ao Código da Propriedade Industrial da CIP e da CCI*, sep. da Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Coimbra Editora, 1998, pág. 659.

Fica, assim, de fora, o fundamento da al. *d*), onde se atende à intenção de o requerente fazer concorrência desleal ou à possibilidade de esta ocorrer independentemente dessa intenção. A nosso ver, este fundamento, que surge, por vezes, como causa particular da anulabilidade de certos direitos privativos, merecia ter correspondência numa causa geral da anulabilidade, ao lado das alíneas do n.º 1 do art. 34.º.

Análise mais desenvolvida tem de ser feita relativamente às causas particulares, pois nela temos de considerar separadamente as soluções estabelecidas no *Código* quanto a cada um dos direitos privativos.

IV. Os motivos da recusa da patente vêm consignados no art. 73.º.

Feito o seu confronto com as causas da sua nulidade, verifica-se que as als. *a*), *c*) e *d*) do seu n.º 1 correspondem às als. *a*), *c*) e *d*) do n.º 1 do art. 113.º. Quanto à al. *b*) do n.º 1 do art. 113.º só se afasta da al. *b*) do art. 113.º, por nesta se fazer menção, além dos arts. 52.º e 53.º, ao art. 51.º. Esta diferença só confirma o que a seu tempo sustentámos a respeito da sua indevida inclusão no art. 113.º <sup>(61)</sup>.

Por seu turno, a al. *f*) do n.º 1 do art. 73.º tem correspondência na al. *b*) do n.º 1 do art. 34.º, tal como o n.º 2 daquele preceito a tem no n.º 2 deste <sup>(62)</sup>.

À al. *e*) do n.º 1 do art. 113.º não corresponde qualquer causa específica da invalidade das patentes; está nela em causa o facto de ser considerado como desenho ou modelo o que se pretende proteger como patente. Ora, sendo assim, tal significa que *esse objecto* não é digno de protecção como patente. Deve, conseqüentemente, entender-se que este motivo da recusa se encontra coberto pela

<sup>(61)</sup> Cfr., *supra*, n.º 11.III.

<sup>(62)</sup> No n.º 2 do art. 113.º, por manifesto lapso, não se identifica a alínea do número anterior a que se pretende fazer referência; mas ela só pode ser a al. *f*), o que se apura por simples confronto com o n.º 2 do art. 34.º e, ainda mais nitidamente, com o n.º 2 do art. 137.º, que estabelece regime homólogo para os modelos de utilidade.

Até o momento em que escrevemos — Maio de 2003 —, este e outros lapsos do *Código* não foram ainda objecto de rectificação no *Diário da República*.

causa geral da nulidade da al. *a*) do n.º 1 do art. 33.º: objecto insusceptível de protecção.

Em suma, sem prejuízo das notas anteriores, não há aqui reparos relevantes na articulação dos motivos da recusa com as causas da invalidade.

V. À semelhança do que, como oportunamente ficou demonstrado, ocorre quanto às causas da invalidade, o elenco dos motivos da recusa dos modelos de utilidade apresenta significativa proximidade dos das patentes.

Assim, já se deixa ver que as considerações que cumpre tecer quanto ao art. 137.º, que regula os motivos da recusa dos modelos de utilidade, não se afastam sensivelmente das relativas ao art. 113.º.

As als. *a*), *c*) e *d*) do n.º 1 do art. 137.º correspondem às causas particulares da nulidade das als. *a*), *c*) e *d*) do n.º 1 do art. 151.º.

A al. *b*) do n.º 1 do art. 137.º apenas diverge da al. *b*) do n.º 1 do art. 151.º, por não incluir remissão para o art. 117.º, ao contrário do que neste acontece. Também aqui a solução mais correcta é a do art. 137.º (63).

Finalmente, vale para a al. *f*) do n.º 1 do art. 137.º o que ficou dito em relação à disposição equivalente em matéria de patentes [al. *f*) do art. 73.º] (64).

Em face do exposto, também em sede de modelos de utilidade a articulação do regime da recusa e da invalidade não merece reparos relevantes, para além das observações acima feitas.

VI. Os motivos da recusa das topografias de produtos semicondutores vêm estatuídos nas várias alíneas do n.º 1 do art. 161.º.

No seu confronto com as causas da invalidade deste direito privativo, fácil é apurar que nestas têm correspondência adequada aqueles motivos.

Assim acontece quanto às als. *a*) e *b*) do n.º 1 do art. 161.º, por referência à al. *a*) do n.º 1 do art. 170.º, em sede de nulidade.

(63) Cfr. os reparos feitos ao art. 151.º; *supra*, n.º 14.I.

(64) Por seu turno, o n.º 2 do art. 137.º estabelece, para a recusa, uma solução que tem correspondência no regime geral da anulabilidade (art. 34.º, n.º 2).

O mesmo se verifica entre as als. *c)* e *d)* do n.º 1 do art. 161.º, quanto às als. *b)* e *c)* do art. 170.º.

Finalmente, pelo que respeita ao motivo da al. *e)* do n.º 1 do art. 170.º, se o registo for concedido quando devia ser recusado por infração dos preceitos nele citados, configura a al. *b)* do n.º 1 do art. 34.º uma causa geral da anulabilidade.

A favor da correcta coordenação entre os regimes da recusa e da invalidade das topografias, que a exposição anterior evidencia, acresce o facto de a mesma se verificar entre o n.º 2 do art. 161.º e o n.º 2 do art. 34.º.

VII. A avaliação positiva referida nas alíneas anteriores repete-se quando se passam a analisar, nos desenhos ou modelos, os motivos da sua recusa, fixados nos arts. 197.º, e a confrontá-los com as causas da invalidade.

Assim, as als. *a)*, *d)* e *g)* do n.º 1 deste preceito têm correspondência adequada nas causas da nulidade das als. *a)*, *d)* e *e)* do n.º 1 do art. 208.º; verifica-se a mesma situação quanto à al. *b)* do n.º 1 do art. 197.º, por referência, agora, às als. *b)* e *c)* do n.º 1 do art. 208.º.

Se passarmos às causas da anulabilidade, há perfeita harmonia entre as als. *e)* e *f)* do n.º 1 do art. 197.º e as als. *a)* e *b)* do n.º 1 do art. 209.º. Neste mesmo domínio, ao motivo da recusa da al. *c)* do n.º 1 do art. 197.º corresponde a causa geral da anulabilidade prevista na al. *b)* do n.º 1 do art. 34.º.

VIII. O regime particular da invalidade das marcas e dos direitos dele derivados é estabelecido nos arts. 265.º e 266.º por remissão, tanto na nulidade como na anulabilidade, para os preceitos que estabelecem os fundamentos da recusa destes direitos privativos.

Assim, nesta matéria não temos mais do que remeter para o local onde essas causas particulares foram analisadas <sup>(65)</sup>.

Só não se encontra correspondência, nos arts. 265.º e 266.º, para o motivo de recusa da al. *d)* do n.º 1 do art. 238.º, se ela devesse

(65) Cfr., *supra*, n.º 23.

ser entendida tal como figura no texto publicado no *Diário da República*; mas como passamos a demonstrar, não deve ser assim.

Com efeito, este preceito prevê a recusa do registo se «houver infracção ao disposto no artigo 26.º». Todavia, esta remissão não pode estar correcta, não só por a matéria regulada no art. 26.º não o justificar, mas sobretudo por o regime do n.º 2 do próprio art. 238.º não fazer sentido por referência ao art. 26.º. Não pode deixar de tratar-se de um lapso, devendo a remissão entender-se feita para o art. 226.º, por várias razões.

Desde logo, este preceito consta também das causas particulares da anulabilidade das marcas, fixadas no n.º 1, al. a), do art. 266.º, o que estabelece uma plena coordenação do regime da recusa e da anulabilidade deste direito privativo.

Por outro lado, confrontando os preceitos que no *Código actual* e no *Código de 1995* regulam a matéria em causa, à al. d) do n.º 1 do art. 238.º só pode corresponder a al. c) do n.º 1 do art. 188.º da lei velha, sobretudo se se levar em conta o disposto nos n.º 2 de qualquer dessas normas. Ora, a al. c) do n.º 1 do art. 188.º remetia para o art. 169.º, que, no *Código de 1995*, regulava matéria homóloga da do art. 226.º do *Código* (66).

Em suma, corrigido o lapso, fica afastada a perplexidade causada pelo texto da al. d) do n.º 1 do art. 238.º e tudo se harmoniza.

IX. Os fundamentos particulares da recusa do registo das recompensas constam no art. 276.º. No seu confronto com o regime da invalidade não pode deixar de pesar a feição que reveste o regime específico da anulabilidade deste direito privativo [art. 280.º (67)].

Assim, ao apurar como os fundamentos da recusa se articulam com as causas da invalidade da recompensa, é ao disposto nos arts. 33.º e 34.º que nos devemos atender.

A al. a) do art. 276.º determina que o registo seja recusado se a recompensa, por sua natureza, não puder incluir-se em alguma das categorias previstas pelo *Código*, o que equivale à situação prevista na al. a) do n.º 1 do art. 33.º: objecto insusceptível de protecção.

(66) Para além do que vai exposto no texto, pode encontrar-se um argumento adjacente no facto de o art. 226.º figurar entre os previstos na al. b) do n.º 1 do art. 34.º.

(67) Cfr., *supra*, n.º 25.

Mas com esta alínea pode também relacionar-se o fundamento da al. b) do art. 276.º. Nela se estatui a recusa do registo, se a recompensa estiver a ser aplicada a produtos ou serviços diferentes daqueles para que foi conferida. Ora, se conjugarmos esta norma com o disposto no art. 272.º, é ainda uma questão de objecto que está em causa <sup>(68)</sup>.

A especificidade do fundamento da al. c) do art. 276.º retira-lhe significado do ponto de vista da nulidade; no máximo, o que pode ocorrer é uma preterição de formalidades na concessão do registo [cfr. al. b) do n.º 1 do art. 33.º].

Quanto à al. d) do art. 276.º, estando nela previsto o facto de a recompensa não pertencer ao requerente, se o registo ainda assim for feito, configura-se a causa da anulabilidade prevista no n.º 1, al. a), do art. 34.º.

Em suma, também em relação a este direito privativo não há censuras a fazer, do ponto de vista do ajustamento adequado entre o regime da recusa e da invalidade.

X. O regime particular da invalidade do registo do nome ou insígnia de estabelecimento é fixado, nos arts. 298.º e 299.º, por remissão para os arts. 283.º a 285.º. Para estes mesmos artigos remete o art. 292.º quando regula a recusa do registo deste direito privativo.

Assim, quanto a este aspecto, sem prejuízo dos reparos feitos relativamente ao regime da invalidade e dos acertos que em relação a ele se impõem <sup>(69)</sup>, no que ao confronto entre a recusa e o registo respeita, verifica-se, portanto, concordância.

Acontece, porém, que o art. 292.º remete também para os arts. 288.º e 289.º, não abrangidos na remissão dos arts. 298.º e 299.º.

O art. 288.º limita-se a mandar aplicar o disposto no art. 243.º, relativo às marcas. Regula esta norma os requisitos do registo da marca susceptível de confusão com marcas ou outros direitos de propriedade industrial registados. Na parte que releva para a nossa

---

<sup>(68)</sup> Em verdade, o art. 272.º exclui a possibilidade de as recompensas serem «aplicadas a produtos ou serviços diferentes daqueles para que foram conferidas».

<sup>(69)</sup> Cfr., *supra*, n.ºs 27.I a III, e 28.I.

matéria, é necessária declaração de consentimento dos titulares desses direitos, para o registo poder ser feito.

Na falta desse consentimento, quando encarada da perspectiva da invalidade, devia consagrar-se o valor negativo *anulabilidade*. Embora nas causas particulares da anulabilidade do nome ou insígnia de estabelecimento estejam previstas situações que com a acima descrita apresentam analogia, nenhuma lhe corresponde em termos exactos.

Nem, por isso, deve deixar de se entender que, sendo o registo feito com violação do disposto no art. 292.º, ocorre uma situação de anulabilidade.

O art. 289.º, por seu turno, estabelece o importante princípio da *unicidade*, no sentido de o mesmo estabelecimento só poder ter um nome ou insígnia registados.

O meio de reagir à violação deste princípio, quando o registo mesmo assim seja feito, não é a invalidação, mas a caducidade do registo ou registos além do primeiro. Extrai-se este regime dos n.ºs 3 e 4 do art. 289.º.

Assim, a remissão para o art. 289.º, contida no art. 292.º, em matéria de recusa do registo do nome ou insígnia de estabelecimento, não se justifica pelo que respeita à sua invalidade.

XI. Em matéria de logótipo, sendo o seu regime fixado, na generalidade, por remissão para as disposições relativas aos nomes e insígnias de estabelecimento (art. 304.º), nada há a referir na matéria que agora nos ocupa.

XII. A recusa do registo das denominações de origem ou das indicações geográficas, quanto aos seus fundamentos, é regida pelo art. 308.º.

Ora, acontece que o regime particular da nulidade ou anulabilidade do registo deste direito privativo, consoante os casos, é fixado, nos arts. 312.º e 313.º, por remissão para as alíneas do art. 308.º.

Fica assim assegurada a correspondência entre a recusa e a invalidade, prevalecendo, quanto ao acerto das soluções consagradas, o que em tempo oportuno ficou exposto (70).

(70) Cfr., *supra*, n.ºs 31 e 32.I.





# DIREITO APLICÁVEL AO MÉRITO DA CAUSA NA ARBITRAGEM TRANSNACIONAL (\*)

*Pelo Prof. Doutor Luís de Lima Pinheiro (\*\*)*

## I. INTRODUÇÃO

A arbitragem transnacional (frequentemente designada por “arbitragem comercial internacional”) constitui o *modo normal de resolução de diferendos no comércio internacional*, ante o qual o recurso aos tribunais estaduais se apresenta como um meio secundário e subsidiário <sup>(1)</sup>. Por isso, o problema da determinação do Direito aplicável a relações do comércio internacional e, em particular, a contratos internacionais, assume especial importância prática no contexto da arbitragem.

O problema do Direito aplicável coloca-se desde logo na negociação e durante a execução dos contratos internacionais, visto que as partes necessitam de saber se o contrato obedece a forma legal, se determinadas cláusulas são válidas, quais os direitos e obrigações que resultam do contrato e como resolver eventuais dificuldades de interpretação ou integração da regulação negocial.

---

(\*) O presente trabalho foi elaborado com vista aos Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Ruy de Albuquerque.

(\*\*) *Professor da Faculdade de Direito de Lisboa.*

(1) Cf. PIERRE LALIVE [1977: 64 e 1994: 13]. Ver também REESE [1982: 138 e segs.], FERRER CORREIA [1989: 173 e seg.], AUDIT [1987: 26 e segs.] e VISCHER [1992: 142 e segs.].

A existência de uma convenção de arbitragem constitui um elemento que as partes têm de ter em conta para o efeito, uma vez que, como veremos, os árbitros determinam o Direito aplicável com recurso a regras e princípios que divergem, em maior ou menor medida, dos utilizados pelos tribunais estaduais.

Uma vez desencadeado um processo arbitral com vista à resolução de litígio emergente de uma relação transnacional, o problema coloca-se em termos de *determinação do Direito que os árbitros devem aplicar ao mérito da causa*, i.e., à decisão do litígio abrangido pela convenção de arbitragem. Este problema não se confunde com a determinação do estatuto da arbitragem (*maxime* das regras que regulam a constituição, competência e funcionamento do tribunal arbitral) nem com os problemas de determinação do Direito aplicável àqueles aspectos da convenção de arbitragem que não forem objecto de regulação directa.

O presente estudo ocupa-se exclusivamente da determinação do Direito aplicável ao mérito da causa na arbitragem transnacional. A par da sua inegável importância prática, o tema suscita várias questões com interesse científico, designadamente o desenvolvimento de regras e princípios transnacionais de Direito Internacional Privado, a sua conjugação com os regimes nacionais da arbitragem voluntária e a sua abertura à consideração do conteúdo material dos Direitos em presença e dos usos do comércio internacional. Retomo aqui as considerações que teci a este respeito na minha dissertação sobre o “Contrato de Empreendimento Comum (*Joint Venture*) em Direito Internacional Privado”<sup>(2)</sup> e nas minhas Lições “Direito Internacional Privado — Vol. II — Direito de Conflitos. Parte Especial”<sup>(3)</sup>.

Principiarei pelo esboço de uma noção de arbitragem transnacional (I), tratarei em seguida de estudar as regras e princípios que devem orientar os árbitros na determinação do Direito aplicável ao mérito da causa (II), e finalizarei com a averiguação do eventual controlo a que, em sede de impugnação da decisão arbitral perante os tribunais estaduais, está sujeita essa determinação (III).

---

<sup>(2)</sup> Cosmos, Lisboa, 1998, 407 e segs., 805 e segs. e 873 e segs. (republicada pela Almedina).

<sup>(3)</sup> 2.ª ed., Almedina, Coimbra, 2002, 321 e segs.

## I. NOÇÃO DE ARBITRAGEM TRANSNACIONAL

Arbitragem transnacional *em sentido amplo* é toda aquela que coloca problemas de determinação do estatuto da arbitragem. Por estatuto da arbitragem entende-se o conjunto das normas e princípios primariamente aplicáveis à arbitragem. O estatuto da arbitragem compreende todos os aspectos, quer processuais quer substantivos, do regime da arbitragem, designadamente a validade da convenção de arbitragem, a constituição, competência e funcionamento do tribunal arbitral, a determinação do Direito aplicável ao mérito da causa, os requisitos e efeitos da decisão arbitral e a impugnação judicial da decisão.

Uma arbitragem coloca problemas de determinação do estatuto da arbitragem quando o objecto do litígio ou a própria arbitragem apresentam laços juridicamente relevantes com mais de um Estado.

Nisto consiste a “internacionalidade” da arbitragem transnacional. A expressão “arbitragem transnacional”, embora não seja a mais corrente <sup>(4)</sup>, tem a vantagem de evitar a ambiguidade da expressão “arbitragem internacional”, que se aplica também para designar arbitragens de Direito Internacional Público <sup>(5)</sup>.

A arbitragem transnacional em sentido amplo contrapõe-se à *arbitragem interna*. A arbitragem interna insere-se exclusivamente no interior da ordem jurídica portuguesa e, por isso, o estatuto da arbitragem interna é definido directamente pela ordem jurídica portuguesa <sup>(6)</sup>. A arbitragem interna não coloca um problema de determinação do estatuto da arbitragem. Já a arbitragem transna-

---

(4) DELAUME [1990] refere-se a “arbitragem comercial transnacional”. A expressão “arbitragem transnacional” tem sido empregue, episodicamente, em acepções mais específicas. Assim, RIGAUX [1982 e 1984] fala de arbitragem transnacional no sentido de arbitragem radicada numa ordem jurídica transnacional (autónoma em relação às ordens jurídicas estaduais e à ordem jurídica internacional) e AUDIT [1987] emprega a expressão “arbitragem transnacional” para designar apenas a arbitragem relativa a contratos entre Estados e particulares nacionais de outros Estados (“contratos de Estado”).

(5) Para a distinção entre arbitragem transnacional (ou “arbitragem comercial internacional”), arbitragem internacional pública e arbitragem quase-internacional pública ver LIMA PINHEIRO [2001: 72 e segs e 140 e segs.].

(6) Sem excluir, porém, a relevância de fontes autónomas infraestaduais.

cional está em contacto com uma pluralidade de ordens jurídicas e os tribunais da arbitragem transnacional não têm uma *lex fori*, um Direito estadual que se apresente *a priori* como exclusivamente competente para definir o seu estatuto (<sup>7</sup>). A arbitragem transnacional coloca por isso, necessariamente, problemas de determinação do estatuto da arbitragem.

Quando se colocam problemas de determinação do estatuto da arbitragem também é geralmente necessário resolver, com base neste estatuto, problemas de determinação do Direito aplicável a certos aspectos da convenção de arbitragem e ao mérito da causa. Por isso, o conceito de arbitragem transnacional em sentido amplo tem muita importância, visto que lhe corresponde um conjunto de problemas específicos.

Também é importante o conceito de arbitragem transnacional *em sentido estrito*. Trata-se agora, em linhas gerais, da arbitragem que tem por objecto um litígio emergente do comércio internacional. Daí a designação, tradicionalmente utilizada, de “arbitragem comercial internacional”.

Devido à sua inserção nas relações do comércio internacional, a arbitragem transnacional em sentido estrito assume certa especificidade.

Em primeiro lugar, a arbitragem, sendo o modo normal de resolução jurisdicional de litígios emergentes das relações de comércio internacional, tem neste contexto uma relevância sócio-jurídica sem paralelo noutras relações internas ou transnacionais.

Segundo, a arbitragem transnacional em sentido estrito tem por objecto relações entre empresas ou entes equiparados, em que o princípio da autonomia privada pode actuar com grande amplitude.

Enfim, esta arbitragem realiza-se num espaço transnacional, em que se desenvolveram regras, princípios e modelos de regulação autónomos em relação às ordens jurídicas estaduais singularmente consideradas. Com efeito, o Direito Transnacional, ou *lex mercatoria*, é um fenómeno ligado ao comércio internacional. Há todo um conjunto de regras, princípios e modelos de regulação,

---

(<sup>7</sup>) Ver LIMA PINHEIRO [1998: 407 e seg.] e referências aí indicadas.

autónomos em relação às ordens jurídicas estaduais singularmente consideradas, que podem e, dentro de certos limites, devem ser aplicados nesta categoria de arbitragens.

Em atenção a esta especificidade, algumas convenções internacionais e legislações nacionais estabeleceram um regime especial para a “arbitragem comercial internacional”.

Foi pioneira a Convenção Europeia sobre a Arbitragem Comercial Internacional (Genebra, 1961), que visou a unificação do regime aplicável às arbitragens tendo por objecto litígios relativos a “operações do comércio internacional, entre pessoas singulares ou colectivas tendo, no momento da celebração da convenção [de arbitragem], a sua residência habitual ou a sua sede em Estados contratantes diferentes” (art. 1.º/1). Entende-se que a expressão “operação do comércio internacional” deve ser interpretada autonomamente em relação ao Direito interno, à luz da estrutura e da finalidade da Convenção, e em sentido amplo (8).

Nesta Convenção, o critério material da conexão do litígio com o comércio internacional surge combinado com um critério subjectivo de internacionalidade (residência habitual ou sede das partes em Estados contratantes diferentes).

De entre as legislações nacionais há a referir, em primeiro lugar, o Direito francês, que dispõe de um regime especial para a “arbitragem internacional”, definida como aquela “que põe em causa interesses do comércio internacional” (art. 1492.º NCPC). Este regime especial, mais permissivo do que o aplicável às “arbitragens francesas”, resulta dos arts. 1492.º a 1497.º NCPC e do labor da jurisprudência.

O legislador português inspirou-se, até certo ponto, no modelo francês. Perante o Direito português, a “arbitragem internacional” realizada em território nacional é definida no art. 32.º da Lei da Arbitragem Voluntária (Lei n.º 31/86, de 29/8, doravante designada como LAV), como “a que põe em jogo interesses de comércio internacional”. Esta categoria de arbitragens dispõe de um regime especial em matéria de determinação do Direito aplicá-

---

(\*) Cf. VON HOFFMANN [1970: 52], FERRER CORREIA [1984/1985: 9 e seg. e 1989: 180], SCHLOSSER [1989: 67 e segs.], HASCHEER [1995: 1011 e seg.] e SCHWAB/WALTER [442].

vel, recorribilidade da decisão e “composição amigável” (arts. 32.º a 35.º LAV).

Nesta acepção estrita, a transnacionalidade (ou internacionalidade) da arbitragem decorre da transnacionalidade da relação de que emerge o litígio <sup>(9)</sup>. Não basta que a própria arbitragem comporte elementos de estraneidade. A relação controvertida tem de apresentar laços juridicamente relevantes com mais de um Estado e tem de pôr em jogo interesses do comércio internacional <sup>(10)</sup>.

Esta categoria de arbitragens contrapõe-se assim tanto à das arbitragens que digam respeito a relações meramente internas como à das arbitragens que, embora dizendo respeito a relações comportando elementos de estraneidade juridicamente relevantes, não põem em jogo interesses do comércio internacional <sup>(11)</sup>.

A referência ao “comércio internacional”, feita na Convenção de Genebra e nas leis francesa e portuguesa, não se confunde com a “comercialidade” do litígio que é objecto da arbitragem <sup>(12)</sup>. A arbitragem transnacional em sentido estrito pode ter por objecto litígios que não são de Direito Comercial e nem sequer de Direito privado.

Afirma-se, por vezes, que esta referência ao “comércio internacional” abrange todo o tráfico internacional de bens, serviços ou capitais. Esta formulação afigura-se, porém, demasiado ampla.

<sup>(9)</sup> Cf. RLx 11/5/1995 [CJ (1995-III) 104] e STJ 21/9/95 [BMJ 449: 357].

<sup>(10)</sup> Cf., para o Direito francês, FOUCHARD [1989 fasc. 1050 n.º 87 e 88], FOUCHARD/GAILLARD/GOLDMAN [64 e seg.] e KASSIS [1993: 106 e segs.]; em tese geral, VON HOFFMANN [1970: 49 e segs.].

<sup>(11)</sup> Cf. ISABEL DE MAGALHÃES COLLAÇO [1991: 60 e seg.]. Cp. MOURA RAMOS [1987: 23 e seg. e 43 e segs.] e MOURA VICENTE [1990: 40 e seg.].

<sup>(12)</sup> Ver, quanto à Convenção de Genebra, SCHLOSSER [1989: 67 e segs.] e HASCHER [1995: 1012] e quanto ao Direito francês, DERAIS [1984: 8 e segs.], advertindo que a noção de “comércio internacional” não deve ser compreendida nos mesmos termos que no Direito Comercial interno, mas antes como referindo-se a toda a actividade económica internacional; OPPETIT [1984: 53 e segs.]; e, FOUCHARD [1989a n.º 59], este último autor assinalando que será considerada como “comercial” toda arbitragem incidindo sobre um litígio emergente de uma operação económica internacional. No que toca à lei portuguesa, ver Exposição de Motivos da Proposta de Lei n.º 34/IV [Diário da Assembleia da República II s. n.º 83, de 2/7/86] n.º 7.

A expressão “comércio internacional” abrange por certo todas as relações interempresariais que têm contactos juridicamente relevantes com mais de um Estado <sup>(13)</sup>. Abrange igualmente as relações que, em conexão com o exercício de actividades económicas, um Estado ou um ente público autónomo estabeleça com um ente empresarial que releve do Direito de outro Estado, bem como aquelas que, nas mesmas circunstâncias, se estabeleçam entre organizações internacionais e entes empresariais de Direito estadual <sup>(14)</sup>. É ainda concebível que certas relações em que intervêm profissionais independentes que não exercem a sua actividade em termos empresariais possam ser incluídas no âmbito do “comércio internacional”.

Já se devem excluir as relações estabelecidas com consumidores finais ou entre consumidores finais <sup>(15)</sup>, bem como os contratos de arrendamento urbano para habitação <sup>(16)</sup>, visto que nestas relações se verifica uma desigualdade económica entre as partes que, criando uma necessidade de protecção da parte mais fraca, não é compatível com o alcance atribuído ao princípio da autonomia privada em sede de “arbitragem comercial internacional”.

---

<sup>(13)</sup> Ver FOUCHARD/GAILLARD/GOLDMAN [38] e, na jurisprudência portuguesa, RLx 11/5/1995 [CJ (1995-III) 104], decisão que, porém, adopta como critério de internacionalidade o da transferência de valores através das fronteiras, suscitando as reservas formuladas mais adiante no texto. O mesmo critério é retido, mas mal aplicado, em STJ 21/9/95 [BMJ 449: 357]. Ver também RLx 24/1/95 [CJ (1995-I) 98].

<sup>(14)</sup> Ver, em sentido convergente, FOUCHARD [1989a n.º 59], assinalando que será considerada como “comercial” toda a arbitragem incidindo sobre um litígio emergente de uma operação económica internacional, incluindo a arbitragem que diga respeito a contrato de Estado fundada numa convenção de arbitragem celebrada directamente entre o Estado, ou uma sua emanção, e uma “empresa privada estrangeira”; FOUCHARD/GAILLARD/GOLDMAN [43 e segs.]. Excluídas são tão-somente as arbitragens opondo dois Estados ou organizações internacionais. Em sentido parcialmente diferente, AUDIT [1987: 23 e segs.]. Cp. entendimento segundo o qual não poriam em jogo interesses do comércio internacional as arbitragens de litígios emergentes de contratos de Estado (em sentido amplo), que perante o Direito do Estado contratante sejam regidos por um regime especial de Direito público, sufragado por ISABEL VAZ [1990: 135 e segs.].

<sup>(15)</sup> Ver, em termos dubitativos, MARQUES DOS SANTOS [2002a: 291 e seg.]. Cp. a decisão da *cassation* francesa, de 21/5/1997 [R. arb. (1997) 37 an.º GAILLARD], que considerou irrelevante, para a aplicação do critério dos “interesses do comércio internacional”, que a compra fosse destinada a uso pessoal. Cp. ainda MOURA VICENTE [1990: 38 e segs., 2000: 271 e 2002: 400].

<sup>(16)</sup> Cp., porém, MARQUES DOS SANTOS [2002b: 584 e seg.].



Contrariamente ao entendimento seguido pela jurisprudência francesa (17), creio que perante a lei portuguesa não se deve atender a um critério puramente económico, tal como o da transferência de bens através das fronteiras, para determinar a “internacionalidade” do litígio.

O critério da transferência internacional de valores foi desenvolvido para a determinação da internacionalidade do contrato e não pode ser transposto mecanicamente para a caracterização da arbitragem transnacional, que não se confina a litígios contratuais e que coloca problemas de regulação diferentes.

Mesmo no contexto da qualificação dos contratos internacionais, como procurei demonstrar noutro lugar (18), o critério da transferência de valores através das fronteiras não funciona satisfatoriamente para todas as modalidades contratuais. O seu campo de aplicação são fundamentalmente aos contratos comutativos (19). Neste domínio, o significado deste critério não parece decorrer tanto da importância que a deslocação de valores pode em si assumir (20), quanto da sua idoneidade para demonstrar a existência de laços materiais das partes envolvidas com a vida económica de Estados diferentes e que a relação entre elas estabelecida diz efectivamente respeito a centros de actividade e bens situados em paí-

---

(17) Ver FOUCHARD/GAILLARD/GOLDMAN [65 e segs.] e a apreciação crítica de KASSIS [1993: 109 e segs.]. Ver ainda, perante a lei portuguesa, ISABEL DE MAGALHÃES COLLAÇO [1991: 59], assinalando que um litígio entre uma parte que reside habitualmente em Portugal e uma parte que reside habitualmente no estrangeiro pode só pôr em jogo os “interesses do comércio local”, designadamente se não estiver em causa qualquer transferência de valores através das fronteiras, e que as partes de uma arbitragem que põe em jogo interesses do comércio internacional podem ter a sua residência num mesmo país.

(18) Ver LIMA PINHEIRO [1998: 379 e segs.].

(19) Entre nós, o critério foi adoptado por ISABEL DE MAGALHÃES COLLAÇO com respeito à compra e venda internacional, com vista a resolver as dificuldades suscitadas pela aplicação dos critérios subjectivo e objectivo, excluindo a internacionalidade de certos contratos que seriam internacionais por aplicação de um destes critérios e permitindo afirmá-la com mais segurança noutros casos em que a importância dos elementos do contrato localizados no estrangeiro deixa lugar para dúvidas [1954: 85 e segs.].

(20) E que se exprime designadamente nos regimes de investimento estrangeiro e na legislação sobre circulação de capitais, mercadorias e invisíveis correntes. Segundo uma noção, investimento estrangeiro é justamente uma transferência de bens através das fronteiras qualificada por determinado fim, designadamente o de realizar lucros — cf. LIMA PINHEIRO [1998: 347 n.º 140], com mais referências.

ses diferentes. Uma transferência de valores através das fronteiras já não é necessária nem suficiente para que um contrato de empreendimento comum seja internacional.

As tendências de desenvolvimento no que toca à formação de grupos empresariais, à transnacionalização das empresas e à “desmaterialização” da riqueza e da sua circulação — que deixa de estabelecer um contacto material com territórios determinados — (21), trazem crescentes dificuldades à definição de critérios precisos, quer no que toca à determinação da internacionalidade do contrato quer na qualificação da arbitragem como transnacional. Estas dificuldades só podem ser resolvidas perante o conjunto das circunstâncias do caso, atendendo não só a diferentes critérios de internacionalidade e à sua combinação (22), mas também aos interesses legítimos das partes, a outros fins subjacentes às normas em causa e aos princípios jurídicos que as inspiram.

Em todo o caso, creio que na aplicação do critério dos “interesses do comércio internacional” no contexto da arbitragem se deve sobretudo atender aos laços objectivos que se estabelecem entre os elementos da relação controvertida e a vida económica de Estados diferentes. O mais importante não é a perspectiva macroeconómica, a relevância da transacção no plano das relações entre Estados, mas a circunstância de as partes ficarem colocadas numa posição específica que justifica a aplicação do regime especial da arbitragem transnacional (em sentido estrito). No caso de relações contratuais, esta posição específica decorre essencialmente dos laços que se estabelecem com diferentes Estados quer no momento da celebração do contrato quer durante a sua execução.

Certas relações regidas por Direito público também podem “pôr em jogo interesses do comércio internacional”. Com efeito, na linha dos principais sistemas jurídicos, o Direito português admite que sejam submetidos a arbitragem muitos litígios de Direito público. O Código de Processo dos Tribunais Administrativos admite que sejam submetidos a arbitragem os litígios relativos a contratos administrativos, responsabilidade civil extracontratual

---

(21) Ver RIGAUX [1989: 46 e segs.]

(22) Ver, sobre os diferentes critérios de internacionalidade, LIMA PINHEIRO [1998: 375 e segs.], com mais referências.

por prejuízos decorrentes de actos de gestão pública e actos administrativos que possam ser revogados sem fundamento na sua invalidade, nos termos da lei substantiva (art. 180.º/1) (23). Esta arbitragem está submetida, em princípio, ao mesmo regime que a arbitragem de litígios de Direito privado (24), incluindo o regime especial da “arbitragem internacional”.

Perante os principais sistemas jurídicos estrangeiros também não se distingue entre “arbitragem privada” e “arbitragem pública”. Esta distinção é igualmente estranha ao Direito Transnacional da Arbitragem. O que permite concluir pela infelicidade das expressões “arbitragem privada internacional” ou “arbitragem internacional de Direito privado” por vezes utilizadas para designar a arbitragem transnacional (25).

Em suma, a arbitragem transnacional em sentido amplo abrange quer a arbitragem que põe em jogo interesses do comércio internacional (arbitragem transnacional em sentido restrito) quer a arbitragem que embora não pondo em jogo interesses do comércio internacional tem por objecto uma relação controvertida que apresenta laços juridicamente relevantes com mais de um Estado. Além disso também é arbitragem transnacional em sentido amplo aquela que tendo por objecto uma relação controvertida que se insere exclusivamente na esfera social de um Estado é realizada noutra Estado (26).

Nada impede, em princípio, os sujeitos de relação que está exclusivamente em contacto com o Estado português de conveniorem que determinado litígio ou que os litígios emergentes dessa relação serão submetidos a arbitragem no estrangeiro. Como é igualmente admissível que o litígio emergente de uma relação inserida exclusivamente na esfera de um Estado estrangeiro seja sujeito a uma arbitragem realizada em Portugal (27).

---

(23) Ver também LIMA PINHEIRO [1999: 42 e segs.].

(24) Ver MARQUES DOS SANTOS [2002b: 574 e segs.]. Quanto às adaptações que devem ser introduzidas neste regime no que se refere a arbitragens relativas ao contencioso dos contratos administrativos, ver SÉRVULO CORREIA [1995: 254 e segs.].

(25) Ver, por exemplo, GOLDMAN [1963], FERRER CORREIA [1984/1985: 5 e segs. e 1989: 179 e segs.] e SCHLOSSER [1989].

(26) Em sentido convergente, FERRER CORREIA [1984/1985: 19 e seg. e 1989: 192 e segs.].

(27) Cf. FERRER CORREIA [1989: 193-195].

## II. DETERMINAÇÃO DO DIREITO APLICÁVEL

### A) Direito Transnacional da Arbitragem

Como já se sublinhou, os tribunais da arbitragem transnacional não estão exclusivamente submetidos a um particular sistema nacional. Os árbitros não estão vinculados a aplicar exclusivamente o Direito de Conflitos de um determinado Estado e, perante os principais sistemas jurídicos, gozam de uma ampla autonomia na determinação do Direito aplicável ao mérito da causa. O que permite que a determinação do Direito aplicável ao mérito da causa se reja principalmente por regras e princípios próprios do *Direito Transnacional da Arbitragem* <sup>(28)</sup>.

As soluções do Direito Transnacional da Arbitragem resultam principalmente da prática dos tribunais arbitrais e dos regulamentos de centros institucionalizados de arbitragem, que empregam critérios de determinação do Direito aplicável diferentes dos geralmente seguidos pelos tribunais estaduais e consagrados nos sistemas nacionais de Direito de Conflitos.

Assim, o *princípio da autonomia privada* é entendido, no quadro deste Direito Transnacional, como permitindo que as partes remetam para qualquer Direito estadual, para o Direito Internacional Público, para a *lex mercatoria*, para “princípios gerais” ou para a equidade <sup>(29)</sup>. Na prática dos tribunais arbitrais é relativamente frequente o recurso a princípios gerais de Direito, a “princípios comuns” aos sistemas nacionais, a usos do comércio internacional e mesmo a modelos de regulação, tais como os Princípios do *Unidroit* sobre os Contratos Comerciais Internacionais <sup>(30)</sup>.

---

<sup>(28)</sup> Sobre o Direito Transnacional da Arbitragem ver LIMA PINHEIRO [2001: 99 e segs.].

<sup>(29)</sup> Cf. a jurisprudência referida por DASSER [1989: 180 e segs.]; o art. 17.º/3 do Regulamento de Arbitragem da CCI, o art. 28.º/1 do Regulamento de Arbitragem Internacional da *American Arbitration Association* e o art. 22.º/3 do Regulamento do *London Court of International Arbitration* que permitem a escolha de “regras de Direito”. Ver ainda, designadamente, SCHLOSSER [1989: 532 e seg.], DE LY [1992: 290], STEIN [135 e 138], BERNARDINI [2000: 196], DERAIS [2001], GRIGERA NAÓN [2001: 213] e RUBINO-SAMMARTANO [2002: 491 e segs.].

<sup>(30)</sup> Cf. STEIN [135] e GRIGERA NAÓN [2001: 191]. Ver, sobre o significado da escolha de princípios gerais de Direito e de “princípios comuns”, KASSIS [1984: 562 e segs.] e LIMA PINHEIRO [1998: 519 e seg., 562 e segs. e 637 e segs.].

O consentimento das partes na designação do Direito aplicável pode ser manifestado expressa ou tacitamente.

No que toca à designação tácita é de sublinhar que a *convenção de arbitragem*, que fixe o lugar onde esta se deve realizar, não é um indício tão importante da escolha da lei em vigor neste lugar quanto o pacto atributivo de competência aos tribunais de determinado Estado <sup>(31)</sup>.

Como o tribunal arbitral não tem uma *lex fori*, a ligação entre o tribunal arbitral e a lei do lugar da arbitragem não tem o mesmo significado nem a mesma natureza que a ligação entre um tribunal estadual e a lei do respectivo Estado. À luz da autonomia de que goza presentemente a arbitragem transnacional relativamente às ordens jurídicas estaduais singularmente consideradas não há razão nenhuma para as partes contarem com a aplicação do Direito do lugar da arbitragem ao mérito da causa. A escolha do lugar da arbitragem decorre assiduamente de considerações ligadas à proximidade para os árbitros, os mandatários das partes e as testemunhas, aliada à economia de custos; à preferência por determinado centro institucionalizado de arbitragem; à adequação do regime da arbitragem aplicável. Estas considerações são alheias a uma vontade de aplicação do Direito local ao mérito da causa.

No caso de arbitragem institucionalizada, não resulta das regras contidas nos regulamentos dos centros mais importantes que os árbitros devam aplicar a lei local, e, por conseguinte, ao reme-

---

<sup>(31)</sup> Esta diferença de significado encontra eco em GIULIANO/LAGARDE — “Rapport concernant la convention sur la loi applicable aux obligations contractuelles”, *JOCE* C 282, 31/10/80, 17, onde se entende que a escolha do lugar onde se efectuará uma arbitragem só constituirá um elemento concludente da designação do Direito aí em vigor se “dans les circonstances faisant apparaître que l’arbitre appliquera la loi en vigueur dans ce lieu”. Ver também BATIFFOL/LAGARDE [II 304 e seg.], ROOIJ/POLAK [1987: 119], SCHLOSSER [1989: 534 e seg.], BUCHER [1989: 92], *Dicey & Morris* [1229 e segs.], BERNARDINI [2000: 197 e seg.] e RUBINO-SAMMARTANO [2002: 497]. Em sentido diferente, a orientação tradicional nos EUA, que inferia da designação feita pelas partes do lugar da arbitragem uma escolha tácita do Direito material aí em vigor — cf. comentário b ao art. 218.º do *Second Restatement, Conflict of Laws* e EHRENZWEIG [1962: 540]; mas a doutrina mais recente parece afastar-se desta orientação — ver DOMKE/WILNER [393] e BORN [529 e seg.]. Ver também BAPTISTA MACHADO [1982: 363]; LANDO [1984: 312 e seg.]; e, na jurisprudência portuguesa, designadamente o ac. RPT 2/5/78 [*BMJ* 279: 265] e STJ 9/5/78 [*BMJ* 276: 187].

terem (explícita ou implicitamente) para estes regulamentos, as partes não podem contar com a aplicação da lei local.

Só em sectores bem delimitados do comércio internacional se pode ver na fixação do lugar da arbitragem um indício importante de designação do Direito aplicável. É o que verifica, por exemplo, com a arbitragem de litígios emergentes de contratos de transporte marítimo e de seguros marítimos, que frequentemente se realiza em Londres. Mas mesmo neste domínio houve ocasião de sublinhar recentemente que a fixação do lugar da arbitragem não é, por si só, concludente <sup>(32)</sup>.

A referência das partes a um Direito estadual deve ser entendida, na falta de uma indicação em contrário, como uma referência ao Direito material desse Estado <sup>(33)</sup>. Neste sentido dispõe expressamente o art. 28.º/1 da Lei-Modelo da CNUDCI sobre Arbitragem Comercial Internacional <sup>(34)</sup>. Claro que nada impede que as partes façam uma referência global ao Direito de um Estado, que inclua o seu Direito de Conflitos <sup>(35)</sup>.

Na omissão das partes, não há regras claramente estabelecidas sobre a determinação do Direito aplicável. São em todo o caso reconhecíveis tendências, das quais são de salientar duas.

Uma tendência que se tem manifestado na jurisprudência arbitral e em regulamentos de centros de arbitragem adopta o critério das *regras de Direito mais apropriadas ao litígio*. Assim, o Regulamento de Arbitragem da CCI estabelece que o árbitro aplicará as regras de Direito que considere apropriadas (art. 17.º/1); o Regulamento de Arbitragem Internacional da *American Arbitration Association* determina que o tribunal arbitral aplicará a(s)

---

<sup>(32)</sup> Cf. a decisão da Câmara dos Lordes no caso *Compagnie Tunisienne de Navigation SA v. Compagnie d'Armement Maritime SA* [(1971) A.C. 572], em que se esclareceu ser a cláusula de arbitragem apenas um dos factores a ter em conta, embora constitua uma "indicação de peso" e um "indício forte" da escolha da lei vigente no lugar da arbitragem e, sobre o ponto, *Dacey & Morris* [1229 e seg.], assinalando que a referida decisão não impediu a prática de presumir a escolha da lei do lugar da arbitragem. Na jurisprudência portuguesa pode ver-se o Ac. RPt 15/6/78 [CJ (1978-III) 882].

<sup>(33)</sup> Cf. FOUCHARD/GAILLARD/GOLDMAN [801 e seg.] e BERNARDINI [2000: 186].

<sup>(34)</sup> O mesmo se encontra estabelecido no art. 46.º/2 da Lei de arbitragem "inglesa" de 1996.

<sup>(35)</sup> Cf. PIERRE LALIVE [1976: 162 e segs.].

lei(s) ou as regras de Direito que julgar apropriadas (art. 28.º/1) e o Regulamento de Arbitragem da OMPI contém preceito idêntico (art. 59.º/a); o Regulamento do *London Court of International Arbitration* manda aplicar a(s) lei(s) ou regras de Direito que considere adequadas (art. 22.º/3); enfim, o Regulamento de Arbitragem do Centro de Arbitragem Comercial instituído pela Associação Comercial de Lisboa/Câmara de Comércio e Indústria Portuguesa e pela Associação Comercial do Porto/Câmara de Comércio e Indústria do Porto determina a aplicação do Direito mais apropriado ao litígio.

Esta tendência encontra eco nas legislações francesa, holandesa e portuguesa, segundo as quais o litígio deve ser decidido em conformidade com as regras de Direito que o árbitro considere apropriadas (art. 1496.º NCPC fr. e art. 1054.º do CPC holandês) ou por aplicação do Direito mais apropriado ao litígio (art. 33.º/2 LAV) <sup>(36)</sup>.

O critério das regras de Direito mais apropriadas ao litígio é um critério muito flexível, que permite aos árbitros ter em conta o conjunto das circunstâncias do caso concreto e atender a todos os pontos de vista juridicamente relevantes.

A ideia de apropriação permite uma ponderação de interesses e uma consideração do conteúdo específico das questões jurídicas a resolver <sup>(37)</sup>.

Na determinação do Direito aplicável os árbitros devem atender aos laços que a relação controvertida estabeleça com os diferentes países, mas também podem ter em consideração o conteúdo material dos respectivos Direitos <sup>(38)</sup>.

---

<sup>(36)</sup> Ver BATIFFOL [1982] e GAILLARD [1991 n.º 133].

<sup>(37)</sup> ISABEL DE MAGALHÃES COLLAÇO [1991: 64 e seg.] cita, neste contexto, o art. 27.º/2 do Regulamento de Arbitragem do Centro de Arbitragem Comercial instituído pela Associação Comercial de Lisboa/ Câmara de Comércio e Indústria Portuguesa e pela Associação Comercial do Porto/Câmara de Comércio e Indústria do Porto (“Na falta de escolha, os árbitros aplicarão o direito mais apropriado ao litígio, tendo em conta designadamente a localização dos interesses em jogo e a natureza específica das questões jurídicas a resolver”). Em sentido convergente, NUNES PEREIRA [266 e seg.]. Para FERRER CORREIA [1988: 249 e segs.], a tendência para a “via directa”, que surge ao lado da conexão mais estreita, “traz ao espírito (como diz LANDO) reminiscências do método da escolha do direito aplicável ‘em função do resultado’”, sistema a que o autor imputa diversas desvantagens.

<sup>(38)</sup> Ver BATIFFOL [1982], GAILLARD [1991 n.º 133], STEIN [122 e segs., *maxime* 147 e seg.] FOUCHARD/GAILLARD/ GOLDMAN [889 e seg.] e GRIGERA NAÓN [2001: 218

Isto não significa que o tribunal arbitral possa adoptar um puro sistema de escolha em função do resultado material <sup>(39)</sup>. A solução a que o tribunal arbitral chegue deve, tanto quanto possível, ser previsível e não se mostrar contrária às expectativas justificadas das partes <sup>(40)</sup>. Por um lado, isto obriga à devida consideração dos laços entre a relação e os Estados em presença. Por outro, a consideração do conteúdo dos Direitos em presença não deve basear-se na preferência subjectiva dos árbitros. A ideia de apropriação ao litígio postula uma avaliação objectiva do conteúdo dos Direitos em presença, em função da existência de regras jurídicas aplicáveis ao caso, do grau de desenvolvimento deste regime jurídico e da sua aptidão face às necessidades actuais do tráfico <sup>(41)</sup>, da sua correspondência à cultura jurídica que mais tenha influenciado o contrato litigioso e das consequências da sua aplicação sobre a validade do negócio <sup>(42)</sup>.

As regras de Direito mais apropriadas ao litígio podem ser extra-estaduais. Os árbitros devem atender ao costume e aos usos do comércio internacional, bem como a eventuais regras formuladas por associações sectoriais para regular as relações económicas entre os seus membros, e, subsidiariamente, podem recorrer a princípios gerais de Direito e aos “princípios comuns” aos sistemas em presença <sup>(43)</sup>.

---

e seg.]; cp. DERAIS [1984b: 77 e segs.], entendendo que a consideração das expectativas legítimas das partes constitui o principal critério da apropriação das regras jurídicas aplicáveis. Ver ainda LANDO [1981: 166] que, embora criticamente, entende a ideia de apropriação ao litígio no sentido da escolha em função do resultado material.

<sup>(39)</sup> Cp., porém, STEIN [147 e seg.]. Sobre a escolha em função do resultado material ver LIMA PINHEIRO — *Um Direito Internacional Privado para o Século XXI. Relatório*, 2000, publicado em Supl. *RFDUL* de 2001, 35 e seg. e 38, com desenvolvidas referências doutrinárias.

<sup>(40)</sup> Cf. DERAIS/SCHWARTZ [223].

<sup>(41)</sup> Cp. as considerações críticas de MOURA RAMOS [1991: 578 e segs.].

<sup>(42)</sup> Neste último sentido, ver decisões proferidas nos casos CCI n.º 4145 (1984) e 4996 (1985) [*Chumet* (1985) 985 e (1986) 1131, respectivamente, ambas com obs. de DERAIS].

<sup>(43)</sup> Cf. GOLDMAN [1979: 485], LANDO [1987: 110 e seg.], DERAIS [2001: 41], GRIGERA NAÓN [2001: 213] e, mais limitadamente, CRAIG/PARK/PAULSSON [2000: 333 e segs.].



O critério das regras de Direito mais apropriadas ao litígio permite também referências parciais a normas e princípios de diferentes sistemas ou fontes autónomas. Não é recomendável um excessivo fraccionamento do Direito aplicável, que suscitaria problemas de coerência na definição da disciplina da relação e poderia dificultar a previsibilidade da solução. Mas é concebível, neste quadro, que se atenda ao conteúdo, à função e à “vontade de aplicação” de normas imperativas individualizadas que, à luz de critérios que não é possível examinar aqui, podem justificar a sua aplicação pelos árbitros <sup>(44)</sup>.

Assim entendida, a determinação das regras de Direito mais apropriadas ao litígio pode apresentar certos pontos de contacto com a reconstituição da vontade hipotética das partes, mas não parece identificar-se com ela <sup>(45)</sup>.

Já se assinalou que a solução a que o tribunal arbitral chegue deve, tanto quanto possível, ser previsível e não se mostrar contrária às expectativas justificadas das partes. Não obstante, a ideia de apropriação comporta, como já se sublinhou, uma nota objectiva, pois remete o intérprete para uma indagação sobre a adequação conflitual e (ou) material do Direito ao caso segundo critérios objectivos. Nesta indagação, o intérprete não está limitado à reconstituição daquela que seria a vontade razoável das partes caso o ponto se lhes tivesse afigurado. O intérprete pode dispor de elementos que não seriam acessíveis às partes envolvidas e pode apreciá-los segundo determinados critérios sem carecer de demonstrar que as partes se teriam provavelmente orientado por estes critérios.

---

<sup>(44)</sup> Ver ainda GRIGERA NAÓN [2001: 216].

<sup>(45)</sup> Cp. FERRER CORREIA [1989: 223 e seg., ver ainda 1988: 249 e segs.], expressamente admitindo que, “Na dúvida, será de admitir que as partes teriam optado por aquele sistema jurídico, de entre os conectados com a situação factual, perante o qual o contrato fosse válido”. O entendimento dominante à face de outros regimes nacionais da arbitragem internacional, bem como do n.º 1 do art. 7.º da Convenção de Genebra sobre Arbitragem Comercial Internacional, do n.º 1 do art. 33.º do Regulamento de Arbitragem e do n.º 1 do art. 28.º da Lei-Modelo da CNUDCI, é também desfavorável a uma actuação da vontade hipotética na determinação da lei objectivamente competente — ver BENTO SOARES/MOURA RAMOS [401 e segs.]; HOLTZMANN/NEUHAUS [766 e segs.]; SCHLOSSER [1989: 531 e segs.]; PIERRE LALIVE [1991: 40 e seg.]; SCHWAB/WALTER [537 e segs.]; GAILLARD [1991 n.ºs 7 e segs. e 119 e segs.]. Mas cp. DERAIS [1984b: 78] e REDFERN/HUNTER [129].

Acresce que a tutela dos interesses legítimos das partes não é a única finalidade político-jurídico a ter em conta, em especial no que toca à referência a normas imperativas individualizadas.

Outra tendência da jurisprudência arbitral baseia a determinação do Direito aplicável exclusivamente nos *laços espaciais* da relação controvertida com os Estados em presença. Assim, por exemplo, em matéria de venda internacional de mercadorias, algumas decisões favorecem a aplicação do Direito da residência, sede ou estabelecimento do vendedor <sup>(46)</sup>. Parte destas decisões fundamenta-se na aplicação do Direito de Conflitos unificado.

A tendência primeiramente mencionada é a meu ver de preferir. A abertura a considerações jurídico-materiais e à aplicação de Direito extra-estadual e de princípios gerais ou comuns permite chegar a soluções mais adequadas, sem um sacrifício excessivo da previsibilidade e da certeza jurídica <sup>(47)</sup>. Isto é particularmente visível nos casos em que as partes não chegaram a acordo sobre a lei aplicável porque nenhuma delas se quis submeter ao Direito do Estado da outra parte <sup>(48)</sup>. Nestes casos, o recurso ao Direito da residência, sede ou estabelecimento de uma das partes mostra-se contrário às expectativas objectivamente justificadas da outra parte sem que possa corresponder a uma expectativa legítima da parte “beneficiada”.

Em qualquer caso, os árbitros devem sempre atender aos princípios gerais de Direito e a certos “princípios” fundamentais, comuns aos sistemas nacionais em presença, que integram a ordem pública transnacional da arbitragem <sup>(49)</sup>, bem como tomar em conta os *usos do comércio*, nos termos que serão adiante referidos (C).

---

<sup>(46)</sup> Cf. WERNER LORENZ [1985: 415 e segs.].

<sup>(47)</sup> Cp., em sentido crítico, LANDO [1981: 166], BUCHER [1989: 93 e seg.] e FERREZ CORREIA [1988: 249 e segs.].

<sup>(48)</sup> Ver BLESSING [n.º 607 e segs.], que fala a este respeito de “escolha tácita negativa” [*implied negative choice*].

<sup>(49)</sup> Sobre a ordem pública transnacional ver LIMA PINHEIRO [1998: 652 e segs.] com mais referências.

## B) Directrizes estaduais

Os tribunais arbitrais não podem reger-se apenas por regras e princípios autónomos. Eles devem ter em conta as directrizes sobre a determinação do Direito aplicável dimanadas dos Estados que apresentam laços especialmente significativos com a arbitragem ou em que previsivelmente a decisão careça, em caso de necessidade, de ser executada.

Estas directrizes podem referir-se quer a regimes especiais de Direito Internacional Privado da arbitragem quer ao Direito de Conflitos geral, quando na ordem jurídica do Estado em causa este Direito de Conflitos for inequivocamente aplicável na arbitragem transnacional. Os árbitros não deverão limitar-se a atender a directrizes como as que constam do art. 33.º LAV ou a regras de conflitos de tipo “clássico” que, perante outro sistema nacional, devam por eles ser aplicadas. Além de respeitarem as exigências da ordem pública transnacional, deverão igualmente *atender* a normas de conexão especiais que, naquelas ordens jurídicas estaduais, desencaideiem a aplicabilidade de normas e regimes imperativos.

Enquanto num *sistema de assimilação* da arbitragem transnacional à jurisdição estadual os tribunais arbitrais estarão submetidos ao Direito de Conflitos geral<sup>(50)</sup>, um *sistema de não-intervenção* abster-se-á de emitir quaisquer directrizes sobre o Direito aplicável pelos árbitros. O sistema dos EUA aproxima-se, neste ponto, de um sistema de não-intervenção, porquanto o Direito federal, bem como a maior parte dos Direitos estaduais<sup>(51)</sup>, omitem qualquer tomada de posição sobre o Direito aplicável ao mérito da causa<sup>(52)</sup>, sem que isto signifique a sujeição das arbitragens realizadas nos EUA ao Direito de Conflitos geral<sup>(53)</sup>.

A grande maioria das legislações recentes segue uma via de *enquadramento* da arbitragem transnacional, adoptando regimes

---

<sup>(50)</sup> Como sucedia no Direito inglês em vigor antes da Lei de arbitragem de 1996 — cf. *Dicey & Morris* [606 e 607 n.º 15], embora este entendimento já fosse questionado com base em algumas decisões, como assinala HILL [298 e seg.].

<sup>(51)</sup> Designadamente os que adoptaram o *Uniform Arbitration Act*.

<sup>(52)</sup> Cf. DOMKE/WILNER [389].

<sup>(53)</sup> Cf. BORN [2001: 42 e seg. e 530].

especiais de Direito de Conflitos que revelam uma grande abertura às soluções desenvolvidas pela jurisprudência arbitral e pelos regulamentos dos centros de arbitragem <sup>(54)</sup>.

Mediante a adopção de regimes especiais de Direito de Conflitos para a arbitragem essas legislações nacionais reconhecem a especificidade do problema da determinação do Direito aplicável na arbitragem transnacional <sup>(55)</sup>.

Esta especificidade resulta de diversas circunstâncias.

Os árbitros estão colocados numa posição peculiar, diferente da situação dos juizes estaduais, enquanto destinatários de normas e princípios autónomos sobre a determinação do Direito aplicável e de directrizes emanadas de diferentes Estados. A conexão com a relação controvertida dos Estados que estão em contacto com a arbitragem (*maxime* o Estado do lugar da arbitragem) é muito variável, não havendo razão para pensar que os árbitros só devem ter em conta o sistema de conflitos de um determinado Estado. Estas considerações aconselham à formulação de regras especialmente flexíveis para a arbitragem, que permitam a observância de normas e princípios autónomos e evitem tanto quanto possível conflitos de directrizes estaduais.

No mesmo sentido aponta a busca de uma justiça mais adequada às circunstâncias do caso concreto que explica, por exemplo, que em diversos sistemas só os tribunais arbitrais possam ser autorizados pelas partes a decidir o caso exclusivamente com base na equidade. Esta preocupação tem de ser conciliada com outra aspi-

---

<sup>(54)</sup> É o que se verifica com o disposto nos arts. 1492.º e segs. NCPC fr.; no art. 33.º LAV; nos arts. 176.º e segs. da Lei federal suíça de Direito Internacional Privado — cf. LAUVE/POUDRET/ REYMOND [277 e seg.]; no art. 1054.º do CPC holandês; nos arts. 832.º e segs. CPC it. (com a redacção dada em 1994); no art. 46.º da Lei “inglesa” de arbitragem; no art. 2.º da Lei brasileira n.º 9.307, de 23/9/96; e, no art. 1051.º com a redacção dada pela Lei alemã de 22/12/97 — cf. MARTINY [1999: 353 e segs.], JUNKER [2000: 445 e segs.] e BERGER [2000: 41 e seg.]. Refira-se ainda que cerca de 45 jurisdições adoptaram leis de arbitragem inspiradas na Lei-Modelo da CNUDCI, incluindo a Alemanha, a Austrália, o Canadá, a Escócia, alguns Estados dos EUA (Califórnia, Connecticut, Illinois, Oregon e Texas), a Federação Russa, a Grécia, Hong-Kong, a Índia, a Irlanda, Macau e o Japão — cf. <http://www.uncitral.org/en-index.htm>. Sobre as tendências de evolução dos regimes estaduais em matéria de arbitragem, ver LECUYER/THIEFFRY/THIEFFRY. Ver ainda SCHLOSSER [1989: 27 e seg.] e BERGER [1993: 496 e segs.].

<sup>(55)</sup> Ver SANDROCK [1992: 791 e segs.].

ração da justiça arbitral: a de oferecer uma solução mais previsível e ajustada às expectativas justificadas das partes. Mas perante relações controvertidas que estão em contacto com mais de um Estado as exigências da previsibilidade e certeza jurídica não se mostram adversas a uma certa flexibilidade, que permita uma consideração autónoma das disposições do contrato e dos usos do comércio, a avaliação dos contactos existentes com os Estados em presença e o conteúdo material dos seus Direitos.

Não surpreende, por isso, que o exame dos principais sistemas revele que, tradicionalmente, se tende a admitir que na arbitragem (e, em especial, na arbitragem transnacional) haja uma maior flexibilidade na determinação dos critérios de decisão. Claro que este factor histórico-cultural pode ser superado, se uma avaliação funcional mostrar que certas soluções especiais desenvolvidas para a arbitragem são aptas a uma generalização, por forma que justifique a sua extensão ao Direito de Conflitos geral (aplicável pelos tribunais estaduais).

O Direito português acompanha esta tendência, a partir do momento em que dispõe de um regime especial de determinação do Direito aplicável na arbitragem internacional (art. 33.º LAV) realizada em território português (art. 37.º).

As legislações nacionais propendem a admitir uma ampla liberdade das partes na determinação do Direito aplicável ao fundo da causa.

A escolha de uma ordem jurídica estadual não está, em princípio, sujeita a quaisquer limites <sup>(56)</sup>.

As referências parciais, designadamente a submissão de partes separáveis do contrato a leis diferentes, também são permitidas <sup>(57)</sup>.

Para além disso, admite-se geralmente a escolha de uma ordem jurídica supraestadual — mormente o Direito Internacional

---

<sup>(56)</sup> Constitui excepção a Lei espanhola de 1988 que exige uma conexão da lei designada com o negócio jurídico principal ou com a controvérsia (art. 62.º); cp. BERNARDINI [2000: 187] e RUBINO-SAMMARTANO [2002: 487 e seg.], defendendo, perante a lei italiana, que a escolha não é válida se visar afastar as normas imperativas da lei subsidiariamente competente (com invocação da fraude à lei); no mesmo sentido, em tese geral, BLESSING [n.º 586] e KARRER [n.º 137].

<sup>(57)</sup> Cf. FOUCHARD/GAILLARD/GOLDMAN [805 e seg.] e KARRER [n.º 75].

Público — e de Direito autónomo do comércio internacional (*lex mercatoria*)<sup>(58)</sup>.

Esta liberdade de escolha da *lex mercatoria* é frequentemente fundamentada na admissibilidade do julgamento de equidade na arbitragem transnacional. Na verdade, creio que a partir do momento em que se admite o julgamento de equidade não há razão para negar que o critério de decisão do fundo da causa seja pedido exclusivamente a *fontes extra-estaduais* — como os usos e costumes do comércio internacional — ou mesmo, na sua falta, a *princípios e modelos de regulação* (como os “princípios” do *Unidroit*)<sup>(59)</sup>. Isto desde que sejam respeitados os princípios gerais de

(58) Perante o art. 1496.º NCPD francês, cf. BATIFFOL/LAGARDE [II 288]; GOLDMAN [1981: 483]; LAGARDE [1982: 148]; RENÉ DAVID [1982: 479 e segs.]; DERAIS [75]; FOUCHARD [1989 n.º 42 e seg.]; GAILLARD [1991 n.ºs 24 e segs.]; face ao art. 187.º da Lei federal suíça de Direito Internacional Privado, PIERRE LALIVE [1991: 45]; BUCHER [1987: 217 e seg. e 1989: 566 e segs.]; VISCHER [1992: 142 e segs.]; *IPRG Komm./HEINI* [Art. 187 n.ºs 7 e seg.]; BLESSING [n.ºs 611 e segs.]; KARRER [n.ºs 63 e segs.]; face ao art. 834.º CPC it., cf. BERNARDINI [2000: 196 e 2001]; perante o art. 46.º da Lei “inglesa” de arbitragem de 1996, *Dacey & Morris* [606 e seg.], REDFERN/HUNTER [103 e seg., 126 e 128] e HILL [300]; face ao art. 1051.º/1 CPC alemão — cf. MARTINY [1999: 536 e seg.], SCHLOSSER [2000: 199 e seg.] e BERGER [2001: 40]; perante o art. 2.º da Lei brasileira sobre arbitragem, RECHSTEINER [95 e seg.]; perante o Direito português, FERRER CORREIA [1988: 246 e seg. n.º 28 e 251 e segs.] cp. Id. [1989: 206 e seg. e 2001: 10 e seg.]; ISABEL DE MAGALHÃES COLLAÇO [1991: 63 e seg.], com respeito às regras jurídicas que integrem a *lex mercatoria*; ISABEL VAZ [261 e 303 e segs.]; LIMA PINHEIRO [1998: 730 e seg.]; cp., em sentido contrário, Exposição de motivos da proposta de Lei n.º 34/IV [n.º 7]; MARQUES DOS SANTOS [1987a: 56 e 287 e seg. e 1987b: 48 e seg.], mas que aparentemente alterou a sua posição em obra posterior [2002a: 397 e segs.]; MOURA VICENTE [1990: 44 e segs., 85 e segs. e 208 e segs. e 1995: 185 e 189] e MORAIS LEITÃO/MOURA VICENTE [20].

No mesmo sentido são entendidos *por parte da doutrina* o art. 7.º da Convenção de Genebra de 1961, o art. 33.º do Regulamento de Arbitragem da CNUDCI (1975) e o art. 28.º da Lei-Modelo da CNUDCI. Quanto à Convenção de Genebra, cf. FOUCHARD [1965: 401 e segs.]; HASCHER [1992: 736]; LUZZATTO [1987 n.º 12]; RIGAUX/FALLON [621]; cp. FERRER CORREIA [1988: 246 n.º 28]. Relativamente à Lei-Modelo da CNUDCI, cp. BENTO SOARES/MOURA RAMOS [402 e segs.] e HOLTZMANN/NEUHAUS [768].

Ver ainda, em apreciação geral, VON HOFFMANN [1987: 220 e segs. e 232]; LUZZATTO [loc. cit.]; SIEHR [1985: 114 e segs. e 1989: 501 e seg.]; SCHLOSSER [1989: 532 e seg.]; CRAIG/PARK/PAULSSON [1978/1995 § 17.03]; BERMAN/DASSER [1990: 33 e seg.]; DASSER [1991: 318]; LÉCUYER/THIEFFRY/THIEFFRY [950 e segs.]; GAILLARD [1991 n.ºs 135 e segs.]; VISCHER [loc. cit.]; BONELL [1993 n.º 3]; BERGER [1993: 558 e segs.]; BERNARDINI [1994: 17].

(59) Neste sentido, SCHLOSSER [1989: 533 e 2000: 200].

Direito e os “princípios fundamentais” comuns aos sistemas estaduais em presença.

O Direito português permite, sem qualquer restrição, a escolha pelas partes do Direito aplicável (art. 33.º/1 LAV) <sup>(60)</sup>. Isto vale plenamente para a escolha de um Direito estadual, do Direito Internacional Público ou de uma particular convenção internacional de Direito material unificado. Em todos estes casos a escolha recai sobre Direito objectivo.

Já no que toca à escolha da *lex mercatoria* coloca-se a questão de saber se o Direito português vigente — ao referir-se à escolha de um “Direito” — não deve ser interpretado num sentido mais restritivo do que o Direito Transnacional da Arbitragem.

Assim, faz-se valer que as partes poderão remeter para regras e princípios jurídicos da *lex mercatoria* que efectivamente vigorem. Já não será de aceitar que valha como designação de um Direito, no sentido do art. 33.º LAV, uma escolha da *lex mercatoria* que em mais não se traduza, perante a natureza da relação controvertida e as características do sector do comércio internacional em causa, que no recurso a princípios autonomamente considerados ou a modelos de regulação <sup>(61)</sup>.

No entanto, se os árbitros, com base na designação feita pelas partes, resolverem o caso segundo princípios ou modelos de regulação, não parece que haja qualquer fundamento para a anulação da decisão (*infra* III).

Quando muito, a limitação da escolha a um “Direito” poderia ter por efeito desresponsabilizar os árbitros caso estes não respeitem a escolha feita pelas partes quando esta conduza a resolver o caso segundo princípios autonomamente considerados ou modelos de regulação <sup>(62)</sup>. Entendo, porém, que uma exclusiva designação da *lex mercatoria*, quando esta não disponha de Direito objectivo

<sup>(60)</sup> Cf. RLX 24/1/95 [CJ(1995-1) 98].

<sup>(61)</sup> Cf. ISABEL DE MAGALHÃES COLLAÇO [loc. cit.]. Também SANDROCK [1999: 1649] entende, à face do art. 1051.º/1 ZPO alemão, que a referência a proposições que não constituam verdadeiras regras jurídicas, como por exemplo, os Princípios do *Unidroit*, só pode valer como uma referência material. O autor, porém, põe em dúvida que a *lex mercatoria* contenha verdadeiras regras jurídicas.

<sup>(62)</sup> Na hipótese de as partes terem acordado a possibilidade de recurso e regulado os seus termos seria igualmente concebível que tal constituísse fundamento de recurso.

aplicável à decisão do caso, poderá, em princípio, ser convertida numa autorização, dada aos árbitros, para julgarem segundo a equidade (prevista nos arts. 22.º e 33.º/1 *in fine* LAV) (63). O mesmo se diga de uma remissão das partes para princípios gerais de Direito ou para “princípios comuns” aos sistemas em presença (64).

Isto não significa uma identificação da decisão segundo a equidade com a decisão baseada na *lex mercatoria* ou em princípios gerais ou comuns (65). Os árbitros, quando decidem segundo a equidade, não estão vinculados a regras ou princípios de Direito autónomo do comércio internacional. Na falta de proposições jurídicas autónomas aplicáveis, a decisão proferida em nome da *lex mercatoria* avizinha-se de uma decisão segundo a equidade, mas não lhe é inteiramente reconduzível, porque os árbitros, para respeitarem a vontade das partes, devem atender a “princípios comuns” aos sistemas em presença e, eventualmente, a modelos de regulação para obterem a solução do caso. Mas a vontade das partes que remetam para a *lex mercatoria* ou para princípios pode ser respeitada mediante uma qualificação da decisão segundo a equidade. Com efeito, entendo que as partes podem qualificar a autorização para uma decisão de equidade mediante a indicação de critérios de decisão, normativos ou não, que devem ser tidos em conta na decisão.

À semelhança do que se verifica perante o Direito de Conflitos geral, entende-se, face ao art. 33.º/1 LAV, que a escolha pode ser expressa ou tácita (66). Este preceito não exige que a escolha resulte de “modo inequívoco” das disposições do contrato ou das circunstâncias da causa nem coloca qualquer entrave à observância pelos árbitros de critérios desenvolvidos pelo Direito Transna-

---

(63) Cf. LIMA PINHEIRO [1998: 732].

(64) O resultado, portanto, aproxima-se muito da tese do carácter supletivo das normas sobre a determinação do Direito aplicável na arbitragem — defendido, designadamente, por BLESSING [n.º 627] — tese de que já me afasto mais acentuadamente no que toca ao art. 33.º/2 LAV.

(65) Ver GOLDMAN [1981: 484], MUSTILL [1987: 154 e seg.] e LALIVE/POUDRET/REYMOND [402].

(66) Cf. NUNES PEREIRA [263], FERRER CORREIA [1988: 246 n.º 28] e MOURA VICENTE [1990: 117].



cional da Arbitragem para o apuramento de uma designação tácita. O mesmo se entende perante outras legislações nacionais <sup>(67)</sup>.

Quanto à determinação do Direito aplicável na falta de designação pelas partes, têm-se defrontado nas legislações nacionais e no Direito unificado duas concepções principais.

Segundo uma destas concepções, os árbitros têm primeiro de escolher uma norma de conflitos para, em seguida, mediante a actuação dessa norma, determinarem a ordem jurídica que fornecerá a disciplina material da situação. Para a concepção oposta, os árbitros podem proceder à escolha do Direito aplicável por “via directa” [*voie directe*].

Porquanto a escolha não deve em caso algum ser arbitrária, há-de obedecer sempre a um critério ou a uma combinação de critérios. Na fundamentação da decisão os árbitros devem indicar as razões da escolha <sup>(68)</sup>. A questão que verdadeiramente se coloca é a de saber se o regime especial da arbitragem transnacional se limita a delegar nos árbitros a escolha do Direito aplicável ou a estabelecer uma cláusula geral de remissão que aos árbitros cabe concretizar ou se, diferentemente, manda atender à solução conflitual comum aos sistemas nacionais em presença ou vigente num particular sistema nacional de Direito Internacional Privado.

Neste segundo sentido são entendidos, por uma parte da doutrina, o n.º 1 do art. 7.º da Convenção de Genebra sobre Arbitragem Comercial Internacional, o n.º 1 do art. 33.º do Regulamento de Arbitragem e o n.º 2 do art. 28.º da Lei-Modelo da CNUDCI, que mandam aplicar a lei designada pela regra de conflitos que os árbitros considerem mais apropriada ao caso. Na falta de solução comum aos sistemas nacionais em presença, o tribunal arbitral tem de escolher a norma de conflitos mais apropriada para através dela determinar o Direito material aplicável <sup>(69)</sup>. Outros autores, porém,

---

<sup>(67)</sup> Cf., face à lei suíça, LALIVE/POUDRET/REYMOND [390] e BUCHER [1989: 92]; perante a lei francesa, FOUCHARD/GAILLARD/GOLDMAN [799 e seg.], sublinhando, porém, que o acordo das partes deve ser certo; perante o Direito italiano, BERNARDINI [2000: 184 e 197 e seg.].

<sup>(68)</sup> Ver BERGER [1993: 501 e seg.]. Cp. FOUCHARD/GAILLARD/GOLDMAN [890 e seg.].

<sup>(69)</sup> Relativamente à Convenção de Genebra, cf. VON HOFFMANN [1970: 128 e segs.]; SCHLOSSER [1989: 729]; SCHWAB/WALTER [537]; sobre a Lei-Modelo da CNUDCI, ver HOLZMANN/NEUHAUS [769 e seg.]; ver ainda FERRER CORREIA [2001: 8 e segs.].

sustentam que os árbitros poderem formular a regra de conflitos que consideram mais adequada, sem tomarem em consideração os sistemas positivos de Direito Internacional Privado <sup>(70)</sup>.

Diferentemente, a tendência que se verifica nas legislações mais recentes vai no sentido de estabelecer apenas *cláusulas gerais de remissão* que aos árbitros cabe concretizar, como é o caso da remissão para as regras de Direito ou para o Direito mais apropriado ao litígio, atrás referida <sup>(71)</sup>.

Saber se neste caso há uma determinação do Direito aplicável por “via directa” depende da aceção de “via directa” que se tome por relevante e do modo por que sejam entendidos os critérios de remissão em causa <sup>(72)</sup>. A “*voie directe*” é umas vezes *contraposta*

---

<sup>(70)</sup> Cf., perante a Convenção de Genebra, MEZGER [1965: 279]; GOLDMAN [1963: 389 e segs.]; FOUCHARD [1965: 384 e seg.]; FERRER CORREIA [1988: 248 e seg.], embora considerando que se as normas de conflitos dos sistemas conectados com a situação coincidirem na designação da lei aplicável ao caso, não será “avisado desprezar esse consenso”; perante a Lei-Modelo da CNUDCI, aparentemente, BENTO SOARES/MOURA RAMOS [403]. Ver ainda DERAIS [1972].

<sup>(71)</sup> Já se assinalou que o *Federal Arbitration Act* dos EUA não contém qualquer norma especial sobre a determinação do Direito aplicável na arbitragem. O problema da determinação do Direito aplicável na arbitragem não tem suscitado grande atenção à doutrina local, em parte devido à semelhança dos Direitos dos diferentes Estados da União e, noutra parte, em virtude da tendência tradicional para encarar a arbitragem numa perspectiva informal, não-técnica — cf. BORN [529 n.º 32].

<sup>(72)</sup> É geralmente aceite que a “*voie directe*” se encontra consagrada em disposições como o art. 33.º/2 LAV e o art. 1496.º NCPG fr. — cf. supracit. Exposição de motivos [n.º 7]; ISABEL DE MAGALHÃES COLLAÇO [1991: 64]; FERRER CORREIA [1988: 249]; MOURA RAMOS [1987: 44]; PIERRE LALIVE [1991: 47 e seg.]; DERAIS [1984b: 74 e segs.]; e, GAILLARD [1991 n.ºs 133 e seg.]. Relativamente aos regimes contidos nas leis suíça, italiana e alemã, cp., por um lado, LALIVE/POUDRET/REYMOND [398 e seg.], BERNARDINI [1994: 17 e seg.] e SCHWAB/WALTER [539 e seg.], que admitem a determinação directa do Direito aplicável e, por outro, BUCHER [1989: 92 e segs.], no sentido de o tribunal arbitral ter de escolher uma norma de conflitos; LUZZATTO [1994: 269], entendendo que o preceito do art. 834.º CPC it., se bem que simplificando muito o sistema da “dupla passagem”, não atribui ao árbitro “em via directa” o poder de determinar as normas substanciais aplicáveis, fora de qualquer operação de “localização” da relação e só com base no conteúdo dessas normas e SANDROCK [1999: 1653], defendendo que o art. 1051.º/2 ZPO manda aplicar a norma de conflitos do art. 4.º/1 da Convenção de Roma sobre a Lei Aplicável às Obrigações Contratuais. Mas trata-se aqui de uma outra aceção de “via directa”, em que esta é contraposta não só à “passagem” por uma norma de conflitos, mas também a qualquer ideia de conexão. Ver ainda MOURA RAMOS [1991: 387 n.º 31]; MARQUES DOS SANTOS [1991: 687 e seg. n.º 2256]; NUNES PEREIRA [265 e seg.]; ISABEL VAZ [1990: 266 n.º 410 e 308 e seg. n.º 473]; MOURA VICENTE [1990: 240 e seg.]

à escolha de um Direito de Conflitos nacional <sup>(73)</sup>, outras vezes à determinação do Direito competente com base numa ideia de conexão (e, por conseguinte, entendida em sentido favorável à consideração do conteúdo das leis em presença) <sup>(74)</sup>, outras vezes ainda à fundamentação da decisão em qualquer proposição conflitual que utilize um elemento de conexão determinado, ainda que criada pelos árbitros.

Certo é que, em qualquer destes casos, na óptica de uma dada ordem jurídica estadual, os árbitros só têm de respeitar o enquadramento definido pela cláusula geral de remissão estabelecida no seu regime especial da arbitragem transnacional e não têm de atender às normas de conflitos gerais contidas nos sistemas nacionais em contacto com a situação.

As legislações que consagram uma cláusula geral de remissão para a determinação pelos árbitros do Direito aplicável dividem-se em torno de duas soluções fundamentais.

Alguns regimes nacionais da arbitragem internacional acompanham o Direito de Conflitos geral e, designadamente, a Convenção de Roma sobre a Lei Aplicável às Obrigações Contratuais, consagrando o *critério da conexão mais estreita*. É o caso do art. 187.º/1/2.ª parte da Lei federal suíça de Direito Internacional Privado, do art. 834º/1 *in fine* CPC it. (com a redacção dada em 1994) e do art. 1051.º/2 ZPO alemão. Não é todavia adquirido que este critério seja interpretado da mesma forma no contexto da Convenção de Roma e no destas disposições. Os autores alemães e italianos tendem a interpretar estas disposições em consonância com a Convenção de Roma e, por conseguinte, atendem essencialmente, para a determinação do Direito subsidiariamente aplicável ao mérito da causa, à localização objectiva da relação controvertida <sup>(75)</sup>. Já a

---

<sup>(73)</sup> Ver, por exemplo, PIERRE LALIVE [1976: 176 e 181 e seg.].

<sup>(74)</sup> Ver, por exemplo, FERRER CORREIA [2001: 9].

<sup>(75)</sup> Cf. BERNARDINI [2000: 199] e SCHWAB/WALTER [540]. Cp., porém, JUNKER [2000: 462], que entende que o critério de conexão consagrado no art. 28.º EGBGB (que incorpora o art. 4.º da Convenção de Roma) não é vinculativo para o tribunal arbitral, razão por que este poderá atender às soluções comuns aos Direitos de Conflitos dos Estados em presença; na mesma linha ver ainda BERGER [2001: 41 e seg.]. Sobre o critério da conexão mais estreita, perante a Convenção de Roma sobre a Lei Aplicável às Obrigações Contratuais, ver LIMA PINHEIRO [2002a: 194 e segs.].

maioria dos autores suíços entende o critério da conexão mais estreita num sentido mais amplo, que dá a máxima liberdade aos árbitros e, por conseguinte, aproxima-se da orientação exposta em seguida <sup>(76)</sup>.

Outra orientação, tomada pelo legislador francês (art. 1496.º/2.ª parte NCPC fr.), e seguida pelas legislações holandesa (art. 1054.º/2/2.ª parte do CPC holandês) e portuguesa (art. 33.º/2 LAV), favorece o *critério da apropriação ao litígio*. Assim, os Direitos francês e holandês mandam resolver o litígio em conformidade com as regras jurídicas que o árbitro “julgue apropriadas” e o Direito português remete para o Direito mais apropriado ao litígio.

Não é legítimo pressupor que ao remeter para o Direito mais apropriado ao litígio o legislador tenha querido consagrar o “princípio da conexão mais estreita”, para, em função disso, interpretar a cláusula geral de remissão contida no n.º 2 do art. 33.º LAV <sup>(77)</sup>.

A interpretação do referido preceito deve antes fazer-se no contexto próprio da arbitragem transnacional e atendendo ao significado que, nesse contexto, pode ser atribuído à expressão “Direito mais apropriado ao litígio” e a expressões congêneres.

Em primeiro lugar, estas expressões tornam claro que o tribunal arbitral pode proceder à escolha do Direito aplicável por “*voie directe*”, i.e., sem ter de basear-se num sistema positivo de Direito de Conflitos <sup>(78)</sup>. O recurso a um particular sistema de Direito de

---

<sup>(76)</sup> Cf. LALIVE/POUDRET/REYMOND [398 e seg.], BUCHER [1989: 90] e *IPRG Komm./HEINI* [Art. 187 n.º 14 e seg.]; cp. KARRER [n.ºs 110 e segs.].

<sup>(77)</sup> Cf. ISABEL DE MAGALHÃES COLLAÇO [1991: 64 e seg.]. Cp. NUNES PEREIRA [265 e segs.]; MOURA VICENTE [1990: 241 e segs. e 1995: 190 e seg.], sustentando que o preceito adopta o “método conflitual” e consagra o “princípio da conexão mais estreita”; JOSÉ SENDIM [320 n.º 17.a]; MORAIS LEITÃO/MOURA VICENTE [20 e seg.]. Na opinião de MOURA VICENTE, poderia, quando muito, aceitar-se “a imputação às partes da vontade tácita de escolher a lei que considera o negócio válido, quando ambas tenham conhecimento do respectivo conteúdo” e “admitir-se, em certas circunstâncias, a designação implícita da única lei, de entre as conectadas com o contrato, que conhece e regulamenta o tipo contratual em que o mesmo se integra.” Ver ainda Id. [2000: 273 e seg.] e MORAIS LEITÃO/MOURA VICENTE [21].

<sup>(78)</sup> Cf. GOLDMAN [1981: 482]; LOQUIN [1983: 339 e seg.]; DERAINS [1984b: 75 e segs.]; ISABEL DE MAGALHÃES COLLAÇO [1991: 64]; GAILLARD [1991 n.ºs 120 e segs.]; FOUCHARD/GAILLARD/GOLDMAN [889 e segs.]; e, GRIGERA NAÓN [2001: 218]; DERAINS/SCHWARTZ [217 e seg.], LALIVE/POUDRET/REYMOND [397] sublinham, relativa-

Conflitos, à aplicação simultânea das regras de conflitos de todos os sistemas que têm uma ligação significativa com a arbitragem ou a “princípios conflituais gerais” é meramente *facultativo*.

Em segundo lugar, a remissão para o Direito mais apropriado ao litígio é uma cláusula geral de remissão que deixa ao tribunal arbitral a mais vasta margem de apreciação. O tribunal arbitral pode atender a quaisquer elementos que considere relevantes para estabelecer a remissão. Diferentemente do que se verifica com a cláusula geral da conexão mais estreita, o órgão de aplicação não está vinculado a conferir maior importância aos laços objectivos de “localização”, nem é de afastar a possibilidade de a escolha do Direito aplicável ser feita em função da sua adequação material ao caso, nos termos que foram atrás expostos (a).

Caberá à jurisprudência arbitral e à doutrina a missão de explicitar as directrizes que poderão orientar a determinação do Direito mais apropriado ao litígio <sup>(79)</sup>. Em geral, pode dizer-se que esta determinação deve basear-se em critérios objectivos, ainda que abertos, nos termos expostos, a considerações jurídico-materiais, e que a solução conflitual deve ser racionalmente fundamentada, por forma a que o resultado seja aceitável por ambas as partes. Esta aceitabilidade do resultado é de grande importância para a execução voluntária da decisão arbitral pela parte vencida.

Registam-se profundas divergências de um sistema nacional para outro relativamente à admissibilidade da escolha, pelos árbitros, da *lex mercatoria* para decidir o mérito da causa.

Nos sistemas que referem a remissão operada seja pelas partes seja pelos árbitros a “regras de Direito” admite-se geralmente

---

mente ao art. 187.º da Lei suíça, que se trata de uma regra de conflitos “*sui generis*, especial e independente” que exclui a aplicação das normas de conflitos gerais; no mesmo sentido, BUCHER [1989: 90]. Também na Alemanha, perante o critério da conexão mais estreita consagrado pelo art. 1051.º/2 ZPO, se entende que o tribunal arbitral não tem procurar a norma de conflitos do Estado que apresenta a conexão mais estreita com o objecto do litígio, devendo antes determinar directamente o Direito material aplicável — cf. SCHWAB/WALTER [540]. Cp. FERRER CORREIA [2001: 9 e seg.] que defende, aparentemente mesmo *de iure constituto*, que os árbitros devem aplicar a regra de conflitos da lei que tiver com o caso a conexão mais estreita.

<sup>(79)</sup> Ver Exposição de Motivos da proposta de Lei n.º 34/IV [n.º 7] e ISABEL DE MAGALHÃES COLLACO [1991: 64].

que os árbitros escolham a *lex mercatoria*. É o que se passa com os Direitos francês, holandês e suíço<sup>(80)</sup>. Em sentido contrário, se têm entendido aqueles preceitos que, admitindo a designação pelas partes de “regras de Direito”, circunscrevem os árbitros à escolha de uma “lei” ou de um “Direito”, como sucede nas legislações que, como a alemã, se inspiraram na Lei-Modelo da CNUDCI<sup>(81)</sup>.

---

<sup>(80)</sup> Perante o art. 1496.º NCPD fr., LAGARDE [1982: 148] e BATIFFOL/LAGARDE [II 587 e seg.], entendiam que a decisão que não respeitasse a lei designada pelas partes ou que fosse proferida pelo árbitro como *amiable compositeur* sem que as partes lhe houvessem conferido poderes para tal poderia ser impugnada com o fundamento previsto no n.º 3 do art. 1502.º NCPD (“*Si l’arbitre a statué sans se conformer à la mission qui lui avait été conférée*”); mas a jurisprudência mais recente vem admitir que, na falta de escolha pelas partes, não constitui fundamento de anulação da sentença que os árbitros tenham decidido o caso segundo a *lex mercatoria* — cf. decisão *Cass.* 22/10/91, no caso *Valenciana* [Clunet 119 (1992) 177], GAILLARD [1994: 213] e FOUCHARD/GAILLARD/GOLDMAN [891 e segs.]. Já neste sentido, GOLDMAN [1981: 472 e 483 e seg.]. Assim também, perante o art. 1054.º CPC holandês, BERGER [1993: 558], e face ao art. 187.º da Lei federal suíça de Direito Internacional Privado, LALIVE/POUDRET/REYMOND [399], *IPRG Komm./HEINI* [Art. 187 n.º 15] e BLESSING [n.º 664]; mas cp. BUCHER [1989: 111]. No mesmo sentido se pronunciou a *International Law Association* (ILA), na sua Resolução sobre a aplicação das regras transnacionais pelos árbitros (Cairo, 1992).

<sup>(81)</sup> Cf. BLESSING [n.ºs 661 e 667]. Ver art. 28.º da Lei-Modelo da CNUDCI e a análise das recentes legislações do Quebec, Florida, Texas e Connecticut feita por LECUYER/THIEFFRY/THIEFFRY [953 e seg.]. Ver também art. 1051.º/2 ZPO, com a redacção dada em 1997, SANDROCK [1999: 1665 e 1668], MARTINY [1999: 540] e SCHLOSSER [2000: 200]. Neste sentido, se pronunciava já a doutrina dominante na Alemanha antes da reforma de 1997, segundo a qual a sentença poderia ser anulada se o tribunal arbitral se desviou arbitrariamente da escolha operada pelas partes ou não decidiu segundo uma ordem jurídica nacional, sem estar autorizado pelas partes a julgar segundo a equidade — cf. KEGEL/SCHURIG [111, mantendo a posição defendida em edições anteriores]; GOTTWALD [1987: 62 e 65]; CHRISTIAN VON BAR/MANKOWSKI [87, mantendo a posição defendida na edição anterior]; e SPICKHOFF [134 e segs. e 136 e segs.]. SCHWAB/WALTER [430], por seu turno, entendem que a decisão que se baseou na *lex mercatoria* sem autorização expressa das partes não é susceptível de reconhecimento ou execução com base em violação da ordem pública. Cp. SCHLOSSER [1989: 533] e JUNKER [2000: 462], que entende que o art. 1051.º/2 ZPO não proíbe a aplicação de Direito não-estadual. Ver ainda, em termos dubitativos, BERGER [2001: 42]. Também perante o art. 834.º/1 *in fine* CPC it., que se refere à “lei com a qual a relação é mais estreitamente conexa”, se tem por excluída a exclusiva aplicação de fontes extra-estaduais — cf. LUZZATTO [1994: 269 e seg.] e BERNARDINI [1994: 17 e n.º 30 e 2000: 201]. Segundo *Dacey & Morris* [607], perante o art. 46.º/3 do *Arbitration Act 1996*, os árbitros têm de aplicar, na falta de indicação das partes em contrário, um “sistema jurídico específico”; em sentido convergente, mas assinalando que o ponto não se encontra bem estabelecido, HILL [301 e segs.]. Já neste sentido, perante o art. 7.º/1 da Convenção de Genebra de 1961, LANDO [1981: 168].

Face ao Direito português, a seguir-se o entendimento da cláusula geral “Direito mais apropriado ao litígio” exposto anteriormente, parece defensável que as regras objectivas do comércio internacional possam ser aplicadas como Direito mais apropriado ao litígio. Também parece admissível a aplicação de regras de Direito Internacional Público geral ou convencional. Os árbitros já não podem decidir exclusivamente com base em princípios gerais de Direito, “princípios comuns” aos sistemas nacionais isoladamente considerados, ou modelos de regulação (como os Princípios do *Unidroit*) pois estão obrigados a julgar segundo o Direito constituído, a menos que as partes os autorizem a julgar segundo a equidade (art. 22.º LAV) <sup>(82)</sup>.

Por conseguinte, na falta de regra extra-estadual aplicável ao caso, os árbitros, se não estiverem autorizados a julgar segundo a equidade, têm de recorrer a Direito estadual ou supraestadual.

Pode ser questionado se o limite colocado por alguns sistemas nacionais à escolha da *lex mercatoria* pelos árbitros não se torna inoperante quando as partes remeteram para um regulamento de arbitragem que permita a escolha de “regras de Direito” quer pelas partes quer pelos árbitros.

Alguns autores respondem afirmativamente <sup>(83)</sup>. Poderia dizer-se que, neste caso, o poder de escolher a *lex mercatoria* resulta da autorização dada pelas partes e não do critério estabelecido pela lei para a determinação pelos árbitros do Direito aplicável.

Pode objectar-se que a simples referência a um regulamento de arbitragem não constitui uma escolha do Direito aplicável e que, por conseguinte, a escolha feita pelos árbitros não pode ser imputada às partes <sup>(84)</sup>. Por outro lado, creio que perante sistemas como o português a autorização para uma decisão que se afaste do Direito constituído tem de resultar directamente de uma estipula-

---

<sup>(82)</sup> Ver também as considerações tecidas por BERNARDINI [2000: 203 e seg.].

<sup>(83)</sup> Cf., designadamente, BERNARDINI [2000: 201]. BLESSING [n.º 628] chega ao mesmo resultado por via da atribuição de carácter supletivo às normas sobre a determinação do Direito aplicável na arbitragem internacional.

<sup>(84)</sup> Cf. LALIVE/POUDRET/REYMOND [391]; cp. KARRER [n.º 118] e JUNKER [2000: 461].

ção expressa, razão por que não pode inferir-se da remissão para um regulamento de arbitragem a autorização para soluções baseadas em princípios gerais de Direito, “princípios comuns” ou modelos de regulação.

As normas sobre a determinação do Direito aplicável contidas no art. 33.º LAV — incluindo a que consagra a liberdade de designação pelas partes do Direito aplicável — são aplicáveis, em princípio, em todas as arbitragens internacionais que tenham lugar em território nacional (art. 37.º) <sup>(85)</sup>.

Por conseguinte, estes preceitos regulam não só as *obrigações voluntárias* mas também, em princípio, todas as matérias arbitráveis <sup>(86)</sup>. Eventuais limites à autonomia da vontade na designação do Direito aplicável carecem de ser devidamente demonstrados pelo intérprete <sup>(87)</sup>.

O mesmo entendimento é seguido em França perante o art. 1496.º NCPC fr. <sup>(88)</sup>. Os instrumentos internacionais, a Lei-

<sup>(85)</sup> Ver *supracit.* Exposição de Motivos, ISABEL DE MAGALHÃES COLLAÇO [1991: 60 e seg.] e LIMA PINHEIRO [1998: 363 e seg.] com mais referências.

<sup>(86)</sup> A Exposição de Motivos da proposta de Lei n.º 34/IV [n.º 7] assinala que “versando a arbitragem voluntária sobre direitos disponíveis, se aconselhava estender (...) o referido princípio de autonomia para além do seu âmbito de aplicação tradicional”; FERREZ CORREIA [1988: 238 e 1989: 220 e segs.] não refere qualquer limite à liberdade de designação pelas partes do Direito aplicável na arbitragem internacional; ISABEL DE MAGALHÃES COLLAÇO [1991: 62] inclina-se no sentido de a escolha ser *em princípio* admitida relativamente a todas as matérias arbitráveis; ver também MARQUES DOS SANTOS [1987b: 47 e 2002a: 397], pelo menos quanto aos “litígios respeitantes a obrigações extracontratuais”; NUNES PEREIRA [258 e segs.]. Cp., no sentido da faculdade de designação pelas partes do Direito aplicável ser limitada às obrigações voluntárias, MOURA VICENTE [1990: 133 e 1995: 188]. LALIVE/POUDRET/REYMOND [387 e segs.] não colocam qualquer limite material à norma de conflitos contida no n.º 1 do art. 187.º da Lei suíça de Direito Internacional Privado; o mesmo se verifica, em apreciação geral, com RENÉ DAVID [1987: 121 e segs.] e LOWENFELD [1993: 338]. Face ao Direito interno alemão, SCHLOSSER [1989: 536 e seg.], antes da reforma do Direito alemão da arbitragem de 1997, e JUNKER [2000: 459 e seg.], depois da reforma, confinam a autonomia às relações obrigacionais. No mesmo sentido, BUCHER [1989: 92], PIERRE LALIVE [1991: 39 e segs.] e REDFERN/HUNTER [94 e segs.] que *parecem* limitar a escolha às “matérias contratuais”.

<sup>(87)</sup> Cf. ISABEL DE MAGALHÃES COLLAÇO [1991: 62].

<sup>(88)</sup> FOUCHARD [1989 n.º 42] não assinala qualquer limite à escolha pelas partes do Direito aplicável; GAILLARD [1991 n.º 111], sem limitar a escolha a questões contratuais (salvo quando a escolha a elas se reporte) assinala a exclusão de certas questões, tais como a capacidade e a representação orgânica; FOUCHARD/GAILLARD/GOLDMAN [873 e seg.], ressaltando a capacidade e a representação.



Modelo da CNUDCI e os mais conhecidos regulamentos privados de arbitragem também omitem quaisquer limites ao domínio de aplicação da lei da autonomia na arbitragem <sup>(89)</sup>.

Mas isto não significa que as questões relativas a situações indisponíveis *que se suscitem a título prejudicial* na decisão do mérito da causa, designadamente em matéria de estatuto pessoal das pessoas singulares, devam ser apreciadas segundo a lei da autonomia. O Direito de Conflitos geral é aplicável às questões prévias relativas a situações indisponíveis.

O Direito de Conflitos geral também é aplicável às arbitragens que tendo contactos juridicamente relevantes com mais de um Estado não forem “internacionais” no sentido do art. 32.º LAV <sup>(90)</sup>. A mesma solução é seguida perante a Lei suíça <sup>(91)</sup>.

Por mais flexíveis que sejam os critérios de determinação do Direito aplicável utilizados pelas legislações nacionais, não seria correcto afirmar que os árbitros têm uma completa liberdade nesta determinação. Os árbitros têm de respeitar a designação feita pelas partes, só podem decidir segundo a equidade mediante autorização das partes e, na omissão das partes, têm de ter em conta as directrizes emanadas dos Estados que têm uma ligação significativa com a arbitragem, ou em que a decisão arbitral previsivelmente careça — em caso de necessidade — de ser executada, com respeito à determinação do Direito aplicável.

Pode no entanto questionar-se a efectividade destas prescrições perante a aparente falta de controlo dos tribunais estaduais sobre a determinação do Direito aplicável ao mérito da causa na arbitragem <sup>(92)</sup>. Na verdade, veremos adiante que este controlo é

---

<sup>(89)</sup> Cp., perante o art. 7.º/1 da Convenção de Genebra sobre a Arbitragem Comercial Internacional, MEZGER [1965: 279], considerando o preceito aplicável na generalidade das matérias arbitráveis; LANDO [1987: 102 e seg.] e HASCHER [1992: 735 e seg.], que não assinalam qualquer limite; com SCHLOSSER [1989: 537] e SCHWAB/WALTER [537], defendendo que as partes só podem determinar o Direito aplicável às relações obrigacionais. nenhuns limites à liberdade de designação permitida pelo art. 28.º/1 da Lei-Modelo da CNUDCI são colocados por HOLTZMANN/NEUHAUS [764 e segs.] e BENTO SOARES/MOURA RAMOS [401 e segs.], embora seja de assinalar que o âmbito material de aplicação desta Lei-Modelo é limitado à matéria “comercial”.

<sup>(90)</sup> Cf. ISABEL DE MAGALHÃES COLLAÇO [1991: 60 *in fine* e seg.].

<sup>(91)</sup> Cf. KARRER [n.º 10].

<sup>(92)</sup> Ver KASSIS [1993: 499 e segs.].

muito limitado perante alguns sistemas (III). Em minha opinião, há aqui uma incoerência sistemática que o intérprete deve procurar superar, sendo possível sustentar, perante alguns sistemas, entre os quais se conta o português, que deve ser feito um controlo, ainda que parcial, da determinação pelos árbitros do Direito aplicável ao mérito da causa.

### C) Relevância autónoma das disposições do contrato e dos usos do comércio

Mesmo que o Direito designado pelas partes ou, na sua omissão, escolhido pelos árbitros, seja um Direito estadual, constitui regra consagrada pela unificação internacional do Direito da Arbitragem Transnacional, pelos regulamentos de centros de arbitragem e pela jurisprudência arbitral que o tribunal arbitral, em matéria contratual, deverá sempre tomar em consideração *as disposições do contrato e os usos do comércio*.

Assim, o n.º 1 do art. 7.º (*in fine*) da Convenção de Genebra sobre Arbitragem Comercial Internacional (1961), prescreve que, haja ou não designação do Direito aplicável pelas partes, os árbitros “devem ter em consideração as disposições do contrato e os usos do comércio”. Os regulamentos de arbitragem e a Lei-Modelo da CNUDCI contêm disposições semelhantes<sup>(93)</sup>.

Com base nestes preceitos, alguns autores atribuem primazia aos usos do comércio sobre o disposto na *lex contractus*<sup>(94)</sup>. Uma

---

(93) Ver n.º 3 do art. 33.º do Regulamento de Arbitragem da CNUDCI, n.º 5 do art. 13.º do Regulamento de Arbitragem da CCI, n.º 2 do art. 28.º do Regulamento de Arbitragem Internacional da *American Arbitration Association*, art. 59.º/a do Regulamento de Arbitragem OMPI, art. 28.º do Regulamento de Arbitragem do Centro de Arbitragem Comercial e o n.º 3 do art. 33.º do Regulamento do Tribunal Permanente de Arbitragem sobre a arbitragem de diferendos entre um Estado e um particular. No que se refere ao Tribunal de Diferendos Irão/EUA, o art. 5.º do *Claims Settlement Declaration* determina que o tribunal “deve decidir todos os casos na base do respeito pelo Direito, aplicando aquelas normas de conflitos e princípios de Direito Comercial e Internacional que o Tribunal considerar serem aplicáveis, tendo em conta os relevantes usos do comércio, as disposições do contrato e a alteração de circunstâncias”.

(94) Ver as diferentes modulações apresentadas por um lado, por MEZGER [1965: 280], entendendo, perante o disposto na Convenção de Genebra, que os usos podem e

vez que os usos do comércio estão colocados a par das disposições contratuais pareceria lógico reconhecer, a estas disposições, a mesma supraordenação. Caso em que nos encontraríamos muito próximos da tese da autonomia universal<sup>(95)</sup>. Neste sentido parece apontar a jurisprudência arbitral que só muito raramente põe em causa a validade do contrato e que, na maior parte dos casos em que o faz, tende a basear-se mais na ordem pública transnacional que na ordem pública interna da *lex contractus*; além disso, os árbitros procuram, tanto quanto possível, resolver as questões suscitadas no plano da interpretação, aplicação e integração da regulação negocial<sup>(96)</sup>.

Segundo o entendimento dominante na doutrina, porém, os usos do comércio devem ceder perante normas imperativas da *lex contractus* que disponham em sentido diferente.

A posição a adoptar a este respeito tem de distinguir conforme as partes tenham ou não escolhido um sistema jurídico.

Caso as partes tenham escolhido um sistema jurídico (*maxime* um Direito estadual), a interpretação que melhor parece corresponder ao sentido das disposições referidas e à maioria dos laudos arbitrais que recorreram aos usos do comércio é a que lhes atribui valor interpretativo e integrativo do negócio jurídico, independente da sua relevância perante a *lex contractus*, mas sem prejuízo das normas imperativas desta lei<sup>(97)</sup>.

devem ser considerados, qualquer que seja o Direito aplicável, e a par das disposições do contrato e deste Direito; em sentido convergente, quanto às disposições do contrato e aos usos, FUMAGALLI [489]; FOUCARD [1982: 77 e seg.], entendendo que se trata essencialmente de completar e interpretar os negócios obrigacionais; WERNER LORENZ [1985: 429 *in fine*]; CRAIG/PARK/PAULSSON [2000: 331]; DASSER [1991: 307 e seg.]; FRIGNANI [1991: 97 e seg.]; e, BERGER [1993: 577].

<sup>(95)</sup> Ver, sobre esta tese, LIMA PINHEIRO [1998: 466 e segs.].

<sup>(96)</sup> Tendência já assinalada por LEW [1978: 371] e que se tem mantido — ver STEIN [134] e GRIGERA NAÓN [2001: 219].

<sup>(97)</sup> Ver OPPETIT [1984: 41], ISABEL VAZ [1990: 259 e 261], BERNARDINI [1991: 85 e seg.], GAILLARD [1991 n.º 94 e segs.], GRAIG/PARK/PAULSSON [2000: 332] e LIMA PINHEIRO [1998: 727 e segs.]. O preceito contido no n.º 4 do art. 28.º da Lei-Modelo da CNUDCI, após ter sido suprimido pelo Grupo de Trabalho, favorável à concepção segundo a qual os usos do comércio só relevariam no quadro da *lex contractus*, foi reposto pela Comissão, por se entender ser necessário à garantia de satisfação das expectativas das partes, e no pressuposto que as partes escolhem a arbitragem, em parte, porque esperam que os árbitros “basearão as suas decisões sobretudo no texto e na história do contrato e nos usos do

Mediante a positivação operada por esta regra, os usos do comércio internacional são aplicáveis na decisão do fundo da causa independentemente da mediação de uma ordem jurídica estadual.

As normas imperativas da *lex contractus* também devem prevalecer sobre os preceitos negociais <sup>(98)</sup>. A prática arbitral atrás descrita não pode ser aprovada. A formação, por via de costume jurisprudencial, de uma regra que confira primazia às cláusulas do contrato, não parece verosímil, dada a ambiguidade dos laudos arbitrais quanto ao fundamento jurídico da prática observada e a opinião desfavorável da doutrina largamente maioritária.

Não quer isto dizer, porém, que as regras que mandam ter em conta, em qualquer caso, as disposições do contrato, sejam desprovidas de sentido útil. À semelhança do que se verifica com os usos do comércio, parece decorrer daí que a relevância das disposições do contrato, embora subordinada ao Direito imperativo da *lex contractus*, não fica inteiramente dependente desta lei. Será aos árbitros permitida uma consideração autónoma das disposições contratuais, o que lhes deixa uma vasta margem de apreciação, designadamente quanto aos critérios de interpretação e de integração do negócio. Não seria inconcebível que esta solução fosse consagrada, em geral, pelo Direito Internacional Privado das obrigações voluntárias.

Algo diversamente se apresentam as coisas quando as partes tenham feito uma designação que permita a solução do caso fora dos quadros de um sistema jurídico — designadamente uma remissão para a *lex mercatoria* ou para princípios gerais ou comuns individualizadamente considerados —, ou tenham directamente autorizado os árbitros decidirem segundo a equidade.

Neste caso a consideração dos usos do comércio ou das disposições do contrato não é balizada pelas normas imperativas de

---

comércio” — cf. HOLTZMANN/NEUHAUS [771 e seg.]. É também no sentido de uma relevância autónoma dos usos que parecem apontar BENTO SOARES/MOURA RAMOS [404], quando se referem, neste contexto, à importância que lhes é reconhecida no Direito do Comércio Internacional e no art. 9.º da Convenção de Viena sobre a Venda Internacional de Mercadorias. Ver ainda MOURA VICENTE [1990: 259 e 2001: 274] e BERNARDINI [2000: 202].

<sup>(98)</sup> Cf. LANDO [1981: 168], DERAÏNS/SCHWARTZ [224 e seg.] e GRAIG/PARK/PAULSSON [2000: 331].

um particular sistema jurídico. Os únicos limites que as partes não podem ultrapassar são os que decorrem das regras e princípios que integram a ordem pública transnacional e das normas imperativas estaduais que reclamem aplicação e que os árbitros devam aplicar<sup>(99)</sup>. O resultado a que se chega encontra-se assim próximo de uma autonomia universal das partes.

Estas soluções não são contrariadas pelas directrizes sobre o Direito aplicável na arbitragem transnacional dimanadas dos principais sistemas nacionais.

Os Direitos alemão, francês e italiano estabelecem expressamente a relevância autónoma dos usos na "arbitragem comercial internacional"<sup>(100)</sup>. Outros Direitos, como o português e o suíço, embora disponham de um regime especial sobre a determinação do Direito aplicável na arbitragem internacional, não contêm determinação expressa nesse sentido. Mas não deve retirar-se daí que este regime exclua a consideração autónoma das disposições do contrato e dos usos do comércio relativamente ao Direito designado pelas partes ou escolhido pelos árbitros. Nada indica que o legislador português tenha querido opor-se, neste ponto, ao entendimento que tem sido seguido na arbitragem transnacional e que parece ter dado corpo a uma regra de Direito Transnacional da Arbitragem. A mesma posição é defendida perante a lei suíça<sup>(101)</sup>.

### III. CONTROLO DO DIREITO APLICADO EM SEDE DE IMPUGNAÇÃO DA DECISÃO ARBITRAL

A tendência dominante nos principais sistemas jurídicos mostra-se desfavorável ao controlo de mérito das decisões arbitrais pelos tribunais estaduais.

---

<sup>(99)</sup> Dentro destes limites as partes, se podem estipular a exclusiva aplicação de regras não-estaduais, também podem estipular a aplicação meramente subsidiária (relativamente às disposições do contrato) de um Direito estadual. Ver também GRIGERA NAÓN [2001: 219 e segs.].

<sup>(100)</sup> Cf. art. 1051.º/4 ZPO (com a redacção dada em 1997), art. 1496.º/2 NCPC fr. e art. 834.º/2 do CPC it. (com a redacção dada em 1994).

<sup>(101)</sup> Cf. LALIVE/POUDRET/REYMOND [394].

O Direito português exclui a recorribilidade da decisão arbitral em matéria de arbitragem internacional (art. 34.º LAV) <sup>(102)</sup>, e parece fixar taxativamente os fundamentos de anulação da decisão arbitral (art. 27.º LAV), não se contando, entre estes fundamentos, o desrespeito das normas legais sobre a determinação do Direito aplicável ou a contrariedade da decisão à ordem pública internacional.

Razões de fundo e, desde logo, a própria coerência intrassistemática, levam todavia a equacionar a introdução de outros fundamentos de anulação. Isto verifica-se quer relativamente à arbitragem interna quer com respeito à arbitragem transnacional no que concerne à violação da convenção de arbitragem. Para além disso há o problema, específico da arbitragem transnacional em sentido amplo, do *desrespeito das normas sobre determinação do Direito aplicável*.

Para examinar este ponto interessa ter em conta o regime aplicável ao reconhecimento das decisões arbitrais “estrangeiras”, que deve ser articulado por forma coerente com o regime de anulação das decisões “nacionais”.

À face da Convenção de Nova Iorque sobre o Reconhecimento e a Execução de Sentenças Arbitrais Estrangeiras (1958) não está estabelecido se o desrespeito da convenção das partes sobre o Direito aplicável pode constituir um fundamento de recusa de reconhecimento <sup>(103)</sup>.

Perante o art. 5.º/1/c da Convenção de Nova Iorque constitui fundamento de recusa de reconhecimento que a decisão arbitral extravase os termos da convenção de arbitragem. Fundamento semelhante encontra-se consagrado no art. 34.º/2/a/iii da Lei-Modelo da CNUDCI. Esta previsão abrange a hipótese de a decisão dizer respeito a um litígio que não é abrangido pela convenção ou não se limitar às questões submetidas pelas partes <sup>(104)</sup>. O preceito já não abrange o desrespeito de directivas contidas na con-

---

<sup>(102)</sup> Salvo se as partes tiverem acordado a possibilidade de recurso e regulado os seus termos.

<sup>(103)</sup> Ver, em geral, sobre esta Convenção, LIMA PINHEIRO [2002b: 410 e segs.], com mais referências.

<sup>(104)</sup> Cf. VAN DEN BERG [1981: 314 e segs.].

venção de arbitragem ou no contrato, designadamente as estipulações sobre o Direito aplicável, nem o proferimento de uma decisão segundo a equidade não autorizada pelas partes <sup>(105)</sup>.

Mais curial se afigura a invocação do art. 5.º/1/d da Convenção de Nova Iorque que estabelece como fundamento de recusa de reconhecimento a desconformidade da constituição do tribunal arbitral ou *do processo de arbitragem* com a convenção das partes ou, na falta de convenção, com a lei do país onde teve lugar a arbitragem. O desrespeito pelos árbitros da designação feita pelas partes do Direito aplicável, bem como a violação do disposto pela lei do lugar da arbitragem sobre a determinação do Direito aplicável na falta de designação pelas partes podem ainda ser vistos como desconformidades processuais. Dificilmente se compreenderia que a inobservância de regras processuais constitua fundamento de recusa de reconhecimento e que o mesmo não se verifique relativamente à violação de regras sobre a determinação do Direito aplicável ao fundo da causa, que se afigura mais grave.

A jurisprudência e os comentadores da Convenção não são, porém, conclusivos a este respeito <sup>(106)</sup>.

A Lei-Modelo da CNUDCI também consagra um fundamento de anulação da decisão com conteúdo até certo ponto semelhante no art. 34.º/2/a/iv, mas que se afasta da Convenção de Nova Iorque ao admitir a anulação quando a constituição do tribunal arbitral ou o processo arbitral, posto que conformes à convenção das partes, contrariem uma disposição imperativa da lei do lugar da arbitragem. Os comentários à Lei-Modelo também não são conclusivos quanto à aplicabilidade deste preceito no caso de desrespeito da

---

<sup>(105)</sup> Cf. GAILLARD [1992 n.º 39] e SCHWAB/WALTER [548 e seg.] e, em sentido convergente, BATIFFOL/LAGARDE [II 587] e FOUCARD/GAILLARD/GOLDMAN [1004]. Em sentido diferente, CHRISTIAN VON BAR/MANKOWSKI [87] e SCHLOSSER [1989: 626 e seg.] assinalando, todavia, que parece não ter havido até ao momento nenhuma decisão judicial que tenha negado o reconhecimento com base na aplicação de critérios de decisão incorretos ao abrigo deste preceito; REMIRO BROTONS [238].

<sup>(106)</sup> Cp. VAN DEN BERG [1981: 322 e segs.], FOUCARD/GAILLARD/GOLDMAN [1003] e CHRISTIAN VON BAR/MANKOWSKI [87]. Ver ainda KASSIS [1993: 500] que, perante este preceito, exclui a possibilidade de controlo da determinação do Direito aplicável feita pelos árbitros.

designação feita pelas partes do Direito aplicável ou das normas legais sobre a determinação do Direito aplicável <sup>(107)</sup>.

Perante o art. 1059.º/2/1/d ZPO, que se baseia no art. 34.º/2/a/iv da Lei-Modelo, a doutrina alemã tem-se pronunciado no sentido da anulabilidade da decisão segundo a equidade não autorizada pelas partes ou segundo um Direito que não é o designado pelas partes <sup>(108)</sup>. No mesmo sentido apontava a doutrina alemã dominante, antes da reforma de 1997, ao entender que a decisão arbitral poderia ser anulada por “violação do mandato” conferido pelas partes se o tribunal arbitral se desviou arbitrariamente da escolha operada pelas partes ou se decidiu segundo a *lex mercatoria*, sem ser autorizado pelas partes a fazê-lo <sup>(109)</sup>.

O Direito francês estabelece como fundamento de anulação o caso de o árbitro decidir “sem se conformar com o ‘mandato’ [*mission*] que lhe foi conferido” (art. 1502.º al. 3 *ex vi* art. 1504.º/1 NCPC). Este preceito permite sancionar quer o desrespeito da extensão dos pedidos formulados pelas partes quer a ultrapassagem dos poderes conferidos pelas partes aos árbitros. O desrespeito dos poderes conferidos aos árbitros pode dizer respeito tanto ao processo como ao fundo da causa e, neste segundo caso, abrange as hipóteses de os árbitros decidirem como “compositores amigáveis” sem estarem autorizados para isso, não decidirem como “compositores amigáveis” quando receberam poderes para isso ou não aplicaram as regras jurídicas escolhidas pelas partes <sup>(110)</sup>.

---

<sup>(107)</sup> Ver HOLTZMANN/NEUHAUS [916 e segs.] e BENTO SOARES/MOURA RAMOS [420 e seg.].

<sup>(108)</sup> Cf. SCHWAB/WALTER [256], JUNKER [2000: 447] e CHRISTIAN VON BAR/MANKOWSKI [87].

<sup>(109)</sup> Cf. KEGEL [1995: 92], mantendo-se a mesma referência em KEGEL/SCHURIG [111]; GOTTWALD [1987: 62 e 65]; CHRISTIAN VON BAR [1987: 81 e segs. e 85 e segs.], entendendo que, no caso de sentenças nacionais, a sentença pode ser anulada com base em irregularidade do processo, quando o árbitro decidiu segundo a equidade ou segundo a *lex mercatoria*, não tendo recebido das partes uma autorização [*Ermächtigung*] para o efeito, no sentido do art. 7º/2 da Convenção de Genebra (1961).

<sup>(110)</sup> Ver BATIFFOL/LAGARDE [II 587 e seg.] e FOUCHARD/GAILLARD/GOLDMAN [952 e segs.]. Cp. a decisão *Cass.* proferida no caso *Valenciana.*, em 22/10/91 [*Clunet* 119 (1992) 177], em que o tribunal confrontado com acção de anulação de decisão arbitral fundada na falta de indicação pelo árbitro da regra de conflitos aplicada, por um lado, e por



O Direito suíço não contém um fundamento de anulação semelhante, mas, diferentemente da LAV, enuncia a incompatibilidade com a ordem pública internacional como fundamento de anulação das decisões proferidas em arbitragem internacional (art. 190.º/1/e da Lei federal suíça de Direito Internacional Privado). E a doutrina suíça entende que a aplicação pelos árbitros de um Direito diferente daquele que foi designado pelas partes ou a decisão não autorizada segundo a equidade pode justificar a anulação da decisão seja com base na ordem pública internacional<sup>(111)</sup> ou noutro fundamento<sup>(112)</sup>.

Perante o Direito italiano, constitui fundamento de anulação a inobservância das regras de Direito pelos árbitros, salvo quando as partes os tenham autorizado a decidir segundo a equidade ou tenham convencionado a não impugnabilidade (art. 829.º/2 CPC). Este preceito é entendido no sentido de permitir a anulação em caso de “violação e falsa aplicação de normas de Direito”<sup>(113)</sup>. Todavia, esta disposição não é aplicável na arbitragem internacional, a menos que as partes o tenham convencionado (art. 838.º CPC). Em todo o caso, a jurisprudência considera a decisão não autorizada segundo a equidade abrangida pelo fundamento de anulação previsto no art. 829.º/1/4 (decisão pronunciada fora dos limites da convenção de arbitragem)<sup>(114)</sup>.

O Direito “inglês” admite, posto que sob pressupostos restritivos, o recurso da decisão proferida em arbitragem transnacional (art. 69.º da Lei de arbitragem de 1996). Aparentemente este recurso pode ter por base a violação das normas legais sobre a

---

outro, em violação do “mandato” que lhe tinha sido atribuído, porquanto, ao basear-se nos usos do comércio internacional, com exclusão de toda a lei estadual, o árbitro não teria decidido “segundo o Direito estrito” [*en droit*], entendeu não *cabem aos tribunais chamados a conhecer do pedido de anulação o controlo da determinação e actuação da regra jurídica aplicada*.

<sup>(111)</sup> Cf. LALIVE/POUDRET/REYMOND [431], no caso de ter conduzido a um resultado sensivelmente diferente daquele a levaria o Direito aplicável. Mas cp. op. cit. 173 e seg.

<sup>(112)</sup> Cf. BUCHER [1989: 119 e 128], seguindo a posição do Tribunal federal suíço, com fundamento na incompetência do tribunal arbitral, e IPRG *Komm.*/HEINI [Art. 187.º n.ºs 13 e 31 e Art. 190.º n.º 42b], que entende haver violação do princípio do contraditório.

<sup>(113)</sup> Ver jurisprudência referida por RUBINO-SAMMARTANO [2002: 901 e segs.].

<sup>(114)</sup> Ver RUBINO-SAMMARTANO [888 e segs.].

determinação do Direito aplicável ao mérito da causa. Mesmo que os pressupostos de recurso não se verifiquem, um autor defende que a decisão pode ser anulada, com fundamento no abuso de poderes por parte do tribunal arbitral (art. 68.º/2/b), se o tribunal não respeitar a designação feita pelas partes ou decidir segundo a equidade ou com referência à *lex mercatoria* sem estar autorizado pelas partes a fazê-lo <sup>(115)</sup>.

O Direito federal dos EUA não contém normas sobre a determinação do Direito aplicável pelos árbitros (que só estão obrigados a decidir com base no Direito estrito se as partes o estipularem expressamente). Entende-se que os árbitros estão obrigados a decidir segundo o Direito ou a lei individualizada que as partes tiverem designado. Neste caso, o erro na determinação, interpretação ou aplicação do Direito não constitui fundamento de anulação; já a deliberada não aplicação do Direito é qualificada como “manifesto desrespeito da lei” [*manifest disregard of the law*] e constitui, enquanto tal, fundamento de anulação da decisão arbitral <sup>(116)</sup>. Não está claramente estabelecido em que termos é que este fundamento de anulação pode funcionar quando as partes designem um Direito estrangeiro ou extra-estadual.

*De iure condendo*, creio que o art. 27.º LAV devia consagrar, como fundamentos adicionais de anulação, a violação do disposto no art. 22.º (recurso à equidade) e no Direito de Conflitos aplicável e a desconformidade do processo arbitral com a convenção das partes.

*No plano do Direito vigente* parece-me que a introdução de fundamentos adicionais de anulação tem de apoiar-se firmemente em ideias rectoras subjacentes ao regime da arbitragem voluntária e na sua articulação sistemática com o regime do reconhecimento de decisões arbitrais “estrangeiras”.

A arbitragem voluntária tem um fundamento contratual e, por isso, a violação da convenção de arbitragem não pode deixar de desencadear a invalidade da decisão arbitral. Neste sentido a con-

<sup>(115)</sup> Cf. HILL [304 e seg.].

<sup>(116)</sup> Cf. DOMKE/WILNER [397 e seg. e *Cumulative Supplement* 162 e 166 e seg.] e BORN [792, 798 e 810 e segs.].

venção de arbitragem inclui as estipulações das partes sobre o Direito aplicável e sobre o processo arbitral.

Faz todo o sentido que o art. 5.º/1/d da Convenção de Nova Iorque sancione o desrespeito pelos árbitros da designação feita pelas partes do Direito aplicável, bem como a violação do disposto pela lei do lugar da arbitragem sobre a determinação do Direito aplicável, na falta de designação pelas partes. Mas se a desconformidade do processo (incluindo a determinação do Direito aplicável) com a convenção de arbitragem ou, supletivamente, com a lei do lugar da arbitragem, constituir um fundamento de recusa de reconhecimento, por maioria de razão deve constituir um fundamento de anulação da decisão arbitral “nacional”.

A violação do disposto no art. 22.º LAV, que impõe aos árbitros o dever de julgar segundo o Direito constituído, pode ainda ser considerado como uma violação da convenção de arbitragem, uma vez que um julgamento de equidade só é admissível quando for autorizado pelas partes.

O resultado a que se chega encontra-se, pois, muito próximo da solução preconizada *de iure condendo*.

Primeiro, a decisão arbitral pode ser anulada se houve violação da convenção de arbitragem quer na determinação do Direito aplicável quer através de uma decisão não autorizada segundo a equidade quer ainda na condução do processo.

Segundo, a decisão arbitral pode ser anulada se, na falta de designação pelas partes do Direito aplicável e de autorização para julgarem segundo a equidade, os árbitros não aplicarem Direito positivo (por exemplo, quando apliquem princípios ou modelos de regulação, tais como os princípios do *Unidroit*)<sup>(117)</sup>. De resto, a remissão para o Direito mais apropriado ao litígio deixa inteira liberdade aos árbitros na determinação do Direito aplicável.

Um outro fundamento adicional de anulação que importa considerar é a *incompatibilidade da decisão com a ordem pública internacional*.

---

<sup>(117)</sup> No mesmo sentido apontam as considerações tecidas por BERNARDINI [2000: 203 e seg.].

A incompatibilidade com a ordem pública internacional constitui fundamento expresso de anulação da decisão na maioria dos sistemas consultados.

A ordem pública internacional que está aqui em causa é, *em princípio*, a do Estado cujos tribunais são competentes para a impugnação da decisão.

Assim, a Lei-Modelo da CNUDCI estabelece como fundamento de anulação a contrariedade da decisão arbitral à ordem pública internacional do Estado do lugar da arbitragem (art. 34.º/2/b/ii).

O Direito alemão enuncia a contrariedade à “ordem pública” como fundamento de anulação da generalidade das decisões arbitrais (art. 1059.º/2/2/b ZPO), entendendo-se que a decisão contrária “ordem pública” quando viole normas fundamentais ou seja incompatível com a concepção de justiça da ordem jurídica alemã <sup>(118)</sup>.

O Direito francês distingue conforme se trata de decisões proferidas em arbitragem interna ou de decisões arbitrais estrangeiras ou proferidas em matéria internacional. No primeiro caso, a anulação pode fundamentar-se na violação de uma “regra de ordem pública” (art. 1484.º/6 CPC). No segundo caso, a decisão só é anulável se for contrária à “ordem pública internacional” (art. 1502.º al. 5 *ex vi* art. 1504.º/1 NCPC) <sup>(119)</sup>. Trata-se aqui da ordem pública internacional francesa <sup>(120)</sup>.

A Lei federal suíça de Direito Internacional Privado inclui a incompatibilidade com a “ordem pública” entre os fundamentos de anulação das decisões proferidas em arbitragem internacional (art. 190.º/1/e). Mas a interpretação da expressão “ordem pública” suscita controvérsia.

Segundo uma primeira orientação, sufragada por alguns autores <sup>(121)</sup>, o preceito refere-se à ordem pública internacional *suíça*.

Em pólo diametralmente oposto, BUCHER entende que se trata, em primeira linha, da ordem pública internacional do Direito

---

<sup>(118)</sup> Cf. SCHWAB/WALTER [262 e seg.].

<sup>(119)</sup> Cf. FOUCHARD/GAILLARD/GOLDMAN [967].

<sup>(120)</sup> Cf. FOUCHARD/GAILLARD/GOLDMAN [969 e seg.].

<sup>(121)</sup> Cf. LALIVE/POUDRET/REYMOND [427].

aplicável ao mérito da causa; em segundo lugar, da ordem pública internacional de Estados terceiros quando, no caso concreto, tenham um interesse preponderante no respeito das suas normas e princípios fundamentais (o Estado de impugnação é, para este efeito, considerado como um Estado terceiro); enfim, abrange-se também a ordem pública transnacional da arbitragem <sup>(122)</sup>.

De acordo com terceiro entendimento, seguido pela jurisprudência, está em causa um “ordem pública universal”, que veicula “os princípios jurídicos ou morais fundamentais reconhecidos em todos os Estados civilizados” <sup>(123)</sup>. Esta jurisprudência chama a atenção para o facto de os árbitros não estarem estritamente vinculados a respeitar a ordem pública internacional suíça, mesmo quando o tribunal arbitral tem sede na Suíça.

Em tese geral, creio que nos Estados que atribuem força executiva às decisões arbitrais “nacionais” independentemente de qualquer procedimento judicial prévio faz todo o sentido que a ordem pública internacional relevante para a impugnação das decisões “nacionais” seja a mesma que pode ser oposta ao reconhecimento de decisões “estrangeiras”. Ora, em sede de reconhecimento de decisões “estrangeiras” atende-se indubitavelmente à ordem pública internacional do Estado do foro.

Com efeito, a Convenção de Nova Iorque estabelece como fundamento de recusa de reconhecimento a contrariedade do reconhecimento da sentença à ordem pública internacional do Estado de reconhecimento (art. 5.º/2/b). O mesmo se verifica perante o regime interno de reconhecimento de decisões arbitrais “estrangeiras” (art. 1096.º/f *ex vi* art. 1097.º CPC).

Não faria sentido que a ordem pública internacional do Estado do foro constituísse um limite ao reconhecimento e execução de decisões arbitrais “estrangeiras” mas não pudesse ser invocada contra uma decisão “nacional”.

Isto não significa, porém, que quer no contexto do reconhecimento de decisão “estrangeira”, quer em sede de impugnação da decisão, não deva flexibilizar-se a cláusula de ordem pública internacional, por forma a atender não só à intensidade dos laços com o

---

<sup>(122)</sup> 1989: 132.

<sup>(123)</sup> Ver *IPRG Komm./HEINt* [Art. 190 n.º 4I].

Estado de reconhecimento/impugnação, mas também à posição peculiar dos árbitros enquanto destinatários de directrizes emanadas de vários Estados e de regras e princípios de Direito Transnacional.

Daqui decorre, por um lado, que se a relação controvertida não tiver laços significativos com o Estado de reconhecimento/impugnação deve partir-se do princípio que só uma violação de normas e princípios de Direito Internacional geral, princípios gerais de Direito ou normas constitucionais que consagrem direitos fundamentais de todos os seres humanos justifica a actuação da reserva de ordem pública internacional.

Por outro lado, parece que não deveria excluir-se a actuação da reserva de ordem pública internacional quando estivesse em causa uma violação de normas e princípios que integram a ordem pública transnacional da arbitragem.

A ordem pública internacional constitui um limite à aplicação do Direito estrangeiro ou não-estadual e ao reconhecimento de decisões “estrangeiras” que deve ser actuado quer pelos tribunais estaduais quer, nos termos que acabo de expor, pelos tribunais arbitrais<sup>(124)</sup>. Fundamenta-se num princípio geral de Direito Internacional Privado, que podemos designar por princípio da reserva jurídico-material<sup>(125)</sup>. A contrariedade à ordem pública internacional constitui um vício particularmente grave da decisão arbitral que deve desencadear a sua invalidade<sup>(126)</sup>.

Também aqui se pode invocar um argumento de maioria de razão: se a contrariedade à ordem pública internacional constitui, perante a Convenção de Nova Iorque e o regime interno, um fundamento de recusa de reconhecimento de uma decisão arbitral “estrangeira”, não pode deixar de constituir um fundamento de anulação de uma decisão arbitral “nacional”.

Daí que se deva entender, mesmo *de iure constituto*, que a decisão arbitral é anulável se for manifestamente contrária à ordem pública internacional<sup>(127)</sup>.

---

<sup>(124)</sup> Ver LIMA PINHEIRO [2001: 461 e segs.].

<sup>(125)</sup> Ver LIMA PINHEIRO [2001: 241].

<sup>(126)</sup> Em sentido convergente, MARQUES DOS SANTOS [1987b: 45], que invoca a aplicação analógica do art. 1096.º/f CPC.

<sup>(127)</sup> Em sentido convergente, LEBRE DE FREITAS [1996: 69 n. 27].

O controlo da conformidade da decisão arbitral com a ordem pública internacional não incide sobre a determinação do Direito aplicável ao mérito da causa, mas sobre a solução do litígio e as garantias processuais. Em todo o caso, enquanto limite à aplicação do Direito escolhido pelas partes ou designado pelos árbitros, este controlo permite afastar resultados intoleráveis a que pode conduzir uma escolha menos criteriosa feita pelas partes, uma designação feita pelos árbitros que não satisfaça a exigência de apropriação ao litígio ou a não aplicação ou consideração de normas imperativas a que o tribunal arbitral devesse atender.

## BIBLIOGRAFIA

AUDIT, Bernard

1987 — “L’arbitrage transnational et les contrats d’État: Bilan et perspectives”, in *L’arbitrage transnational et les contrats d’État*, 23-76 (Centre d’étude et de recherche de droit international de La Haye), Dordrecht.

BAR, CHRISTIAN VON

1987 — *Internationales Privatrecht*, vol. I, Munique.

BAR, CHRISTIAN VON e Peter MANKOWSKI

2003 — *Internationales Privatrecht*, vol. I, 2.ª ed., Munique.

BATIFFOL, Henri

1982 — “La loi appropriée au contrat”, in *Études Berthold GOLDMAN*, 1-13.

BATIFFOL, Henri e Paul LAGARDE

1983/1993 — *Droit international privé*, vol. I — 8.ª ed., vol. II — 7.ª ed., Paris.

BERGER, Klaus Peter

2001 — “The German Arbitration Law of 1998. First Experiences”, in *Law of International Business and Dispute Settlement in the 21st Century. FS Karl-Heinz Böckstiegel*, 31-49, Colónia et al.

BERMAN, Harold e Felix DASSER

1990 — “The ‘New’ Law Merchant and the ‘Old’: Sources, Content, and Legitimacy”, in *Lex Mercatoria and Arbitration: a Discussion of the New Merchant Law* (cit.), 21-36.

BERNARDINI, Piero

1991 — “L’applicazione degli usi del commercio internazionale ai contratti internazionali”, in *Fonti e tipi del contratto internazionale* (cit.), 73-89.

1994 — “La recente riforma dell’arbitrato in Italia”, *Dir. comm. int.* 8.1: 3-23.2000 — *L’arbitrato commerciale internazionale*, Milão.

BLESSING, Mark

2000 — “Introduction to Arbitration — Swiss and International Perspectives”, in *International Arbitration in Switzerland*, org. por Stephen Berti, Heinrich Honsell, Nedim Vogt e Anton Schnyder, Basileia et al.

BONELL, Michael

1993 — “Lex mercatoria”, in *Dig. priv. comm.*, vol. IX.

BORN, Gary

2001 — *International Commercial Arbitration: Commentary and Materials*, 2.<sup>a</sup> ed., A Haia.

BROTONS, Antonio REMIRO

1984 — “La reconnaissance et l’exécution des sentences arbitrales étrangères”, *RCADI* 184: 169-354.

BUCHER, Andreas

1987 — “Das Kapitel 11 des IPR-Gesetzes über die internationale Schiedsgerichtsbarkeit”, in *FS Rudolf MOSER* (cit. *Beiträge zum neuen IPR des Sachen-, Schuld- und Gesellschaftsrechts*), 193-233.

1989 — *Die neue internationale Schiedsgerichtsbarkeit in der Schweiz*, Basileia e Francoforte-sobre-o-Meno.

COLLAÇO, ISABEL DE MAGALHÃES

1954 — *Da Compra e Venda em Direito Internacional Privado, Aspectos Fundamentais*, vol. I (Diss. Doutoramento), Lisboa.

1991 — “L’arbitrage international dans la récente loi portugaise sur l’arbitrage volontaire”, in *Droit international et droit communautaire* (cit.), 55-66.

CORREIA, António FERRER

1984/1985 — “Da arbitragem comercial internacional”, *RDE* 10/11: 3-51.

1988 — “O problema da lei aplicável ao fundo ou mérito da causa na arbitragem comercial internacional”, in *Temas de Direito Comercial e Direito Internacional Privado*, 231-252, Coimbra.

1989 — “Da arbitragem comercial internacional”, in *Temas de Direito Comercial. Arbitragem Comercial Internacional. Reconhecimentos de Sentenças Estrangeiras. Conflitos de Leis*, 173-229.

2001 — “O Direito Aplicável pelo árbitro Internacional ao Fundo da Causa”, *BFDC* 77: 1-11.

CORREIA, SÉRVULO

1959 — “A arbitragem voluntária no domínio dos contratos administrativos”, in *Est. Castro Mendes*, 229-263, Lisboa.

CRAIG, Laurence, William PARK e Jan PAULSSON

2000 — *International Chamber of Commerce Arbitration*, 3.<sup>a</sup> ed., Dobbs Ferry, N.Y.

CRAIG, Laurence, William PARK e Jan PAULSSON (orgs.)

1978/1995 — *International Commercial Arbitration. International Chamber of Commerce Arbitration*, Nova Iorque, Londres e Roma, 1978/1995.



DASSER, Félix

1989 — *Internationales Schiedsgerichte und Lex mercatoria. Rechtsvergleichender Beitrag zur Diskussion über ein nicht-staatliches Handelsrecht* (Schweizerischen Studien zum Internationales Recht vol. 59.<sup>o</sup>), Zúri-que.

1991 — “Lex mercatoria: Werkzeug der Praktiker oder Spielzeug der Lehre”, *SZIER*: 299-322.

DELAUME, Georges

1989/1990 — *Transnational Contracts, Applicable Law and Settlement of Disputes (A Study in Conflict Avoidance)*, Nova Iorque.

DAVID, RENÉ

1982 — *L'arbitrage dans le commerce international*, Paris.

1987 — *Le droit du commerce international. Réflexions d'un comparatiste sur le droit international privé*, Paris.

DE LY, FILIP

1992 — *International Business Law and Lex Mercatoria*, Amesterdão et al.

DERAINS, Yves

1972 — “L' application cumulative par l' arbitre des systèmes de conflit de lois intéressés au litige”, *R. arb.*: 99-121.

1984a — “Sources et domaine d' application du droit français de l' arbitrage international”, in *Droit et pratique de l' arbitrage international en France*, org. por DERAINS et al. (cit.), 1-10.

1984b — “La sentence arbitrale”, in *op. cit.*, 69-80.

2001 — “Transnational Law in ICC Arbitration”, in *The Practice of Transnational Law*, org. por Klaus Peter Berger, 43-51, A Haia.

DERAINS, Yves e E. SCHWARTZ (orgs.)

1998 — *A Guide to the New ICC Rules of Arbitration*, A Haia.

DERAINS, Yves, René BOURDIN, Patrice LEVEL, Yvon LOUSSOUARN e Piéte MAYER

1984 — *Droit et pratique de l' arbitrage international en France*, Paris.  
*Dicey and Morris on the Conflict of Laws*

2000 — 13.<sup>a</sup> ed. por Lawrence COLLINS (ed. geral), Adrian BRIGGS, Jonathan HILL, J. McCLEAN e C. MORSE, Londres.

DOMKE, Martin e Gabriel WILNER

1998 — *Domke on Commercial Arbitration*, 2.<sup>a</sup> ed., s.l.

*Droit international et droit communautaire*

1991 — Actes du colloque. Paris 5 et 6 avril 1990 (Fundação Calouste Gulbenkian, Centro Cultural Português), Paris.

EHRENZWEIG, Albert A.

1962 — *Treatise on the Conflict of Laws*, St. Paul, Minn.

*Fonti e tipi del contratto internazionale*

1991 — org. por Ugo Draetta e Cesare Vaccà, Milão.

FOUCHARD, Philippe

1965 — *L' arbitrage commercial international*, Paris.

- 1982 — “Les usages, l’arbitre et le juge”, in *Études Berthold GOLDMAN*, 67-96.
- 1989 — “Droit international privé français — Arbitrage commercial international — Notion”, in *J.-cl. dr. int.*
- FOUCHARD, Ph., E. GAILLARD e B. GOLDMAN  
1996 — *Traité de l’arbitrage commercial international*, Paris.
- FREITAS, LEBRE DE  
1996 — *Introdução ao Processo Civil. Conceito e Princípios Gerais. À Luz do Código Revisto*, Coimbra
- FRIGNANI, Aldo  
1991 — “Gli usi del commercio internazionale e la loro rilevanza giuridica”, in *Fonti e tipi del contratto internazionale* (cit.), 91-101.
- FUMAGALLI, Luigi  
1985 — “La legge applicabile al merito della controversia nell’arbitrato commerciale internazionale”, *RDIPP* 21: 465-492.
- GAILLARD, Emmanuel  
1991 — “Droit international privé français — Arbitrage commercial international — Sentence arbitrale — Droit applicable au fond du litige”, in *J.-cl. dr. int.*  
1992 — “Droit international privé français — Sentence arbitrale — Contrôle Etatique — Droit conventionnel”, in *J.-cl. dr. int.*  
1994 — “Présentation de la résolution de l’International Law Association sur l’application de règles transnationales par les arbitres du commerce international (Le Caire, 26 avril 1992)”, *R. arb.*: 212-214.
- GOLDMAN, Berthold  
1963 — “Les conflits de lois dans l’arbitrage international de droit privé”, *RCADI* 109: 347-485.  
1979 — “La lex mercatoria dans les contrats et l’arbitrage international: réalité et perspectives”, *Clunet* 106: 475-505.  
1981 — “La volonté des parties et le rôle de l’arbitre dans l’arbitrage international”, *R. arb.*: 469-486.
- HASCHER, Dominique  
1992/1995 — “European Convention on International Commercial Arbitration of 1961. Commentary”, *Yb. Comm. Arb.* 17: 711-746 (1992) e 20: 1006-1041 (1995).
- HEINI, Anton  
Ver *IPRG Kommentar*
- HILL, Jonathan  
1997 — “Some Private International Law Aspects of the Arbitration Act 1996”, *Int. Comp. L. Q.* 46: 274-308.
- HOFFMANN, Bernd von  
1970 — *Internationale Handelsschiedsgerichtsbarkeit. Die Bestimmung des maßgeblichen Rechts*, Francoforte-sobre-o-Meno.

- 1987 — “Grundsätzliches zur Anwendung der ‘lex mercatoria’ durch internationale Schiedsgerichte”, in *FS Gerhard KEGEL II*, 215-233.
- INTERNATIONAL COUNCIL FOR COMMERCIAL ARBITRATION
- 1987 — *Comparative Arbitration Practice and Public Policy in Arbitration*, A Haia.
- Internationales Privatrecht. Internationales Wirtschaftsrecht*
- 1985 — *Referate eines Symposiums der Alexander von Humboldt-Stiftung vom 26. bis 30. September 1983 in Ludwigsburg*, org. por Wolfgang HOLL e Ulrich KLINKE, Colónia.
- IPRG Kommentar
- 1993 — *Kommentar zum Bundesgesetz über das Internationale Privatrecht (IPRG) vom 1. Januar 1989*, org. por Anton HEINI, Max KELLER, Kurt SIEHR, Frank VISCHER e Paul VOLKEN, — VOLKEN, Art. 1; — HEINI, Art. 13, Art. 187; — KELLER — KREN KOSTKIEWICZ, Art. 116-117; — VISCHER, Art. 176-177; — SIEHR, Art. 194, Zurique (cit. *IPRG Komm./colaborador*).
- JUNKER, A.
- 2000 — “Deutsche Schiedsgerichte und Internationales Privatrecht”, in *FS Otto Sandrock*, 443-464, Heildelberga.
- KARRER, Pierre
- 2000 — “Article 187”, in *International Arbitration in Switzerland*, org. por Stephen Berti, Heinrich Honsell, Nedim Vogt e Anton Schnyder, Basileia et al.
- KASSIS, Antoine
- 1984 — *Théorie générale des usages du commerce*, Paris.
- 1993 — *Le nouveau droit européen des contrats internationaux*, Paris.
- LAGARDE, Paul
- 1982 — “Approche critique de la lex mercatoria”, in *Études Berthold Goldman*, 125-150.
- LALIVE, PIERRE
- 1967 — “Problèmes relatifs à l’arbitrage international commercial”, *RCADI* 120: 569-714.
- 1976 — “Les règles de conflit de lois appliquées au fond du litige par l’arbitre international siégeant en Suisse”, *R. arb.*: 155-185.
- 1977 — “Tendances et méthodes en droit international privé”, *RCADI* 155: 1-425.
- 1991 — “Le droit applicable au fond par l’arbitre international”, in *Droit international et droit communautaire* (cit.), 33-53.
- 1994 — “Nouveaux regards sur le droit international privé, aujourd’hui et demain”, in *Schw. Z. int. eur. Recht*: 3-29.
- LALIVE, PIERRE, Jean-François POUDET e Claude REYMOND
- 1989 — *Le droit de l’arbitrage interne et international en Suisse*, Lausana.
- LANDO, Ole
- 1981 — “Conflict-of-Laws Rules for Arbitrators”, in *FS Konrad Zweiger*, 157-177.

- 1984 — “The Conflict of Laws of Contracts. General Principles”, *RCADI* 189: 223-447.
- 1985 — “The Lex Mercatoria in International Commercial Arbitration”, *Int. Comp. L. Q.* 34: 747-768.
- 1987 — “The Law Applicable to the Merits of the Dispute”, in JULIAN LEW (org.), *Contemporary Problems in International Arbitration*, 101-112.
- LÉCUYER-THIEFFRY, Christine e Patrick THIEFFRY  
1991 — “L'évolution du cadre législatif de l'arbitrage commercial international dans les années 1980”, *Clunet* 118: 947-974.
- LEITÃO, MORAIS e MOURA VICENTE  
2002 — “Portugal”, in *International Handbook on Commercial Arbitration*, Suppl. 35
- LEW, JULIAN  
1978 — *Applicable Law in International Commercial Arbitration*, Nova Iorque.  
*Lex Mercatoria and Arbitration: a Discussion of the New Merchant Law*  
1990 — Org. por Thomas Carbonneau.
- LOQUIN, Eric  
1983 — “Les pouvoirs des arbitres internationaux à la lumière de l'évolution récente du droit de l'arbitrage international”, *Clunet* 110: 293-345.
- LORENZ, WERNER  
1958/1959 — “Die Rechtsnatur von Schiedsvertrag und Schiedspruch”, *AcP* 157: 265.  
1985 — “Die Lex Mercatoria: eine internationale Rechtsquelle?”, in FS Karl NEUMEYER, 407-429, Baden-Baden.
- LOWENFELD, Andreas  
1993 — *International Litigation and Arbitration*, St. Paul, Minn.
- LUZZATTO, Riccardo  
1987 — “Arbitrato commerciale internazionale”, in *Dig. priv. comm.*, vol. I.  
1994 — “L'arbitrato internazionale e i lodi stranieri nella nuova disciplina legislativa italiana”, *RDIPP* 30: 257-280.
- MACHADO, J. BAPTISTA  
1982 — *Lições de Direito Internacional Privado*, (apontamentos das aulas teóricas do ano lectivo de 1971-1972 na Faculdade de Direito de Coimbra), 2.ª ed., Coimbra.
- MARTINY, Dieter  
1999 — “Die Bestimmung des anwendbaren Sachrechts durch das Schiedsgericht”, in *Wege zur Globalisierung des Rechts. FS Rolf A. Schütze*, 529-542, Munique.
- MEZGER, Ernst  
1965 — “Das europäische Übereinkommen über die Handelsschiedsgerichtsbarkeit”, *RabelsZ.* 29: 231-301.
- MUSTILL, Michael  
1987 — “The New Lex Mercatoria: The First Twenty-Five Years”, in *Liber amicorum for Lord Wilberforce*, 149-185, Oxford.

- NAÓN, Horacio GRIGERA  
2001 — "Choice-of law Problems in International Commercial Arbitration", *RCADI* 289: 9-396.
- OPPETIT, Bruno  
1984 — "Arbitrage et contrats d'Etat. L'arbitrage Framatome et autres c. Atomic Energy Organization of Iran", *Clunet* 111: 37-57.
- PEREIRA, José NUNES  
1986 — "Direito aplicável ao fundo do litígio na arbitragem comercial internacional", *RDES* 12: 241-269.
- PINHEIRO, Luís de LIMA  
1998 — *Contrato de Empreendimento Comum (Joint Venture) em Direito Internacional Privado*, Cosmos e Almedina, Lisboa.  
1999 — "O problema do Direito aplicável aos contratos internacionais celebrados pela Administração Pública", *Direito e Justiça* 13 (1999) 29-64.  
2001/2002 — *Direito Internacional Privado*, vol. I — *Introdução e Direito de Conflitos. Parte Geral* (2001); vol. II — *Direito de Conflitos. Parte Especial*, 2.<sup>a</sup> ed. (2002a); vol. III — *Competência Internacional e Reconhecimento de Decisões Estrangeiras* (2002b), Almedina, Lisboa.
- RAMOS, Rui MOURA  
1987 — *Aspectos recentes do Direito Internacional Privado português* (sep. BFDC — Est. Afonso Queiró) Coimbra.  
1991 — *Da Lei Aplicável ao Contrato de Trabalho Internacional*, Coimbra.  
Ver SOARES, Maria Ângela BENTO
- RECHSTEINER, Beat Walter  
1997 — *Arbitragem Privada Internacional no Brasil*, São Paulo.
- REDFERN, Alan e Martin HUNTER  
1999 — *Law and Practice of International Commercial Arbitration*, 3.<sup>a</sup> ed., Londres.
- REESE, Willis  
1982 — "American Choice of Law", *Am. J. Comp. L.* 30: 135-146.
- RIGAUX, François  
1982 — "Souveraineté des Etats et arbitrage transnational", in *Études Berthold GOLDMAN*, 261-279.  
1984 — "Contrats d'Etat et arbitrage transnational", *Riv. dir. int.* 67: 489-505.  
1989 — "Les situations juridiques individuelles dans un système de relativité générale", *RCADI* 213: 7-407.
- RIGAUX, François e Marc FALLON  
1993 — *Droit international privé*, vol. II, 2.<sup>a</sup> ed., Bruxelles.
- ROOU, René van e Maurice POLAK  
1987/1995 — *Private International Law in the Netherlands*, Deventer et al.

RUBINO-SAMMARTANO, Mauro

2002 — *Il diritto dell'arbitrato*, 3.ª ed., Pádua.

SANDROCK, Otto

1992 — “Welches Kollisionsrecht hat ein Internationales Schiedsgericht anzuwenden”, *RIW* 38: 785-795.

1999 — “Objektive Anknüpfung von verträgen nach 1051 Abs. 2 der deutschen ZPO in der Fassung des SchiedsVfg von 1997”, in *Mélanges Fritz Sturm*, 1645-1669.

SANTOS, António MARQUES DOS

1987a — *Direito Internacional Privado. Sumários*, 2.ª ed., Lisboa.

1987b — “Nota sobre a nova lei portuguesa relativa à arbitragem voluntária — lei n.º 31/86, de 29 de Agosto”, *Rev. Corte Esp. Arb.*: 15-50 (= in *Estudos de Direito Internacional Privado e de Direito Processual Civil Internacional*, 255-306, Coimbra).

2002a — “Arbitragem no Direito do Consumo”, in *Estudos de Direito do Consumo*, vol. I, 281-296, Coimbra.

2002b — “Atendimento urbano e arbitragem voluntária”, in *Est. Inocêncio Galvão Telles*, vol. III, 573-589, Coimbra.

SCHLOSSER, Peter

1989 — *Das Recht der internationalen privaten Schiedsgerichtsbarkeit*, 2.ª ed., Tübinga.

2000 — “Das neue deutsche Recht der Schiedsgerichtsbarkeit”, in *Revision des EuGVÜ — Neues Schiedsverfahrensrecht*, org. por Peter Gottwald, 163-209, Bielefeld.

SCHWAB, Karl Heinz e Gerhard WALTER

2000 — *Schiedsgerichtsbarkeit. Kommentar*, 6.ª ed., Munique.

SENDIM, José

1993 — “Notas sobre o princípio da conexão mais estreita no Direito Internacional Privado Matrimonial Português”, *Direito e Justiça* 7: 311-375.

SIEHR, Kurt

1985 — “Sachrecht im IPR, transnationales Recht und lex mercatoria”, in *Internationales Privatrecht. Internationales Wirtschaftsrecht* (cit.), 103-126.

1989 — “Die Parteiautonomie im Internationalen Privatrecht”, in *FS Max Keller*, 485-510, Zúrique.

SOARES, Maria ÂNGELA BENTO e Rui MOURA RAMOS

1986 — *Contratos Internacionais. Compra e Venda. Cláusulas Penais. Arbitragem*, Coimbra.

SPICKHOFF, A.

1992 — “Internationales Handelsrecht vor Schiedsgerichten und staatlichen Gerichten”, *RebelsZ.* 56: 116-140.

STEIN, Ursula

1995 — *Lex mercatoria, Realität und Theorie*, Francoforte-sobre-o-Meno.

VAN DEN BERG, A.

1981 — *The New York Arbitration Convention of 1958. Towards a Uniform Judicial Interpretation*, Deventer et. al.

VAZ, ISABEL

1990 — *Direito Internacional Público e Lex Mercatoria na disciplina dos contratos internacionais* (dissertação de mestrado policopiada), Lisboa.

VICENTE, DÁRIO MOURA

1990 — *Da arbitragem comercial internacional. Direito aplicável ao mérito da causa*, Coimbra.

2000 — “International arbitration and the recognition of foreign arbitral awards in Portugal”, *Arbitration and Dispute Resolution Law Journal* (December 2000) 270-277.

2002 — “Resolução extrajudicial de conflitos de consumo com carácter transfronteiriço”, in *Direito Internacional Privado. Ensaios*, vol. I, 393-414

VISCHER, Frank

1992 — “General Course on Private International Law”, *RCADI* 232: 9-256.

# A ARBITRABILIDADE DE MEDIDAS CAUTELARES

*Pela Prof.<sup>a</sup> Doutora Paula Costa e Silva*

## **1. Apresentação do tema**

1. O presente trabalho tem o objectivo de analisar a matéria da arbitrabilidade de medidas cautelares. A questão para a qual se procurará uma resposta pode enunciar-se nos seguintes termos: será admissível o decretamento de medidas cautelares por tribunais arbitrais? Supondo que entre determinados sujeitos foi celebrada uma convenção de arbitragem, nos termos da qual certo litígio (ou os litígios emergentes de determinado facto jurídico) deverá(ão) ser submetido(s) a julgamento arbitral, deve ser reconhecida a competência do tribunal arbitral para o decretamento das medidas cautelares, conexas com este objecto?

Nesta fase da investigação, há que admitir que a resposta às questões colocadas possa ser positiva ou negativa. Porém, sendo a resposta positiva, dela decorrerá imediatamente uma nova questão. Com efeito, se se aceitar a competência cautelar dos tribunais arbitrais, terá de perguntar-se se os pedidos cautelares não estão necessariamente sujeitos a jurisdição arbitral. Retomando a segunda interrogação acima formulada, o que cumpre perguntar é se, tendo sido celebrada convenção de arbitragem, nos termos da qual se confere uma competência exclusiva a um tribunal arbitral, não estarão os pedidos cautelares, se conexas com o objecto daquela convenção, necessariamente sujeitos a julgamento pelo tribunal arbitral instituído pelas partes.



2. As perguntas para as quais buscamos resposta não têm sido alvo da atenção da doutrina ou da jurisprudência nacionais. Em Portugal, e ao invés do que SCHÜTZE <sup>(1)</sup> sustenta quanto ao que se passou na Alemanha nas décadas de 70 a 90 do século passado, a arbitrabilidade de pedidos cautelares jamais foi *tema em moda*.

Supomos que este silêncio se não pode justificar com a irrelevância da matéria. Talvez que factores como a relativa juventude da arbitragem voluntária enquanto forma de resolução efectiva dos litígios (e não apenas enquanto meio possível de resolução desses litígios), a escassez dos meios humanos que se podem ocupar destas matérias, a falta de estímulo legal (a Lei n.º 31/86, de 29 de Agosto, não faz qualquer referência à matéria da arbitrabilidade de pedidos cautelares) ou até mesmo uma espécie de pré-compreensão quanto à incompetência dos tribunais arbitrais para decretarem medidas cautelares possam explicar o actual estado de coisas.

Se o tema da arbitrabilidade de pedidos cautelares não tem feito parte da ordem do dia da Ciência do Direito nacional, perguntar-se-á como nos lembrámos dele. E, aqui, a resposta é uma única: o nosso interesse particular pela matéria da arbitragem voluntária foi estimulado pela transformação sofrida pela ordem jurídica alemã nesta matéria. E se dissermos que uma das áreas em que o legislador interveio, ainda por cima para inverter a solução que, até então, se admitia acolhida no sistema germânico, foi a das medidas cautelares, teremos identificados todos os factores que motivaram o presente estudo.

3. Atendendo à natureza que lhe foi traçada, deve o presente estudo ser olhado como uma primeira aproximação ao problema da arbitrabilidade das providências cautelares. O leitor não encontrará aqui um trabalho monográfico que resolva, exaustivamente, as múltiplas sub-questões que àquela interessam. Com ele pretendemos, antes de mais, trazer para a ordem do dia uma zona problemática da arbitragem que tem sido ignorada e revelar as pistas que nos parecem colocar a pesquisa no trilho de uma resposta consentânea com o nosso sistema.

---

(1) *Einstweiliger Rechtsschutz im Schiedsverfahren*, BB 1998, 1650-1653 (1650).

## 2. A arbitrabilidade de medidas cautelares no Direito alemão

4. Começamos por descrever muito brevemente o modo como a questão da arbitrabilidade de pedidos cautelares foi sendo equacionada na Alemanha.

Até à reforma da ZPO de 1998, a situação legislativa era muito idêntica àquela que ainda hoje encontramos entre nós. A ZPO nada dispunha acerca da arbitrabilidade (ou não arbitrabilidade) de pedidos cautelares.

Em face deste silêncio, sustentava a doutrina que a opinião dominante, tanto na doutrina <sup>(2)</sup>, quanto na jurisprudência <sup>(3)</sup>, era a de que os tribunais arbitrais não teriam competência para decretar medidas cautelares. As razões que se invocavam para justificar semelhante asserção eram de várias ordens. Vê-las-emos nos números seguintes, não porque se pretenda fazer uma aproximação exaustiva a um sistema estrangeiro, mas porque se trata de fundamentos invocados em abono da incompetência dos tribunais arbitrais em matéria cautelar, desenvolvidos a partir de um sistema idêntico ao sistema português.

---

<sup>(2)</sup> Curiosamente, parecem-nos ser pelo menos em idêntico número aqueles que se pronunciavam no sentido da arbitrabilidade de medidas cautelares (a título meramente exemplificativo, refiram-se BRINKMANN, *Schiedsgerichtsbarkeit und Massnahmen des einstweiligen Rechtsschutzes*, 1977; KAORU MATSUURA, *Schiedsgerichtsbarkeit und einstweiliger Rechtsschutz*, *Dogmatische Fragen des Zivilprozesses im geeinten Europa*. Akademisches Symposium zu Ehren von Karl Heinz Schwab aus Anlass seines 80. Geburtstages, Gieseking-Verlag, Bielefeld, 321-335; ROSENBERG/SCHWAB/GOTTFELD, *Zivilprozessrecht*, 15.<sup>a</sup>, CHBeck, München 1993, §174.I.3; SCHLOSSER, *Einstweiliger Rechtsschutz durch staatliche Gerichte im Dienste der Schiedsgerichtsbarkeit*, *ZZP* 99 (1986), 241-270) e aqueles que negavam competência cautelar aos tribunais arbitrais. Talvez que fosse a autoridade de quem sustentava a não arbitrabilidade de pedidos cautelares (como era o caso de SCHWAB, *Schiedsgerichtsbarkeit. Kommentar*, Kap. 7.I.3a; após a reforma, o comentário de SCHWAB, agora em colaboração com WALTER, descreve o novo regime de arbitragem sem retomar a discussão quanto à arbitrabilidade) e da jurisprudência) que induzisse a doutrina a falar de uma doutrina dominante. Mais correcto nos parece afirmar que a posição que primeiro se formou quanto à arbitrabilidade de pedidos cautelares foi a negativa.

<sup>(3)</sup> Sustentando que não há uma fundamentação consistente na jurisprudência quando esta decide que a celebração de convenções de arbitragem não determina uma exclusão da competência dos tribunais estaduais para decretarem medidas cautelares, MENNO ADEN, *Der einstweilige Rechtsschutz in Schiedsverfahren*, *BB* 1985, 2277-2285, 227, nota 11; WOLFGANG KÜHN, *Vorläufiger Rechtsschutz und Schiedsgerichtsbarkeit*, *IPRax* 1987, 47-62 (49).

No dia 1 de Janeiro de 1998 entrou em vigor o novo regime de arbitragem voluntária, reagindo a doutrina de imediato. Um dos muitos aspectos alterados pelo legislador respeita exactamente ao objecto do presente estudo: o decretamento de “medidas cautelares” por tribunais arbitrais<sup>(4)</sup>. E o que é curioso observar é que o legislador acolheu solução exactamente inversa àquela que era alegadamente propugnada pela opinião doutrinária e jurisprudencial dominante. Com efeito, o § 1041 da ZPO, sob a epígrafe “Medidas cautelares” (*Massnahmen des einstweiligen Rechtsschutzes*), confere expressamente competência aos tribunais arbitrais para o decretamento das medidas antecipatórias e conservatórias, que se apresentem necessárias face ao objecto do processo. Os demais requisitos de que a lei faz depender a arbitrabilidade destas providências, bem como o modo como se procedeu à articulação entre a jurisdição dos tribunais estaduais e a jurisdição dos tribunais arbitrais em matéria cautelar, são aspectos que chamaremos à colação se e quando se apresentarem necessários. Na verdade, não podemos perder de vista que o nosso objectivo não é o sistema alemão, mas o sistema português. Nesta medida, daquele apenas nos socorreremos na medida e no momento em que possa apresentar utilidade para a resolução do problema da arbitrabilidade de pedidos cautelares em face do sistema nacional.

### 3. Os fundamentos da incompetência dos tribunais arbitrais em matéria cautelar

5. Vejamos, então, que fundamentos eram invocados pela doutrina alemã, em momento anterior à reforma da ZPO de 1998, no sentido da não arbitrabilidade de pedidos cautelares. Como dissemos, a compreensão destes fundamentos é de extrema relevância

---

(4) Sobre esta matéria, cfr. os estudos monográficos de STEFAN BANDEL, *Einstweiliger Rechtsschutz im Schiedsverfahren. Zulässigkeit und Wirkungen schiedsrichterlicher und gerichtlicher einstweiliger Massnahmen gemäss den Bestimmungen des SchiedsVfG*, CHBeck, München 2000; MARIO LEITZEN, *Die Anordnung vorläufiger oder sichernder Massnahmen durch Schiedsgerichte nach § 1041 ZPO*, Carl Heymanns Verlag, München 2002.

para nós na medida em que, tanto o sistema português, quanto o sistema alemão de arbitragem voluntária eram iguais no que à arbitralidade de pedidos cautelares respeitava.

### 3.1. A incompetência executiva dos tribunais arbitrais

6. A incompetência dos tribunais arbitrais para o decretamento de medidas cautelares era alicerçada na falta de competência executiva destes tribunais. Da incompetência do tribunal arbitral para a prática de actos executivos, que implicassem o exercício de poderes de autoridade, inferia-se a respectiva incompetência para o decretamento de medidas cautelares <sup>(5)</sup>.

Como decorre da própria formulação, o argumento extraído da falta de poderes de autoridade tem aplicação restrita. Na verdade, com base nele só poderia concluir-se eventualmente pela incompetência dos tribunais arbitrais para a matéria cautelar se se estivessem a referir providências que supunham o exercício de poderes de autoridade. Fica incólume, em face desta argumentação, a eventual competência dos tribunais arbitrais para o decretamento de providências que não determinem o exercício deste tipo de poderes.

7. Mas mesmo no que respeita à competência para o decretamento de providências, que possam implicar o exercício de poderes de autoridade, há que aceitar a contraposição entre competência para o decretamento de medidas cautelares e competência para a execução dessas medidas, desenvolvida por HABSCHIED <sup>(6)</sup>. Segundo este autor, há que diferenciar os diversos momentos que integram um procedimento cautelar, que culmina com o exercício de *ius imperii*. Apesar de, nestes casos, a providência ser dirigida,

---

<sup>(5)</sup> WOLFGANG KÜHN, *Vorläufiger Rechtsschutz und Schiedsgerichtsbarkeit*, IPRax 1987, 47-62 (47) relata esta posição, que acaba por rejeitar.

<sup>(6)</sup> *Einstweiliger Rechtsschutz durch Schiedsgerichte nach dem schweizerischen Gesetz über das Internationale Privatrecht (IPRG)*, IPRax 1989, 134-137 (II). Já anteriormente, mas com menor desenvolvimento, MATTHIAS HERDEGEN, *Einstweiliger Rechtsschutz durch Schiedsgerichte in rechtsvergleichender Betrachtung*, RIW/AWD 1981, 304-305 (304).

em última instância, ao exercício de poderes de autoridade pelo tribunal (a título meramente exemplificativo, pense-se no pedido cautelar de apreensão efectiva de uma coisa), estes poderes apenas serão exercidos se o pedido formulado pelo requerente da providência for admitido e julgado procedente e se a decisão não for acatada pela parte requerida. Ora, se os tribunais arbitrais não têm competência executória, estando-lhes vedado praticar directamente actos de autoridade, eles têm competência declarativa, pelo que podem ser admitidos a pronunciar-se sobre a admissibilidade e a procedência da providência, apesar de esta poder visar, como resultado último, a realização de actos daquele tipo. Assim, se os tribunais arbitrais, porque destituídos de poderes de autoridade, não podem adoptar condutas que supõem o exercício deste tipo de poderes, poderiam estes tribunais impor a prática destes actos através do proferimento de uma decisão.

8. O que esta conformação apresenta de peculiar, se se tomar por referência o exercício de competência, em matéria cautelar, pelos tribunais estaduais, é a dissociação entre a competência para o proferimento da decisão e a competência para a execução directa dessa mesma decisão. O tribunal arbitral teria competência para decretar (ou não decretar) a providência requerida, mas não teria competência para praticar os actos necessários à respectiva execução.

Mas a dissociação a que nos vimos referindo não ocorre, apenas, em matéria cautelar; ela é um dos corolários do exercício de poderes jurisdicionais por tribunais arbitrais. Na verdade, se os tribunais estaduais, porque investidos na plenitude da jurisdição, podem conferir eficácia plena ao direito de acção, exercendo tanto competência declarativa, como competência executiva, o mesmo não sucede com os tribunais arbitrais. Sendo órgãos jurisdicionais não integrados na esfera do Estado, não se encontram munidos dos poderes necessários à execução das respectivas decisões.

Consequentemente, a ausência de competência executiva dos tribunais arbitrais não se apresenta como peculiar dos procedimentos cautelares. Pelo que, com base nela, não pode rejeitar-se, liminarmente, a competência do julgador arbitral para o exercício de competência jurisdicional declarativa em matéria cautelar.

Como é evidente, a ausência de competência executiva dos tribunais arbitrais implica uma colaboração necessária entre estes tribunais e os tribunais estaduais na realização da justiça cautelar. E por isso se dispõe no § 1062.3 da ZPO que o tribunal estadual é competente para, entre outras matérias, executar as decisões arbitrais que hajam decretado medidas cautelares. Mas esta colaboração não nos surge apenas quando o tribunal arbitral decreta medidas cautelares: ela é efeito imediato da ausência de competência executiva, fundada na falta de poderes de autoridade dos tribunais arbitrais (7).

9. Mas independentemente do que se disse até aqui, há um pressuposto da construção de HABSCHIED que tem de ser reavaliado. Se bem interpretamos o que o autor em referência escreve, diremos que ele cinge um momento declarativo e um momento executivo nas providências cautelares, reportando o exercício de poderes de autoridade exclusivamente a uma fase executiva, que se sucederia, com autonomia, a uma fase declarativa. E, partindo desta contra-posição, admite o decretamento do *Arrest* (8) por tribunais arbitrais.

Ora, o que teremos de perguntar é se esta cisão, acompanhada do ponto de referência escolhido para o exercício de poderes de autoridade, pode ser realizada a respeito de toda e qualquer medida cautelar. Aqui há que proceder com muita cautela, tendo especialmente em atenção a diversidade construtiva das providências cautelares nos diferentes sistemas jurídicos.

Com efeito, se olharmos a conformação do *Arrest* à luz do sistema alemão, podemos concluir que este conhece duas fases completamente distintas. De modo simplificado, pode dizer-se que, num primeiro momento, o decisor se limita a verificar, partindo de uma apreciação sumária da situação de facto invocada, se o direito de crédito alegado pelo requerente existe ou não e se, existindo,

---

(7) Quanto à colaboração entre os tribunais arbitrais e os tribunais judiciais, cfr. § 1050 da ZPO para a produção de prova e demais actividades que o tribunal arbitral não possa desenvolver. Lugar paralelo, no que respeita à prova, pode ser encontrado no art. 18.º/2 da Lei n. 31/86.

(8) Optamos por manter a expressão original, uma vez que ela é insusceptível de tradução. Com efeito, o *Arrest* não coincide com o arresto.

deve ou não ser assegurada a respectiva execução. Se assistir razão ao requerente, será emitido um *Arrestbefehl*. Perante a função assacada ao *Arrestprozess*, pode dizer-se que estamos perante um procedimento com natureza estritamente declarativa<sup>(9)</sup>, no âmbito do qual não são exercidos poderes de autoridade<sup>(10)</sup>.

Com base neste *Arrestbefehl*, que constitui título executivo<sup>(11)</sup>, deve o requerente impulsionar a respectiva execução (*Arrestvollziehung*). E só nesta fase executiva serão atingidos, com eficácia *erga omnes*, bens concretos, integrados no património do devedor.

De quanto antecede, pode concluir-se, sempre à luz do sistema alemão, que no *Arrest* é efectivamente possível separar a fase declarativa da fase executiva. Se assim é, pode concluir-se com HABSCHIED que os tribunais arbitrais terão competência para, no uso dos poderes que lhes são conferidos pelo § 1041 ZPO, decretarem o *dinglicher Arrest*<sup>(12)</sup>. Isto porque o *Arrestprozess* não implica o exercício de poderes de autoridade<sup>(13)</sup>.

<sup>(9)</sup> Qualificando o *Arrestprozess* como um processo declarativo especial, ROSENBERG/GAUL/SCHILKEN, *Zwangsvollstreckungsrecht*, II.ª, CHBeck, §74.IV.1 (p. 773).

<sup>(10)</sup> MARIO LEITZEN, *Die Anordnung vorläufiger oder sichernder Massnahmen durch Schiedsgerichte nach § 1041 ZPO*, Kap. 3.5a.bb) a dd).

<sup>(11)</sup> A qualificação do *Arrestbefehl* como título executivo permite-nos compreender porque estamos perante uma *Massnahme des einstweiligen Rechtsschutzes* e qual a respectiva relevância. Apesar deste *Arrestbefehl* não implicar a indisponibilidade jurídica de bens concretos, no que se afasta do nosso arresto, não pode perder-se de vista que, face ao sistema alemão, apenas as sentenças condenatórias constituem títulos executivos. Ora, se o credor tivesse de desenvolver toda a actividade processual necessária à obtenção de uma decisão através de um processo declarativo comum, poderia ver perigar a possibilidade de satisfação efectiva da sua situação jurídica. Deste modo, recorrendo ao *Arrestprozess*, consegue o credor obter um título com maior rapidez, podendo (e devendo sob pena de caducidade) proceder à respectiva execução imediata. O *Arrestbefehl*, porque antecipa efeitos que apenas adeririam a uma sentença condenatória, constitui uma medida conservatória do direito de crédito: ele permite antecipar a agressão concreta de bens.

<sup>(12)</sup> Quanto à incompetência dos tribunais arbitrais de decretação do *persönlicher Arrest*, com fundamento no Art. 104.2.1 GG, cfr. MARIO LEITZEN, *Die Anordnung vorläufiger oder sichernder Massnahmen durch Schiedsgerichte nach § 1041 ZPO*, Kap. 3.5c). Segundo o autor, supondo o *persönlicher Arrest* uma restrição da liberdade do devedor, deverá o *Arrestbefehl* ser produzido por um juiz, interpretando-se literalmente o Art. 104.2 do GG. Em sentido algo divergente, STEFAN BANDEL, *Einstweiliger Rechtsschutz im Schiedsverfahren*, Kap. 2.B.I.5.

<sup>(13)</sup> Em sentido contrário, WOLFGANG KÖHN, *Vorläufiger Rechtsschutz und Schiedsgerichtsbarkeit*, IPRax 1987, 47-62 (54 e seg.).

10. Compreendidas as razões que determinam a doutrina alemã a admitir a decretação do *Arrest* por tribunais arbitrais, há que retomar a questão que acima se deixou em aberto. Não está sob contestação que toda e qualquer pronúncia cautelar implica o exercício de uma competência declarativa. Quando o tribunal verifica que a providência requerida é a legítima e é legítima, está apreciando a pretensão do requerente. Neste sentido, toda a decisão implica o exercício de uma competência declarativa. Mas aquilo que teremos agora de determinar é se as providências cautelares, tal como concebidas no sistema português, não podem supor o exercício de poderes de autoridade desde logo aquando do respectivo decretamento.

Centrando-nos nas providências cautelares típicas, pensemos no arresto. Observemos os efeitos que esta providência desencadeia.

Dispõe o art. 622.º/1 do Código Civil, doravante abreviadamente CC, que os actos de disposição dos bens arrestados são ineficazes em relação ao requerente do arresto, de acordo com as regras próprias da penhora. Uma vez decretado o arresto, e independentemente da necessidade do respectivo registo, a ineficácia dos actos de disposição é automática. Não é necessária a prática dos actos concretos de execução do arresto para que o efeito substancial da medida se produza. O efeito substantivo do arresto produz-se num plano jurídico. O respectivo título é a decisão.

Pergunta-se: o arresto, enquanto determina a imediata ineficácia relativa de actos de disposição quanto a bens determinados, implica o exercício de poderes de autoridade pelo decisor? Se implicar, pode este arresto ser decretado por um decisor que não se encontre investido em poderes de autoridade?

Em resposta directa à segunda e indirecta à primeira interrogações, poderia ensaiar-se uma fuga para diante, fundada na nova distribuição de competências para a realização da penhora no processo executivo. Conforme resulta do art. 622.º do CC, globalmente considerado, há uma similitude funcional entre arresto e penhora. Ambos os actos determinam efeitos semelhantes, a saber e quanto ao que agora está em causa, a ineficácia relativa de actos de disposição quanto a bens atingidos por uma ou outra diligência. Sucede que, actualmente, os efeitos da penhora não têm por título



um acto judicial, antes adere a operações materiais levadas a cabo pelo agente da execução (v.g., comunicação electrónica dirigida à conservatória competente para que proceda ao registo da penhora de determinado imóvel ou apreensão efectiva de coisas móveis). Consequentemente, não pode dizer-se, sem mais, que os efeitos da penhora são produzidos por um acto praticado por um sujeito investido em poderes de autoridade. Assim, se a penhora implicar o exercício de poderes de autoridade, haveria que demonstrar que o agente da execução, apesar de ser um profissional liberal, que responde perante um colégio próprio, se encontra investido nesses poderes enquanto auxiliar do Estado na realização da Justiça. Mas a esta conclusão tem de aderir inelutavelmente um novo efeito: se o agente da execução é um auxiliar do Estado na realização da Justiça, se o Estado nele delega competência funcional para a prática de actos necessários à satisfação da pretensão executiva, então o Estado é responsável face às partes pela actuação processual do agente da execução.

A alternativa a esta conclusão seria a de entender que a penhora se transfigurou quanto aos poderes que implica porque mudou a competência funcional para a respectiva realização. Conclusão que não poderia aceitar-se: a natureza da penhora depende dos efeitos que ela repercute e não da natureza de quem a realiza. E por isso o recurso às novas regras sobre competência funcional para a realização da penhora seria uma fuga para diante no que respeita à qualificação dos poderes que determinam a ineficácia de actos praticados pelo titular de bens arrestados.

E implicarão, tanto o arresto, quanto a penhora, no que respeita à ligação entre estes actos e os respectivos efeitos substantivos, o exercício de poderes de autoridade?

Aqui há que introduzir um elemento mais na discussão. Até aqui, temos negligenciado um aspecto fundamental do arresto (e da penhora). Na verdade, o arresto não se caracteriza apenas pelos efeitos substantivos que produz, mas por aquilo em que consiste. Ora, o arresto consiste numa apreensão judicial de bens do devedor. A partir da decretação do arresto, deverão seguir-se logicamente uma série de actos de execução (v.g. apreensão efectiva dos bens, nomeação de depositário, registo do arresto). Mas a fonte da apreensão não são estes actos materiais, é a decisão. Consequentemente,

mente, a decretação do arresto implica a imediata apreensão judicial e jurídica dos bens arrestados, mesmo que a apreensão efectiva ou material seja necessariamente ulterior.

E aqui nos surge uma diferença muito relevante entre o nosso arresto e o *Arrest* do sistema germânico. Como vimos, este pressupunha duas fases distintas, sendo que uma primeira, o *Arrestprozess*, levava à criação de um título executivo de forma célere. A apreensão efectiva decorria já de um segundo procedimento, a *Arrestvollziehung*. E por isso, enquanto esta ficava reservada aos tribunais judiciais, aquele podia decorrer perante tribunais arbitrais. Ora se, no nosso sistema, a fonte da apreensão não são os actos materiais ulteriores à decisão, mas a decisão em si, não pode importar-se a conclusão da doutrina alemã relativa à arbitrabilidade do *Arrestprozess*.

Volta, deste modo, a ressurgir a interrogação acima deixada em aberto: pode uma apreensão jurídica de bens, cujo efeito substantivo se traduz na inoponibilidade de actos dispositivos ao requerente da providência, ser decretada por tribunais arbitrais?

Poderia responder-se imediatamente, com base num argumento formal, que não. Quando a lei identifica o arresto com uma apreensão *judicial*, a decretação da medida estaria reservada aos tribunais judiciais. Mas enquanto argumento formal, vale o que vale.

Determinante é saber se o decretamento de uma apreensão de bens constitui um acto de exercício de poderes de autoridade. E, aqui, a resposta é positiva. A restrição de faculdades fundamentais, integradas na situação jurídica do titular dos bens arrestados, por acto heterónimo, consubstancia o exercício de um poder de autoridade, sendo, por isso, possível qualificar, tanto o arresto, quanto a penhora, enquanto actos de exercício de poderes soberanos<sup>(14)</sup>.

Se o decretamento do arresto, só por si, implica o exercício de poderes de autoridade, perguntar-se-á se pode admitir-se que esta providência seja ordenada por tribunais arbitrais. Vimos há pouco que poderia ir buscar-se o caso paralelo da penhora. Dir-se-ia que se este acto, consubstanciador do exercício de poderes de autori-

---

(14) Para a penhora, ROSENBERG/GAUL/SCHILKEN, *Zwangsvollstreckungsrecht*, 11.º, CHBeck, § 1.IV.

dade, pode ser praticado por um sujeito de direito privado, nenhuma razão inerente à natureza do decisor arbitral poderia ser invocada no sentido da não arbitrabilidade do arresto. Mas esta conclusão provaria demais. Na verdade, o exercício de poderes de autoridade por sujeitos de direito privado no âmbito da acção executiva não só se fundam em norma habilitante, como ainda é acompanhado de uma responsabilidade do Estado pelos actos praticados por estes seus auxiliares. Ora, isto não sucede quanto à realização da Justiça através de tribunais arbitrais. Aí, o Estado dá-nos, inclusivamente, uma indicação muito forte quanto à não transferência de poderes de autoridade para os juizes arbitrais. Veja-se, neste sentido, o que sucede em sede de competência para a execução das decisões arbitrais: esta foi retirada ao tribunal arbitral.

11. De quanto se disse, pensamos dever reter uma conclusão quanto ao ponto ora em análise: se a ausência de competência executiva não pode ser invocada como argumento contra a arbitrabilidade de pedidos cautelares em geral, não pode, no que seria o pólo oposto, admitir-se a decretação arbitral de medidas cautelares que impliquem o exercício de poderes de autoridade.

### **3.2. Natureza das decisões arbitrais e factores de ordem pragmática**

12. No ponto anterior vimos que não é possível deduzir a falta de competência cautelar dos tribunais arbitrais da falta de competência executiva destes tribunais.

O que pode perguntar-se, em seguida, é se da dissociação entre competência declarativa e competência executiva não resultam obstáculos de natureza pragmática ao reconhecimento de competência cautelar dos tribunais arbitrais.

Esta linha de raciocínio foi também percorrida pela doutrina alemã. Com base nela sustenta-se a incompetência dos tribunais arbitrais em matéria cautelar com um fundamento extraído da natureza das decisões arbitrais. Sustenta-se que não teria sentido propor uma competência arbitral em matéria cautelar uma vez que as decisões proferidas por tribunais arbitrais não são susceptíveis de

execução imediata <sup>(15)</sup>. Na verdade, estas decisões estão sujeitas a um processo de concessão de *exequatur*, processo que corre perante os tribunais estaduais. Ora, afirma-se, sustentar a competência dos tribunais arbitrais em matéria cautelar significa aceitar uma competência que, podendo ser exercida atendendo à urgência de uma tutela provisória, ao não determinar o proferimento de uma decisão equiparada às decisões judiciais, implicará um atraso na obtenção de tutela efectiva. Assim, se o requerente de uma providência só pode almejar ao sucesso do que requer se demonstrar a natureza urgente do respectivo decretamento, dificilmente se poderia propor a competência cautelar de órgãos, cuja intervenção determina o protelamento da tutela. Sob este aspecto, os tribunais arbitrais veriam a respectiva competência cautelar denegada em benefício dos tribunais estaduais, posto que as decisões por estes proferidas produzem imediatamente os efeitos típicos das decisões judiciais <sup>(16)</sup>.

Se bem que a não equiparação das decisões proferidas por tribunais arbitrais às decisões proferidas por tribunais estaduais fosse um argumento forte no sentido da incompetência em matéria cautelar dos tribunais arbitrais, certo é que ele não impressionou o legislador da ZPO aquando da reforma de 1998. Na verdade, e apesar de se manter o *exequatur* como requisito de exequibilidade da decisão arbitral (cfr. § 1060 da ZPO), reconhece-se competência aos tribunais arbitrais para o decretamento de medidas cautelares (cfr. § 1041 da ZPO).

Independentemente de outras razões que possam determinar uma diversa ponderação do problema da arbitrabilidade de pedidos cautelares perante a ordem jurídica portuguesa, retenha-se, desde já, um aspecto quanto aos obstáculos pragmáticos inerentes à concessão de *exequatur*: a nossa ordem jurídica não exige este tipo de procedimento para que a decisão arbitral seja exequível. Acolhendo o princípio da equiparação total entre decisão arbitral e

---

<sup>(15)</sup> DIETER LEIPOLO, Buchbesprechung zu Gisbert Brinkmann, ZJP 94 (1981), 97-99 (99).

<sup>(16)</sup> Sobre este ponto, DIDIER SANGIORGIO, Vorsorglicher Rechtsschutz in internationalen Schiedsgerichtsverfahren nach schweizerischem Recht, Aachen 1997, p. 118 e seg.

decisão judicial, atribuiu o legislador natureza idêntica aos dois tipos de decisões.

### 3.3. Natureza provisória da decisão cautelar e concessão de *exequatur*

13. Uma terceira ordem de argumentos que se invocava contra a arbitrabilidade de pedidos cautelares resultava, segundo SCHWAB, da impossibilidade de concessão de *exequatur* a decisões provisórias<sup>(17)</sup>. Segundo este autor, só decisões que contivessem comandos definitivos seriam susceptíveis de *exequatur*. Porque, por natureza, as decisões cautelares são provisórias, sendo consequentemente insusceptíveis de *exequatur*, não poderia reconhecer-se competência cautelar aos tribunais arbitrais. Na verdade, se assim se fizesse, estaria a admitir-se o proferimento de decisões que, por não serem susceptíveis de execução (porque não são susceptíveis de *exequatur*), seriam totalmente inúteis.

Para além da circunstância de esta linha de argumentação apenas se poder estender às decisões cautelares que não fossem acatadas pela parte requerida, bastará reforçar o que já se disse anteriormente quanto à equiparação, na ordem jurídica portuguesa, das decisões arbitrais às decisões judiciais para que este fundamento de eventual não arbitrabilidade de pedidos cautelares possa ser aqui abandonado.

### 3.4. Natureza provisória da decisão cautelar e execução

14. Problema distinto, mas que do anterior poderia aproximar-se, respeita à exequibilidade de decisões cautelares, perguntando-se se elas são susceptíveis de execução. Seja qual for a resposta a dar a esta interrogação, repare-se que ela não é influenciada pela natureza arbitral da decisão, mas apenas pela respectiva provisoriedade. O que estaria em causa seria determinar se uma decisão, cujo dispositivo é por natureza provisório e que a lei não qua-

---

(17) Schiedsgerichtsbarkeit. Kommentar, Kap. 7.I.3a).

lifica como sentença, pode constituir título executivo. Mas esta questão merecerá idêntica resposta provenha a decisão cautelar/provisória de um tribunal estadual ou de um tribunal arbitral. Assim, porque não há particularidades decorrentes da natureza arbitral do decisor que devam ser consideradas na resolução do problema relativo à exequibilidade das decisões cautelares, estamos perante o problema geral da exequibilidade de comandos provisórios. Consequentemente, a resposta que a ele se der não implicará nenhum efeito desvantajoso para as decisões cautelares proferidas por tribunais arbitrais. Podemos, assim, deixá-lo de lado pois que ele em nada nos ajudará na resposta à questão da arbitrabilidade de pedidos cautelares.

#### 4. Competência cautelar arbitral, natureza do decisor e natureza do decidido

15. De quanto se disse até ao momento, pensamos poder concluir que nenhum dos argumentos invocados no sentido da não arbitrabilidade de pedidos cautelares pela doutrina alemã antes da reforma da ZPO de 1998 impunha a conclusão que deles se pretendia extrair. Na verdade, cremos que, perante o silêncio do legislador<sup>(18)</sup>, só poderia justificar-se uma incompetência cautelar dos tribunais arbitrais se alguma coisa relativa quer à natureza das medidas cautelares, quer à natureza dos tribunais arbitrais, nos levasse a semelhante resultado.

Mas, veja-se: afastar a arbitrabilidade de pedidos cautelares, atendendo à natureza do decisor ou das medidas, leva-nos aos argumentos já anteriormente avançados. E, de quantos percorre-

---

(18) Veja-se que o problema pode e deve ser equacionado em moldes totalmente distintos perante sistemas em que o legislador tomou uma posição expressa no sentido da não arbitrabilidade de pedidos cautelares. Assim sucede em Itália, uma vez que o art. 818.º do CPC (it) dispõe, claramente, que os árbitros não podem conceder o *sequestro* ou outra providência cautelar. Sobre o sistema italiano, vejam-se, DINO/MAMMONE, I provvedimenti d'urgenza nel diritto processuale civile e nel diritto del lavoro, Giuffrè, Milano 1997, n.º 123; LAURA SALVANESCHI, Mesures provisoires et arbitrage en droit italien, in Les mesures provisoires en droit belge, français et italien. Étude de droit comparé, dir. COMPERNOLLE/TARZIA, Bruylant, Bruxelles 1998, 447-460.

mos, um há que pode ser efectivamente reportado à natureza do tribunal e que se repercute nas medidas que este tribunal pode decretar. Referimo-nos às medidas cautelares, cuja decretação implica o exercício de poderes de autoridade.

Aliás, temos um bom indício quanto à inexistência de constrangimentos gerais à arbitrabilidade de pedidos cautelares na aceitação generalizada, quer em sistemas estrangeiros, quer em esquemas de direito internacional, da competência dos tribunais arbitrais para decretarem medidas provisórias. E facto é que, para além da já referida inversão do sistema alemão que actualmente prevê a competência dos tribunais arbitrais em matéria cautelar, encontramos outros sistemas que contêm idêntica solução <sup>(19)</sup>.

## 5. Execução e controlo judicial da decisão arbitral cautelar

16. Pareceria que se poderia concluir já o presente estudo, afirmando-se, sem ulteriores considerações, uma competência dos tribunais arbitrais para o decretamento de medidas cautelares.

Há, no entanto, uma questão que deve ainda ser ponderada em toda esta problemática se bem que, e antecipando já o resultado final, ela não respeita apenas à execução de decisões arbitrais proferidas em matéria cautelar, mas à execução de decisões arbitrais em geral.

Perguntar-se-á se os tribunais estaduais têm competência de controlo da legalidade das decisões arbitrais antes de procederem à respectiva execução. Poderia pensar-se que, tendo os tribunais estaduais, uma competência de controlo das decisões a executar, novos obstáculos de oportunidade se levantariam quanto ao reconhecimento da competência dos tribunais arbitrais em matéria cautelar.

---

<sup>(19)</sup> MATTHIAS HERDEGEN, *Einstweiliger Rechtsschutz durch Schiedsgerichte in rechtsvergleichender Betrachtung*, RIW/AWD 1981, 304-305 (305); JACQUES NORMAND, *Les mesures provisoires et l'arbitrage*, in *Les mesures provisoires em droit belge, français et italien. Étude de droit comparé*, dir. COMPERNOLLE/TARZIA, Bruylant, Bruxelles 1998, 461-471; GIDE LOYRETTE NOUËL, *Le droit français de l'arbitrage*, Juridictionnaires Joly, Paris, n. 305; DIDIER SANGIORGIO, *Vorsorglicher Rechtsschutz in internationalen Schiedsgerichtsverfahren nach schweizerischem Recht*.

Dir-se-ia que, se o tribunal estadual pudesse *cassar* a medida decretada pelo tribunal arbitral, de nada serviria conceder uma competência primária a estes órgãos em matéria urgente. Os benefícios do rápido decretamento seriam anulados pela paralisação dos efeitos úteis da decisão. Com fundamento nesta competência de controlo concluir-se-ia pela incompetência do tribunal arbitral para decretar medidas cautelares, reservando-se esta competência para os tribunais estaduais, cujas decisões não podem ser destruídas pelo juiz da execução.

Se é verdade que a existência de uma competência de controlo relativamente a decisões arbitrais pode implicar um atraso na execução (antes de serem praticados actos de agressão que garantam, efectivamente, a tutela da situação jurídica do exequente, o tribunal tem de pronunciar-se sobre a legalidade do comando contido na decisão arbitral), certo é que se a parte requeresse exactamente a mesma medida junto do tribunal estadual, não obteria decisão favorável. Ou seja, a parte que vê paralisada uma decisão arbitral que contém um dado comando que não seria decretado por um tribunal estadual não se vê pior colocada do que aquela que recorre, inicialmente, ao tribunal estadual. Nem num caso, nem no outro, é possível obter a execução da obrigação nos termos queridos pelo requerente da providência.

Ora, o que se pode perguntar é se, sendo efectivamente atribuída uma competência de controlo aos tribunais estaduais aquando da execução de decisões arbitrais<sup>(20)</sup>, o protelamento desta execução é obstáculo pragmático suficientemente forte no sentido da supressão da competência cautelar dos tribunais arbitrais.

Aqui, há que proceder à ponderação dos interesses da parte que pode ser prejudicada com este atraso. E, para que a situação seja juridicamente possível, teremos de estar a referir-nos a um

---

<sup>(20)</sup> Sobre o poder de controlo da decisão arbitral pelo tribunal estadual, vejam-se, todos do CPC, os arts. 812.º-A/1a, que dispensa o despacho liminar nas execuções fundadas em decisões arbitrais, 812.º-A/3c, que impõe ao funcionário judicial que desencadeie a intervenção liminar do juiz quando a execução se funde em decisão arbitral e o funcionário (?) tenha dúvidas (?) quanto à arbitrabilidade do litígio, e 820/1 que, quanto ao que ora nos interessa, confere poderes ao juiz para conhecer das questões a que alude o art. 812.º/2 até ao primeiro acto de transmissão de bens penhorados.



requerente que tenha visto aceite o que requereu. Se assim é e se o requerente escolheu dirigir-se ao tribunal arbitral (o que apresenta a imensa vantagem de estar a sujeitar-se a apreciação do pedido cautelar ao tribunal que terá já um contacto com a causa), não pode afirmar-se que o eventual atraso na execução, decorrente do exercício de um controlo liminar, não tenha sido por ele integrado como necessário atendendo à jurisdição que escolheu. Por esta razão, diremos que mesmo que os tribunais judiciais controlem a decisão arbitral antes de procederem à respectiva execução, não poderá, com base neste poder de controlo, negar-se abstractamente competência cautelar ao tribunal arbitral. Só considerações da situação concreta poderiam determinar uma inversão desta conclusão. No entanto, e como vimos, na situação concreta, a parte aceitou a jurisdição arbitral, tendo de conformar-se, não apenas com os benefícios, mas também com as desvantagens que esta sua escolha acarrete.

Inerente ao que acaba de dizer-se está um problema de competência. Com efeito, defendemos que os obstáculos de natureza pragmática, decorrentes do exercício de um poder de controlo, são negligenciáveis na medida em que a parte escolheu sujeitar a apreciação do pedido cautelar ao tribunal arbitral. Se este poder de escolha existe efectivamente ou não, é aspecto que adiante veremos.

## **6. Fonte e extensão da competência cautelar dos tribunais arbitrais**

17. Até aqui, aceitámos como possível a arbitrabilidade de pedidos cautelares. Na verdade, esta competência não pode dizer-se necessariamente excluída das competências dos árbitros, ponderada natureza deste tipo de decisor.

Mas, perguntar-se-á, qual é a fonte da competência cautelar do tribunal? A lei ou a convenção?

---

<sup>(21)</sup> Para uma análise das diferentes posições, STEFAN BANDEL, *Einstweiliger Rechtsschutz im Schiedsverfahren*, Kap. 1.A.

Também este problema foi discutido na Alemanha <sup>(21)</sup>. O que pretendia saber-se era se seria necessária uma norma habilitante do exercício de competência cautelar pelos tribunais arbitrais, se, ao invés, bastaria uma convenção das partes nesse sentido ou, ainda, se, existindo uma norma de fonte legal, seria necessária uma convenção das partes que atribuísse competência cautelar ao concreto tribunal arbitral. Como é evidente, queria-se saber como proceder quando a lei habilitasse o exercício de competências cautelares por tribunais arbitrais, em geral, e as partes, aquando da celebração da convenção de arbitragem (ou mesmo em momento posterior) nada dispusessem acerca desta competência, em concreto. Estaria o tribunal habilitado a decidir medidas cautelares? Apesar de a doutrina não responder uniformemente a esta interrogação antes da reforma da ZPO de 1998, nesta data o legislador alemão resolveu-a expressamente, reconhecendo competência cautelar aos tribunais arbitrais e, mais ainda, reconhecendo competência cautelar ao concreto tribunal arbitral instituído pelas partes, salvo se as partes houverem previsto outra coisa. Consagrou-se, assim, a regra dos *implied powers*, acolhendo-se a posição favorável à competência dos tribunais arbitrais (*kompetenzfreundlich*), vertida da Lei-modelo da CNUDCI <sup>(22)</sup>.

18. Se tentarmos determinar a fonte da competência cautelar dos tribunais arbitrais, diremos que a fonte abstracta da competência dos tribunais arbitrais é a lei, sendo a fonte concreta a convenção das partes. Isto equivale a dizer que é o sistema que, em última instância, admite ou rejeita a competência cautelar dos tribunais arbitrais, repercutindo efeitos sobre a validade de convenções que regulem esta matéria.

Mas, repare-se. Dizer que a fonte abstracta da competência cautelar é o sistema não significa afirmar que tem de haver uma disposição específica atributiva de competência cautelar aos tribunais arbitrais. Aqui, encontramos-nos perante o entrecruzar de heteronomia e autonomia: basta que exista uma norma habilitante da aceitação autónoma da competência cautelar dos tribunais arbitrais

---

(22) STEFAN BANDEL, *Einstweiliger Rechtsschutz im Schiedsverfahren*, Kap. 1.A.I.2.

e que essa aceitação não viole os limites que o mesmo sistema impõe àquela autonomia.

Em todo este debate, o nosso sistema dá-nos algumas pistas, se bem que nenhuma concretamente pensada para os tribunais arbitrais. Em primeiro lugar, aceita a regulação autónoma (art. 405.º do CC, em concretização do art. 2.º da Constituição da República Portuguesa). Em segundo lugar, contém regras das quais se retira que o decisor pode ter decidir cautelarmente. Por outro lado, vimos que não há argumentos ligados à natureza do decisor arbitral que nos imponham excluir a competência cautelar, salvo quando esta implicar o exercício de poderes de autoridade. Todos estes vectores nos apontam no sentido de o sistema aceitar, abstractamente a competência cautelar dos tribunais arbitrais. Se, depois, a fonte concreta dessa competência é uma convenção ou uma disposição legal atributiva de competência cautelar aos tribunais estaduais (v.g., a LOFTJ), é questão de ordem diversa.

Reportando-nos à competência cautelar dos tribunais arbitrais, temos, assim, uma fonte abstracta e uma fonte concreta. No entanto, e no que à fonte concreta respeita, há que ter em atenção que as partes não têm de afirmar expressamente a competência cautelar na convenção de arbitragem. Elas podem simplesmente delimitar a competência do tribunal arbitral por referência ao objecto da arbitragem, nada dizendo quanto aos tipos de comandos (provisórios ou definitivos) que o tribunal pode emitir. Nestas situações, que serão seguramente a regra entre nós, saber se o tribunal tem ou não competência para decretar medidas cautelares é questão que só pode ser respondida através da interpretação normativa da convenção. O que haverá que saber é o que terão as partes querido (normativamente) estipular quanto à competência cautelar dos tribunais arbitrais.

Devendo a convenção assumir a forma escrita, ela ficará sujeita ao regime previsto pelo art. 238.º do CC. Perguntar-se-á se deve, então, concluir-se pela ausência de competência cautelar caso as partes nada tenham prevista este respeito. Diremos que este resultado não é inelutável, dependendo do modo como foi demarcada a competência do tribunal arbitral. Na verdade, e apesar de as partes não terem previsto expressamente uma competência cautelar, pode resultar do modo como regularam a competência do tri-

bunal arbitral que este tenha poderes para conhecer e decidir tudo quanto respeite a determinado objecto. Se assim for, podem entender-se todas e quaisquer providências cautelares conexas com esse objecto como necessárias à efectiva resolução do litígio. No final, tudo dependerá da determinação do sentido juridicamente relevante da convenção.

19. Sendo impossível determinar o sentido da convenção quanto à competência cautelar do tribunal arbitral, que critério deve ser seguido? Deve concluir-se que as partes conferiram competência ao tribunal arbitral para decretar medidas cautelares? Ou deve inferir-se que esta competência foi negada?

Se olharmos a solução contida no § 1041.1 da ZPO, verificamos que se prevê que a competência cautelar só seja negada quando as partes a houverem excluído. O que significa que, na falta de declaração das partes nesse sentido, se presume a competência cautelar do tribunal arbitral. Era a *kompetenzfreundliche Sicht*. Dela resulta a afirmação da competência cautelar dos tribunais arbitrais quer nos casos em que as partes nada hajam dito, quer naqueles em que se apresente impossível determinar se aquela competência foi afastada<sup>(23)</sup>.

Como já se disse, o nosso direito interno nada diz quanto a este aspecto, na medida em que silencia sobre a competência cautelar dos tribunais arbitrais. O intérprete vê-se impellido a buscar uma solução em outros lugares do sistema. Uma primeira, expressa, que encontra é o art. 237.º do CC. Porém, a *fattispecie* desta disposição é totalmente inadequada se reportada à convenção de arbitragem.

Consequentemente, há que tentar compreender se o nosso sistema de arbitragem voluntária, globalmente considerado, é *kompetenzfreundlich* ou *kompetenzfeindlich*, ou seja, se o sistema é favorável ou desfavorável à competência dos tribunais arbitrais.

---

(23) Sobre a *Ausschlussvereinbarung*, STEFAN BANDEL, *Einstweiliger Rechtsschutz im Schiedsverfahren*, Kap. 1.A.II. Com especial relevância, veja-se o que o autor escreve quanto aos efeitos de uma sujeição da arbitragem, pelas partes, ao regulamento de uma qualquer instituição arbitral (p. 26 e segs.).

São escassos os pontos de apoio que encontramos na Lei n.º 31/86 para uma resposta definitiva a esta questão. No sentido de um sistema que se comporta de modo favorável à competência dos tribunais arbitrais encontramos os n.ºs 3 e 4 do art. 1.º que aceitam a arbitrabilidade de questões de natureza não contenciosa, bem como de litígios respeitantes a relações de direito privado que envolvam o Estado ou outras pessoas colectivas de direito público. Já as regras relativas à aferição e decisão sobre a competência são neutras no que ao nosso problema concerne. Na verdade, elas atendem a objectivos de natureza pragmática, como é o caso da não suspensão da instância arbitral para que seja apreciada, pelos tribunais judiciais, a decisão proferida sobre competência. Mas pode já considerar-se *kompetenzfreundlich* a regra segundo a qual a competência se considera fixada se não for posta em causa pela requerida até à apresentação da defesa quanto ao fundo da causa, não sendo este pressuposto susceptível de reapreciação oficiosa. No sentido de um sistema *kompetenzfeindlich* encontramos a reacção à incompetência do tribunal arbitral: a decisão proferida pelo tribunal arbitral é anulável. Apesar de uma violência aparente, esta consequência pode bem compreender-se se se ponderar que a competência do tribunal arbitral tem fonte convencional. Ora, se o tribunal arbitral for declarado incompetente, tal significa que ele apreciou questões que lhe não foram submetidas pelas partes, ou seja, que ele exorbitou os poderes de conhecimento que lhe haviam sido fixados no título. Por esta razão, os argumentos no sentido de um sistema que se apresente como *kompetenzfeindlich*, que se possam extrair da reacção à incompetência, não nos devem impressionar de tal modo que com base nele valorem esse mesmo sistema globalmente considerado. Ora, se atendermos a quanto dissemos, pensamos que os traços da lei, apesar de escassos, nos permitem afirmar que ela mais pende para ser *kompetenzfreundlich* do que *kompetenzfeindlich*. E, se assim é, o critério último, em caso de dúvida insanável quanto ao sentido da convenção no que à arbitrabilidade de pedidos cautelares concerne, deve ser *kompetenzfreundlich*.

## 7. Competência exclusiva do tribunal arbitral versus competência cumulativa ou subsidiária dos tribunais estaduais

20. Uma vez reconhecida competência cautelar aos tribunais arbitrais para o decretamento de medidas cautelares, há que determinar como se articula esta competência com a dos tribunais judiciais<sup>(24)</sup>, questão que Schwab/Walter afirmam não ser nada fácil de resolver<sup>(25)</sup>. Deverá o pedido cautelar ser necessariamente dirigido ao tribunal arbitral, sob pena de rejeição por verificação de excepção dilatória (celebração de convenção de arbitragem)? Pode o pedido ser indiferenciadamente dirigido quer ao tribunal arbitral, quer ao tribunal estadual? Ou deverá o pedido ser dirigido ao tribunal arbitral, salvo quando razões ponderosas permitirem a respectiva apresentação junto de tribunais estaduais?

Se pensarmos apenas nos efeitos decorrentes da convenção de arbitragem e supondo que dela resulta a arbitrabilidade de pedidos cautelares, concluiremos que a competência para o decretamento de medidas cautelares deve ficar reservada para o tribunal arbitral. Foi a este que as partes cometeram, exclusivamente, a resolução de um determinado litígio. Ora, se as partes preveniram a jurisdição dos tribunais estaduais em benefício de um tribunal arbitral, deve esta prevenção atingir toda e qualquer forma de exercício do poder jurisdicional em ligação com o objecto determinado na convenção.

21. Esta resposta deve, porém, ser reponderada, atendendo a alguns vectores. Estes são os seguintes.

Em primeiro lugar, a natureza típica do tribunal arbitral enquanto tribunal *ad hoc*<sup>(26)</sup>.

Em segundo lugar, a natureza urgente das providências.

---

<sup>(24)</sup> Sobre esta questão, STEFAN BANDEL, *Einstweiliger Rechtsschutz im Schiedsverfahren*, Kap. 6; MARIO LEITZEN, *Die Anordnung vorläufiger oder sichernder Massnahmen durch Schiedsgerichte nach § 1041 ZPO*, Kap. 9; DIDIER SANGIORGIO, *Vorsorglicher Rechtsschutz in internationalen Schiedsgerichtsverfahren nach schweizerischem Recht*, § 7; SCHWAB/WALTER, *Schiedsgerichtsbarkeit. Kommentar*, Kap. 17.a.

<sup>(25)</sup> *Schiedsgerichtsbarkeit. Kommentar*, Kap. 17.a.IV (p. 198).

<sup>(26)</sup> Chamando a atenção sobre este vector, que deveria ser considerado pelo legislador alemão no momento em que procedesse à reforma do sistema de arbitragem, FRANZ

Em terceiro lugar, a fonte dos poderes do tribunal arbitral. Em quarto lugar, a plenitude de jurisdição dos tribunais estaduais.

Se pensarmos nos dois primeiros vectores, diremos imediatamente que não pode aceitar-se que a parte deva esperar pela constituição de um tribunal arbitral para, só depois, sujeitar ao seu julgamento um pedido cautelar. A urgência das providências cautelares não é compatível com este compasso de espera (27).

Do que acaba de se dizer decorre a aceitação da regra da competência meramente subsidiária dos tribunais estaduais quando as partes hajam cometido a decisão de um litígio a árbitros e estes tenham competência para decretar medidas cautelares. Com efeito, os tribunais estaduais apenas poderiam ser considerados competentes para o decretamento de medidas cautelares quando não fosse possível recorrer, em tempo útil, ao tribunal arbitral. Distinguindo-se uma fase anterior e uma posterior à constituição do tribunal arbitral, afirmar-se-ia a competência subsidiária dos tribunais estaduais com base num princípio de necessidade (28).

Se bem que esta posição possa dizer-se conforme à ponderação dos dois primeiros vectores acima enunciados, parece-nos que a solução que melhor pode acautelar os interesses da parte requerente de uma providência é a que aceita uma competência concorrential entre tribunal arbitral e tribunal estadual. Com efeito, a natureza urgente das medidas cautelares deve impor o menor número possível de obstáculos de ordem formal à respectiva apreciação. Por esta razão, não deve impor-se, aquando da apreciação liminar da admissibilidade providência, a questão da competência do tribunal como uma grande questão. Ora, se pensarmos *v.g.* que o tribunal arbitral não tem competência para decretar medidas que impliquem o exercício de poderes de autoridade, recaindo, conse-

---

FLORIAN LASCHET, *Schiedsgerichtsbarkeit und einstweiliger Rechtsschutz*, ZJP 99 (1986), 271-290, n. 4.

(27) GEORGES LEVAL, *Le juge et l'arbitre. Les mesures provisoires*, in *Les mesures provisoires en droit belge, français et italien. Étude de droit comparé*, dir. COMPERNOLLE/TARZIA, Bruylant, Bruxelles 1998, 423-445 (431).

(28) Quanto aos argumentos que podem justificar a competência meramente subsidiária dos tribunais estaduais, DIDIER SANGIORGIO, *Vorsorglicher Rechtsschutz in internationalen Schiedsgerichtsverfahren nach schweizerischem Recht*, § 7.V.4b).

quentemente, esta competência cautelar na esfera dos tribunais estaduais, encontramos um ponto problemático na determinação da competência de um e de outro tribunal. E a eventual discussão que se travará em torno deste pressuposto processual sê-lo-á em prejuízo da rápida apreciação e conseqüente decretamento da medida cautelar <sup>(29)</sup>.

---

<sup>(29)</sup> Por esta razão, autores que defendem a subsidiariedade da competência dos tribunais estaduais, sustentam, simultaneamente, que esta subsidiariedade deve ser concebida de forma extremamente elástica e aferida de modo muito cuidadoso no caso concreto. Neste sentido, KAORU MATSUURA, *Schiedsgerichtsbarkeit und einstweiliger Rechtsschutz*, III.2.





## ASPECTOS INOVADORES DO PROJECTO DE REGULAMENTO DA AUTORIDADE DE CONCORRÊNCIA

*Pelo Dr. José António Veloso*

### *SUMARIO:*

I – Procedimento administrativo comum e questões de organização. –  
1. Análise de custos-benefícios e avaliação de resultados. – 2. Audições  
públicas. – 3. Critérios da política regulamentar a) Regulamentação por  
objectivos; b) Necessidade dos regulamentos. – 4. Deontologia: conflitos  
de interesses e questões afins: a) Conflitos de interesses; b) Período de in-  
ibição profissional; c) Outros princípios. – 5. Tópicos complementares:  
a) Propriedade da informação; b) Línguas de trabalho e comunicação com  
o público; c) Internacionalização do recrutamento. — II – Processo de  
infracções. – 1. Aspectos gerais. – 2. Autonomia do processo de infracções  
de concorrência. – 3. Uma reforma urgente: a expansão do contraditório:  
a) Audiência de revista; b) Debate sucedâneo da audiência de revista. –  
4. Sanções: esboço de uma doutrina da responsabilidade das empresas:  
a) Princípios básicos: fundamentação, avaliação permanente, publicidade;  
b) Critérios de responsabilidade dos indivíduos e das empresas. – 5. Co-  
autoria ou cumplicidade de administradores ou de pessoal superior. –  
6. Actos espontâneos de eliminação ou redução dos ilícitos. – 7. Graduação;  
*compliance programs*. – 8. Suspensão e dispensa das sanções. – 9. Exe-  
cução; plano de pagamentos. – 10. Apreensões e buscas. – 11. Nota Com-  
plementar: Um projecto de lei de carta de segurança para os infractores que  
colaborem com as autoridades.

Portugal tem desde o ano de 2003 uma autoridade *antitrust* independente, com o nome legal “Autoridade da Concorrência”. A Autoridade rege-se pelos Estatutos aprovados pelo Decreto-lei n.º 10/2003, de 18 de Janeiro, e pela Lei da concorrência, aprovada pela Assembleia da República em 11 de Junho do mesmo ano (Lei n.º 18/2003).

Publicamos na sequência alguns excertos do Projecto de Regulamento da Autoridade (previsto nos arts. 17.º e 26.º do cit. Decreto-lei), que supomos merecerem a atenção dos estudiosos, pelas inovações que trazem ao panorama das nossas autoridades independentes, e até das nossas instituições públicas em geral. Algumas dessas novidades reiteram simplesmente propostas já apresentadas em outras ocasiões, a começar pelo projecto de Regime geral das instituições de crédito, de 1992, e que não vingaram (quase sempre sacrificadas a programas gradualistas que, de per si razoáveis, acabam por ser esquecidos — com o resultado de que os estádios iniciais das reformas se consolidam e fossilizam *como se tivessem sido* o objecto último dos desejos e o limite absoluto das expectativas!); outras são ensaiadas pela primeira vez; mas todas elas, cremos, justificam quantos ensaios sejam necessários para que as nossas instituições melhorem, ou ao menos para que se compreenda que o trabalho não está acabado, e que é preciso retomar o impulso reformador.

As inovações que nos parecem merecer mais atento exame dizem respeito às matérias seguintes:

- definição de critérios de política regulamentar, v.g. análise de custos-benefícios e avaliação de resultados;
- audições públicas;
- expansão do contraditório no processo de infracções;
- esboço de uma doutrina da responsabilidade penal das empresas;
- *compliance programs*;
- buscas e apreensões;
- regras de prevenção de conflitos de interesses e questões afins de deontologia;
- avaliação pública da acção da Autoridade;
- regras sobre propriedade da informação;
- internacionalização das línguas de trabalho e do recrutamento do pessoal <sup>(1)</sup>.

---

(1) Posteriormente, foi preparado um projecto de lei sobre concessão de impunidade aos infractores que colaboram na descoberta e na prova dos ilícitos: regime que os norte-americanos chamam *leniency* ou *immunity*, e para o qual propusemos a designação de *carta de segurança*: v. a informação infra, II, 11.

O articulado é suficientemente auto-explicativo para dispensar comentários; e apenas os acrescentamos por sentirmos que a divulgação, sem mais, de um texto regulamentar poderia suscitar estranheza. Ainda assim, limitamos as anotações a um ou outro ponto de interesse muito imediato, quer para a articulação destas propostas com a nova legislação da concorrência (nacional e comunitária), quer para a inteligibilidade da sua inserção no desenvolvimento das nossas reformas económicas e financeiras, em especial no concernente às autoridades de supervisão e regulamentação <sup>(2)</sup>.

Dividimos a exposição em duas partes. Na primeira são coligidas, *seriatim*, algumas informações sumárias sobre matérias de organização e de procedimento. A segunda ocupa-se da regulamentação do processo de infracções e da doutrina das sanções, em especial das sanções das empresas. <sup>(3)</sup>.

---

<sup>(2)</sup> O Projecto aproveita o mais possível a letra dos Estatutos da Autoridade e da Lei da concorrência: o que não significa que em alguns dos trechos reproduzidos não seja imperativo divergir para melhor, *rectius*: para *menos mau*. Há de facto grande quantidade de lixo para reciclar, sobretudo na Lei. Para complemento de informações, v. o Relatório do Projecto e os manuais de procedimentos da Autoridade; uma síntese actualizada da regulamentação característica das nossas autoridades independentes encontra-se em Vital Moreira e Fernanda Maçãs, *Autoridades Reguladoras Independentes*, Coimbra 2003. O inventário exaustivo que este livro apresenta — quase vinte anos depois de termos começado o programa de modernização da economia portuguesa! — é *desolador*, e deveria estimular um sobressalto da inteligência e da vontade colectiva.

<sup>(3)</sup> Por surpreendente que pareça, tendo sido promulgada em 2003 uma nova Lei da concorrência, é necessário substituí-la; e não apenas porque a lei promulgada tem lacunas que a tornam obsoleta já de nascença — entre as quais algumas que resultam de não terem sido consideradas as implicações do Regulamento comunitário que entrará em vigor em Maio de 2004, e cujo teor era inteiramente conhecido à data da preparação da Lei! — mas também porque o texto é lastimoso. Que seja possível, para acompanhar a criação da *mais importante* das autoridades económicas, publicar como lei um texto desse nível, revela bem a que degradação desceu a nossa actividade legislativa. E ainda temos de estar muitíssimo gratos aos deputados que conseguiram expungir da proposta de lei alguns dos solecismos mais bárbaros. (Havia-os de tal monta que, ao fim de anos de cancerização galopante da linguagem e da técnica das nossas leis, ainda conseguiriam ser coisa inédita e causar verdadeira sensação. Para dar apenas um exemplo: a proposta dava aos poderes funcionais da Autoridade a designação de *direitos e facultades*. Sim, o leitor está a ler bem: *direitos e facultades!!!* Havia preceitos que aludiam aos *direitos e facultades da Autoridade de concorrência*). Infelizmente, sobraram do desbaste — e era inevitável que sobrassem — em número suficiente para causar ainda muitos arrepios.

## I

PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO COMUM  
E QUESTÕES DE ORGANIZAÇÃO

Começaremos por alinhar alguns apontamentos esparsos sobre uns quantos tópicos do Projecto em que existe novidade, seleccionados simplesmente, segundo um critério de exclusão de partes, por não contenderem com as matérias do processo dos ilícitos de concorrência e da doutrina das sanções, de que nos ocuparemos ulteriormente, em comentário mais extenso. Teremos de nos ater a limites de extrema perfunctoriedade: não porque alguns destes tópicos não sejam de importância comparável, ou até superior, aos da acção repressiva da Autoridade, mas porque cumpre não abusar do espaço generosamente concedido na publicação.

Refira-se, a abrir, o essencial do que o Projecto dispõe sobre os grandes instrumentos de fundamentação da política de concorrência. Esses instrumentos encontram-se previstos no art. 43.º:

## Artigo 43.º

*Fundamentação da política de concorrência*

1. A Autoridade reconhecerá em especial, como um dos seus deveres principais, o de desenvolver permanentemente e comunicar ao público de modo apropriado os conhecimentos teóricos e empíricos que sejam relevantes para a fundamentação da política da defesa da concorrência.

2. Para constituir, actualizar e comunicar ao público a base de conhecimento da política de defesa da concorrência, a Autoridade empregará, entre outros, os seguintes meios:

- a) Audições públicas;
- b) Análise de custos-benefícios e avaliação dos resultados;
- c) Estudos de mercado.

É cometimento fundamental da Autoridade, de cujos resultados dependerá em absoluto o haver ou não, no futuro próximo, algum progresso no panorama da concorrência na nossa economia, a criação e estabilização da *consciência social* e da *jurisprudência teórica e prática* de que nesta matéria ainda carecemos quase por completo. Não será a Autoridade, naturalmente, o único agente

desse cometimento; mas caber-lhe-á necessariamente o papel mais activo, e nenhum outro dos *inputs* previsíveis, da Comunidade e do Estado, poderá substituir o que dela se espera. Daí que o art. 43.º-1 defina o princípio de que constitui “um dos deveres principais” da Autoridade “desenvolver permanentemente e comunicar ao público de modo apropriado os conhecimentos teóricos e empíricos que sejam relevantes para a fundamentação da política da defesa da concorrência”.

O n.º 2 indica exemplificativamente três meios essenciais a que a Autoridade deve recorrer para prosseguir esse objectivo: *audições públicas, análises de custos-benefícios e avaliação de resultados, e estudos de mercado*. A regulamentação inspira-se nos modelos norte-americanos e na parte deles que se encontra já recebida na prática da Comissão; dos países europeus, foram consideradas sobretudo as legislações alemã, dinamarquesa e sueca.

### 1. *Análise de custos-benefícios e avaliação de resultados*

As disposições do Projecto sobre análise de custos-benefícios seguem de perto o projecto de nova Executive Order presidencial sobre directrizes da actividade regulamentar das agências federais, publicado por Robert Hahn e Cass Sunstein em 2002, e que aproveita a experiência de quase trinta anos acumulada naquelas agências<sup>(4)</sup>.

Em todos os processos de preparação de decisões de política reguladora, a Autoridade fará uma avaliação dos custos e benefícios das normas que pretenda ditar, em confronto com outras pos-

---

(4) Desde que uma Executive Order do Presidente Reagan lhes impôs, em 1980, a obrigação de justificar todas as regulations com análises de custos-benefícios (cfr. Executive Order No. 12,291, 3 C.F.R. 127 (1982), revista por último pela Executive Order No. 12,866, 3 C.F.R. 638 (1994), esta do Presidente Clinton). Note-se, porém, que, já antes da consagração de um dever geral de fundamentação em análise de custos-benefícios para todas as regulations federais, várias leis do Congresso e leis de Estados haviam determinado o mesmo para certos regulamentos e decisões administrativas. A primeira lei do Congresso que impôs esse encargo a uma autoridade federal foi o Electronic Fund Transfer Act de 1976, para as regulations decretadas pela Reserva Federal (sobre esta determinação, v. o nosso estudo *Electronic Banking*, *Scientia Iuridica* 36 (1987) 77 ss., 98).

sibilidades razoáveis, inclusive a de se abster de emitir uma decisão. É o que dispõe o art. 50.º. O mesmo preceito acrescenta ainda, para evitar entendimentos restritivos e querelas escolásticas, que

“A análise de custos-benefícios será entendida com a máxima latitude possível, atentos os resultados consolidados da teorização científica, de modo que não se confine a uma orientação conceptual particular dentre as igualmente idóneas do ponto de vista da fundamentação teórica e da legitimidade ética e política, e incluindo, designadamente, análises de custos-efeitos e de riscos-riscos”.

Entretanto, é indispensável, para prevenir as fraudes burocráticas, e sobretudo o falseamento deste dever em exames viciados, incompletos ou — o caso mais frequente — formalísticos e vácuos, definir um elenco obrigatório de tópicos e outras regras com alguma especificidade a que a análise deve obedecer. (5). Disso se ocupa o art. 51.º:

#### Artigo 51.º

##### *Tópicos obrigatórios*

1. Em execução do disposto no artigo anterior, a Autoridade
  - a) Definirá e caracterizará, com a precisão possível, o problema que pretende resolver e as suas implicações e importância para a política de defesa da concorrência;
  - b) Demonstrará que a decisão considerada deve ficar a cargo da Autoridade, e não ser deixada, de preferência, a outras autoridades nacionais e comunitárias;
  - c) Indagará se as leis e regulamentos em vigor dão causa ao problema que se quer resolver, e se a sua modificação seria suficiente para obter o mesmo ou melhor resultado;
  - d) Ponderará todas as possibilidades de decisão com custos e riscos menores, quer para os directamente interessados e para o público em geral,

(5) Nesse sentido o conselho unânime dos comentadores americanos e o projecto Hahn-Sunstein cit.. A necessidade de regras que especifiquem o programa da análise é evidenciada na própria experiência norte-americana, em que a par de monumentais estudos, que constituem o acervo principal da teoria e da prática da análise de custos-benefícios e metodologias afins, abundam os exercícios fictícios de auto-justificação burocrática. O que não é objecção aos métodos, nem às normas jurídicas que os imponham: convém simplesmente tomar as cautelas possíveis para que o preço a pagar pela condição humana (de que a condição burocrática é um departamento ontológico particular) não seja excessivo.

quer para as autoridades, bem como a possibilidade de a substituir por acções públicas de outra natureza, por exemplo distribuição de informação que seja idônea para orientar as escolhas dos agentes económicos; como regra, juntamente com a decisão proposta, procurará considerar pelo menos duas hipóteses alternativas, das quais uma será mais restritiva, e outra menos;

- e) Especificará claramente, na medida do possível, os efeitos sobre grupos de rendimento e outros grupos-alvo, se os houver;
- f) Formulará conclusões, acompanhadas dos esclarecimentos que sejam convenientes relativamente ao valor de orientação que lhes deva ser atribuído, em razão dos dados empíricos, dos métodos e dos recursos materiais e humanos utilizados.

O n.º 2 — inspirado em outro bom conselho norte-americano — pretende garantir a idoneidade científica da análise, impondo à Autoridade uma clara definição dos seus limites. Para além deles, *pode* a Autoridade ter ainda alguma coisa, ou muito, que dizer: porventura coisas mais importantes do que as que admitem sustentação no âmbito da análise. E não deve deixar de fazer ao Governo as propostas que entenda convenientes. O ponto é que separe claramente as águas, e que nunca propicie, na recepção pelas autoridades ou pelo público, confusões nocivas do estatuto epistemológico do que caiba no âmbito da análise de custos-benefícios com o estatuto do que dela extravase:

2. Se a Autoridade entender que, embora não seja possível fazer, no âmbito próprio da análise, juízos firmes em sentido favorável ou desfavorável à decisão considerada, esta se justifica todavia, por serem de prever outros efeitos de instante interesse público, exporá a questão ao Governo, com a proposta que seja conveniente.

Com a análise *ex ante* vai de par a avaliação *ex post* dos efeitos das regras e das providências:

#### Artigo 52.º

##### *Avaliação de resultados*

1. A Autoridade realizará estudos de avaliação dos resultados da política regulamentar, e tomará as providências convenientes para evitar que se mantenham em vigor orientações que tenham deixado de satisfazer os critérios de justificação referidos nos artigos anteriores.



2. Do relatório anual constará sempre um epitome das avaliações de resultados realizadas durante o exercício, com extensão e pormenor suficientes para permitir à generalidade dos cidadãos de cultura média formar juízo não só sobre os frutos da acção regulamentar da Autoridade, mas também sobre a idoneidade dos seus processos de auditoria interna.

Naturalmente, a avaliação dos resultados da acção da Autoridade não pode ficar confiada apenas à Autoridade mesma — ainda que lhe incumba em primeiro lugar, e como tema de reflexão permanente. Mas é imperativo que esses resultados sejam objecto de exame por parte de observadores independentes: o que, de resto, não redundará só em benefício do Estado e do público, mas também no de quem a dirija ou nela preste serviço. Reconhecido o princípio, não carecem de justificação muito longa os corolários que dele são extraídos no art. 23.º do Projecto, a seguir transcrito. Note-se apenas que será erro completo supor que a avaliação externa, com publicidade dos pareceres, ponha em perigo o prestígio e a independência da Autoridade. Pelo contrário: *será na prática a melhor garantia de independência e de imunidade a pressões externas, venham elas de onde vierem.*

#### Artigo 23.º

##### *Avaliação dos serviços*

1. A Autoridade procederá a avaliações periódicas do desempenho dos serviços, globalmente e por sectores, confiadas a entidades externas, e que incluirão sempre sondagens de opinião entre os agentes económicos e sociais mais directamente interessados na sua actividade.

2. Os Directores das unidades de serviço apresentarão ao Conselho as observações e propostas que tiverem por convenientes, no prazo de trinta dias após o conhecimento dos pareceres das entidades avaliadoras.

3. No Relatório anual de actividade serão sumariadas as conclusões dos pareceres das entidades avaliadoras e dar-se-á conta do que haja sido decidido em razão delas.

4. Os pareceres das entidades avaliadoras poderão ser consultados na sede da Autoridade por quem o requerer.

Seriam boas regras para generalizar a todos os departamentos da administração pública central, local, *et cetera*, agora que parece enfim haver algum movimento no glaciário administrativo. Talvez as autoridades de maior requinte técnico possam ir dando o exemplo.

## 2. Audições públicas

Ao contrário das atribuições das autoridades sectoriais, como as de supervisão financeira e as da vigilância e regulamentação de ramos da indústria e do comércio, as da Autoridade de Concorrência têm como horizonte toda a economia nacional, e com a integração na política comunitária, até a economia da área da União Europeia. As condições da recolha e do processamento de informação numa autoridade com este âmbito de competência universal são inteiramente diversas das que valem para as autoridades sectoriais, e poderiam bem ser comparadas às dos órgãos legislativos. Tal como a informação sobre a vida social e económica que a política legislativa requer é demasiado complexa e dispersa para poder ser directamente acessível a quaisquer indivíduos ou grupos determinados, também é legítimo afirmá-lo da informação de que carecem — senão em todos os casos, pelo menos nos de maior incidência à escala da economia — as autoridades encarregadas de zelar pela livre concorrência. Só a sociedade no seu conjunto é detentora da informação necessária, e é inteiramente ilusório pensar que, sem uma política muito ampla de consultas, se possa, por excelentes que sejam os recursos humanos e materiais disponíveis, atingir graus satisfatórios de eficiência e de justiça. Sem *hearings* muito amplos e intensivos, não será possível, em muitos casos, nem recolher toda a informação que caracteriza um problema, nem prever os resultados das decisões, muito especialmente aqueles que possam vir a revelar-se como efeitos perversos, tarde demais para serem remediados <sup>(6)</sup>. Não surpreende pois que se reconheça universalmente a necessidade de proceder a audições públicas na pre-

---

<sup>(6)</sup> É frequente ver sublinhada a utilidade das audições públicas para a revelação de factos ocultos. E na verdade, a audição pode funcionar como uma espécie moderna de devassa, e ser o único modo de avaliar a dimensão real dos efeitos que um comportamento ou decisão empresarial tem na economia. Mas não se reduza a audição pública a essa perspectiva policial... As funções e utilidades da audição pública são *coextensivas com todas as vertentes e cambiantes da actuação das autoridades de concorrência*: é impensável, nas condições da economia moderna, e mormente de economias internacionalizadas, emitir regulamentos de concorrência, fiscalizar preventivamente concentrações, apreciar tarifas e acordos comerciais, sem recorrer a audições públicas como instrumento insubstituível de recolha e processamento de informação empírica e teórica.

paração de decisões das autoridades da concorrência: e isso até em países cuja administração pública tende a menosprezar os valores de transparência e cidadania que, antes daquelas utilidades, são a primeira justificação do procedimento.

A Lei da concorrência prevê as audições públicas como elemento do processo de investigação aprofundada a que se refere o art. 35.º. Na concepção do Projecto, o recurso a este procedimento é expandido — como trivialmente tinha de ser — para além do âmbito em que a Lei o considerou mínimo obrigatório.

#### Artigo 44.º

##### *Objecto das audições*

1. A Autoridade organizará audições públicas, como instrumento de preparação, fundamentação e divulgação das orientações de política regulamentar.
2. Haverá obrigatoriamente audições públicas para os seguintes fins:
  - a) Preparação de regulamentos e propostas legislativas;
  - b) Conhecimento empírico e teórico da estrutura, comportamento e rendimento dos mercados;
  - c) Investigação aprofundada a que se refere o artigo 35.º da Lei da Concorrência.

#### Artigo 45.º

##### *Anúncio e programa*

1. As audições serão anunciadas mediante aviso publicado em dois jornais diários de grande circulação e no sítio de rede da Autoridade, com antecedência suficiente para que todos os interessados possam requerer admissão a depor, e ser informados em tempo útil do que for decidido.
2. O objecto das audições constará de programa previamente elaborado pela Autoridade, e que será distribuído juntamente com o anúncio.
3. Não haverá audição sobre matérias que sejam segredo de empresa ou de negócio ou que criem risco grave para o interesse público.
4. No requerimento de admissão, os interessados indicarão sempre, de modo preciso, os tópicos dos programa sobre os quais pretendem pronunciar-se e darão as informações que entendam convenientes para que a Autoridade possa ajuizar do valor do depoimento.
5. Os requerentes que não sejam admitidos poderão sempre fazer exposições escritas, em substituição do depoimento oral.
6. Os requerentes que sejam admitidos indicarão representante que fará o depoimento, e que poderá ser acompanhado por dois auxiliares; em caso de impedimento inesperado, o representante não poderá fazer-se substi-

tuir, mas poderá entregar exposição escrita, que será lida no acto por pessoa designada pela Autoridade.

Artigo 46.º

*Regimento*

1. As audições públicas serão orientadas por uma junta constituída pelo Economista-Chefe, que presidirá, pelo Jurista-Chefe e por um técnico superior do quadro permanente, nomeado pelo Conselho sob proposta do Economista-Chefe.

2. O Conselho aprovará um Regimento das audições públicas, que será publicado na 2.ª Série do Diário da República.

Artigo 47.º

*Investigação de operações de concentração*

Para os efeitos da investigação aprofundada a que se refere o artigo 35.º da Lei da Concorrência, a Autoridade realizará audições públicas, em que serão admitidos a pronunciar-se sobre as operações investigadas os indivíduos e os entes colectivos que tenham nelas interesse legítimo e suficiente.

Artigo 49.º

*Supletividade*

As audições públicas não substituem os trâmites da investigação aprofundada regulados na Lei da Concorrência, nem prejudicam os direitos que a lei confere aos interessados, e que serão exercidos e reconhecidos independentemente de fazerem ou não uso deste procedimento.

Tem grande importância o modo como são definidos os requisitos de *legitimidade* para a participação nas audições públicas. O princípio pode ser proclamado em tom solene, para logo depois ser frustrado com uma definição inepta ou maliciosa dos pressupostos do acesso à audição. O art. 48.º ocupa-se desta delicada matéria:

Artigo 48.º

*Legitimidade*

1. Serão admitidos a pronunciar-se sobre as operações investigadas, como titulares de interesse legítimo e suficiente:

a) Os subscritores da notificação;

- b) Outras partes das operações de concentração planeadas;
- c) Os membros dos órgãos de administração das empresas abrangidas pelo plano de concentração, os representantes dos trabalhadores das mesmas empresas e os concorrentes no mercado ou mercados relevantes.

2. Serão ainda admitidos, mediante demonstração de interesse suficiente:

- a) Os fornecedores e os clientes das empresas que são partes das operações de concentração;
- b) Outros indivíduos e entes colectivos aos quais se deva reconhecer interesse legítimo por aplicação de algum dos critérios enunciados no artigo 12.º, números 1 e 2 da Lei da Concorrência.

A suficiência do interesse será, nestes casos, livremente apreciada pela Autoridade, tendo em conta a letra e o espírito dos preceitos de lei referidos na alínea b) e da regulamentação comunitária aplicável.

3. Os interessados que não forem admitidos poderão sempre pronunciar-se por escrito.

O catálogo de interessados baseia-se, como não poderia deixar de ser, na matriz conceptual da Lei da concorrência, mas desenvolve as regras segundo o modelo dos *hearings* dos processos de concentração comunitários. A redacção da Lei parece-nos muito deficiente. A Lei fala apenas, no art. 38.º, de “autores da notificação” e de “contra-interessados” (conceito do processo administrativo), e tem uma definição de contra-interessado, no n.º 3, que suscita perplexidade: “aqueles que, no âmbito do procedimento, se tenham manifestado desfavoravelmente quanto à realização da operação de concentração em causa”. Não basta decerto manifestar opinião desfavorável — o jornalista, o académico, o deputado que emitam opiniões críticas serão interessados? Obviamente, a cláusula restritiva “no âmbito do procedimento” tem por fim excluir essas e outras hipóteses exóticas. Mas será necessário saber o que significa realmente a cláusula: e ou não significa nada de preciso, ou, se for precisada pelos critérios mais óbvios, produzirá resultados inaceitáveis. Se, por exemplo, se usasse como critério da determinação do contra-interessado a participação, ou presença, ou chamamento ao processo, ou qualquer outra conexão com este já actualizada em fase anterior — quem dominasse o processo nas fases anteriores determinaria também a participação na audição pública. O que é erróneo: a audição pública destina-se pre-

cisamente a *abrir o processo*, impedindo que ele fique *cativo*, quer deste ou daquele indivíduo ou grupo, *quer dos próprios agentes do Estado que dele se encarregam*.

É portanto necessário trabalhar melhor os pressupostos de legitimidade, especificando o pouco ou nada que a lei diz; e não se estando aqui a legislar, mas simplesmente a fazer um regulamento, não há que pensar em óptimos, mas apenas em possíveis. Dá-se, porém, a circunstância feliz de já nos podermos confortar com regulamentos comunitários que têm normas satisfatórias. O que se propõe é decalcado dessas normas comunitárias.

### 3. *Outros critérios da política regulamentar*

O Projecto contém uma definição de outros critérios a que deve obedecer a acção regulamentar da Autoridade — além dos que resultam dos princípios gerais da Constituição e do Direito administrativo — e que constituem também novidade entre nós.

Os arts. 53.º e 54.º enunciam princípios gerais, dos quais sobressaem, pelo significado sistémico:

- o da *necessidade* dos regulamentos;
- o da *regulamentação por objectivos e resultados*.

Este último princípio, ao que cremos, é formulado pela primeira vez em texto normativo nacional; o princípio da necessidade tem alguns precedentes, mas não na forma que aqui recebe.

#### a) *Regulamentação por objectivos e resultados*

O princípio da regulamentação pelos resultados estabelece como directriz da actividade regulamentar a *preferência genérica pela definição de objectivos e resultados, em vez de actos ou modos de agir específicos*. É um imperativo simultaneamente de racionalidade e de liberdade (adaptação ao crescimento do saber, proposicional e tácito, disponível nos grupos sociais; deferência para com as escolhas e a iniciativa dos destinatários). A inspiração

para a fórmula foi mais uma vez colhida na doutrina norte-americana, e especialmente no projecto cit. de Hahn e Sunstein:

Artigo 54.º

1. Na medida do possível, os regulamentos definirão, como critérios de comportamento, objectivos e resultados, de preferência a actos ou modos de agir específicos.

b) *Necessidade dos regulamentos*

A formulação do princípio da necessidade que consta do Projecto pode parecer um tanto especiosa ou inintuitiva, mas resulta de um esforço de precisar com o indispensável rigor de conceitos o em que consiste a necessidade dos regulamentos. Não encontramos leis nem propostas estrangeiras que pudessem servir-nos de modelo imediato.

Artigo 53.º

*Necessidade dos regulamentos*

1. Na emissão de regulamentos, a Autoridade orientar-se-á pelo princípio da necessidade. Entender-se-á que o regulamento é necessário se existir risco considerável de que, a não tomar a Autoridade a iniciativa de o emitir e fazer executar, a lei geral seja interpretada e aplicada de modo incoerente, desigual ou desconforme com os seus fins, e houver fundadas razões para concluir que o regulamento constitui meio apropriado para obviar a esse risco.

2. Na exposição de motivos do regulamento, será sempre ponderada a hipótese de não regulamentar, dando-se conta explícita das razões que justificam que não tenha sido preferida.

3. Os mesmos princípios serão observados nas sugestões, propostas e pareceres legislativos que a Autoridade apresente ao Governo ou a outras autoridades.

Os critérios da necessidade dos regulamentos não coincidem com os da necessidade das leis. A justificação das leis decorre imediatamente da legitimidade ética dos fins e dos meios e das relações de sentido e empíricas entre uns e outros; não assim a dos regulamentos, que é aferida em primeiro lugar pelas condições de aplicação de uma lei pré-existente, que o regulamento deve especificar ou concretizar. O juízo de justificação do regulamento

decompõe-se pois em dois estratos: o da afirmação de que há um mal a remediar na aplicação de lei pré-existente; e o da afirmação de que o regulamento constitui meio conveniente para a remediação desse mal. No primeiro nível há um juízo sobre a necessidade de promulgar normas vinculativas que regulem a interpretação e aplicação de lei em vigor; o segundo nível é por sua vez analisável em dois juízos distintos: um juízo de adequação genérica da fonte regulamentar, em vez de outra fonte (v.g. lei, jurisprudência, norma interna da Administração), e um juízo de adequação específica das normas que são conteúdo do regulamento proposto, em vez de outras normas com soluções diversas.

Para precisar os critérios destes três juízos, inserimos no art. 53.º, n.º 1 a cláusula que dispõe que “(se) entenderá que o regulamento é necessário se existir risco considerável de que, a não tomar a Autoridade a iniciativa de o emitir e fazer executar, a lei geral seja interpretada e aplicada de modo incoerente, desigual ou desconforme com os seus fins, e houver fundadas razões para concluir que o regulamento constitui meio apropriado para obviar a esse risco”. A primeira parte da fórmula define o mal a remediar: risco de incoerência, de desigualdade ou de disfunção teleológica na interpretação e aplicação da lei. A segunda parte requer da Autoridade a justificação genérica e específica do remédio escolhido: fundadas razões para concluir que o regulamento constitui meio apropriado para obviar a esse risco. Com alguma redundância — mas há redundâncias úteis — o n.º 2 determina ainda que será sempre ponderada a hipótese de *não regulamentar*, e que será dada conta explícita, na exposição de motivos, das razões que justificam que não tenha sido preferida <sup>(7)</sup>.

A existir realmente défice normativo carecido de remédio, mas que não possa ser suprido por regulamento que satisfaça os critérios em que se decompõe o princípio da necessidade, deve a Autoridade *abster-se de regular* por si própria, e dirigir-se ao Governo ou a outras instâncias com as propostas que sejam convenientes. O n.º 3 do art. 53.º completa a regulamentação, dispondo que essas propostas ficam sujeitas a critérios análogos.

(7) Preceito expresso com o teor deste n.º 2, e que serviu de modelo, encontra-se no projecto Hahn-Sunstein.



c) *Outros princípios*

Princípios complementares de *diligência*, de *cooperação com outras autoridades* e de *inteligibilidade* são definidos nos n.ºs 2 a 4 do art. 54.º:

2. A Autoridade coligirá com diligência a informação social relevante para a regulamentação e cooperará com as outras autoridades nacionais e comunitárias de modo a evitar disfunções na actuação global dos poderes públicos. Sem prejuízo do disposto no art. 20.º da Lei da Concorrência, o procedimento fundamental de consulta pública serão as audições a que se referem os artigos 44.º e seguintes.

3. Será consagrada atenção especial à harmonização dos regulamentos da Autoridade com outros regulamentos administrativos em vigor, de modo a evitar contradições e redundâncias.

4. A linguagem utilizada nos regulamentos será sempre a mais simples e inteligível, seguindo-se, para suprir as dificuldades de compreensão que não possam ser evitadas, o disposto no número 1 do artigo 103.º, designadamente aditando ao regulamentos, como comentário oficial, as explicações em linguagem natural e as exemplificações casuísticas que sejam convenientes <sup>(8)</sup>.

15. *Deontologia: conflitos de interesses e questões afins*

A regulamentação que o Projecto propõe para estas matérias é, supomos, a mais completa até agora ensaiada. Na última década e meia não faltaram tentativas de fixar nas leis portuguesas normas expressas sobre conflitos de interesses <sup>(9)</sup>. Tentativas sempre frus-

<sup>(8)</sup> O artigo 103.º, inserto no cap. VI, sobre "Relações com o público", é transcrito infra, 15 b.

<sup>(9)</sup> Pela nossa parte, esta é a mais recente tentativa num rosário já com muitas contas. Remontam as nossas tentativas a um ensaio feito, já nem sabemos bem se nos anos 70 ou 80, em colaboração prestada a Raul Ventura, para a preparação do Código das sociedades comerciais. A intenção foi depois retomada quando em 1987 revimos, e em parte redigimos, o Título VII do Código, sobre delitos e sanções: tínhamos então a ideia de aproveitar a inovação que o Código penal de 1982 trouxera com a incriminação da infidelidade. Em 1992, ponderámos incluir normas sobre conflitos de interesses no Regime geral das instituições de crédito, mas pareceu conveniente não sobrecarregar com mais inovações essa lei profundamente reformadora; os artigos esquisitados, juntamente com bom número de outros, foram sacrificados ao famoso gradualismo doméstico — com o resultado pre-

tradas, por vezes em circunstâncias dignas da pena de um Mura-tori... ou de um Molière. Coube à Entidade Reguladora do Sector Eléctrico e à Autoridade Nacional de Telecomunicações o mérito de trazer algum movimento a esta viscosa estagnação. Os Estatutos destas Autoridades contêm disposições sobre incompatibilidades e inibições que vão um pouco além da insignificante rotina anterior (Estatutos da ERSE, aprovados pelo Decreto-lei n.º 44/97, de 20 de Fevereiro, art. 8.º; Estatutos do ICP-ANACOM, aprovados pelo Decreto-lei n.º 309/2001, de 7 de Dezembro, art. 21.º) (10).

---

visível de que não se passou do primeiro *gradus*, e tudo se mantém como ficou então, correndo-se o risco de se manter por muito tempo ainda... Também em 1992, fizemos sugestão análoga para a reforma da Lei orgânica do Banco de Portugal publicada nesse ano; mas optou-se por um arranjo mínimo, de dois ou três artigos apenas, e o assunto ficou adiado para a grande reforma que já se previa para o futuro próximo, e que veio realmente a ser feita em 1995 — sem tratar dele: sempre o gradualismo! Em 1995, deu-se, enfim, o milagre: numa revisão dos Estatutos do Instituto de Seguros de Portugal, foi possível fazer aprovar em Conselho de Ministros algumas regras sobre inibição posterior ao exercício de cargos (resto tímido de uns esboços mais ambiciosos, mas ainda assim com aquela distância infinita que há entre o zero e o alguma coisa). Mas o *djinn* do gradualismo tem imprevisíveis astúcias. E o decreto-lei com os Estatutos do ISP veio a soçobrar no veto de gaveta com que o Presidente da República de então congelou uma trintena de diplomas do Governo, nos últimos meses da legislatura, à espera de mudanças nas eleições seguintes... (Episódio notável da nossa história constitucional recente, e no qual soçobraram coisas de que ainda continuamos à espera, como a reforma dos notários). As mudanças vieram, e o novo Governo, após reexame do articulado, republicou-o sem alteração alguma que não fosse — muito naturalmente! — a supressão dessas regras. Pela mesma época fizemos ainda outras sugestões no mesmo sentido, em uma das inúmeras reformas da legislação do mercado de capitais promovidas pelo Ministério das Finanças — já lhes perdemos a conta.

(10) De conflitos de interesses *stricto sensu* ocupa-se o *Regulamento Ético* aprovado pela ERSE (v. esp. arts. 4.º, 5.º, 6.º e 10.º), e que merece vivo aplauso. O projecto de Lei-Quadro das Autoridades Reguladoras Independentes, publicado por Vital Moreira e Fernanda Maçãs (ob. cit., 257 ss.), inclui alguns preceitos sobre incompatibilidades e inibições (art. 17.º). É de sublinhar a proposta de um período de nojo de dois anos *antes*, e não apenas depois do exercício dos cargos, indo mais longe, nessa matéria, do que todas as leis e propostas que conhecemos (art. 17.º, n.º 1: “Não pode ser nomeado para o conselho directivo quem seja ou tenha sido, nos últimos dois anos, membro dos corpos gerentes das empresas sujeitas à jurisdição da Autoridade em causa, ou quem exerça ou tenha exercido, no mesmo período, quaisquer outras funções de direcção nas mesmas”). Parece-nos excessiva esta regra, e não apenas nas condições nacionais, mas em linha de princípio. No pólo oposto, supomos ser lícito exprimir alguma surpresa com a omissão completa, neste projecto de lei-quadro, das questões de conflito de interesses em sentido estrito. Se uma lei-quadro das autoridades *económicas* não tratar dos conflitos de interesses — *que lei se há-de ocupar deles?*

a) *Conflitos de interesses*

Para os conflitos de interesses em sentido estrito, foram seguidos modelos comuns nos E.U.A, sobretudo na distinção entre as duas categorias de conflito de interesses previstas nos arts. 37.º e 38.º — definida a de efeitos mais rígidos pelo critério da *possibilidade de efeitos causais*, e a de regime menos severo (aqui denominada “suspeição”) pelo da mera *ocasião de suspeita pública*; e bem assim no recurso combinado a princípios de impedimento e de publicidade. <sup>(1)</sup>

Artigo 38.º

*Conflito de interesses*

1. É proibido praticar acto de natureza funcional em situação de conflito de interesses.

2. Considera-se que existe conflito de interesses sempre que o acto funcional, por si próprio ou em conjugação com outros, e ainda que de modo não-intencional e com probabilidade muito diminuta, possa produzir, imediata ou mediata, efeitos favoráveis ou desfavoráveis sobre interesses materiais ou morais

- a) do agente ou do cônjuge,
- b) ou de parente ou afim, na linha recta ou até ao segundo grau da linha colateral, do agente ou do cônjuge,
- c) ou de sócio do agente ou do cônjuge,
- d) ou de empresa ou indivíduo de que o cônjuge seja administrador ou empregado ou de quem por outro modo dependa económica ou moralmente.

3. Para os fins do número anterior, equiparam-se ao casamento as relações de coabitação, aplicando-se por analogia os critérios do parentesco e da afinidade.

4. Sempre que exista risco de conflito de interesses, ou, não tendo sido previsto o conflito, logo que tenha dele conhecimento, deve o interessado informar prontamente o superior hierárquico directo, que tomará as providências necessárias para o substituir.

5. A substituição é obrigatória, excepto se o interesse particular se limitar a posição ou posições accionistas em sociedades abertas, e que não

---

<sup>(1)</sup> Como bem se compreenderá, foram ponderadas outras soluções conhecidas da experiência internacional, e em particular a de impor aos servidores da autoridade a gestão fiduciária das suas carteiras de títulos. Não é possível, porém, dar aqui conta, ainda que sumária, da reflexão feita.

excedam, no cômputo global e considerando todas as pessoas referidas no números dois e três, valor manifestamente irrelevante.

6. Todos os colaboradores têm o dever de informar o superior hierárquico directo de conflitos de interesses em que outrem incorra no exercício de funções, logo que cheguem ao seu conhecimento.

7. Das decisões tomadas nos termos dos números 5 e 6 será sempre dado conhecimento a todo o pessoal, por circular interna, e bem assim, pelo modo conveniente, ao público que o solicitar.

8. A violação dos deveres previstos nos números 4 e 5 é considerada falta disciplinar muito grave.

### Artigo 39.º

#### *Suspeição*

1. O interessado informará igualmente o superior hierárquico directo sempre que tenha conhecimento de quaisquer outras circunstâncias que possam criar no público a suspeita de que um acto funcional não seja determinado exclusivamente pelo zelo do interesse público, e designadamente:

- a) quando esteja em causa interesse relevante de parentes ou afins do agente ou do cônjuge até ao terceiro grau da linha colateral;
- b) quando esteja em causa o interesse de individuo ou empresa de quem o agente ou o cônjuge tenham sido sócios, administradores ou empregados, ou de quem tenham estado por outro modo dependentes económica ou moralmente.

2. Para os fins do número anterior, equiparam-se ao casamento as relações de coabitação, aplicando-se por analogia os critérios do parentesco e da afinidade.

3. O superior hierárquico decidirá da conveniência de substituir o interessado. Da decisão será sempre dado conhecimento a todo o pessoal, por circular interna, e bem assim, pelo modo conveniente, ao público que o solicitar.

4. A violação do dever previsto no número 1 é considerada falta disciplinar grave.

#### b) *Período de inibição profissional*

O art. 17.º-3 dos Estatutos da Autoridade determina, para os membros do Conselho, um período de inibição de dois anos depois do termo de funções. O art. 37.º desenvolve esse preceito.

## Artigo 40.º

*Período de inibição*

1. O Presidente, os membros do Conselho, o Fiscal, o Chefe de Gabinete, o Economista-Chefe, o Jurista-Chefe e os Directores de Departamentos e Gabinetes ficarão inibidos, durante dois anos contados a partir da data da cessação efectiva do exercício de funções na Autoridade, de prestar serviços ou de outro modo dar colaboração directa ou indirecta, de qualquer natureza e com ou sem remuneração, a empresas e associações de empresas que tenham estado interessadas em factos e actos denunciados ou investigados nos cinco anos anteriores àquela data e que se integrem no âmbito das atribuições da Autoridade e das atribuições correspondentes da Comissão Europeia, tenham ou não sido objecto de processo formal, e independentemente do sentido dos juízos e decisões que esses factos e actividades tenham merecido da Autoridade ou da Comissão.

2. A solicitação do interessado e mediante prova suficiente, o Conselho poderá determinar que, enquanto não obtiver, em actividade permitida, remuneração equivalente à que auferia na Autoridade, e pelo prazo de dois anos contados a partir da data da cessação efectiva de funções, lhe seja abonada remuneração mensal com o valor máximo de dois terços do valor daquela, e que será calculada de modo a não exceder a diferença entre as duas, e mensalmente reajustada para respeitar esse limite, respondendo o interessado a todo o tempo pela informação relevante. A omissão de informação terá como consequência necessária a perda integral do benefício, sem prejuízo de outras sanções que caibam por lei.

3. A remuneração arbitrada nos termos do número anterior será considerada, para os efeitos da legislação fiscal e de segurança social, como as remunerações auferidas no exercício de funções.

4. O disposto no número 2 será objecto de regulamentação em Norma de Serviço <sup>(12)</sup>.

*c) Outros princípios*

Os arts. 35.º a 37.º definem alguns outros princípios gerais, a começar pela identificação geral da deontologia da Autoridade com a deontologia da função pública, princípio que servirá de orientação nos casos de dúvida:

---

<sup>(12)</sup> Não transcrevemos os preceitos sobre incompatibilidades, que não têm nada de característico. V. tb. Estatutos, art. 14.º-3.

## Artigo 35.º

*Deontologia da função pública*

1. A actividade funcional, interna e externa, da Autoridade rege-se pela deontologia da função pública.

2. No exercício da sua actividade, os membros do Conselho e o pessoal da Autoridade prosseguem exclusivamente o interesse público, servindo-o com diligência, lealdade, imparcialidade e discrição.

Supomos que nos tempos que correm, em que as autoridades descarregam cada vez mais sobre os particulares encargos que officiosamente por lei lhes incumbem (fenómeno característico de todas as épocas de degradação do Direito e corrupção institucional), vale a pena reiterar os princípios do zelo, da iniciativa officiosa, e da limpidez:

## Artigo 36.º

*Oficiosidade*

A Autoridade zelará activamente pelo interesse público e promoverá de officio, nos termos da lei, tudo quanto for conveniente às suas atribuições.

## Artigo 37.º

*Limpidez e racionalidade*

A Autoridade actuará sempre de harmonia com os mais exigentes critérios de fiscalização, publicidade e controlo racional da legalidade e do mérito das suas decisões.

Concordando-se com o teor, em vez de “limpidez”, poderá ser preferido o agora vulgar “transparência”. Mas no bom estilo antigo dizia-se *limpidez de processos*.

No Anteprojecto, andou por estes artigos a famosa *accountability*. Questões de terminologia à parte, <sup>(13)</sup> estes artigos tratam da publicidade e da transparência, que são muitas vezes agregadas à *accountability* (como meios de a assegurar), mas não são propriamente a responsabilidade e responsabilização (prestação de contas) que constituem o núcleo essencial dela. A esse núcleo essencial aludem os termos “fiscalização” e “controlo racional”, mas

(13) Os Estatutos, art. 37.º, a propósito do relatório anual, usam “responsabilidade pública”, uma verbalização proposta pelo Centro de Coimbra, que é capaz de *pegar*, mas não faz muito sentido, porque todas as responsabilidades são públicas por definição.

também não o esgotam. O resto está distribuído por disposições várias (14).

No fim de contas, para a ideia da *accountability*, o melhor talvez fosse o mais simples: *responsabilidade* ou *responsabilização*.

### 5. Tópicos complementares

Dentre outros tópicos avulsos da regulamentação proposta, em que existe também alguma novidade, seleccionaremos ainda três para breve referência: a *propriedade da informação genérica produzida na Autoridade*; certos aspectos do *recrutamento e formação de pessoal*; e as normas sobre *línguas de trabalho e comunicação com o público*.

#### a) *Propriedade da informação*

Não sabemos se as regras que o Projecto dispõe sobre propriedade da informação têm precedentes nacionais. É matéria da maior importância quer para proteger o interesse público, quer para evitar situações que constituem grave desincentivo à colaboração dos especialistas qualificados de que as autoridades económicas carecem, e carecerão cada vez mais.

O Projecto distingue, na informação produzida na Autoridade, entre informação *específica* e informação *genérica*. A informação específica cai sob os deveres legais de segredo e não carece de outra regulamentação. A informação *genérica*, porém, não é em geral abrangida pelos deveres legais de segredo. A ela se refere o art. 41.º:

#### Artigo 41.º

##### *Propriedade da informação*

1. A informação genérica produzida na actividade funcional da Autoridade é propriedade exclusiva desta e não pode ser utilizada para outros fins,

(14) "Controlo racional" é fraca linguagem, que conviria melhorar (além de que a forma portuguesa só pode ser "control", por muito que nos queiram hoje, até com a autoridade da Academia das Ciências, impor como norma o "controlo").

divulgada em meios de comunicação de massa, nem cedida a outrem, ainda que a título não-remunerado, sem autorização expressa do Conselho, mediante apreciação prévia do texto em que seja exarada.

2. É livre, porém, a utilização de informação genérica não-confidencial em estudos científicos, desde que o modo e o meio de publicação satisfaçam inequivocamente os critérios reconhecidos na comunidade científica.

3. A Autoridade zelará pelos direitos morais de propriedade intelectual de todos os seus colaboradores e de terceiros.

4. A violação dos deveres previstos neste artigo é considerada falta disciplinar grave.

Vem a propósito sublinhar que, do ponto de vista das autoridades, à justiça destas soluções acresce uma vantagem táctica com grande interesse no nosso ambiente jurídico. Localizar a regulamentação no campo da propriedade intelectual — e da propriedade da informação (embora esta, enquanto tal, seja ainda conceito ignorado no Direito português) — ajudará a escapar de certas rábulas pseudotrabalhistas e pseudoconstitucionais, cujo tema são imaginários direitos de expressão ou de informação dos trabalhadores, e a que os nossos juizes dão demasiadas ensanchas. E como sempre acontece, os mesmos espíritos que pressurosamente reconhecem direitos inexistentes (e predatórios) — tendem a ignorar os autênticos direitos e as autênticas vítimas, quando, por exemplo, os trabalhos dos colaboradores das autoridades são indecorosamente plagiados. Daí o preceito do n.º 3, que impõe à Autoridade o dever de zelar pelos direitos morais de propriedade intelectual de todos os seus colaboradores e de terceiros <sup>(15)</sup>.

---

(15) Já aconteceu que uma autoridade, tendo facultado aos plagiários as obras, não só não zelasse pelos direitos patrimoniais de autor, de que tenha ficado detentora — assim atentando, em evidente infidelidade, contra o património institucional — mas também recusasse toda e qualquer providência de defesa dos direitos morais dos plagiados, defesa em que deveria até antecipar-se-lhes activamente, poupando-lhes o vexame adicional que sempre anda associado à necessidade de denunciar os factos; sem falar já em todas as agruras e custos que se seguem, se houver processo... Nem admira que, nos casos que conhecemos, os plagiados tenham preferido o silêncio. Resta saber se, para cúmulo, as instituições os não terão pressionado nesse sentido!



b) *Línguas de trabalho e comunicação com o público*

Todas as grandes autoridades económicas trabalham com línguas estrangeiras, e se há ainda défices graves na formação dos funcionários, que por vezes limitam demasiado a capacidade de comunicar com cidadãos e empresas de outros países, não se pode afirmar que não correspondamos, com energia e simpatia, às solicitações de uma economia aberta. Ainda assim, continuam a faltar modelos de regulamentação, que conviria fossem uniformes e de aplicação universal. Existe também alguma necessidade de estimular, na comunicação com o público, as virtudes da clareza, da inteligibilidade, da lealdade *activa* para com os destinatários, que todas cabem no princípio da boa fé hoje consignado no Código de procedimento administrativo.

A *aceitação do inglês como língua de trabalho, em todos os processos com aspectos internacionais*, deveria ser coisa de simples bom-senso e decência. Mais atenção merecerá o modo como o Projecto regula as questões do *risco linguístico* e da responsabilidade pelos *custos de tradução*. Na verdade, não basta aceitar uma língua estrangeira como língua de trabalho: é preciso encarar e fixar um módico de regras sobre essas questões.

Art. 57.º

*Línguas de trabalho*

1. É facultado aos cidadãos estrangeiros o uso da língua inglesa nas comunicações escritas, em papel ou electrónicas, com a Autoridade.
2. Serão sempre aceites documentos redigidos em inglês, ainda que oferecidos por cidadão português; quando forem oferecidos documentos redigidos em outra língua estrangeira, e que careçam de tradução, a Autoridade ordenará que ela seja apresentada.
3. Se a Autoridade tiver dúvidas sobre a idoneidade da tradução ou não estiver habilitada para a avaliar suficientemente, ordenará que seja apresentada, em prazo determinado, tradução feita por notário ou autenticada por funcionário diplomático ou consular; se a ordem não for cumprida no prazo fixado, a Autoridade nomeará perito para traduzir o documento a expensas de quem o tiver apresentado, e se isso não for possível, desentranhá-lo-á do processo.
4. A pedido dos interessados, os funcionários da Autoridade poderão receber e fazer comunicações orais na língua inglesa, se dela tiverem conhecimento suficiente. A Autoridade procurará assegurar que todos os seus ser-

vidores estejam aptos a utilizar a língua inglesa em comunicações orais com cidadãos estrangeiros.

5. O risco linguístico de todos os actos e processos, escritos e orais, em que não seja usada a língua portuguesa, correrá sempre pelos interessados em benefício dos quais se haja prescindido dela.

#### Art. 58.º

##### *Redacção dos autos*

(...)

4. As declarações prestadas por cidadãos estrangeiros em língua inglesa, segundo o disposto no artigo anterior, serão reproduzidas na forma original. Do mesmo modo se procederá com perguntas ou outras comunicações que na mesma língua hajam sido feitas aos declarantes.

A comunicação com o público, em actividade de supervisão e regulamentação cujo suporte científico está muitas vezes fora do alcance do comum dos cidadãos, e até de muitos economistas, deve ser também objecto de algumas directrizes. Destinam-se as que constam do Projecto, art. 103.º, a promover que todas as decisões e instruções da Autoridade sejam acompanhadas dos esclarecimentos de que os destinatários careçam para estarem em condições de efectivamente as compreenderem e por elas se orientarem na prossecução dos seus interesses práticos.

#### Artigo 103.º

##### *Comunicações enviadas pela Autoridade*

1. A Autoridade redigirá todas as suas comunicações de modo que os cidadãos de cultura média as possam compreender. Juntamente com os enunciados técnicos, será sempre facultada explicação suficiente, em linguagem natural, dos dados empíricos, das premissas e modelos teóricos e das conclusões pertinentes, com emprego de todos os meios idóneos de expressão linguística, de informação científica e de apresentação e organização da prova.

2. Nas comunicações com destinatário determinado, a Autoridade procurará prestar as explicações complementares de que o destinatário careça para bem compreender tudo quanto seja do seu legítimo interesse.

3. Nas comunicações com cidadãos estrangeiros, será usada a língua portuguesa, mas, sempre que possível, a comunicação será acompanhada de versão em inglês, com a advertência de que só o texto português vincula a autoridade, segundo fórmula uniforme que será aprovada por Norma de serviço para impressão em todas as folhas de papel oficial da Autoridade.

### c) *Internacionalização do recrutamento*

A regulamentação proposta tem como pontos salientes a *internacionalização dos quadros* e a *participação de entidades externas nos concursos de recrutamento*. A *contratação regular de estrangeiros* é indispensável para estimular a circulação de ideias, a actualização de conhecimentos, o espírito de iniciativa e a saudável emulação pelos *standards* mais elevados <sup>(16)</sup>.

#### Artigo 26.º

##### *Recrutamento e avaliação*

I. O pessoal será recrutado por concurso, que para os quadros superiores admitirá sempre candidatura de cidadãos comunitários.

---

<sup>(16)</sup> Cremos que é altura de abrir todos os quadros da função pública superior — na Administração central, directa e indirecta, nas câmaras municipais e nas outras instituições autónomas —, mediante concurso internacional, a estrangeiros da Comunidade Europeia. E *também* os quadros das magistraturas, das forças militares e de polícia, e de outras carreiras públicas em instituições vitais, que precisam de uma injeção imediata de sangue fresco. *Deveríamos antecipar-nos à — inelutável — evolução da Comunidade*, que dentro de uma década ou duas há-de superar muitas dessas barreiras, e algum dia superá-las todas. Sempre que tivemos a lucidez (e não deveria ser necessário usar a palavra “coragem”...) de não ficar à espera de decretos comunitários da 25.ª hora, e momento de renunciar às chamadas derrogações, quando adiar seria apenas prolongar a doença — o grande paradigma é a decisão histórica de acabar com as barreiras à circulação de capitais em 1993 — não nos arrependemos. (E se houver ainda hoje quem o lamente, pelo menos beneficiamos da muito sedativa circunstância de já não correremos o risco de ouvir *isso* dito em público!) Já hoje, de resto, é possível eleger estrangeiros para a presidência das câmaras municipais; e a decisão tomada há pouco pelos governos alemão e francês de passar a ter em todos os ministérios funcionários nascidos do (respectivamente) outro lado do Reno é um óbvio sinal do que está para vir. Deveríamos até, para certas instituições, fixar *quotas de contratação obrigatória* de cidadãos estrangeiros: solução urgente para as Universidades, que não têm nem podem ter o número crítico de professores verdadeiramente bons de que carecem, nem podem esperar que a elevação da cultura e da formação científica da população (que nem sequer será possível com o aparelho e os métodos actuais do ensino básico e secundário) lhes forneça o universo de bons estudantes do qual poderão, um dia, sair os números desejáveis de bons cientistas e bons *scholars*. (Nas Universidades, naturalmente, a rede deveria ser lançada a todos os continentes, e não apenas à Europa...) E não se fale de patriotismo a respeito destas decisões — a não ser para protestar alto e bom som que *não as tomar é que será* faltar ao amor da Pátria. Pois não foi a nossa mesma independência defendida, em momentos decisivos, com contribuição *sine qua non* de estrangeiros? A menos que se pretenda que não eram patriotas os nossos Reis, quando chamavam os Pessanhos e os Schomberts, os Clenardos e os Vandellis... e os biscaínhos, sem os quais talvez não existisse esse estilo entre todos *nacional* que é o manuelino!

2. Do júri dos concursos de admissão de pessoal superior farão sempre parte examinadores externos.

3. A Autoridade assegurará, pelo modo que for conveniente, a participação de entidades externas na avaliação do desempenho do pessoal dos quadros superiores.

4. A internacionalização dos quadros superiores será considerada como factor de desenvolvimento institucional. A Autoridade procurará assegurar a presença nesses quadros de cidadãos estrangeiros, recrutados por concurso ou por convite, e em especial de pessoas designadas ou recomendadas por autoridades de concorrência dignas de emulação.

### Artigo 27.º

#### *Formação*

1. É dever e direito de todo o pessoal adquirir e actualizar permanentemente os conhecimentos teóricos e práticos que sejam necessários para atingir o mais elevado rendimento que estiver ao alcance das suas capacidades pessoais, não só aproveitando conscienciosamente o ensino, o treino e as fontes de informação que lhe sejam proporcionados pela Autoridade, mas também, e sobretudo, por estudo próprio, espontâneo e diligente.

2. A Autoridade proporcionará ao pessoal condições de formação que lhe possibilitem adquirir e manter permanentemente actualizados os seus conhecimentos teóricos e práticos, segundo um critério equiparável aos que sejam aceites nas autoridades de concorrência dos Estados Unidos da América.

3. Na avaliação do desempenho do funcionário, não serão nunca consideradas alegações de falta de meios de formação facultados pela Autoridade, se as deficiências que lhe forem imputadas pudessem ter sido supridas por estudo próprio.

## II

### PROCESSO DE INFRACÇÕES

Concluídas estas notas preliminares sobre coisas que podem ser ditas em poucas palavras, passemos agora a matérias menos aprazíveis e que requerem prosas mais derramadas.

A Autoridade terá a seu cargo processos administrativos comuns (que têm agora o nome legal genérico “procedimento

administrativo”, e de que trata o Código de procedimento administrativo) e processos de infracção (a que a Lei de concorrência, para distinguir, chama “processos sancionatórios”). Assim sendo, o método mais económico e claro para sistematizar o material no Regulamento — e uma vez que é preciso dizer alguma coisa não só acerca dos processos de infracção, mas também acerca dos procedimentos administrativos comuns — consiste em distinguir dois conjuntos de normas, um aplicável a ambas as espécies de processos, e outro próprio dos processos sancionatórios, e que constitui o principal da regulamentação. O volume dos dois conjuntos, sem surpresa, é o inverso do que corresponderia à importância relativa que as duas espécies de processos têm na vida da Autoridade. Os procedimentos administrativos, comparativamente mais simples, são (felizmente!) os que correspondem à actividade essencial da Autoridade — a de regular a economia, na perspectiva da livre concorrência, fazendo-a progredir para níveis superiores de produtividade e justiça. Mas a acção repressiva, por secundária que seja no conjunto total das actividades da Autoridade, tem requisitos de segurança e prova que sempre exigem regulamentações mais extensas <sup>(17)</sup>.

---

(17) Parece haver nos nosso juristas uma tendência difusa para *sobrevalorizar a função sancionatória das autoridades de supervisão e regulamentação*. E dir-se-ia até que há quem pense que o que aos juristas importa, nessas autoridades, são só as sanções e os vícios do acto administrativo — e que tudo o mais não é Direito, e deve ficar para os economistas... Esta tendência, nociva para a compreensão das autoridades sectoriais até agora existentes, sê-lo-á ainda mais para a da Autoridade de Concorrência. A Lei prolongada em Junho de 2003, além de todos os outros defeitos, tem também esse de transmitir uma *imagem muito distorcida* do que será a acção da autoridade pública encarregada de zelar pela liberdade de competição económica. Aspecto particularmente grave é o não estarem presentes na Lei, nem sequer em alguma modalidade embrionária, as *providências relativas à estrutura das empresas*: ora na falta de base legal para essas providências, a Autoridade pouco poderá fazer de verdadeiramente eficaz. Poder aplicar coimas é evidentemente preciso. Mas não é nem será nunca o graal da regulação e defesa da livre concorrência! A partir de Maio de 2004, a situação modificar-se-á um pouco com a entrada em vigor do mais recente regulamento comunitário. Mas essas providências [e outras em falta] só em nova Lei da concorrência poderão ser tratadas de modo satisfatório. Até lá, restam à Autoridade, tirante as sanções, apenas os procedimentos informais associados ao poder de não autorizar a concentração de empresas. V. tb. *infra*, nota 40.

### 1. Aspectos gerais

No Direito português actual, o Direito administrativo de polícia (financeira, ambiental, de regulação económica, etc.) encontra-se, em tudo quanto diz respeito à punição de factos ilícitos, numa condição lastimável, que resulta de se ter repetidamente transposto para a acção das autoridades de regulação e supervisão da economia o chamado regime geral dos ilícitos de mera ordenação social — regime que só tem sentido para pequenas infracções, facilmente investigadas, com implicações sociais limitadas, e sujeitas a penas ligeiras<sup>(18)</sup>. Desse erro decorrem as características mais evidentes da situação actual: por um lado, ineficácias clamorosas na actuação das autoridades (e algumas injustiças, que só não são mais graves porque de facto tudo se passa como se as autoridades preferissem ser ineficazes a correr o risco de alguma intolerável injustiça); por outro lado, *obstrução do espaço em que deveria surgir e desenvolver-se uma teoria e uma regulamentação adequada da nova polícia administrativa* que a economia moderna instantaneamente reclama. São vícios, estes, que condicionam gravemente a regulamentação dos processos de ilícitos que a Autoridade terá de instruir e decidir; e devem ser tidos em conta na apreciação do que propomos, e na reflexão sobre o que esperamos seja algum dia possível propor.

Observámos atrás que os requisitos de segurança e prova da acção repressiva da Autoridade têm como consequência necessária que a regulamentação correspondente assumia dimensões desproporcionadas com a verdadeira importância relativa dessa parcela das suas atribuições. Mas a formalização característica da actividade repressiva, como tal indispensável, não pode sacrificar os fins últimos da instituição. Ainda quando exerça poderes sancionatórios, a Autoridade é sempre (e só) *Administração*, e não Tribunal; e as funções que nessa qualidade desempenhe não são verdadeira-

---

<sup>(18)</sup> Sobre estes pontos permitimo-nos remeter para os nossos estudos *Boas intenções, maus resultados: Notas soltas sobre investigação e processo na supervisão financeira*, Revista da Ordem dos Advogados 60 (2000) 73 ss.; e *Questões hermenêuticas e de sucessão de leis nas sanções do Regime Geral das Instituições de Crédito*, Revista da Banca n.º 48 (Julho-Dezembro 1999) 27 ss., e n.º 49 (Janeiro-Junho 2000) 23 ss..

mente de Justiça, no sentido institucional próprio — que só aos Tribunais convém — mas sim de *policia* ou *disciplina* da actividade económica. Daqui que os actos de aplicação da lei, que nos Tribunais têm como critério único os valores da justiça, tenham na Autoridade, além desse, o critério do *interesse público* cuja prossecução, em determinada perspectiva particular, lhe está confiada: o que vale também para a actividade de pura aplicação da lei, e nesta para a que se apresente na forma da perseguição e punição de ilícitos. Existe sem dúvida uma área de sobreposição da justiça propriamente dita e da policia administrativa, determinada pela proibição de prosseguir o interesse público de modo injusto: e nessa área de sobreposição não pode a Autoridade emitir decisões de condenação ou de absolvição que não coincidam substantivamente com as que um Tribunal tomaria no seu lugar. E porque existe essa área de sobreposição, e nos limites em que ela existe, é possível o recurso das decisões da Autoridade para os Tribunais. Mas há também uma área em que a Autoridade administrativa pode optar entre cursos alternativos de decisão e acção, todos compatíveis com os valores da Justiça, segundo critérios de interesse público que não são os dos Tribunais, nem seriam lícitos como regras decisórias destes. E nessa área, *inverte-se* a relação entre a Autoridade e o Tribunal, porque o Tribunal é que deve conformar-se com o juízo de policia da Autoridade, recebendo-o como critério do caso, e não o contrário.

São especialmente dignas de nota as implicações da policia administrativa na utilização, pela Autoridade, dos múltiplos instrumentos de que dispõe para ajustar aos casos concretos as sanções previstas pelas normas abstractas. Esses instrumentos são formalmente idênticos aos dos juizes (v. infra, 7 e 8). Mas a sua utilização não obedece apenas aos fins e critérios que orientam a decisão dos Tribunais. Eles podem e devem ser postos ao serviço do interesse público que a Autoridade prossegue. E assim, por exemplo, enquanto os Tribunais só com fundamento em razões de justiça atenuam, suspendem ou dispensam as penas, a Autoridade pode fazer tudo isso não só com razões de justiça — como os Tribunais, e com recurso para estes —, mas também, e sem prejuízo daquelas, com fundamento em *outras* razões, de politica de regulação e orientação da economia, que não são revisíveis pelos Tribunais.

## 2. *Autonomia do processo de infracções de concorrência*

Os processos de infracções de concorrência têm regime legal próprio, que *não é* — ao contrário do que desde 1991 (com o Código do mercado de valores mobiliários) tem acontecido nos processos de outras autoridades de supervisão e regulação sectorial — simples transposição para esta área do regime geral das chamadas (muito mal chamadas) “contra-ordenações”. O Decreto-lei 10/2003, que criou a Autoridade, e a Lei da concorrência conservaram a *autonomia* do processo de infracções de concorrência, que não é regulado por simples aplicação do regime geral dos ilícitos de mera ordenação, mas segundo um *quadro de regulamentação próprio*. O regime da mera ordenação é apenas subsidiário, como o é — numa relação de subsidiariedade já mediata, através do regime da mera ordenação —, o Código de processo penal.

Um dos elementos fundamentais da regulamentação anterior era a *separação entre a instrução dos processos de infracções*, confiada à Direcção-Geral da Concorrência, e a *decisão*, confiada ao Conselho de Concorrência. O Decreto-lei 10/2003 substituiu estas instâncias por uma única Autoridade, mas a legislação da reforma teve o propósito, afirmado expressamente pelo Governo em diversas ocasiões, de *conservar a separação de pessoas entre instrução e decisão e reforçar os direitos de audição dos arguidos*, propósito que a unificação da Autoridade — ditada por razões inteiramente diversas — em nada deveria prejudicar. De resto, não se poderia agora andar para trás nesses pontos, quando por toda a parte, a começar pelos regulamentos comunitários, se afirma uma filosofia incompatível com os excessos de inquisitório e a promiscuidade entre instrutores e julgadores que infelizmente continuam a contaminar o processo de outras autoridades económicas (e que, note-se bem, não têm *nada* que ver com a justificação originária do regime dos ilícitos de mera ordenação, no seu domínio natural, que não é o das autoridades para as quais tem sido transposto<sup>(19)</sup>).

Do ponto de vista do Direito interno, existe pois um enquadramento legal autónomo, que permite desenvolver em regula-

(19) V. as nossas observações nos estudos citis.



mento, por especificação do disposto na legislação da concorrência, um processo adaptado às necessidades características a que esta legislação quer dar resposta. Por outro lado, à luz do Direito comunitário, uma parte das propostas do Projecto parece ser já hoje, ou vir a sê-lo a partir de Maio de 2004, não apenas admissível, mas *obrigatória*.

São dados hermenêuticos que, enquanto tais, não carecem de reforço. Mas pode-se acrescentar um argumento que precisa melhor, do ponto de vista sistemático, as relações entre o processo das infracções de concorrência e o processo dos ilícitos de mera ordenação. O regime dos ilícitos de mera ordenação *não é* Direito comum: é *Direito especial*, e só por decisão do legislador pode ser transposto para fora do seu âmbito próprio — como se disse, o dos pequenos delitos, de investigação e prova fácil, de implicações sociais limitadas, com sanções ligeiras —, para sectores da grande regulação económica, financeira, industrial, ambiental, etc. <sup>(20)</sup>. Seria portanto inteiramente erróneo compreender o sistema actual como se a grande regulação económica e financeira — com os seus processos muito complexos, de implicações sistémicas globais, com efeitos decisivos até na própria soberania e relações internacionais do Estado, e penas pecuniárias e pessoais que ultrapassam imensamente muitas das que o Código penal prevê para crimes clássicos — tivesse um regime comum, e esse regime comum fosse o da mera ordenação social. De modo algum. A realidade do sistema é outra: os pequenos ilícitos de regulação administrativa têm um regime que os abrange a todos, e que é o das chamadas “contra-ordenações”; quanto aos ilícitos da grande regulação bancária, bolsista, financeira, ambiental, etc., esses *não têm* regime nenhum que os abrangesse a todos, sendo regulados fragmentariamente e *ad hoc*, ainda que o legislador o faça recorrendo, com mais ou menos modificações expressas, ao reservatório de normas que se encontra no decreto-lei que estabelece o regime da mera ordenação. O sistema consiste pois numa *combinação de regimes especiais*: um regime que se aplica a todos os pequenos delitos admi-

---

<sup>(20)</sup> Isto sem pretender aqui apreciar a constitucionalidade dessa transposição, que derroga princípios do processo penal comum que não podem deixar de valer para matérias de tal importância e complexidade.

nistrativos, e que é o das “contra-ordenações” (nesse sentido chamado regime *geral* dos ilícitos de mera ordenação, mas ainda e sempre especial relativamente ao verdadeiro regime *comum* dos factos puníveis, que é o da legislação penal, e só esse); e uma colecção de outros regimes especiais, fabricados a partir do regime especial das “contra-ordenações” para certas áreas da grande regulação económica (que não têm enquanto tais nenhum regime geral, ainda que especial fosse relativamente ao regime comum) <sup>(21)</sup>.

Outra questão é que, na comunicação legislativa, se evite tudo quanto, por boas ou por más razões, facticamente se possa tornar causa de incompreensão ou desorientação; e mais ainda, que se alivie o juiz, até ao limite do possível, de encargos pesados de interpretação e argumentação. Em paisagem infelizmente perturbada por um empirismo legislativo que ronda a acefalia, seria imprudente, por preocupações de perfeccionismo, criar factores de

---

(21) Assim, quando o legislador trabalha certa área da grande regulação económica determinando que se lhe aplique o regime dos ilícitos de mera ordenação — ainda então há uma margem considerável para que os regulamentos contemplem necessidades específicas dessa área, de modo que não tenha paralelo no regime geral de mera ordenação e nas práticas de aplicação deste regime. Exigir-se-á simplesmente que o regulamento encontre na lei disposições expressas em que essa especificação possa ser fundada. Não a encontrará, naturalmente, se o legislador, como às vezes acontece, se limitar a mandar aplicar em bloco a certas matérias, sem qualquer modificação, o decreto-lei das contra-ordenações. Então o regulamento só se poderá referir a disposições desse mesmo decreto-lei, e terá de se confinar no seu sistema. Mas quando o legislador, transpondo embora para certa área o regime da mera ordenação, lhe introduz modificações expressas (como acontece em algumas leis de supervisão financeira), as normas que são assim ditadas especificamente para a área em causa podem ser desenvolvidas em regulamentos de modo também específico, diferente do que seja porventura adoptado em outras áreas para as quais tenha sido transposto o mesmo regime. Essa possibilidade bastaria decerto para fundamentar, sem risco de objecção, o que agora se propõe para os processos sancionatórios da Autoridade: bastaria invocar as normas expressas da Lei da concorrência e do Decreto-lei 10/2003, e mostrar que as propostas encontram nelas fundamento directo e bastante. Porque de facto nenhuma das propostas do Projecto extravasa do que se possa directamente fundamentar em normas expressas do Decreto-lei 10/2003 ou da Lei da concorrência, ou de ambos. O que significa que elas seriam legítimas mesmo na hipótese mais desfavorável de o legislador não ter concebido o processo de concorrência como um processo autónomo, e se limitar a transpor, para os ilícitos que a Lei da concorrência define, o regime da mera ordenação social. De todo o modo, não é essa sequer, como ficou dito, a concepção e a decisão do legislador. *O processo dos ilícitos de concorrência é um processo autónomo.* E a Lei da concorrência daria até margem, provavelmente, para desenvolvimentos regulamentares *bem mais ambiciosos* do que os que se encontram consignados no Projecto.

dúvida e debate, por muito injustificados que estes fossem. A legislação não é um acto académico: é obra prática e política. As soluções perfeitas só passarão a ser práticas quando houver ensejo para fazer a revisão geral dos processos de infracção confiados a autoridades administrativas, distinguindo claramente entre o que cabe no regime das contra-ordenações e o que nele não cabe. Esta prudência vale até para a terminologia. Não convém, por exemplo, usar expressões que divirjam da terminologia legal vigente, por muito criticável que ela possa ser em algum aspecto <sup>(22)</sup>.

### 3. *Uma reforma urgente: a expansão do contraditório*

A regulamentação do processo de infracções, que o Projecto, pela primeira vez com esta explicitação e este desenvolvimento, ensaia entre nós, tem como finalidade principal o *desenvolvimento da audição dos arguidos, facultando-lhes, a requerimento, debate contraditório análogo à instrução contraditória dos processos comuns*. Esse debate, a que é dada a designação de “audiência de revista”, decorrerá perante um júri do qual *não poderão fazer parte os servidores da Autoridade que tenham tido intervenção nas fases anteriores da instrução*. Ficam assim *corrigidos os dois grandes defeitos das práticas actuais de processo sancionatório em autoridades supervisoras e reguladoras*, e que resultam de haver sido acriticamente generalizado a estas autoridades o regime do processo dos ilícitos de mera ordenação social: a *promiscuidade entre instrutores e julgadores*, que é eliminada por completo; e a *inexistência de verdadeiras garantias de defesa* antes da decisão administrativa (pois que essas garantias só se constituem verdadeiramente no recurso ulterior para os Tribunais), que a “audiência de revista” se destina a suprir em parte.

Além disso, quando o arguido não queira valer-se dessa audição contraditória, haverá ainda um debate interno, no qual o instrutor sustentará as suas conclusões perante um júri independente,

---

<sup>(22)</sup> V. a anotação seguinte, a propósito do uso do termo “audiência de revista”, em vez de “instrução contraditória”.

de modo formalmente análogo: o que assegurará à Autoridade os meios de *optimização da recolha e processamento de informações e prova e os resultados de imparcialidade, de equilíbrio crítico e de confiança pública* que são próprios do debate contraditório, reduzindo os riscos de decisões inconsistentes — decisões, que à parte o gravame que constituem para os arguidos, redundam também em prejuízo colectivo, quer por dilapidarem recursos escassos, quer por desprestigiarem as autoridades.

a) *Audiência de revista*

A diligência para que propomos o nome “audiência de revista” é substancialmente uma *instrução contraditória*; mas este termo, que usámos num Anteprojecto, foi depois abandonado, tanto para não dar azo a dúvidas (ainda que sem substância) quanto à relação com leis administrativas que falam apenas de “direito de audiência” e “direito de audição”, como também — no extremo oposto — para não estimular confusões que levassem os arguidos a pretender usar neste contexto de todos os meios do processo penal, com a tutela jurídica própria deste. Trata-se, na verdade, de uma simples modalidade de exercício do que o Código de procedimento administrativo (arts. 8.º, 100.º e segs.) chama *direito de participação*, e como espécie deste género, *direito de audiência*. Poderão naturalmente ser usados pelo arguido todos os meios de defesa comuns: mas a Autoridade decidirá da sua admissão segundo critérios muito mais flexíveis do que os do processo penal. A lei prevê como obrigatório certo mínimo de actos e formalidades de audição dos arguidos, mas não proíbe evidentemente que se vá além desse mínimo. Por outro lado, cabe recordar que no Código de procedimento administrativo passou a ser obrigatória uma modalidade de audição já muito mais exigente do que o mínimo que era anteriormente praticado, e que consiste em informar o arguido “sobre o sentido provável da decisão” (art. 100.º, n.º 1), o que frequentemente se faz por escrito, facultando-lhe projectos de decisão, para sobre eles dizer o que se lhe ofereça (e é a prática corrente nas nossas autoridades de supervisão financeira). Em qualquer caso, por escrito ou com forma apenas oral, um *contraditório*, em que o projecto de decisão faz o papel de acusação; e que constitui assim uma

verdadeira fase de instrução contraditória, ainda que extremamente sumária, que acresce à instrução inquisitória <sup>(23)</sup>. Estamos portanto, não só a navegar nas rotas já claramente determinadas pelo Direito comunitário — ainda que este procure assegurar o contraditório de outro modo, com um *provedor* (método relativamente ao qual são lícitas opiniões cépticas, e que ninguém pensaria em transplantar para o Direito interno, até porque é ditado pela inexistência, no processo comunitário, de uma revista judicial que garanta suficientemente os direitos do arguido, e que está inteiramente realizada no nosso Direito administrativo) —, mas também em águas já desbravadas pela nossa legislação e pela nossa prática.

Adicionalmente, a legislação e a prática comunitária fornecem algumas orientações importantes para o desenvolvimento da audição das partes.

---

(23) Note-se, porém, que esta diligência, incidindo já sobre projectos de decisão, e não apenas sobre acusações, pode redundar, na hipótese desfavorável, em bem maior embaraço para os decisores do que a instrução contraditória tradicional, que apenas embaraça o acusador... São possíveis predações indignas, por arguidos solertes, da boa fé das autoridades. Mas essa regra também embaraçará o *arguido*, quando for do seu interesse não dar a conhecer fraquezas do projecto de decisão, que depois facilitarão o ataque em recurso (e não tendo sido facultado ao arguido, em tempo útil, verdadeiro debate contraditório, ninguém poderá assacar-lhe, por esse só motivo, defeito algum de boa fé). O fornecimento do projecto de decisão pode aliás ser pervertido pelas autoridades mesmas, usando-o como um meio de capciosamente explorar a perícia jurídica do arguido, para blindar a decisão contra recurso fundamentado nas suas dele boas razões: uma vez que nada obsta a que o projecto seja livremente reformulado aproveitando a contribuição do próprio arguido... E por estas várias razões, de sentido pragmático oposto, sempre nos pareceu que o regime do Código — introduzido embora com os melhores propósitos, para atenuar a inquisitorialidade do processo — tem aspectos que suscitam dúvidas; e que produz com excessiva facilidade efeitos perversos nas posições *tanto* dos decisores *como* dos arguidos. Posições que só são eticamente fundadas e só são socialmente úteis para a busca da Verdade e da Justiça se e enquanto se constituem como distintas e contrapostas: mesclas espúrias serão bem mais nocivas do que os próprios comportamentos desleais e os excessos de hostilidade, e sempre caldo de cultura para corrupções e deslegitimações do processo. Seria pois conveniente reexaminar o assunto e substituir esta solução por outras de efeitos mais previsíveis e estáveis: o que parece não ser possível se não forem localizadas na fase processual própria, que é necessariamente e só a da *instrução* — e não esse diálogo de última hora à volta de uma decisão que se encontra já delineada, a partir dos resultados de um procedimento em que não houve contraditório autêntico.

Artigo 73.º

*Audiência de revista*

1. A instrução do processo faz-se nos termos determinados pela Lei da Concorrência e subsidiariamente pelo Regime Geral dos Ilícitos de Mera Ordenação Social (Decreto-lei n.º 433/82, de 13 de Outubro).

2. Os arguidos têm o direito de requerer, como diligência de instrução complementar, a audiência de revista, que terá lugar depois de concluídos os trâmites de instrução obrigatórios por lei.

3. A audiência de revista decorre em sessão pública, ou, se algum dos arguidos o requerer, à porta fechada, e tem a forma de debate oral entre a defesa, que será assumida pelos arguidos, e a acusação, que será sustentada pelo instrutor do processo.

3. A audiência de revista será requerida com a defesa escrita ou no prazo de 48 horas após a audiência oral, sendo posterior, e estará terminada no prazo de vinte dias a contar da data da recepção do requerimento.

Artigo 74.º

*Junta de Revista*

1. A audiência de revista decorre perante uma Junta de Revista constituída por três membros.

2. Para a Junta de Revista podem ser nomeados os membros do Conselho, o Economista-Chefe e o Jurista-Chefe.

3. A composição da Junta de Revista será determinada para cada processo, por decisão do Conselho na primeira ou na segunda reunião ordinária posterior ao despacho de abertura.

4. Aos membros da Junta de Revista são aplicáveis, por analogia, as normas de suspeição do art. 39.º do Código de Processo Penal.

Artigo 75.º

*Diligências complementares*

1. O Conselho, por iniciativa própria, a pedido da defesa ou por promoção do instrutor ou do Jurista-Chefe, pode ordenar diligências de instrução complementares.

2. Se as diligências complementares não couberem na audiência ou não puderem decorrer simultaneamente, serão realizadas depois de terminada a audiência, que em caso algum será suspensa por motivo delas.

Artigo 78.º

*Relatório e proposta de decisão*

1. Terminada a audiência de revista, ou depois das diligências complementares que tenham sido ordenadas, o instrutor redigirá o relatório e a

proposta de decisão final, que serão presentes ao Conselho com parecer do Jurista-Chefe.

2. O Conselho pode determinar que o relatório e a proposta de decisão sejam redigidos pelo Jurista-Chefe.

O reforço contraditório determinado pelo Código de procedimento administrativo é sem dúvida grande progresso relativamente ao estado anterior da nossa legislação. Não elimina no entanto o vício fundamental da *promiscuidade entre instrutor e julgador*.<sup>(24)</sup> O remédio que o Projecto dá a esse outro vício, aproveitando a autonomia legal do processo dos ilícitos de concorrência (e também sem propriamente inovar nesse processo, porque é apenas conservação de uma separação funcional que antes resultava de a instrução ser confiada à Direcção-Geral da Concorrência e o julgamento ao Conselho de Concorrência), encontra-se no art. 76.º, que estabelece o princípio de que na Junta de Revista, perante a qual decorrerá a audição contraditória, *só poderão ter assento pessoas que não tenham participado na instrução*. O princípio da separação requer certas regras acessórias sobre continuidade da composição da Junta e incidentes de impedimento e substituição, que são introduzidas no art. 77.º:

#### Artigo 76.º

##### *Separação funcional*

Não poderão ter assento na Junta de Revista pessoas que tenham participado, como instrutores, nas fases anteriores do processo.

#### Artigo 77.º

##### *Continuidade*

1. A Junta de Revista manterá a mesma composição durante todo o debate. Em caso de impedimento de algum dos membros, o debate será suspenso, e retomado depois de o impedimento cessar.

---

<sup>(24)</sup> Nem seria de esperar que eliminasse, dada a sua natureza de garantia de mínimos exigíveis em todos os procedimentos administrativos. A separação pessoal rigorosa de instrutores e julgadores, uma vez que exige recursos consideráveis, humanos e de organização, só é facticamente possível — mas também só é necessária — nos processos e autoridades que tratam de matérias de grande importância, tais os processos e autoridades de supervisão financeira.



2. Se, em caso de impedimento, for impossível suspender o debate e retomá-lo de modo que seja concluído nos prazos cominatórios, será admitida a substituição dos membros da Junta de Revista, a menos que os arguidos a ela se oponham.

3. Se os arguidos se opuserem à substituição, será anulada toda a audiência de revista, dando-se por inexistente o processado desta, e passando-se à decisão final. Exceptuar-se-á a nova prova que tenha sido oferecida pela defesa e a que resulte de diligências complementares que hajam sido ordenadas, e que será sempre conservada e apreciada.

4. Até à data da marcação da audiência de revista, podem os membros da Junta de Revista fazer-se substituir por funcionários dos quadros superiores, mediante proposta aprovada pelo Conselho, e com observância do disposto no artigo anterior.

#### b) *Debate sucedâneo da audiência de revista*

Mas não basta pensar na tutela dos direitos dos arguidos. A instrução contraditória, em todas as formas de organização que possa assumir, não tem como única virtude facultar aos arguidos a salvaguarda dos seus direitos, de harmonia com princípios fundamentais de justiça. Tem também o importante efeito de assegurar aos julgadores *as utilidades de recolha e processamento de informação e prova* que são próprias do debate contraditório, bem como a *confiança pública* e a *autoridade moral* que só se associam às decisões tomadas em ambiente de imparcialidade e equilíbrio crítico.

Assim, se é grave vício de justiça do processamento de ilícitos segundo o regime de mera ordenação, tal como presentemente o observamos em autoridades de grande regulação económica, o postergar salvaguardas dos direitos do arguido — que o recurso posterior para os Tribunais não basta para suprir —, *não menos criticável é que se prescindam destas outras qualidades do debate contraditório*, algumas das quais já não dizem apenas respeito à justiça da decisão, mas também à *pura e simples eficácia* da acção das autoridades. Daí que também quando o arguido não estiver interessado na instrução contraditória se deva organizar um debate



interno em moldes análogos — aqui denominado “debate sucedâneo da audiência de revista”:

Artigo 79.º

*Debate sucedâneo da audiência de revista*

1. Se os arguidos declaramem prescindir da audiência de revista, ou, tendo-a requerido, todavia faltarem, e ainda no caso previsto no número 3 do artigo 77.º, será ela substituída por um debate interno, à porta fechada e sem a presença dos arguidos.

2. O debate interno será organizado de modo a promover um escrutínio tão rigoroso quanto possível do mérito da acusação, nomeando-se técnico superior para defender os interesses dos arguidos em contraditório com o instrutor, e procedendo no mais por analogia com o disposto nos artigos 73.º e seguintes.

Observe-se que na prática actual, por muito deficiente que seja ou possa ser, existem usos (determinados, se não por valores mais nobres, pelo interesse de segurança jurídica e de prestígio funcional dos próprios aparelhos administrativos), que tendem a assegurar algum escrutínio crítico do trabalho do instrutor, na passagem à proposta de decisão final. Encarregar-se-á desse escrutínio, por via de regra, o director dos serviços a que pertença o instrutor: e haverá algum debate entre um e outro, no qual o instrutor defenderá as suas conclusões, e o director as criticará. É também frequente, quando os processos estão confiados a departamentos jurídicos que trabalham em colégio, que as conclusões sejam relatadas, no todo ou em parte, em reunião do departamento, e comentadas por todos. Este método é inaceitável, quando redunde na diluição da soberania de consciência que o instrutor tem de manter sobre a instrução, e na quebra da confidencialidade do processo, gravemente atentatória dos direitos do arguido<sup>(25)</sup>; mas se ficar

<sup>(25)</sup> O que aconteceu com excessiva frequência durante largos anos após a Revolução, que importou dos Estados soviéticos os *colectivos instrutórios*, de que ainda restam por aí uns avatares, embora muito diluídos em práticas que sobrevivem menos por adesão consciente, do que por serem propícias ao encobrimento de relaxações burocráticas. É impossível não citar neste contexto, ressalvado todo o respeito devido às pessoas e às funções, o Departamento de Investigação e Acção Penal do Ministério Público lisboeta, onde ocorrem com excessiva frequência episódios de fungibilidade de instrutores em actos essenciais dos processos — e se os motivos são honestíssimos (v.g. impedimentos e férias), nem por isso as práticas são menos merecedoras de crítica. O múnus do instrutor é pessoal: e na rigorosa pessoalidade do múnus do instrutor (em nada afectada pelas vigi-

nos limites do que é moralmente lícito, pode ser utilizado para os mesmos fins. O que se pretende agora é dar a estas práticas de escrutínio interno uma forma ao mesmo tempo mais produtiva e mais límpida. Os pormenores de procedimento serão depois definidos, e terão naturalmente muito maior flexibilidade do que os da audiência de revista requerida pelo arguido <sup>(26)</sup>.

#### 4. *Sanções: esboço de uma doutrina da responsabilidade das empresas*

Esta parte do Projecto procura dotar a Autoridade de uma doutrina de graduação das sanções ajustada a princípios de justiça

---

lâncias externas a que deve estar sujeito), reside a garantia essencial dos mais sagrados valores do Direito e dos mais instantes interesses do arguido. (É de substituição dos instrutores por funcionários que nem sequer são magistrados, isso nem é bom falar!) O colectivo instrutório, ainda que em formas mitigadas que não resultem de intenção maligna, mas de costumes burocráticos laxos, é e tem ser anátema.

(26) Sobre contraditório nas providências cautelares (“medidas”, no *europês* da Lei da concorrência ...), matéria que aqui não desenvolvemos, dispõe o art. 69.º-4 do Projecto, que corresponde ao art. 27.º da Lei:

Artigo 69.º — *Providências cautelares* — 1. Nos processos a que se referem os artigos 21.º e seguintes da Lei da Concorrência, sempre que a investigação indique que a prática que constitui o objecto do processo é susceptível de causar prejuízo iminente, grave e irreparável ou de difícil reparação, para a concorrência ou para os interesses de terceiros, pode a Autoridade, em qualquer momento de inquérito ou da instrução, ordenar preventivamente a suspensão da referida prática ou quaisquer outras providências provisórias necessárias à imediata reposição da concorrência ou indispensáveis ao efeito útil da decisão a proferir no termo do processo.

2. As providências cautelares podem ser determinadas oficiosamente ou a requerimento de interessado e manter-se-ão pelo prazo que a Autoridade fixar, até ao limite de 90 dias.

3. Decorrido o prazo de 90 dias, ou outro menor que a Autoridade tenha fixado, poderão as providências cautelares ser prorrogadas, com ou sem modificações, por novos períodos máximos de 90 dias, mediante decisão fundamentada para cada prorrogação.

4. Sem prejuízo do disposto no número seguinte, todas as decisões serão precedidas de audição dos interessados, excepto se a audição puser em sério risco o fim ou a eficácia da providência cautelar.

5. Sempre que esteja em causa um mercado que seja objecto de regulação sectorial, a Autoridade solicitará parecer prévio da autoridade reguladora, podendo no entanto, em caso de urgência, determinar providências imediatas nos termos do artigo 27.º, número 5 da Lei da Concorrência.

fundamental e às necessidades da política de defesa da concorrência. Foi seguido o modelo das Sentencing Guidelines americanas, em particular no respeitante à responsabilidade das empresas e aos *compliance programs*, designados no Projecto como “programas de prevenção”. Será evidente logo à primeira leitura a preocupação de assegurar a *igualdade*, a *racionalidade* e a *sindicabilidade dos juízos*, dando ao julgador critérios gerais que o orientarão na determinação da responsabilidade e na graduação das sanções.

a) *Princípios básicos: fundamentação, avaliação permanente, publicidade*

A secção do Regulamento que trata das sanções começa por definir alguns princípios de *accountability* que se nos afiguram muito saudáveis e muito pouco praticados nas nossas autoridades públicas:

Artigo 82.º

*Princípios gerais*

1. A política sancionatória da Autoridade seguirá as disposições da Lei e do presente Regulamento e será objecto de reavaliação periódica à luz do estado dos conhecimentos teóricos e empíricos relevantes.
2. A Autoridade cuidará de divulgar, até ao grau de pormenor conveniente, os princípios orientadores da sua política sancionatória, juntamente com os conhecimentos teóricos e empíricos em que se fundamentam.

Tem especial importância a *divulgação*, nos limites do que seja conveniente, das *directrizes orientadoras da política sancionatória*. Infelizmente, os hábitos mais comuns nas nossas instituições são avessos a essa publicidade — e há muito quem pense (se a tal indigência cerebral se pode chamar pensamento) que ela é perigosa para o que entende dever ser a liberdade de decisão das Autoridades em casos futuros. Como se não fosse uma aberração essa liberdade de decidir erraticamente, e como se a *melhor protecção* da dignidade, do prestígio e da eficácia das Autoridades não consistisse em publicitar os princípios e razões pelos quais se orientam (o que, mais poderosamente do que qualquer outro factor, desincentivará a corrupção política a que sempre estão sujeitas: e com que intensidade no nosso País, e com que desastrosos efeitos,

bem à vista nesta década e meia de perturbados — falhados? — esforços de desbarbarização); e como se o progresso sólido não tivesse de assentar em jurisprudências coerentes e límpidas, criadoras de *confiança em regras conhecidas por todos*; e como se a diversidade infinita das circunstâncias, a evolução da economia e as características próprias da linguagem e da argumentação jurídica não fossem só por si, para o bem e para o mal, factores irreductíveis de ampla indeterminação, mais do que suficientes para que toda a decisão em matéria importante implique necessariamente alguma criação de regras não pré-existentes! Esse pseudo-pensamento não é de facto mais do que uma cortina de auto-imunização atrás da qual se entrincheiram os mediocres, incapazes de sustentar um ponto de vista em discussão pública, e os corruptos, apostados sempre em preservar acima de tudo as margens da *sua* liberdade — *que não é a liberdade dos cidadãos*.

#### b) *Crítérios de responsabilidade dos indivíduos e dos entes colectivos*

Na falta de uma doutrina nacional sobre responsabilidade dos entes colectivos, é indispensável que o Regulamento chame a si a tarefa de explicitar as bases em que deve assentar a distinção, que a Lei da concorrência faz (e muito bem) entre a responsabilidade dos indivíduos e o seu *analogon* nas empresas e outras organizações. Os esboços que se contêm já em algumas leis publicadas nos últimos anos, em especial nas de supervisão financeira<sup>(27)</sup>, são muito incipientes. Talvez a Autoridade de Concorrência possa

(27) Cfr. Regime geral das instituições financeiras, arts. 202.º ss.; Decreto-lei 94-B/98, sobre exercício e supervisão da actividade seguradora, art. 401.º do Código dos valores mobiliários. Infelizmente, a revisão de 1995 do Regime dos ilícitos de mera ordenação social, que reproduziu algumas das disposições com que na lei bancária tentámos corrigir defeitos graves da primeira versão (princípio da culpa, distinção da tentativa, distinção da negligência e *basics* semelhantes), não reproduziu as disposições sobre graduação diferenciada da responsabilidade dos indivíduos e dos entes colectivos. E o lugar próprio, sobretudo para começar, seria esse: o regime geral das *Ordnungswidrigkeiten*, mormente depois de transposto, como tem sido, para numerosas actividades económicas que são sobretudo, e não raro exclusivamente exercidas por pessoas colectivas.

também neste campo dar contributo eficaz para o nosso desenvolvimento.

Os arts. 83.º a 86.º distinguem entre indivíduos e entes colectivos e fixam os critérios básicos de responsabilidade e graduação:

#### Artigo 83.º

##### *Distinção entre indivíduos e empresas (28)*

A política sancionatória da Autoridade distinguirá entre a responsabilidade dos indivíduos e das empresas enquanto tais, segundo os princípios consignados na Lei da Concorrência.

#### Artigo 84.º

##### *Crítérios da responsabilidade (29)*

Na apreciação da responsabilidade por factos ilícitos e na graduação das sanções, a Autoridade atenderá sempre aos seguintes critérios:

- a) Gravidade da infracção e prejuízos causados aos concorrentes;
- b) Relações entre a infracção e as estruturas de organização e as práticas de gestão das empresas infractoras;
- c) Culpa dos indivíduos;
- d) Forma de participação dos indivíduos;
- f) Nível de responsabilidades e esfera de acção dos indivíduos na empresa;
- g) Carácter ocasional ou reiterado da infracção;
- h) Produto da infracção;
- i) Situação económica dos arguidos;
- j) História progressiva dos arguidos.

#### Artigo 85.º

##### *Crítérios próprios das empresas (30)*

1. Na aplicação de sanções a empresas enquanto tais, são ainda de considerar as seguintes circunstâncias:

- a) As providências tomadas espontaneamente, antes de iniciada a investigação, para eliminar ou reduzir as práticas ilícitas e para reparar os prejuízos causados;
- b) A colaboração prestada à Autoridade, depois de iniciada a investigação e até ao termo do procedimento administrativo;

---

(28) Cfr. Lei da concorrência, art. 47.º-3. Às empresas equiparam-se outros entes colectivos, como as associações de empresas, nos termos determinados na Lei.

(29) Cfr. Lei da concorrência, art. 44.º.

(30) Idem.

- c) A extensão e intensidade da participação de administradores ou de pessoal superior nos factos ilícitos;
- e) A difusão de notícias falsas e outras actividades destinadas a viciar a opinião pública relativamente aos factos investigados, ao processo ou à actuação da Autoridade no processo.

2. Podem ser consideradas circunstâncias não previstas no presente Regulamento, mas apenas para efeitos de atenuação.

3. Considera-se pessoal superior, para os efeitos da alínea c) do número 1, aquele que chefie ou que exerça influência considerável sobre um sector ou uma unidade da organização ou da actividade da empresa, e ainda aquele que possa decidir, com margem de discricionariedade considerável, algum processo individual com interesse para a política de defesa da concorrência.

#### Artigo 86.º

##### *Critérios próprios dos indivíduos* <sup>(31)</sup>

1. Na aplicação de sanções a indivíduos, serão ainda consideradas as seguintes circunstâncias:

- a) Os actos espontâneos, anteriores à investigação, e que tenham tido por fim eliminar ou reduzir as práticas ilícitas e reparar os prejuízos causados;
- b) A colaboração prestada à Autoridade, depois de iniciada a investigação e até ao termo do procedimento administrativo;
- c) A difusão de notícias falsas e outras actividades destinadas a viciar a opinião pública relativamente aos factos investigados, ao processo ou à actuação da Autoridade no processo;
- d) A intenção de obter vantagem económica do próprio, de cônjuge, de parente ou de afim até ao 3.º grau.

2. A atenuante da reparação do prejuízo comunica-se aos indivíduos, ainda que não tenham contribuído para ela pelos seus patrimónios pessoais.

3. Podem ser consideradas circunstâncias não previstas no presente Regulamento, mas apenas para efeitos de atenuação.

A distinção entre responsabilidade dos indivíduos e responsabilidade das empresas é afectada, na Lei da concorrência, por um erro de monta, que cumpre assinalar.

O art. 47.º, n.º 1 da Lei da Concorrência estatui que “pela(s) ... contra-ordenações previstas nesta lei podem ser responsabili-

(31) Idem.

zadas pessoas singulares ...” (32). Da articulação deste preceitos com outros, e especialmente com o art. 47.º, n.º 1 resultariam, em interpretação literal, efeitos inadmissíveis de punibilidade excessiva.

A responsabilização de indivíduos por factos ocorridos na actividade de empresas é o cânone — e dantes não havia outra. Só se torna motivo de interrogações especiais quando, como no nosso Direito repressivo vem acontecendo desde há vinte anos, se avança, timidamente embora, para a aplicação de sanções (penais ou análogas, é secundário para o tópico) às organizações enquanto tais. Quando a lei passa a ter como ponto de referência, na imputação de ilícitos e na definição de sanções, as próprias organizações e não, ou não directa e individualmente, as pessoas, surge o problema de saber se as sanções são aplicadas só ao ente colectivo e a nenhuma pessoa individualmente, ou se devem ser aplicadas também aos indivíduos que constituem a organização e nela actuam; e se devem, saber se a todos, ou só a alguns, e quais. Quando os ilícitos são tão globais e difusos — tão coextensivos com a actividade da empresa — como acontece com os ilícitos de concorrência, o problema é ainda mais difícil do que o que suscitam os ilícitos localizados em certas áreas de actividade, ou em certas relações com pessoas ou agentes determinados (burlas, fraudes em concursos públicos, tráfico de influências, branqueamento de capitais, ilícitos tributários...). Deve-se, por exemplo, sujeitar a processo-crime como agente de ilícitos de concorrência — por ostensiva e materialíssima cumplicidade! — o camionista da empresa que faz a distribuição dos produtos, ou o fiel de armazém, ou o agente comercial, ou a dactilógrafa que escreve as cartas, os faxes e os e-mails? Mesmo que depois se arranje alguma escapatória de diminuição ou exclusão da culpa, para não punir efectivamente?

O problema tem analogia formal com o que desde sempre se colocou na área da responsabilidade civil por prejuízos causados por actividades ilícitas de grupos e organizações, e para a qual se

---

(32) O texto traz “pela prática das contra-ordenações”, como se a responsabilidade por infracções pudesse ser afirmada de quem *não pratica* as infracções: e é apenas um dos solecismos que sobreviveram à revisão parlamentar do texto da proposta do Governo, em que os havia em muito maior número, e muito piores.

admitiu a possibilidade de combinar sanções a cargo do património colectivo do grupo ou organização com sanções a cargo dos patrimónios individuais dos seus membros — mas, no campo da política criminal, é novo nos países de *civil law*, em que se costumava confinar a repressão penal das actividades colectivas ilícitas à responsabilização pessoal dos indivíduos que nelas participassem. O desenvolvimento de uma política criminal para os entes colectivos é uma das grandes riquezas do Direito penal e administrativo dos E.U.A., e só em tempos muito recentes (e com enorme resistência, travestida de toda a sorte de objecções pseudo-filosóficas) tem irradiado para a Europa continental.

O Código dos valores mobiliários, a lei bancária, a lei das seguradoras e algumas outras que adoptaram programas de política criminal — embrionários embora — para as pessoas colectivas resolveram o problema limitando a aplicação de sanções a indivíduos, pelos mesmos factos que são pressuposto de sanções aplicadas ao ente colectivo enquanto tal, com critérios de *direcção* ou de *influência*. A lei bancária, por exemplo, usa como critério de delimitação da responsabilidade dos indivíduos, paralela à dos entes colectivos, a descrição que consta do art. 204.º, n.º 1:

“A responsabilidade do ente colectivo não precluye a responsabilidade individual dos membros dos respectivos órgãos, de quem naquele detenha participações sociais, exerça cargos de direcção, chefia ou gerência, ou actue em sua representação, legal ou voluntária”.

Está longe de ser um bom exemplo de maneira de legislar, com a formulação negativa e alguns desjeitos de estilo, mas fornece um módico de orientação prática. Outras formulações, em uns pontos melhores, em outros piores, se encontram na primeira versão do Código dos valores mobiliários (art. 677.º) e na lei das seguradoras (art. 206.º-2 e 6). Para a sondagem histórica da Lei da concorrência, porém, o mais instrutivo é recordar o teor do art. 401.º-3 do novo Código dos Valores Mobiliários, de 1999:

“Os titulares do órgão de administração das pessoas colectivas e entidades equiparadas, bem como os responsáveis pela direcção ou fiscalização de áreas de actividade em que seja praticada alguma contra-ordenação incorrem na sanção prevista para o autor, especialmente atenuada, quando, conhecendo ou devendo conhecer a prática da



infracção, não adoptem as medidas adequadas para lhe pôr termo imediatamente, a não ser que sanção mais grave lhe caiba por força de outra disposição legal”.

É patente a coincidência de grande parte do texto com o do art. 47.º-3 da Lei da Concorrência, que reza:

“Os titulares do órgão de administração das pessoas colectivas e entidades equiparadas incorrem na sanção prevista para o autor, especialmente atenuada, quando, conhecendo ou devendo conhecer a prática da infracção, não adoptem as medidas adequadas para lhe pôr termo imediatamente, a não ser que sanção mais grave lhe caiba por força de outra disposição legal”.

Os redactores da Lei utilizaram certamente como modelo o art. 401.º-3 do Código. Mas agora vem o ponto pruriente: na reprodução do texto do Código *foi eliminada* a frase

“... bem como os responsáveis pela direcção ou fiscalização de áreas de actividade em que seja praticada alguma contra-ordenação”,

em que aflora uma ideia reguladora que serviria de âncora preciosa para a construção doutrinal dos critérios que, nesta matéria, hão-de especificar e diferenciar a doutrina geral da comparticipação. Decerto quem redigiu a Lei tinha uma *fé* — ou uma *fêzada* — de que na ausência do art. 47.º-3 nenhum indivíduo seria punível pelos factos tipificados no art. 43.º, ou pelo menos nenhum indivíduo que não estivesse para com eles na relação de autoria *stricto sensu*, de modo que do sistema da Lei, depois de introduzido esse preceito no n.º 3, resultasse que só os administradores, nas condições nele descritas, seriam puníveis, com a sanção que define. Mas o que do sistema da Lei resulta <sup>(33)</sup>, por força do princípio geral estatuído logo a abrir o art. 43.º, no n.º 1, é que todos quantos *servam a empresa* — dos empregados aos representantes e comitidos

(33) É o seguinte o teor das disposições da Lei 18/2003 a que se refere a sequência:  
Art. 43.º — *Coimas*. — 1. Constitui contra-ordenação punível com coima que não pode exceder, para cada uma das empresas partes (*sic!!*) na infracção, 10% do volume de negócios no último ano;

externos — e que preencham os critérios da doutrina da autoria e da participação, são puníveis com as sanções do art. 43.º. E não só a título de autoria: também a título de cumplicidade, em todas as múltiplas formas que esta pode assumir (e que vão até à forma extrema da chamada cumplicidade psíquica, pela qual simplesmente se reforça a decisão criminosa de outrem, sem contribuir com qualquer auxílio material). De modo que, tomando as coisas à letra, pelas infracções de concorrência de grandes produtores industriais teriam *mesmo* de ser responsabilizados, como cúmplices, os camionistas e os fiéis de armazém! Não nos foi dado, na Lei da concorrência, nem sequer o subsídio marginal (mas que poderia servir de orientação, como afloramento de um princípio geral, no desenvolvimento da jurisprudência de aplicação) que consta do art. 401.º-3 do Código. E numa interpretação literal, por força do princípio de responsabilização das pessoas singulares declarado no número 1 do art. 47.º, sem cláusula restritiva alguma, todos os indivíduos que tenham alguma relação com a actividade ilícita da empresa, e que satisfaça os critérios gerais da autoria ou da cumplicidade, seriam puníveis com as sanções da Lei. O *critério da direcção* é pois indispensável para excluir da punibilidade os empregados e comitidos das empresas, cuja actuação, no contexto

---

A violação do disposto nos artigos (...)

3. Constitui contra-ordenação punível com coima que não pode exceder, para cada uma das empresas, 1% do volume de negócios do ano anterior:

a) A falta de notificação de uma operação de concentração (...)

Art. 44.º — *Crítérios de determinação da medida da coima.* — As coimas a que se refere o artigo anterior são fixadas tendo em consideração, entre outras, as seguintes circunstâncias: (...)

f) O comportamento do infractor na eliminação das práticas proibidas e na reparação dos prejuízos causados à concorrência.

Art. 47.º — *Responsabilidade.* — 1. Pela prática das contra-ordenações previstas nesta lei podem ser responsabilizadas pessoas singulares, pessoas colectivas, independentemente da regularidade da sua constituição, sociedades e associações sem personalidade jurídica. (...)

3. Os titulares do órgão de administração das pessoas colectivas e entidades equiparadas incorrem na sanção prevista para o autor, especialmente atenuada, quando, conhecendo ou devendo conhecer a prática da infracção, não adoptem as medidas adequadas para lhe pôr termo imediatamente, a não ser que sanção mais grave lhes caiba por força de outra disposição legal (...)

do ilícito, não tenha a relevância político-criminal que justifica estas sanções aplicáveis tanto a indivíduos como a entes colectivos.

Outro ponto digno de nota nesta confusão (cujo desdobramento integral requereria bom número de páginas, sem o que até o comentário crítico pode, por sua vez, incorrer em ambiguidades e inexactidões: mas não cabe neste lugar fazer esse desdobramento) transparece da cominação, para os administradores contemplados no art. 47.º-3, de uma sanção aferida pela dos autores, mas com atenuação especial. Ora, pelas razões indicadas, os administradores que nada fazem para pôr termo aos factos ilícitos tipificados no art. 44.º seriam, em muitos casos, puníveis pelo menos como cúmplices ou como encobridores. O recurso à “sanção prevista para o autor, especialmente atenuada”, como diz o cit. art. 47.º-3, é regra familiar do Direito penal de todas as épocas e países: punir como se fossem autores materiais ou morais aqueles que exercem poderes jurídicos ou fácticos sobre uma certa actividade ou meio social — dirigentes, superiores hierárquicos, professores, patrões — quando não reajam contra ilícitos cometidos na sua esfera de actuação. Há no entanto, na recepção desta ideia trivial no art. 47.º-3, um aspecto estranho. É que o preceito manda aplicar a sanção do autor, *especialmente atenuada*: ora a medida da coima do cúmplice — e o administrador não será mero encobridor, mas cúmplice em sentido próprio, quando, como quase sempre acontecerá, o facto ilícito não consista num evento isolado, mas numa actividade duradoura — é já em princípio a medida do autor, especialmente atenuada, como dispõe em geral o art. 16.º-3 do regime dos ilícitos de mera ordenação (e o mesmo dispõe o Código penal, art. 27.º-2, para os crimes). Parece assim que o art. 47.º-3 não tem sentido útil como norma punitiva, porque manda aplicar a administradores, que já seriam puníveis como cúmplices pelo art. 43.º, uma sanção que é, precisamente e só, a da cumplicidade. O que não se compreende, uma vez mais, senão no pressuposto de que os redactores da Lei julgaram que, a não existir o art. 47.º-3, os administradores a que se refere *não seriam* puníveis. Mas incorreram em erro: porque os administradores seriam sempre puníveis como cúmplices ou como encobridores, e na primeira hipótese exactamente com a sanção que o art. 47.º-3 determina lhes seja aplicada...

### 5. *Co-autoria ou cumplicidade de administradores ou de pessoal superior (art. 85.º, n.º 1, c) e n.º 3)*

Estas disposições inspiram-se nas regras americanas sobre *high-level personnel* e *substantial-authority personnel*. A participação de administradores ou pessoal superior é considerada agravante dos factos cometidos na actividade empresarial.

O Anteprojecto ponderou duas formulações para este critério: “Co-autoria ou cumplicidade de administradores ou de pessoal superior nos factos ilícitos”; e a redacção actual: “Extensão e intensidade da participação de administradores ou de pessoal superior nos factos ilícitos”. A primeira fórmula, que se contentaria com a ocorrência ou inoccorrência de qualquer facto de participação de administradores ou pessoal superior, parece não ter cabimento nos ilícitos de concorrência. Não haverá ilícito algum de concorrência de que administradores ou pessoal superior não sejam necessariamente autores ou cúmplices. Mesmo em hipóteses extraordinárias (como a de uma administração sob sequestro, ou sujeita a coacção por parte de uma mafia), parece que sempre terá lugar, pelo menos, facto *típico* de autoria material de administradores ou de algum pessoal superior. E assim sendo, a agravante não faria sentido, porque ocorreria necessariamente.

A versão alternativa, e que ficou consignada no Projecto, consiste em atender, não à *participação* de administradores ou pessoal superior nas actividades ilícitas, mas à *extensão e intensidade* dessa participação. Se, por exemplo, em determinada empresa a totalidade ou a quase totalidade da administração e do pessoal superior participar pessoalmente no planeamento ou na execução das actividades ilícitas, isso será agravante relativamente ao caso de uma empresa em que as actividades ilícitas fossem realizadas por uma parte apenas do pessoal. A primeira empresa estará muito mais inquinada do mal, e no sentido translativo em que se fala de responsabilidade e culpa de organizações enquanto tais, será muito mais responsável e culpada do que a segunda. Esta análise é importante do ponto de vista da política criminal, e muito em particular quando se trate de decretar providências estruturais de cisão ou reforma de empresas. Por isso, quando houver uma Lei de concorrência digna desse nome, que contemple as providências estrutu-

rais, o critério da extensão e profundidade do envolvimento de pessoal de chefia e de pessoal com *substantial authority* (isto é, com poderes de decisão de considerável discricionariedade) terá de ser desenvolvido. A teoria e a experiência norte-americanas oferecem tudo o que é necessário para isso, como para tudo o mais que diga respeito à aplicação, a empresas, de sanções e providências penais e de polícia administrativa.

6. *Actos espontâneos de eliminação ou redução dos ilícitos*  
(arts. 85.º, n.º 1, a) e 86.º, n.º 1, a)

A alínea b) do art. 44.º da Lei da concorrência prevê como critério de graduação “o comportamento do infractor na eliminação das práticas proibidas”. É uma formulação assaz ambígua. A formulação do Projecto clarifica no sentido mais benévolo, substituindo “eliminar” por “eliminar ou reduzir”.

Observar-se-á que para a aplicação do n.º 3 do art. 47.º da Lei, que pune como autores das infracções os administradores que, embora não as cometam, as conheçam ou devam conhecer, e “não adoptem as medidas adequadas para lhes pôr termo imediatamente”, estas atenuantes são irrelevantes quando os administradores tomem de facto essas medidas, uma vez que o preceito não se aplicará, não havendo pois nada que atenuar. Poder-se-ia perguntar se a expressão “pôr termo” não é imprópria, por razões análogas às que valem para o uso de “eliminação” no art. 44.º, al. b). A questão é saber se o administrador que toma providências adequadas para limitar ou reduzir factos ilícitos alheios, ou os seus efeitos, mas não para lhes pôr cobro, deve ser punido *como autor*. A resposta afirmativa não é desrazoável, dados os deveres especiais dos administradores: e o emprego do advérbio “imediatamente” (“pôr termo imediatamente”) sugere que o legislador entendeu que só não deve ser punido como autor o administrador que tome providências que tenham eficácia para erradicar por completo os ilícitos. A ser assim, se se adoptar a interpretação ampla da atenuante que o Projecto propõe, ela terá lugar, no campo de aplicação do n.º 3 do art. 47.º, se o administrador tiver tomado providências com aptidão para reduzir o ilícito, mas não para o eliminar por

completo, ou se as tiver tomado para lhe pôr termo, mas não imediatamente.

Já aludimos às questões que suscita a articulação do art. 47.º-3 com o art. 43.º-1 e 3, no que respeita à cumplicidade e às formas de autoria moral que não sejam a instigação. Se as suposições que fizemos são correctas, os redactores da lei terão *imaginado* que, dizendo esses preceitos o que dizem, os administradores que não fossem autores (materiais ou morais) das infracções *só nas condições nele descritas* seriam puníveis, e que portanto o art. 47.º-3 *limitaria* afinal a punibilidade que, na ausência dele, resultaria para os administradores e para todo o pessoal da empresa da conjugação dos preceitos do art. 43.º com a doutrina geral da comparticipação, e em especial com os critérios da cumplicidade. O preceito teria então excluído da punibilidade todos os comportamentos de administradores que, à luz da doutrina geral da comparticipação, fossem qualificáveis como cumplicidade, e que não satisfizessem literalmente essas condições: teria estatuído implicitamente que esses administradores não poderiam ser punidos como *cúmplices* segundo os princípios gerais. Não o podendo ser tão pouco, *a fortiori*, o pessoal que, embora dirigente, não tivesse o estatuto de administrador.

Se a interpretação da lei fosse puramente histórica ou psicológica, haveria que concluir nesse exótico sentido. Mas na argumentação jurídica sobre os textos de lei, as razões sistemáticas e teleológicas prevalecem sobre a investigação empírica dos fenómenos psíquicos dos agentes do processo legislativo. A única conclusão metodologicamente aceitável é a de que o art. 47.º-3 é uma disposição redundante, que nada acrescenta ao que já se poderia inferir do art. 43.º, de outros dados das leis (como o art. 27.º do regime das “contra-ordenações”) e da teoria geral das infracções. Mas nada se pode inferir no sentido da abrogação do regime geral da cumplicidade, por muito prováveis que historicamente sejam as motivações erróneas do chamado legislador empírico... Podem pois ser punidos por cumplicidade todos os empregados e administradores da empresa que, embora não sejam autores materiais ou morais, todavia participem nos factos definidos no art. 43.º de modo que corresponda aos critérios gerais da cumplicidade. A doutrina da comparticipação terá naturalmente de operar (ou

como elemento adicional e *a se*, ou como especificação de critérios tradicionais, por exemplo os de causalidade e seus análogos na cumplicidade) com *restrições que excluem da punibilidade os subordinados cuja actuação não tenha relevância político-criminal*. Desenvolver a doutrina da comparticipação, porém, não é nem pode ser parte do caderno de encargos de um regulamento. Nem seria razoável inserir nesse enquadramento quaisquer formulações substantivas, por genéricas que fossem. Isso tem de ser deixado para o labor colectivo da jurisprudência (forense e administrativa) e dos juristas académicos.

### 7. *Graduação; compliance programs*

Além da tipificação de circunstâncias do facto que sempre devem ser consideradas, e de efeitos de atenuação e agravação especial, é proposta — para estruturar um pouco mais a aplicação das normas punitivas da Lei da concorrência, que estão redigidas de modo demasiado vago — uma distinção de três classes de infracções, a que correspondem medidas de pena (coima) com limites máximos diferentes.

Esta doutrina da graduação não prejudica em nada, obviamente, os meios de que a Autoridade dispõe para obter decisões justas nos casos individuais. A regulamentação dos processos de crime e de outros ilícitos puníveis concede, a quem tem de decidir das penas, múltiplos instrumentos de adaptação das leis abstractas aos casos concretos, para permitir tanto quanto possível soluções substancialmente justas, e não apenas processualmente legítimas. É amplíssimo o poder judicial de individualizar as penas, reduzindo-as ao mínimo previsto para cada tipo de infracção, e até a menos do que esse mínimo, quando existam circunstâncias atenuantes extraordinárias (a chamada atenuação especial); e desde há muito se lhe acrescentou o poder de suspender a execução da pena sob condições várias, embora condenando, o que na melhor hipótese vem a colocar o condenado que respeite as condições da suspensão, ao fim do prazo desta, em situação idêntica à de quem nunca houvesse cometido o delito. O Código penal de 1982 introduziu o poder entre todos mais radical, e que é o de pura e simplesmente dispensar a pena, isto é, não condenar (nem sequer em

pena suspensa), ainda que reconhecendo a existência do delito. A Autoridade, enquanto lhe incumbe reprimir delitos e aplicar sanções, disporá de todos esses instrumentos de justa decisão de casos concretos. A regulamentação proposta é a esse respeito, supomos, tão completa quanto se poderia desejar.

Como ficou dito na anotação preliminar, porém, a utilização dos meios de equidade não obedecerá apenas às razões de justiça que orientam as decisões dos Tribunais. Eles podem e devem ser postos ao serviço do *interesse público* que a Autoridade prossegue. E por isso a regulamentação desta parte do Projecto não é simples transposição, para este contexto administrativo, de um qualquer modelo de decisão judicial. E se a regulamentação proposta, ao que cremos, não suscitará objecção alguma do ponto de vista da justiça, já nos parece indispensável solicitar atenção cuidadosa a todos os pontos que contendam com o ajustamento às *necessidades da política de defesa da concorrência*, tal como será gerida por uma Autoridade administrativa, e no contexto nacional e comunitário do próximo futuro. Não presumimos de modo algum capacidade pessoal para avaliar suficientemente todas essas necessidades. Os incentivos da colaboração espontânea de indivíduos e empresas nas actuações preventivas e repressivas da Autoridade e os planos de *compliance* são, como a experiência americana (e de alguns outros países) tem comprovado, instrumentos fundamentais da gestão racional de uma política de defesa da concorrência. O exame crítico deve pois incidir com especial cuidado sobre o modo como esses instrumentos, que se encontram regulados no Projecto, devam ser aplicados, diferenciados e enriquecidos na prática institucional.

#### Artigo 87.º

##### *Classes das infracções*

1. Para os fins da alínea *a*) do artigo 84.º, o juízo sobre a gravidade da infracção orientar-se-á por uma classificação dos tipos de ilícito em três níveis de gravidade crescente:

##### Classe I:

- a*) A omissão de notificação prévia obrigatória prevista na alínea *a*) do número 3 do artigo 43.º, em conjugação com o artigo 9.º da Lei da Concorrência;
- b*) As violações do dever de informar previstas na alínea *b*) do mesmo preceito;



- c) A violação do dever de colaborar com a autoridade e a obstrução do exercício dos poderes de inquérito e inspecção previstas na alínea c) do mesmo preceito, em conjugação com o artigo 17.º da mesma Lei.

Classe II:

- d) As práticas proibidas de repartição de mercados ou fontes de abastecimento, previstas na alínea a) do número 1 do artigo 43.º, em conjugação com a alínea d) do número 1 do artigo 4.º da Lei da Concorrência;
- e) A discriminação de preços e de outras cláusulas negociais prevista na alínea a) do número 1 do artigo 43.º, em conjugação com a alínea e) do número 1 do artigo 4.º da mesma Lei;
- f) A recusa de bens e serviços prevista na alínea a) do número 1 do artigo 43.º, em conjugação com a alínea f) do número 1 do artigo 4.º da mesma Lei;
- g) O abuso de posição dominante previsto na alínea a) do número 1 do artigo 43.º, em conjugação com o número 1 do artigo 7.º, quando não consista em algum dos factos mencionados no número 2 do artigo 7.º da mesma Lei.

Classe III:

- h) As viciações da formação de preços previstas na alínea a) do número 1 do artigo 43.º, em conjugação com a alínea a) do número 1 do artigo 4.º da Lei da Concorrência;
- i) A fixação ilícita de outras condições negociais prevista na alínea a) do número 1 do artigo 43.º, em conjugação com a alínea b) do número 1 do artigo 4.º da mesma Lei;
- j) As práticas ilícitas relativas à distribuição, ao desenvolvimento técnico e aos investimentos previstas na alínea a) do número 1 do artigo 43.º, em conjugação com a alínea c) do número 1 do artigo 4.º da mesma Lei;
- k) A actuação concertada prevista na alínea a) do número 1 do artigo 43.º, em conjugação com a alínea b) do número 2 do artigo 6.º da mesma Lei;
- l) As viciações da formação de preços previstas na alínea a) do número 1 do artigo 43.º, em conjugação com a alínea a) do número 1 da mesma Lei;
- m) O abuso de posição dominante previsto na alínea a) do número 1 do artigo 43.º, em conjugação com o número 1 do artigo 7.º, quando consista em algum dos factos mencionados no número 2 do artigo 7.º da mesma Lei.

2. A cada uma das classes de infracções corresponderá um escalão de graduação das coimas, segundo a tabela:

Classe I: Máximo de 1% do volume de negócios do ano anterior;

Classe II: Máximo de 6% do volume de negócios do ano anterior;

Classe III: Máximo de 10% do volume de negócios do ano anterior.

3. Para os indivíduos, os limites máximos serão reduzidos em dois terços <sup>(34)</sup>.

4. Para as associações de empresas, o máximo das coimas será calculado sobre o valor referido no número 2 do artigo 43.º da Lei da Concorrência.

5. A ausência injustificada de testemunhas, de peritos e de representantes de empresas queixosas ou infractoras, prevista no número 4 do artigo 43.º da Lei da Concorrência, será punida com coima no valor máximo de 10 unidades de conta.

A bipartição de classes de infracções que se infere da Lei da Concorrência é insuficiente. O artigo 43.º define apenas duas categorias de infracções das empresas, com máximos de coima de 1% e 10% do volume anual de negócios.

Creemos que serão necessárias — mas também que bastarão — três classes <sup>(35)</sup>. Mas a distribuição pelas várias classes tem de ser cuidadosamente ponderada, tendo em conta os paralelos estrangeiros; e a experiência futura há-de por certo aconselhar alguma revisão.

O número das classes não deve exceder três, quando muito quatro. Com número maior, perde-se a intuitividade da graduação. A alternativa seria prescindir por completo de definir relações bi-nívocas entre classes de infracções e escalões de penas, usando um conjunto de índices sem correspondência directa nos escalões de penas, e transferindo a aceitação intuitiva para os resultados finais da operação do sistema. Mas com isso não se perde só a intuitividade de cada fase do programa de aplicação das penas — ficam também prejudicados os valores fundamentais da igualdade e da revisibilidade.

#### Artigo 88.º

##### *Agravantes e atenuantes especiais próprias de empresas*

1. São circunstâncias agravantes da responsabilidade das empresas, com efeito especial:

a) A violação de deveres especificados por decisão judicial ou administrativa;

<sup>(34)</sup> Cfr. Lei da concorrência, art. 47.º-3.

<sup>(35)</sup> Além da hipótese particular da falta a diligências, e que pertence à chamada ordenação do processo.

- b) Os actos de obstrução da investigação e das providências cautelares;
- c) A intimidação e as represálias exercidas contra indivíduos ou empresas que objectem ou resistam aos actos ilícitos, ou os denunciem às autoridades, ou estejam para o fazer;
- d) As práticas empresariais institucionalizadas que tenham por fim defraudar a lei, dificultar a descoberta ou a prova da infracção, ou obstar à eficácia das sanções aplicáveis;
- e) A reiteração de infracções, se a infracção punida for de classe de gravidade igual ou superior à de alguma das infracções anteriores.

2. São circunstâncias atenuantes especiais:

- a) A existência e execução efectiva de programas de prevenção, se permitirem fundadamente julgar que os factores sistémicos não tiveram peso significativo na causalidade da infracção punida, por comparação com os factores individuais;
- b) A apresentação à Autoridade de programas de prevenção, com sujeição a um regime especial de vigilância.

#### Artigo 89.º

##### *Agravantes e atenuantes especiais próprias dos indivíduos*

1. São circunstâncias agravantes da responsabilidade dos indivíduos, com efeito especial:

- a) Os actos de obstrução da investigação e das providências cautelares;
- b) A intimidação e as represálias exercidas contra indivíduos ou empresas que objectem ou resistam aos actos ilícitos, ou os denunciem, ou estejam para o fazer;
- c) Os actos e omissões, anteriores à investigação, e que tenham tido por fim defraudar a lei, dificultar a descoberta ou a prova da infracção, ou obstar à eficácia das sanções aplicáveis;
- d) A intenção de obter vantagem económica do próprio, de cônjuge, de parente ou de afim até ao 3.º grau.

2. São circunstâncias atenuantes especiais:

- a) A denúncia às autoridades e a denúncia pública dos factos ilícitos;
- b) A colaboração prestada à Autoridade, depois de iniciada a investigação e até ao termo do procedimento administrativo, quando de grande importância para os resultados deste.

3. O risco de prejuízo na carreira profissional e o risco de despedimento não são atendíveis para os efeitos da alínea a) do número anterior.

Entre as circunstâncias especiais, sublinhe-se a atenuante de *denúncia dos factos*. A responsabilidade individual está prevista na Lei da concorrência para todos os indivíduos que sejam autores ou

cúmplices das infracções descritas no art. 43.º-1 e 3, independentemente da sua posição na empresa (como ficou dito, o art. 47.º-3, que se refere aos administradores que nada empreendam para pôr termo imediatamente às infracções de que tenham ou devessem ter tido conhecimento, nada acrescenta às normas punitivas do art. 43.º). A atenuante do *whistleblowing* pode beneficiar todos os indivíduos abrangidos nestas incriminações.

Notar-se-á que os actos espontâneos de reparação dos prejuízos (art. 86.º-1, a), se não forem acompanhados de denúncia às autoridades, ou pelo menos de actos destinados a dar-lhe conhecimento dos factos ilícitos, terão apenas, na regulamentação que o Projecto propõe, valor de atenuantes *comuns*. Só a denúncia terá efeito atenuante especial. Estas opções, como os restantes aspectos da valoração legal das circunstâncias, têm por condicionante um quadro legislativo em que não é concedido à Autoridade o poder de oferecer a quem com ela colabore na descoberta e investigação dos ilícitos a pura e simples impunidade, de modo definitivo e com vinculação das próprias autoridades judiciais. Neste quadro, a valoração proposta não é injusta, e é conveniente do ponto de vista da política criminal. Entretanto, tendo-se posteriormente tomado a decisão política de legislar sobre impunidade dos infractores cooperantes, o sistema carece de revisão, porque quando combinado com um regime de *leniency* se tornará, no agregado, demasiado benévolo para os infractores que não tenham merecido esse benefício radical. (Vale isto igualmente para as regras de cômputo da coima, de suspensão e de dispensa, fixadas nos arts. 91.º a 95.º, infra transcritos, e que se tornarão também excessivamente benévolas, se passarem a ser flanqueadas por esse regime). Mas em vez de publicar desde já o sistema emendado, parece-nos que pode ser mais útil ao leitor interessado a publicação do texto tal como foi concebido quando não se contava com essa novidade legislativa mais ambiciosa, e havia que procurar obter o máximo de resultados dentro dos limites da legislação em vigor (isto é, da Lei da concorrência e da legislação penal e de ordenação social). Voltaremos ao ponto no excurso em que damos notícia do projecto de lei de carta de segurança <sup>(36)</sup>.

---

(36) *Infra*, 11.

A atenuação especial, tal como a suspensão (art. 93.º) e a dispensa da coima (art. 95.º) constituem incentivos para denunciar factos e para colaborar com a Autoridade na investigação. Como bem se compreende, se fosse válida a suposição de que os não-autores de infracções só na hipótese descrita no art. 47.º-3 seriam puníveis (v. supra), o incentivo para a denúncia sofreria golpe profundo, pelo menos quanto aos empregados. Todo o empregado que leva ao conhecimento das autoridades factos ilícitos da empresa corre riscos consideráveis, se não directos de represálias, pelo menos indirectos, na medida em que os desaires da empresa não deixarão de o afectar também a ele — se, por exemplo, a empresa perder negócio ou for à falência, o denunciante poderá muito bem vir a ser vítima da crise para cujo desencadeamento contribuiu. Só o fará portanto se estiver incurso em responsabilidade grave, que a denúncia possa atenuar ou dirimir. Como a doutrina da comparticipação, consagrada expressamente na lei subsidiária, inclui na punibilidade todos os empregados da empresa em relação aos quais possam ser afirmados os critérios da cumplicidade, o incentivo à denúncia pode operar eficazmente. Na generalidade dos casos, só o pessoal superior poderá dar contribuição causal para os ilícitos anticoncorrenciais que preencha os requisitos da cumplicidade<sup>(37)</sup>. Mas é quanto basta, porque os empregados superiores são sempre a fonte principal das denúncias e de colaboração com a investigação.

#### Artigo 91.º

##### *Cômputo da coima*

1. Para determinar a medida da coima, tomar-se-á como valor-base metade do máximo da classe da infracção, ou, se superior, o valor do produto dela, e proceder-se-á à ponderação das circunstâncias, uma de cada vez e sequencialmente, do modo seguinte:

- a) Para as circunstâncias especiais, aplicar-se-á ao valor-base ou ao total provisório obtido na operação imediatamente anterior o coeficiente 1,6

---

<sup>(37)</sup> Na generalidade dos casos, segundo a doutrina comum da comparticipação. Segundo a doutrina especial da comparticipação de que carecemos neste contexto, e que introduzirá necessariamente critérios que excluam do âmbito de punibilidade os subordinados irrelevantes (ut supra, 5), parece que virão a ser todos os casos.

de multiplicação ou de divisão, consoante a circunstância considerada seja agravante ou atenuante;

- b) Para as circunstâncias comuns, aplicar-se-á ao valor-base ou ao total provisório obtido na operação imediatamente anterior o coeficiente 1,1 de multiplicação ou de divisão, consoante a circunstância considerada seja agravante ou atenuante;
- c) Na ponderação das circunstâncias, depois de calculado o valor-base, abstractir-se-á provisoriamente do limite máximo geral da coima, sem prejuízo da sujeição do resultado final a este limite.

2. Serão ponderadas em primeiro lugar as circunstâncias especiais, e, em cada classe de circunstâncias, as agravantes.

3. São circunstâncias especiais as referidas nos artigos 88.º e 89.º; são circunstâncias comuns todas as demais que sejam determinadas pelos critérios de responsabilidade enumerados no artigo 84.º, 85.º e 86.º.

4. A ponderação das circunstâncias especiais será feita pela ordem inversa, e a das circunstâncias comuns pela ordem directa das enumerações que constam dos preceitos referidos no número anterior.

5. Se houver circunstâncias não previstas no presente Regulamento às quais deva ser reconhecido efeito atenuante, serão elas ponderadas depois de todas as outras, tomando-as conjuntamente como um único factor de atenuação e dividindo o resultado das operações anteriores, uma só vez, pelo coeficiente 1,1.

A fórmula do art. 91.º, n.º 4, sobre a ponderação das circunstâncias especiais, pode suscitar alguma estranheza, mas resulta de que a ordem que se tem de seguir na ponderação sequencial dos coeficientes de agravação e atenuação (em que a valoração de cada circunstância incide sobre o resultado da valoração das circunstâncias anteriormente consideradas, segundo a forma:  $c_1x$ ,  $c_2(c_1x)$ ,  $c_3(c_2(c_1x))$ , ... nas agravações, e  $x/c_1$ ,  $(x/c_1)/c_2$ ,  $((x/c_1)/c_2)/c_3$ , ... nas atenuações) nem sempre coincide com a ordem que é a mais intuitiva na enumeração dos tipos de circunstâncias. Ajustar esta ordem à sequência das operações de graduação da responsabilidade tornaria as definições básicas menos intuitivas, ou até francamente contra-intuitivas: e deve-se preservar o mais possível a intuitividade das definições básicas, porque é condição necessária da aceitação das normas.

#### Artigo 92.º

##### *Produto da infracção*

O montante da coima excederá sempre o produto da infracção, com uma diferença que seja adequada aos fins da política sancionatória, e salvos

os limites máximos gerais fixados pela lei. Na ponderação de circunstâncias atenuantes, quaisquer que sejam a espécie e o número das circunstâncias consideradas, e ainda que não existam agravantes, ficará sempre precludida a atenuação do resultado das operações anteriores para uma coima que não satisfaça este princípio.

A coima tem de exceder claramente o valor do produto da infracção, porque a Lei — o que é muito de lamentar — não previu o *disgorgement*(!) Como é de lamentar que não tivesse autorizado expressamente alguma superação do limite máximo da medida abstracta da coima, quando fosse necessária para satisfazer esse critério essencial de justiça e de eficácia dissuasora. Assim sendo, não é em caso algum admissível ultrapassar os limites máximos gerais, e a coima poderá até vir a ser inferior aos proveitos auferidos do ilícito (!), se estes não forem absorvidos por outra via, em indemnizações civis que os lesados consigam obter por iniciativa própria <sup>(38)</sup>.

#### Artigo 90.º

##### *Programas de prevenção*

Para serem atendíveis como atenuante especial das sanções aplicadas a empresas enquanto tais, os programas de detecção e prevenção de infracções devem satisfazer todos os requisitos a seguir enumerados:

- 1.º A empresa definirá normas e procedimentos que sejam idóneos para reduzir a probabilidade das infracções, na medida que, dadas as circunstâncias, deva ser considerada exigível.
- 2.º As normas e procedimentos serão formulados com precisão suficiente para poderem constituir fonte de deveres e de responsabilidades, e serão nomeados, de entre o pessoal superior, em número e com poderes adequados, indivíduo ou indivíduos que ficarão responsáveis pela sua observância.
- 3.º A empresa tomará as providências que sejam convenientes para dar a conhecer a directores, empregados e outros agentes todas as normas e procedimentos estatuídos, compreendendo-se nessas providências, obri-

---

<sup>(38)</sup> A Lei da concorrência, na sua linguagem de trapos, chama *benefícios* aos ganhos económicos que o agente auctore do facto punível, e que é uso chamar *produto* ou *proveito* (do crime, do ilícito, da infracção); o Código penal tem agora, no arts. 109.º a 112.º, “produtos” e “vantagens”. (Mas o Código de valores mobiliários traz no art. 406.º um “benefício económico”, que em todo o caso, com o adjectivo “económico”, passa muito melhor). Obviamente, os proveitos do ilícito não são benefícios — são *malefícios*.

gatoriamente, a distribuição de documentos com informação inteligível, inequívoca, prática e completa, e a realização periódica de planos de instrução e treino.

- 4.º A empresa organizará sistemas de fiscalização, auditoria e denúncia orientados especificamente para promover a efectiva observância do programa.
- 5.º A empresa zelará, com a diligência devida, por que não sejam conferidos poderes discricionários de decisão ou de execução a indivíduos que tenham propensão conhecida, ou que devesse ser conhecida, para as infracções que o programa tem por fim prevenir e detectar.
- 6.º As falhas de vigilância e zelo na prevenção e detecção das infracções serão objecto de sanções disciplinares apropriadas.
- 7.º A empresa assegurará que, em caso de infracção, sejam tomadas providências para lhe pôr cobro e para prevenir recidivas, incluindo modificações do programa.

São os *compliance programs* americanos, com adaptação à legislação portuguesa vigente. E desejaríamos muito que a adaptação pudesse ser transitória, e substituída por uma regulamentação desenvolvida em lei no futuro próximo<sup>(39)</sup>.

#### 8. *Suspensão e dispensa das sanções*

São muito amplos, e em parte de exercício vinculado, os poderes de suspender e dispensar da coima previstos no Projecto.

Quanto à suspensão, atente-se especialmente no incentivo dado à *criação espontânea de programas de prevenção* eficazes, e subsidiariamente ao seu estabelecimento *no âmbito da própria decisão*. Pelo n.º 2 do art. 93.º, a suspensão das sanções aplicadas a empresas, em razão de atenuantes especiais ou com algum outro dos fundamentos enumerados no n.º 1, só será concedida se for posto em prática um programa de prevenção aprovado pela Auto-

<sup>(39)</sup> Os *compliance programs* são aqui considerados apenas enquanto circunstâncias e instrumento de graduação das sanções. A regulamentação destes programas terá, naturalmente, de os considerar numa perspectiva muito mais ampla, como instrumento da política reguladora global da Autoridade, em articulação com as providências estruturais e com a definição de regras de actividade negocial das empresas.



ridade. Por outro lado, a criação espontânea de programas de prevenção é premiada com a suspensão obrigatória de quatro quintos da coima, sempre que se prove que a infracção *não resultou de um vício do programa* (art. cit., n.º 3). Assim, a empresa que ponha em prática um programa de prevenção ficará desde logo com a garantia de que, a ocorrerem infracções sem conexão causal com o programa, beneficiará obrigatoriamente da redução de 50% do limite máximo, a título de atenuante especial (art. 91.º-1-a e art. 88.º-2-a), e além disso da suspensão de 80% da coima em que vier a ser condenada. É um incentivo muito forte à criação espontânea de programas de prevenção eficazes, que por si só, e quando a infracção não tiver significado sistémico que revele deficiências do programa, limitarão a condenação efectiva a um máximo de 10% do máximo da medida legal abstracta da coima: de modo que o limite passará a ser, para os máximos previstos no art. 43.º e consoante as espécies, 0,1% ou 1% do volume anual de negócios. Quando não existam agravantes especiais, porém, a condenação será em regra ainda menor, porque existirão outras atenuantes.

Quanto à dispensa: o Projecto utiliza a dispensa (facultativa) como prémio concedido a quem colabore de modo muito relevante no apuramento dos factos ou na recolha de prova. Era o mais que se podia fazer, por via não-legislativa, enquanto não foi tomada a decisão política de promulgar uma lei de *leniency*. Sobre esta questão, remetemos novamente para a notícia que damos mais adiante do projecto de lei entretanto preparado (infra, 11).

#### Artigo 93.º

##### *Suspensão de sanções aplicadas a empresas*

1. A Autoridade pode suspender, total ou parcialmente, a execução de sanções aplicadas a empresas, se ocorrer uma das seguintes hipóteses:

- a) Se se provar alguma circunstância atenuante especial, contanto que a suspensão tenha consideráveis vantagens de regulação, atentos os fins gerais desta;
- b) Se ocorrer circunstância atenuante não prevista no presente Regulamento, à qual deva ser atribuído grande valor para a justiça da decisão ou para os fins gerais da política regulamentar;

c) Se, dada a situação económica e financeira da empresa, forem de recear, com alto grau de probabilidade, graves prejuízos para a economia, de âmbito sectorial ou global.

2. A suspensão só será concedida, porém, se for posto em prática um programa de prevenção aprovado pela Autoridade e que satisfaça todos os requisitos enumerados no artigo 90.º e se a empresa tomar providências adequadas para ressarcir quem tenha sido directamente lesado pelos factos ilícitos.

3. Quando se prove a atenuante especial referida na alínea a) do número 2 do artigo 88.º, será sempre considerada como fundamento suficiente para conceder a suspensão de quatro quintos da coima.

4. A falência e o risco de falência de empresas não são nunca, por si só, fundamento de suspensão da coima.

5. Como condição de suspensão da coima, podem ser exigidas garantias, quer de alguma das espécies tipificadas na lei, quer atípicas e negociadas caso por caso.

6. O tempo de suspensão é contado a partir da data em que se esgotar o prazo da impugnação judicial da decisão condenatória.

#### Artigo 94.º

##### *Suspensão de sanções aplicadas a indivíduos*

1. A Autoridade pode suspender, total ou parcialmente, a execução de sanções aplicadas a indivíduos, se ocorrer uma das seguintes hipóteses:

- Se se provar alguma circunstância atenuante especial, cujo valor para a justiça da decisão ou para os fins gerais da política regulamentar não fique suficientemente reconhecido com o coeficiente de atenuação determinado no artigo 91.º;
- Se ocorrer circunstância atenuante não prevista no presente Regulamento, à qual deva ser atribuído grande valor para a justiça da decisão ou para os fins gerais da política regulamentar;
- Se, dada a situação económica e financeira do indivíduo, a suspensão for necessária para lhe possibilitar o ressarcimento dos lesados.

2. Quando se prove a atenuante especial referida na alínea a) do número 2 do artigo 89.º, será sempre considerada como fundamento suficiente para conceder a suspensão de quatro quintos da coima.

3. A Autoridade só concederá a suspensão se o condenado tomar providências adequadas para ressarcir quem tenha sido directamente lesado pelos factos ilícitos.

4. O tempo de suspensão é contado a partir da data em que se esgotar o prazo da impugnação judicial da decisão condenatória.

#### Artigo 95.º

##### *Dispensa de sanções*

A Autoridade pode dispensar de sanções empresas e indivíduos que tenham prestado colaboração muito relevante no apuramento dos factos ou na recolha de prova.

#### 9. *Execução; plano de pagamentos*

A compatibilização das sanções pecuniárias com a reparação dos danos, que aquelas podem prejudicar perversamente, é uma das chagas crónicas do nosso Direito repressivo.

O nosso caso não tem paralelo algum, diga-se de passagem, com o dos E.U.A. Na América, devido à efectiva imposição, na quase totalidade dos casos, de indemnizações civis, aos valores elevadíssimos atingidos por estas, e aos danos punitivos, é muitas vezes impossível satisfazer os danos e pagar as multas. O que se resolve tranquilamente prescindindo o Estado das multas. Em Portugal, o que se pode presumir é que, por muitos e bons anos, as indemnizações decretadas pelos tribunais em casos de atentado à concorrência sejam pouco menos de pia ficção. O problema não se suscitaria pois entre nós, se não se desse a circunstância de o Estado ser muito cioso das suas coimas e não prescindir delas para tornar possível acudir aos lesados, e isso apesar da raridade dos casos em que chega a ser decretada a reparação.

O art. 96.º do Projecto, com o reconhecimento da prioridade da reparação dos lesados — imperativo não apenas de justiça, mas de pura e simples eficiência económica — é uma *pega de caras* neste problema. E é o único ponto do Projecto em que a questão da conformidade com as leis vigentes poderá ser suscitada. Sem embargo do que — entendemos que se deve fixar no Regulamento o princípio da prioridade da reparação dos danos. Se vier a ter de ser aceite um diagnóstico negativo da legalidade deste artigo — mas serão contos largos, muito largos! —, bastará revogá-lo, ou até não o aplicar, mantendo-o embora como bandeira. Sempre servirá de lembrete para futuras leis:

## Artigo 96.º

*Execução*

A Autoridade pode adaptar a execução da coima às condições económicas e financeiras dos arguidos, definindo um plano de prestações, em que será dada prioridade ao ressarcimento de quem tenha sido directamente lesado pelos factos ilícitos<sup>(40)</sup>.

---

(40) Não será inútil, a concluir estes apontamentos sobre regulamentação de sanções, insistir novamente na afirmação de que a actividade punitiva da Autoridade de Concorrência não deve ser sobrevalorizada em detrimento de outras atribuições bem mais importantes. E julgamos não ser injusto, sob este ponto de vista, fazer reparo a certas definições que ocorrem na aliás meritória obra já várias vezes citada de Vital Moreira e Maria Fernanda Maçãs. Estes AA. qualificam os procedimentos das autoridades de defesa da concorrência como “essencialmente sancionatórios” (p. 311) e incluem até no articulado do projecto de lei-quadro uma referência à “natureza predominantemente sancionatória das suas funções” (art. 62.º-2). Explicam-se estas definições, provavelmente, pela circunstância de os AA. considerarem apenas as autoridades que têm existido em países da Europa Continental (mas mesmo para algumas dessas autoridades a definição é redutora). Para as *auténticas* autoridades *antitrust* de modelo americano, porém, a função punitiva é secundária, e até pode ser totalmente eliminada, se — como nos parece de longe preferível — não tiverem poderes de punir, e simplesmente acusarem perante os tribunais (v. a este respeito os estudos Boas intenções, maus resultados e Questões hermenêuticas, cits.). E parece-nos que esta limitação da obra, como outras que lhe poderiam ser apontadas, decorre de o ângulo de visão dos AA. ser muito mais retrospectivo do que prospectivo. A obra sintetiza — com eficácia — o que tem sido feito entre nós e em alguns países euro-continentalis; mas abdica quase por completo de projectos de reforma e transformação. Num tempo em que, apesar da catalepse da Europa, são de prever para breve profundas transformações na concepção das autoridades económicas — e se outras não ocorrerem (como certamente ocorrerão pelo menos na frente da supervisão das bolsas e dos bancos e seguradoras), a criação de verdadeiras autoridades *antitrust*, sob o acicade de uma Comissão justamente alarmada, será suficiente para mudar o panorama — este *approach*, se pode não diminuir o interesse da obra como estudo académico, limita no entanto excessivamente a sua relevância como contributo para a política legislativa nacional. É o que explica também, provavelmente, a falta de atenção às autoridades independentes do E.U.A — e dos países que as têm semelhantes. Ora ninguém discordará certamente do juízo de que, se quisermos progredir na defesa da livre concorrência e em (pelo menos algumas) outras áreas da regulação económica, o modelo que cumpre estudar a fundo e ter sempre diante dos olhos é o americano; sem esquecer a utilidade heurística de estudar também o modo como tem sido adaptado a contextos culturais diferentes em certos outros países. Não o fazermos equivalerá a condenarmos inexoravelmente todo e qualquer esforço a caducidade prematura, quando não, pura e simplesmente, a irrelevância logo *ab initio*. Para um pequeno país como Portugal, com condições de mudança terrivelmente viscosas e custos correspondentes de toda a ordem (dos de conhecimento aos de formação profissional), é vital apontar sempre aos modelos mais avançados, que se sabe serão imitados, a prazo, nos grandes países europeus — ou correremos o risco de importarmos as práticas desses países já depois de terem sido, neles, modificadas ou substituídas. Temos poucas oportuni-

## 10. *Apreensões e buscas*

A matéria das buscas é das que se encontram mais estropiadas na Lei da concorrência. Mas, em boa verdade, há um tradição de défice na regulamentação deste assunto.

Altamente *shocking*, por exemplo, é que transpareça da Lei que os seus redactores não fazem a menor ideia do que seja e do para que sirva o *mandado de busca*. O art. 17.º-2, entre outras mistelas, confunde *mandado de busca* com *credencial do agente executor*. As consequências que tal confusão pode ter para qualquer infeliz *buscado* imaginam-se bem (e as palavras não importam: o que importa são as normas de garantia que lhes andam associadas, e de que essas palavras são simples indicador).

A *credencial* é um documento de identificação e legitimação da pessoa encarregada de uma diligência: o *mandado* é a ordem de proceder à diligência. A credencial do agente executor pouco interessa à legislação penal, que se ocupa de coisas muito mais sérias... O que a Lei regula quando trata das buscas é evidentemente o mandado, e não a credencial; esta pode a Autoridade configurá-la como bem entenda, e nada obsta a que para o efeito da identificação do agente executor sejam usados simplesmente — em combinação com a circunstância física de ser portador do mandado — os documentos de identificação genérica (cartões, crachás, etc.) de que todos os agentes de autoridades estão munidos, e que os identificam como agentes delas. Quanto ao despacho do juiz, a Lei pressupõe que não há mandado judicial, mas simples despacho de autorização; o mandado é emitido pela Autoridade. O agente exhibirá portanto três documentos: o mandado de busca emitido pela Autoridade e o despacho de autorização do Juiz, um e outro com os requisitos formais e substantivos fixados pela Lei da concorrência e pelas leis subsidiárias; quanto à credencial, essa poderá

---

nidades — mas uma das que temos é tão fácil e tão barata como isto: numa Europa reduzida cada vez à imitação e ao epigonismo — imitar à *frente dos* outros. Com os nossos arrastadíssimos tempos de mudança, não conseguiremos decerto mudar *antes* dos outros, ganhando-lhes vantagem; mas ao menos mudaremos *simultaneamente* com eles, e *no mesmo* sentido. Em vez de mudarmos com atraso, e em alguma outra, e errática, direcção.

ter qualquer uma de muitas formas igualmente lícitas e eficazes, segundo o prudente critério da Autoridade — desde a credencial específica passada *ad hoc*, para certa e determinada diligência, até — caso de longe o mais frequente — um documento de identificação genérica enquanto agente da Autoridade de Concorrência (de papel ou de plástico, com fotografia ou sem, com banda magnética ou *chip*, ou ainda envergonhadamente pré-electrónico...)

Muito curioso — e sintoma igualmente eloquente do à-vontade a que se chegou na fabricação de leis! — é o esquecimento das *selagens* na enumeração das diligências que requerem autorização judicial (art. 17.º da Lei da concorrência). Abalançamo-nos a uma conjectura sobre o modo como se chegou a este lapso, que escapou à atenção da Assembleia da República, apesar de tudo benemérita no expungir de alguns dos piores dislates da proposta de lei. A proposta parece ter sido feita a partir de textos legislativos pré-existentes, pelo método da tesoura e cola — hoje info-rebaptizado *pasting* — e sem qualquer concepção de conjunto ou programa político para o futuro. Na origem, não se terá pensado em conferir à Autoridade esse poder de *selar*, a que os nossos legisladores têm sempre oposto um abrenúncio espavorido <sup>(41)</sup>. Mas já depois de terminado o *pasting*, a União Europeia — sempre essa desmanchadora dos nossos pequenos prazeres lusitanos! — lembrou-se de inserir nos seus regulamentos disposições sobre *selagens*. E não houve modo de escapar à irritante obrigação de conferir o poder à Autoridade, inclusivamente porque ela será, em muitos processos, o agente local da Comissão. Mas não se fez sequer a adaptação do texto. O texto ficou como estava: para buscas e apreensões, são precisos o mandado e a autorização judicial; para *selagens*, coisa muito mais drástica, dispensam-se! <sup>(42)</sup>

Naturalmente, o lapso do texto da Lei tem de ser integrado, e nenhuma *selagem* pode ser executada sem mandado da Autoridade e autorização do juiz, emitidos com todos os requisitos de substância e de forma... Até aí chegam as forças do jurista que tenha feito

<sup>(41)</sup> Sobre as dificuldades dos nossos legisladores com o poder de *selar*, vejam-se os episódios escritos em Boas intenções, cit..

<sup>(42)</sup> A risível confusão dos mandados de busca com as credenciais de identificação do agente executor há-de ter contribuído também para que não fosse notado o lapso.



o seu currículo elementar — que mais não será preciso: afinal basta para isso a socializaçõzinha geral do cidadão comum. Mais espinhosas são as dificuldades que se nos deparam, no ambiente doméstico, quando encaramos a indispensável regulamentação das diligências de busca. Segundo parece, não existe no nosso ordenamento regulamentação de buscas e apreensões digna desse nome. E não deveria ser necessário regular diligências de busca neste lugar: pois que é assunto para regras universais — como parte das fundações mesmas da actividade repressiva do Estado — e não para estatutos e regulamentos de uma autoridade em particular.

O Projecto aproveita o pouco que há no Código de processo penal e, no mais, segue o modelo do *Police and Criminal Evidence Act* inglês de 1984, com a jurisprudência de aplicação. Tem em conta também o que dispõem os regulamentos CE, em especial o de Janeiro de 2003.

#### Artigo 66.º

##### *Buscas e apreensões*

1. As buscas e apreensões são ordenadas por mandado da Autoridade, mediante autorização prévia da Autoridade judiciária, e em conformidade com esta.

2. A busca é executada por agente ou agentes da Autoridade para o efeito designados pelo superior hierárquico competente, acompanhados de um agente da força pública. O mandado pode autorizar que outras pessoas acompanhem os agentes que executam a busca.

3. A entrada e a busca em espaço fechado devem ser feitas a hora razoável do dia, a menos que haja fundadas razões para recluir frustração do fim da busca. Se estiver presente no local pessoa com poderes para facultar a entrada, os agentes executores identificar-se-ão a essa pessoa e ler-lhe-ão o mandado, entregando-lhe cópia. Em caso de desobediência, será forçada a entrada. Tratando-se de busca de coisa determinada, as pessoas presentes que possam mostrá-la ou dizer onde se encontra serão intimadas a fazê-lo.

4. Os agentes executores poderão entrar sem aviso quando haja fundadas razões para supor que, se solicitassem que lhes fosse facultada a entrada, o fim da busca seria frustrado; depois de entrar, porém, seguirão o disposto no número anterior, pelo modo que for pertinente. Não sendo possível fazer entrega da cópia do mandado, os agentes afixá-la-ão em lugar bem visível.

5. Se durante a busca forem encontrados artigos relevantes para a investigação, mas que não estejam cobertos pelo mandado, serão eles sela-

dos e providenciar-se-á a sua conservação até serem apreendidos, podendo também ser selado para esse fim, na medida do necessário, o espaço em que se encontrem.

6. Com o mandado de busca é sempre conferido o poder de fazer e mandar fazer fotografias e cópias, bem como o de exigir que as informações contidas em computadores e acessíveis a partir do local da busca sejam fornecidas aos agentes da Autoridade em forma legível e em suporte que possam levar consigo.

7. O mandado de busca será conservado durante 12 meses e poderá ser inspeccionado, a pedido, por quem tiver interesse legítimo.

#### Artigo 67.º

##### *Auto de busca*

1. Da busca será lavrado auto, no próprio acto ou, se não for possível, imediatamente depois, com as seguintes menções:

- a) Fundamentos e objecto da busca;
- b) Data, hora e local;
- c) Modo de entrada no local e outras circunstâncias relevantes da execução;
- d) Se alguma coisa foi encontrada, e o quê;
- e) Se alguma coisa foi apreendida, e o quê;
- f) Se foram encontrados outros artigos relevantes além dos que eram objecto da busca, dando conta de quaisquer providências conservatórias que tenham sido tomadas em relação a eles;
- g) Se da busca resultou algum dano de pessoa ou de bens.

2. Será facultada cópia do auto de busca a quem a requerer e tiver interesse legítimo.

Entre as lacunas da nossa regulamentação avultam, pela importância que podem ter para os direitos e interesses das pessoas e das empresas, as que resultam de *nada estar definido para o tratamento de documentos que beneficiem da protecção de segredos*: por exemplo *correspondência com advogados, documentação médica, registos de segredos tecnológicos e comerciais, correspondência íntima*. Andará bem avisada a Autoridade de Concorrência, que há-de lidar com inúmeros interlocutores internacionais ou internacionalizados, em preocupar-se com a preservação, nas diligências de busca, dos segredos tecnológicos e comerciais e da documentação de advogados, que são as espécies previsivelmente mais expostas a devassa ilícita nas suas intervenções. Nenhuma empresa e nenhuma firma de advogados dos E.U.A. revelarão a



menor disposição para se resignarem a violações de privilégios de prova reconhecidos no Direito americano, nem darão o menor valor ao argumento de que o Direito português os esquece ou não os consagra de modo suficiente (argumento que aliás seria melhor, por questão de simples decoro nacional, nem sequer tentar vender-lhes). Se não se acudir a estas lacunas da nossa regulamentação de buscas e apreensões, não tardará muito que, em países onde o Direito do processo e da prova é levado mais a sério, o Estado português seja sujeito a acções judiciais vexatórias e de efeitos muito mordentes; e não se esqueça a dimensão astronómica do volume de negócios de muitos dos lesados possíveis ...

Tendo embora, a princípio, esboçado a regulamentação que nos falta, acabámos por pô-la de parte, porque não haveria maneira de dizer alguma coisa de útil sem estabelecer regras para actos judiciais. A filtragem da documentação privilegiada, para devolução da que não é susceptível de apreensão, só pode ser feita por juiz: não pode ser feita na Autoridade, nem sequer pelo seu pessoal mais qualificado e mais severamente sujeito a deveres deontológicos. E só a lei pode regular actos do juiz. De modo que a única hipótese viável neste Regulamento seria redigir uns quantos conselhos para orientação dos agentes da Autoridade: tenham cuidado com isto, não tragam aquilo... Mas isso não seria sério, como matéria do Regulamento da Autoridade. Há-de ter o seu lugar — até ao limite do que seja sério — em instruções internas e manuais de procedimentos: mas não no Regulamento.

11. *Nota complementar: Um projecto de lei de carta de segurança para os infractores que colaborem com as autoridades*

Já depois de concluído o Projecto de Regulamento, foi tomada a decisão política de promulgar uma lei que *conceda impunidade aos infractores que colaborem de modo muito útil na descoberta, investigação, e prova dos ilícitos de concorrência*. Será a versão local dos *leniency programs*.

A consagração desta prática no processo comunitário terá constituído, mais uma vez, o argumento decisivo para a introduzir na nossa legislação.

Não cabendo na economia desta exposição dar notícia dos trabalhos realizados e em curso (Novembro de 2003), transcrevemos simplesmente algumas disposições da primeira versão de um anteprojecto.

Art. 1.º — *Carta de segurança*. — É instituída a carta de segurança nos processos de infracção de concorrência, com o fim de mover os infractores a cooperar com as autoridades públicas na descoberta e na instrução dos ilícitos previstos nos artigos ... e ... da Lei da Concorrência.

(...) Art. 3.º — *Objecto*. — A segurança tem por objecto os factos ilícitos do infractor a quem é passada a carta de segurança, conhecidos até à decisão final do processo administrativo.

(...) Art. 5.º — *Requisitos*. — 1. Será concedida segurança à empresa que informe a Autoridade de Concorrência de infracção prevista nos artigos ... e ... da Lei da Concorrência, se forem satisfeitos cumulativamente os seguintes requisitos:

- a) Se nenhuma outra empresa tiver informado antes a Autoridade da mesma infracção;
- b) Se, à data da recepção da informação, a Autoridade não dispuser ainda de indícios e meios de prova suficientes para, pelos factos reportados, abrir inquérito;
- c) Se a empresa tiver interrompido a sua actividade ilícita ou a interromper sem demora depois de prestar a informação;
- d) Se a empresa prometer cooperar plenamente com a Autoridade na investigação e na recolha de prova, nomeadamente facultando-lhe todas as informações e meios de prova que possua ou que possa obter;
- e) Se a empresa, sempre que lhe seja possível fazê-lo, tiver reparado os danos causados, ou tiver tomado providências, que a Autoridade julgue idóneas, para os reparar em prazo conveniente.

2. Não será concedida segurança, não obstante o disposto no número anterior:

- a) Se a empresa tiver tido a iniciativa ou a direcção da actividade ilícita, ou se tiver constrangido outras empresas a participar nela;
- b) Se ocorrerem outras circunstâncias em razão das quais a segurança seja manifestamente desrazoável.

3. Na apreciação dos requisitos da segurança ter-se-ão em conta apenas os actos susceptíveis de imputação à empresa enquanto tal, como distintos dos actos que devam ser imputados exclusivamente a indivíduos determinados.

Artigo 6.º — *Pedido*. — 1. A empresa que pretenda beneficiar de segurança impetrá-la-á da Autoridade, informando das infracções cometidas e em curso e assumindo os compromissos a que se refere o artigo anterior.

2. Juntamente com o pedido, a empresa oferecerá à Autoridade todos os elementos de prova de que à data disponha, ou entregar-lhe-á lista descritiva dos elementos de prova que se propõe oferecer em data posterior acordada com a Autoridade.

3. A lista a que se refere o número anterior deve elucidar a natureza e o conteúdo dos elementos de prova, de modo que permita avaliar bem da sua utilidade para o processo e da satisfação dos requisitos legais da carta de segurança. Com a lista poderão ser oferecidos meios de prova, escolhidos livremente pela empresa, e ainda reproduções parciais, expurgadas das partes que a empresa entenda omitir, desde que as omissões não criem risco de erro relevante para a apreciação do pedido.

(...)

5. Se a decisão for favorável, será passada carta de segurança, da qual constarão:

- a) A identificação da empresa impetrante;
- b) A descrição dos factos cobertos pela segurança;
- c) As condições e limites da segurança.

6. As decisões da Autoridade sobre o pedido de carta de segurança não são publicadas.

(...)

Artigo 8.º — *Acordos sobre prova*. — É permitido à Autoridade acordar com a empresa que certo meio de prova oferecido com o pedido de segurança seja conservado inerte ou desentranhado do processo, se esse meio de prova não for indispensável para a justa e prudente aplicação da lei.

Artigo 9.º — *Segurança de indivíduos*. — 1. Os indivíduos responsáveis por infracções de concorrência poderão impetrar carta de segurança, acompanhando ou não pedido da empresa a que estejam associados na prática da infracção.

2. São requisitos da segurança de indivíduos:

- a) Que à data do pedido a Autoridade não disponha ainda de indícios e meios de prova suficientes para, pelos factos reportados, abrir inquérito;
- b) Que o impetrante tenha interrompido a sua actividade ilícita ou a interrompa sem demora depois de apresentar o pedido;
- c) Que o impetrante prometa cooperar plenamente com a Autoridade na investigação e na recolha de prova, nomeadamente facultando-lhe todas as informações e meios de prova que possua ou que possa obter;
- d) Que, sempre que deva reparar os danos causados pela infracção e lhe seja possível fazê-lo, tenha dado deles reparação, ou tenha tomado providências, que a Autoridade julgue idóneas, para os reparar em prazo conveniente.

3. Não será concedida segurança, não obstante o disposto no número anterior, se ocorrerem circunstâncias em razão das quais ela seja manifestamente desrazoável.

4. Pode ser concedida segurança a mais de um indivíduo, se a contribuição de cada um para a descoberta e prova das infracções for, de per si, considerada suficientemente importante para o justificar.

Art. 10.º — *Cancelamento.* — 1. Se, depois de passada a carta de segurança, a empresa ou o indivíduo que a receberem violarem os seus deveres legais ou os compromissos que para o efeito hajam assumido, será a segurança imediatamente cancelada, e comunicado o facto ao interessado.

2. Cancelada a segurança, os actos praticados pelo infractor no processo serão apreciados, nos termos comuns, como circunstâncias de efeito atenuante ou agravante.

(...)

Art. 12.º — *Redução da coima aplicável a empresas.* — 1. As empresas que cooperarem na descoberta e na recolha de prova de infracções de concorrência e que não tiverem pedido carta de segurança, ou não satisfizerem os requisitos dela, beneficiarão de redução dos limites máximos das coimas previstas na Lei da Concorrência sempre que a contribuição prestada tenha tido grande valor para a decisão final do processo, quer do ponto de vista da fundamentação da decisão, quer do ponto de vista da economia de custos.

2. Os limites máximos das coimas aplicáveis a empresas serão reduzidos em três escalões, segundo o seguinte critério:

- a) metade, se a empresa tiver sido a primeira a cooperar com a Autoridade na descoberta e prova dos factos considerados na decisão;
- b) um quarto, se tiver sido a segunda;
- c) um décimo, nos restantes casos.

3. Se a empresa tiver violado, no âmbito da cooperação com a Autoridade, deveres legais ou compromissos voluntariamente assumidos, não beneficiará da redução do limite máximo da coima e terá a sua responsabilidade graduada nos termos comuns.

Art. 12.º — *Redução da coima aplicável a indivíduos.* — 1. Os indivíduos que cooperarem na descoberta e na recolha de prova de infracções de concorrência e que não tiverem pedido carta de segurança, ou não satisfizerem os requisitos dela, beneficiarão de redução dos limites máximos das coimas previstas na Lei da Concorrência sempre que a contribuição prestada tenha tido grande valor para a decisão final do processo, quer do ponto de vista da fundamentação da decisão, quer do ponto de vista da economia de custos.

2. Os limites máximos das coimas aplicáveis a empresas serão reduzidos em dois escalões, segundo o seguinte critério:

- a) Dois terços, se não tiver havido cooperação de valor comparável de empresa ou de indivíduo;
- b) Um terço, nos outros casos.

3. Se o infractor tiver violado, no âmbito da cooperação com a Autoridade, deveres legais ou compromissos voluntariamente assumidos, não beneficiará da redução do limite máximo da coima e terá a sua responsabilidade graduada nos termos comuns.

Como se disse supra, aprovada que seja uma lei deste género, o sistema de graduação judicial do projecto de regulamento ficará a ser demasiado generoso. Terão de ser limitadas as faculdades de atenuação mais radical. Não significa isso que se haja de excluir em absoluto que quem não satisfaça os critérios da *leniency* venha todavia a beneficiar de atenuações tão importantes como as que a futura lei determine, mormente quando existam *compliance programs* úteis. Mas as regras do regulamento terão de ser ajustadas em vários pontos.

Propusemos para o instituto, recuperando um uso linguístico antigo, a designação *carta de segurança*. É certo que nem a “carta de seguro” nem a “carta de segurança” de que tratavam expressamente as Ordenações Afonsinas, Manuelinas e Filipinas tinham este fim de conceder impunidade a infractores cooperantes; e dava-se até a circunstância de as infracções económicas serem exceptuadas dos benefícios concedidos com essas cartas (o tratamento desfavorável das infracções económicas foi coisa corrente no Direito antigo; o que não surpreenderá quem atente nos múltiplos privilégios odiosos que ainda hoje admitimos para as infracções fiscais). Em todo o caso, ainda que sem uma definição legislativa geral, a concessão de impunidade aos criminosos, em troca da denúncia de outros agentes e da colaboração na instrução e prova, foi praticada com frequência em todos os países europeus, e supomos — sob reserva da consulta que cumpre fazer a historiadores — que também entre nós. E porque nenhum dos termos do vocabulário mais familiar da doutrina das penas (inclusive “imunidade”, que na linguagem técnica não corresponde ao que, neste contexto, os anglo-saxónicos chamam “immunity”), se adoptado como designação deste regime, deixaria de propiciar equívocos com instituições muito diferentes, “carta de segurança” parece-nos uma boa escolha.

## A PATENTEABILIDADE DOS MÉTODOS COMERCIAIS (\*)

*Pelo Dr. Pedro Sousa e Silva (\*\*)*

### **I — Introdução**

O Direito Industrial nasceu para estimular a criatividade e proteger a inovação. O sistema de patentes, em particular, é tido como um “estimulante” indispensável para o progresso técnico, ao atribuir um monopólio temporário de exploração de um invento, permitindo que a investigação obtenha um retomo económico compensador.

Mas a Propriedade Industrial está a desvirtuar-se, pois vem servindo, cada vez mais, para proteger a banalidade, e conferir exclusivos sobre coisas triviais. A tal ponto que a actividade económica começa a transformar-se num “campo de minas” em que é cada vez mais difícil não “tropeçar” em direitos exclusivos sobre as realidades mais vulgares. Hoje é possível “ser criminoso sem o

---

(\*) Texto de uma exposição apresentada em 30 de Abril de 2003 no 6.º Curso de Pós-Graduação sobre Direito da Sociedade da Informação, promovido pela Associação Portuguesa de Direito Intelectual e pela Faculdade de Direito de Lisboa, sob a direcção do Professor Oliveira Ascensão. Na preparação deste tema, o autor beneficiou de várias indicações bibliográficas fornecidas pelo Dr. Pedro Maia, da Faculdade de Direito de Coimbra, com quem teve várias e proveitosas trocas de impressões, que aqui cumpre agradecer.

(\*\*) Avogado. Professor-coordenador do ISCA da Universidade de Aveiro.



saber”, tal a profusão de exclusivos sobre desenhos, modelos, marcas e até sobre invenções.

Os exemplos não faltam. Expressões puramente descritivas estão a ser registadas como marcas comunitárias <sup>(1)</sup>. Concedem-se registos de modelos e desenhos industriais a elementos de construção civil “do tipo tradicional antigo”. Há quem peça o registo, como marca figurativa, de desenhos e motivos decorativos clássicos, sem qualquer novidade (e que, por esse motivo, não poderiam ser apropriados a título de desenhos e modelos industriais), adquirindo assim, por vias travessas, exclusivos sobre sinais que nunca deveriam ser objecto de apropriação individual. Existem patentes sobre os objectos mais inesperados: Um “método para exercitar um gato (usando um laser)” beneficia desde 1995 da patente n.º 5,443,036 concedida pelo *Patent and Trademark Office* dos Estados Unidos, que também concedeu, através da patente n.º 5,965,809, de 1999, protecção ao “método de determinação do tamanho de *soutien* (por medição directa)”...

Isto acontece, em boa medida, porque as autoridades — administrativas e judiciais — de todo o mundo vêm consentindo num alargamento desmesurado da protecção decorrente da Propriedade Industrial, admitindo que os direitos privativos industriais sejam usados para finalidades diversas daquelas que justificaram a sua consagração legal, coonestando autênticas fraudes à lei e abusos do direito. Por isso, há já quem afirme que as patentes se tomaram uma forma de *poluição industrial*, argumentando que *tanto a poluição como as patentes constituem externalidades económicas que podem enriquecer pessoas ou empresas à custa da sociedade como um todo. E ambas são justificadas como necessidades económicas* <sup>(2)</sup>.

A imaginação criativa transferiu-se assim da esfera da técnica para a área do Direito. Apetece dizer que os maiores “inventores”, actualmente, são os juristas — que desenvolvem continuamente novas formas de alargar a esfera de protecção dos direitos privati-

---

<sup>(1)</sup> Estão registadas no Instituto de Harmonização do Mercado Interno marcas como “GlobalCare”, “Netmeeting”, “CareService” ou “helpLine”.

<sup>(2)</sup> PHIL KARN, *The US Patent System Is Out of Control!*, texto disponível em <http://people.qualcomm.com/karn/patents>.

vos industriais. E o novo “toque de Midas”, transformando em ouro (i.e, em exclusivos valiosos, a pedra lascada dos conhecimentos banais, das ideias pertencentes ao domínio público — e que deviam ser insusceptíveis de apropriação exclusiva.

Uma dessas “invenções jurídicas”, que nos chega dos Estados Unidos, diz respeito à tutela dos métodos comerciais — designadamente sistemas de vendas, ou procedimentos de exercício de actividades económicas — que começaram há poucos anos a ser protegidos ao abrigo de patentes. O que só pode causar perplexidade, a quem tenha algumas luzes de Direito Industrial. O objecto das patentes <sup>(3)</sup> não residiu sempre no domínio da técnica?

Acontece, porém, que os exemplos citados — longe de corresponderem a excentricidades, em que a América é fértil — vêm assumindo uma importância crescente, sendo objecto de controvérsia um pouco por todo o mundo <sup>(4)</sup>, e um fenómeno em vias de exportação para a velha Europa, que já se prepara para regulamentar esta matéria.

Nos Estados Unidos o debate vai aceso, com diversos processos judiciais em curso e milhares de pedidos de patentes apresentados por ano, num crescendo exponencial, desde que a Justiça americana decidiu, em 1998, o já célebre caso *State Street Bank* <sup>(5)</sup>. É certo que a concessão de patentes a métodos comerciais não nas-

---

<sup>(3)</sup> Para uma análise aprofundada do conceito clássico de patente, cf., entre muitos outros, S. P. LADAS, *Patents, Trademarks and Related Rights, National and International Protection*, 1975, Vol. I, p. 286 e ss., ROUBIER, *Droit de la Propriété Industrielle, Vol. II*, 1954, p. 85 e ss.. Entre nós, cf. nomeadamente, OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito Comercial, Vol. II, Direito Industrial*, 1988, p. 233 e ss., A. SILVA CARVALHO, *O Objecto da Invenção*, 1970, p. 7 e ss. e OSÓRIO DE CASTRO, *Os efeitos da nulidade da patente sobre o contrato de licença da invenção patenteada*, 1994, p. 90 e ss..

<sup>(4)</sup> Para uma reflexão crítica sobre os efeitos da propriedade intelectual sobre a criatividade e inovação, cf. LAWRENCE LESSIG, *The future of ideas*, 2001. Para uma panorâmica recente sobre as patentes de métodos comerciais, cf. o excelente artigo de JAMES GLEICK, *Patently absurd* — “The New York Times Magazine”, de 12 de Março de 2000 (disponível em <http://www.nytimes.com/library/magazine/home/20000312mag-patents.html>).

<sup>(5)</sup> *State Street Bank & Trust CO vs. Signature Financial Group, Inc.* — Proc. n.º 96-1327, do United States Court of Appeals for the Federal Circuit; sentença de 23.07.1998 (texto integral in <http://www.law.emory.edu/fedcircuit/july98/96-1327.wpd.html>).



ceu com aquele processo <sup>(6)</sup>. Contudo, a *aprovação oficial* que aquela decisão judicial representa, conduziu a uma explosão nos pedidos de patentes relativas a métodos comerciais informatizados, tendo o *U.S. Patent and Trademark Office* (“PTO”) recebido 7.800 pedidos só no ano 2000.

## II — O conceito de «método comercial»

Antes de mais, importa definir este novo (?) conceito, que vem sendo designado — na linguagem corrente e sem grande rigor <sup>(7)</sup> — por patente de “método comercial” ou de “procedimento comercial” (*business method patent*). Mas é também frequente a designação de patente de *software* (porquanto a maioria destes métodos é implementado através de programas informáticos específicos) ou por *web patent* (pois são procedimentos desenvolvidos e explorados predominantemente no contexto da Internet). Há quem fale, a este propósito, de patentes sobre “actividades não tecnológicas” (*nontechnological arts*) <sup>(8)</sup>.

Estão em causa actividades tão variadas como a publicidade e o *marketing*, as vendas e leilões na Internet, os serviços financeiros, o ensino e a formação, a contabilidade, e até a arquitectura. Do ponto de vista administrativo, estas patentes são normalmente processadas pelo PTO como inventos relativos a “processamento de dados: financeiros, de práticas comerciais, de gestão ou determinação de custo ou preço”. Um diploma legal em vigor nos EUA desde 2001, o *Business Method Patent Improvement Act*, define “método comercial” como *um método de administrar, gerir, ou de outro modo conduzir uma empresa ou organização, incluindo uma técnica usada para fazer ou conduzir negócios, ou processar infor-*

---

<sup>(6)</sup> Como faz notar ROCHELLE COOPER DREYFUSS, *Examining State Street Bank: Developments in Business Method Patenting* — *Computer Law Review International*, 1/2001, p. 1.

<sup>(7)</sup> A este respeito, cf. DECLAN McCULLAGH, *IP: Has the U.S. Patent Office really reformed?* — [http://cluebot.com/article.pl?sid=01/03/21/181\\_7201](http://cluebot.com/article.pl?sid=01/03/21/181_7201).

<sup>(8)</sup> Expressão usada por JOHN THOMAS, *The Patenting of the Liberal Professions*, cit. por R. DREYFUSS, ob. cit., nota 6.

mação financeira; ou qualquer técnica usada no desempenho de capacidades atléticas, pedagógicas ou pessoais; e qualquer implementação informática desses métodos ou técnicas<sup>(9)</sup>.

Um dos exemplos mais famosos é o da patente concedida à *Amazon.com*, tendo por objecto o método e sistema para colocar uma ordem de compra através de uma rede de comunicações, e que é hoje conhecido pela sua designação comercial, e marca registada, “1-Click”<sup>(10)</sup>. Como é sabido, este sistema consiste em permitir que o comprador *online* use um “carrinho de compras”, que vai enchendo através de *clicks* do rato com os artigos que vai seleccionando, elaborando assim uma lista que pode ser comprada, em bloco, mediante um último e único *click* — sem necessitar de proceder ao fastidioso preenchimento dos seus dados pessoais, endereço para envio e número de cartão de crédito (pois estes dados, a partir da primeira compra que cada consumidor efectue na *Amazon*, ficam guardados no servidor central desta empresa, sendo o cliente subsequentemente identificado através de um *cookie* mantido no seu próprio computador, funcionando a partir daí o dito sistema “1-Click”). Este procedimento é extremamente prático e atraente para os clientes, e terá contribuído largamente para o êxito comercial da empresa. Por isso, logo que a respectiva patente foi concedida, a *Amazon* tratou de processar um concorrente, a *BarnesandNoble.com* (que vinha utilizando um sistema semelhante, denominado “Express Lane”), tendo conseguido que um tribunal decretasse uma providência cautelar obrigando esta empresa a

---

(9) Tradução do autor. No original: “(1) a method of: (A) administering, managing, or otherwise operating an enterprise or organization, including a technique used in doing or conducting business; or (B) processing financial data; (2) any technique used in athletics, instruction, or personal skills; and (3) any computer-assisted implementation of a systematic means described [in (1)] or a technique described in [(2)]. Por seu lado, “business method invention” é definido como “(1) any invention which is a business method (including any software or other apparatus); and (2) any invention which is comprised of any claim that is a business method”.

(10) Sobre este tema cf., entre outros, L. LESSIG, *The future of ideas*. cit., pp. 132 e 133, R. C. DREYFUSS, *Examining State Street...* cit., p. 3 e DAVID BENDER, *Business Methods Patents: An Alternative View* — *Computer Law Review International*, 3/2001, p. 67; cf. ainda o site [www.noamazon.com](http://www.noamazon.com), que conduz uma campanha contra aquela empresa de comércio electrónico, por considerar que as suas práticas ameaçam o progresso da Internet.

modificar o seu método de vendas, através da adição de um *click* de rato, suplementar e supérfluo (para o diferenciar do método já patenteado). Seguiu-se uma renhida batalha judicial que levou um tribunal de recurso a revogar a medida cautelar, por entender que a patente em questão aparentava ser demasiado óbvia para merecer protecção<sup>(11)</sup>, tendo este contencioso terminado num acordo entre as partes, celebrado em Março de 2002.

### III — A patenteabilidade destes métodos

E aqui reside um dos maiores problemas que esta questão levanta: os métodos ou procedimentos comerciais normalmente não são inéditos, sendo já conhecidos e utilizados pelos agentes económicos. Raramente se trata de verdadeiras inovações, mas antes adaptações ou aperfeiçoamentos de sistemas já existentes — ou, mais rigorosamente, da *transposição* para ambiente informático de procedimentos já conhecidos e frequentemente sem qualquer novidade ou criatividade. Ora a *novidade* e a *actividade inventiva* são, justamente, dois requisitos essenciais para a concessão da patente<sup>(12)</sup>. Como será, então, possível concederem-se exclusivos deste tipo?

Segundo ROCHELLE DREYFUSS<sup>(13)</sup>, *a maioria das patentes concedidas parece basear-se na teoria de que a implementação em computador de uma técnica comercial conhecida, ou a tradução para o ciberespaço de um método de fazer negócio já conhecido, bastam para satisfazer o requisito da inventividade (“non-obviousness”), apesar de a implementação e a tradução serem já bem conhecidas da ciência dos computadores.* Ou, como explica

---

<sup>(11)</sup> Cf. [http://www.law.emory.edu/fedcircuit/feb2001/00-11\\_09\\_wp.html](http://www.law.emory.edu/fedcircuit/feb2001/00-11_09_wp.html).

<sup>(12)</sup> Devendo além disso, como é sabido, tratar-se de um invento susceptível de aplicação industrial — arts. 470/1, 50.º/1 e 520 do Código da Propriedade Industrial de 1995 e arts. 5 1.º/1, 55.º/1 e 560 do novo CPI, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 36/2003, de 5 de Março. Estes requisitos são também exigidos, obviamente, pelo TRIPS (Acordo sobre os aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual relacionados com o Comércio, de 15 de Abril de 1994 — art. 27.º/1) e pela Convenção sobre a Patente Europeia de 1973 (arts. 52.º/1 e 54.º).

<sup>(13)</sup> Ob. cit., p. 2.

LAWRENCE LESSIG<sup>(14)</sup>, *estamos a falar de gente que pega numa forma de fazer negócio e, porque a transforma em software, vem dizer, "Isto agora é meu"*.

Este entendimento "criativo" da lei de patentes, além de suscitar fortíssimas reservas conceptuais, levanta problemas práticos enormes, relacionados com a inexistência de bases de dados contendo a informação relevante para medir a criatividade do "invento", não havendo sequer publicações científicas que se dediquem à sua divulgação (ao contrário do que sucede nos domínios da técnica, propriamente dita). O que torna quase impraticável determinar, a cada momento, o "estado da técnica". Os métodos comerciais, como as técnicas de vendas, têm muito de conhecimento empírico, ligado à "astúcia" e intuição do negociante, constituindo informação partilhada pela generalidade dos agentes económicos, que se transmite pelo exemplo e pela observação das práticas empresariais alheias.

O outro grande problema — que não pode dissociar-se do primeiro — é a falta de *carácter técnico* do objecto destas patentes. Estas "invenções" respeitam a quê? Qual é o contributo que elas vêm trazer ao estado da técnica?

As patentes de invenção foram criadas para conferir monopólios de exploração sobre inventos de natureza técnica. Por isso, as legislações nacionais e internacionais nesta matéria estabelecem, expressa ou implicitamente, o requisito do carácter técnico, frequentemente sob a forma de exclusões quanto ao objecto da patente. É pois recusada protecção às *descobertas, às teorias científicas e aos métodos matemáticos, às criações estéticas, às apresentações de informação e aos projectos, princípios e métodos do exercício de actividades intelectuais em matéria de jogo ou no domínio das actividades económicas, assim como aos programas de computadores, como tais* — conforme dispõe o art. 48.º do ainda vigente CPI de 1995, cujo n.º 3, contudo, esclarece que só é excluída a patenteabilidade quando o objecto da patente *se limite aos elementos acima referidos*.

Em síntese: Não se podem patentear as ideias, porque não se protegem simples abstracções. Nem os programas de computador,

---

(14) Citado por James Gleick, artigo cit, *supra*, nota 4.

que já têm uma tutela própria. Podem é proteger-se inventos que sejam concretizações dessas ideias, ou que usem um dado *software*. Mas exige-se que o invento, em si mesmo considerado, reúna os requisitos de patenteabilidade, incluindo o carácter técnico.

Ora esta exigência, nos Estados Unidos, tem sido levemente ultrapassada, à luz do princípio de que o simples facto de uma invenção usar um computador ou *software* fá-la ingressar automaticamente no domínio da técnica, desde que seja *útil, concreta e produza resultados tangíveis* (15). Neste sentido, continua a ser exigido o carácter técnico para conceder uma patente. Mas bastará “embrulhar” convenientemente um sistema de vendas conhecido, com roupagem informática ou cibernética apropriada, para lhe dar boas hipóteses de sucesso no exame do PTO. No limite, um programa informático que implemente o velho sistema do “leve 3 e pague 2” (ou as célebres “dúzias de treze”, que fizeram a grandeza da indústria de chapéus de S. João da Madeira), seria elegível para protecção...

Como é evidente, a incongruência deste entendimento e os exageros a que conduz vêm gerando um coro de críticas, não só da parte dos *outsiders* habituais, mas de vozes autorizadas, incluindo prestigiados professores de Harvard e de Nova York (16) e políticos e empresários influentes. Por isso, o Congresso americano já começou a tomar medidas, embora tímidas, no sentido de mitigar os efeitos negativos desta proliferação de patentes “não tecnológicas”, e mesmo de patentes inválidas (que vão subsistindo sem impugnação, face aos custos elevadíssimos de uma acção de anulação (17). Por um lado, consagrou um *prior user right*, em favor de qualquer pessoa que, agindo de boa fé, tenha posto em prática o

(15) A este respeito, cf. o detalhado relatório apresentado à Comissão Europeia por ROBERT HART, PETER HOLMES e JOHN REID, *The Economic Impact of Patentability of Computer Programs*, disponível em [http://europa.eu.int/comm/internal\\_market/en/ind-prop/studyintro.htm](http://europa.eu.int/comm/internal_market/en/ind-prop/studyintro.htm)

(16) Designadamente LAWRENCE LESSIG, *The future of ideas*, cit., pp. 208 e 209 e *Code and other Laws of Cyberspace*, 1999, p. 130 e ss., bem como ROCHELLE COOPER DREYFUSS, *Examining State Street Bank...*, cit., p. 1.

(17) DAVID BENDER refere que a impugnação judicial de uma patente, nos Estados Unidos, dificilmente tem um custo inferior a um milhão de dólares em “attorneys” fees — *Business Methods Patents: An Alternative View* — *Computer Law Review International*, 3/2001, p. 66.

objecto de uma patente referente a métodos comerciais pelo menos um ano antes da data do pedido dessa patente, e tenha explorado comercialmente esse invento antes da data desse pedido<sup>(18)</sup>. Por outro, aprovou em 2001 o *Business Method Patent Improvement Act*, que veio facilitar e tornar menos onerosa a oposição a pedidos de patentes de métodos comerciais e a anulação destas patentes, com fundamento na falta de requisitos de patenteabilidade, nomeadamente a novidade e a actividade inventiva.

Mas a evolução deste regime não parece ainda estabilizada, até pelas crescentes dúvidas acerca do efeito destas patentes sobre a actividade económica, havendo já quem afirme<sup>(19)</sup> que o PTO está a *estrangular a inovação que ele próprio deveria alimentar*.

#### IV — A situação actual na Europa e em Portugal

Deste lado do Atlântico, o panorama é significativamente diferente, quer no plano dos princípios quer no plano factual.

Em Portugal, como vimos, o art. 48.º do CPI de 95 recusa a concessão de patentes, nomeadamente, a *métodos matemáticos, apresentações de informação e a métodos do exercício de actividades económicas*, bem como a *programas de computadores*. Embora só exclua a patenteabilidade quando o objecto da patente *se limite a esses elementos*.

Esta norma reproduz no essencial o disposto na Convenção de Munique de 1973 sobre a Patente Europeia, cujo art. 52.º afasta a patenteabilidade dos mesmos elementos, na medida em que o pedido *apenas diga respeito a um desses elementos considerados como tal*. Sublinhe-se que esta disposição, e em particular o seu número 1, têm sido interpretados, pelo Instituto Europeu de Patentes, como exigindo implicitamente que o invento tenha um *carácter técnico*, não considerando invenções os *métodos envolvendo apenas conceitos económicos e práticas de fazer negócio*. Por isso, este Instituto vem considerando que *uma característica de um*

---

(18) Sobre esta excepção, denominada "first inventor defense", cf. R. DREYFUSS, *ob. cit.*, p. 4.

(19) JAMES GLEICK, *art. cit.*



*método respeitante ao uso de meios técnicos para uma finalidade exclusivamente não técnica e/ou para processar exclusivamente informação não técnica não confere necessariamente carácter técnico a esse método. E esclarece: de facto, qualquer actividade nos domínios não tecnológicos da cultura humana envolve entidades físicas e utiliza, num grau maior ou menor meios técnicos. Mas faz notar que a mera existência de características técnicas numa reivindicação não transforma o objecto dessa reivindicação num invento. Deste modo, quando o aperfeiçoamento resultante da invenção seja essencialmente económico, i.e., pertença ao domínio da Economia, não poderá contribuir para a actividade inventiva* <sup>(20)</sup>

Isto mostra, sem margem para dúvidas, que existem diferenças substanciais entre o entendimento europeu e americano acerca do que pode ser objecto de uma patente:

Enquanto na Europa uma invenção tem de ter *intrinsecamente* carácter técnico, nos EUA não tem que revestir essa natureza, bastando que o invento use um computador ou *software* para lhe ser reconhecido tal carácter técnico (mesmo que o aperfeiçoamento resultante da invenção pertença a um domínio não tecnológico) <sup>(21)</sup>. Por outras palavras, na Europa o invento tem de dar um *contributo técnico*, ao passo que nos Estados Unidos esse contributo não é necessário: o simples facto de o invento usar um computador ou um programa informático já lhe confere natureza técnica, desde que seja útil, concreto e produza resultados tangíveis.

## V — O CPI de 2003 e a proposta de Directiva Comunitária

O novo CPI, com entrada em vigor em 1 de Julho de 2003, não trouxe radicais alterações neste domínio, constituindo o seu art. 52.º uma reprodução quase total do art. 48.º do CPI ante-

<sup>(20)</sup> Decisão proferida em 8.09.2000, pela Câmara de Recurso do IEP, em recurso contra a recusa do pedido de patente europeia n.º 88 302 239.4 (*Controlling pension benefits system/PBS*, relativo a um sistema de pensões que alegadamente reduzia os encargos financeiros e administrativos a suportar por empregadores e trabalhadores) — *Computer Law Review International*, 1/2001, p. 18 e ss.

<sup>(21)</sup> Enunciando claramente estas diferenças, cf. o relatório de ROBERT HART, PETER HOLMES e JOHN REID, cit. *supra*, nota 15.

rior. Há apenas que registar um curto aditamento à alínea d) do número 1, que continuar a negar a patenteabilidade dos *programas de computadores, como tais*, mas acrescentando agora: *sem qualquer contributo*. O que vem, como é óbvio, facilitar a concessão de patentes sobre invenções implementadas informaticamente, quando envolvam um contributo para o progresso tecnológico num domínio técnico. Mas continua a manter a exigência da natureza técnica do invento.

Esta nova redacção é claramente inspirada pela proposta de directiva comunitária *relativa à patenteabilidade dos inventos que implicam programas de computador*, apresentada pela Comissão Europeia em 20.02.2002, e que se encontra em apreciação nas instâncias comunitárias<sup>(22)</sup>. Esta iniciativa — que deu especial atenção à prática dos seus principais parceiros comerciais, incluindo os EUA e o Japão — chegou a encarar a hipótese de admitir a patenteabilidade dos métodos ou procedimentos comerciais que impliquem programas de computador, nos termos liberais que ficaram descritos, especialmente de patentes que tenham aplicações no comércio electrónico.

Mas a opção que prevaleceu, e que vem reflectida na proposta em discussão, mantém a regra de que, para ser patenteável, um invento deve dar um *contributo técnico para o progresso tecnológico*. Sob esta condição, a proposta prevê a consagração, no direito interno dos Estados-membros, da patenteabilidade de inventos que impliquem programas de computador<sup>(23)</sup>, tendo-se absterido “pelo menos para já” de dispensar o requisito do contributo técnico — o

---

(22) Documento COM (2002) 92 final, disponível em [http://europa.eu.int/-comm/internal\\_market/en/indprop/comp/index.htm](http://europa.eu.int/-comm/internal_market/en/indprop/comp/index.htm). De acordo com as informações disponíveis nesta data, 30.04.2003, esta proposta ainda não foi aprovada, tendo sido objecto de uma primeira leitura no Conselho de Ministros de 14.11.2002 (cf. [http://europa.eu.int/press/detail\\_dossier\\_real.cfm?CL=fr&DosId=172020](http://europa.eu.int/press/detail_dossier_real.cfm?CL=fr&DosId=172020)).

(23) O artigo 2.º do projecto define este conceito como *qualquer invento cujo desempenho implique o uso de um computador, de uma rede informática ou de outro aparelho programável e que tenha uma ou mais características novas, à primeira vista, que sejam realizadas, no todo ou em parte, através de um ou mais programas de computador*. Por seu lado, o contributo técnico (condição para que o invento implique actividade inventiva), será *avaliado considerando a diferença entre o âmbito da reivindicação da patente considerada no seu conjunto, cujos elementos possam incluir características técnicas e não técnicas, e o progresso tecnológico* (art. 4.º, § 3.º).



que levaria à concessão de patentes aos procedimentos comerciais “puros” ou aos processos mais geralmente sociais — lembrando que a experiência neste domínio ainda é muito recente e o seu impacto na economia em geral e no comércio electrónico em particular ainda não pode ser inteiramente avaliado, havendo receios de que tais patentes venham a asfixiar o comércio electrónico (24). Escusado será dizer que, à luz de um regime como este, a *Amazon.com* nunca teria obtido a patente que o PTO americano lhe concedeu, sobre o sistema “1-Click”.

## VI — Formas alternativas de tutela dos “métodos comerciais”

Mas, enquanto não chega ao seu termo o processo de aprovação e transposição da directiva em apreço, estarão os procedimentos comerciais computadorizados completamente desprotegidos? Ou, mesmo na falta de patente, haverá meios alternativos de tutela destes métodos?

Para os procedimentos que impliquem programas de computador, está disponível protecção decorrente da tutela dos direitos de autor, dado que a protecção jurídica do *software* é feita por remissão para este corpo normativo (25). No entanto, esta protecção *abrange unicamente a expressão do programa de computador*. Não ficam como tal protegidos as ideias e os princípios subjacentes a qualquer elemento do programa, nomeadamente os presentes na lógica, nos algoritmos e nas linguagens de programação. Por este motivo, o *copyright* tem um âmbito de protecção muito mais

(24) Cf. pp. 12 e 13 da Exposição de Motivos.

(25) Em conformidade com o disposto pela Directiva n.º 9 1/259/CEE, do Conselho de 14 de Maio de 1991, relativa à protecção jurídica dos programas de computador, transposta para a ordem jurídica portuguesa através do Decreto-Lei n.º 252/94, de 20 de Outubro. Sobre este tema, e a relação da tutela resultante da patente e do direito de autor, cf. FRANÇOIS PERRET, *La protection des méthodes commerciales par le droit des brevets d'invention: le poids de la situation après l'arrêt State Street Bank*, *Revue de Droit Suisse*, n.º 3-2001, pp. 271 e ss. e ALEXANDRE DIAS PEREIRA, *Patentes de Software. Sobre a patenteabilidade de programas de computador*, *Direito Industrial*, Vol. 1, 2001, p. 385 e ss. (ob. colectiva promovida pela APDI — Associação Portuguesa e Direito Intelectual, sob a direcção do Professor Oliveira Ascensão).

estrito que o da patente, pois esta impede o uso do invento seja qual for a expressão que este uso assuma, o que lhe confere uma protecção de “largo espectro”. Sendo assim, os métodos comerciais computadorizados só obterão por esta via uma protecção indirecta, e sempre limitada ao *software* utilizado, não abrangendo o procedimento em si mesmo considerado.

Apesar disso, a ordem jurídica portuguesa não deixará totalmente desprotegidas estas realidades, quando se elevem acima do panorama da banalidade: se se tratar de um método comercial verdadeiramente inovador, e ocorrer um aproveitamento parasitário por parte de um concorrente, haverá sempre recurso à proibição da *concorrência desleal* que há largas décadas permite sancionar a imitação servil dos produtos e serviços dos concorrentes e a chamada concorrência parasitária<sup>(26)</sup>.

## VII — Conclusão

Haverá pois verdadeira necessidade e legitimidade para rodear estes métodos de direitos exclusivos, expropriando dessa forma o domínio público? Os dogmas tradicionais do Direito Industrial respondem que sim: Sem o exclusivo de exploração decorrente da patente, os inventores não conseguiriam extrair do mercado a remuneração do seu esforço criativo. Se não houvesse patentes, diz-se, o esforço de investigação não seria estimulado, por falta de expectativas sérias de rentabilidade. O progresso técnico abrandaria e a Economia poderia definhar...

Mas será mesmo assim? Há cada vez mais gente a acreditar que não. Grandes avanços tecnológicos das últimas décadas deram-se sem a ajuda de qualquer patente, pelo menos em fases iniciais.

---

<sup>(26)</sup> A este respeito, OLIVEIRA ASCENSÃO, *Concorrência Desleal*, 2002, pp. 446 e 447, refere que *a apropriação de toda uma linha empresarial alheia inutiliza a vantagem que deve caber a uma prática inovadora e falseia a concorrência*, mas sublinha que *é essa e só essa que contraria as normas e usos honestos e que constitui concorrência desleal*. Sobre este tema, cf. ainda PATRÍCIO PAÚL, *Concorrência Desleal*, 1965, p. 162, CHAVANNE e BURST, *Droit de la Propriété Industrielle*, 1993, p. 387 e LADAS, *Patents, Trademarks and Related Rights, National and International Protection*, Vol. III, p. 1701.

A *Microsoft*, fundada em 1975, teve a sua primeira patente em 1986 (para um invento de pequena importância) e só em 1988 obteve uma patente relacionada com computadores. A própria *Amazon.com* chegou à liderança do comércio *on-line* antes de lhe ser concedida a patente, em 1999. Está ainda por demonstrar, inequivocamente, que o sistema de patentes é necessário ou sequer benéfico para o progresso científico e técnico. E há riscos de *efeitos perversos* sobre a inovação, devido à estagnação provocada pela proliferação de direitos exclusivos.

O que não oferece dúvidas é que os métodos ou procedimentos comerciais, em si mesmo considerados, estão longe de representar um progresso técnico. Quando muito, estão ligados a este progresso, e podem contribuir para um melhor funcionamento do mercado. Mas não devem a sua existência à atribuição de qualquer exclusivo de exploração, nem precisam de patentes para serem convenientemente explorados. Não estamos perante novas moléculas cuja investigação tenha custado milhões a uma empresa farmacêutica. Não se trata da invenção do transistor ou da máquina a vapor. Mas apenas de modos de fazer negócio, de organizar uma actividade económica, ou de um sistema de vendas.

De resto, como lucidamente sublinha ROCHELLE DREYFUSS, os métodos comerciais podem mesmo ser encarados como *princípios da concorrência*, os quais, à semelhança do que sucede com as leis da natureza, não devem ser susceptíveis de apropriação exclusiva (27).

Estando em causa grandes interesses económicos, é de prever que o debate em curso seja especialmente marcado por considerações pseudo-científicas e as inevitáveis profissões-de-fé na defesa dos frutos do labor intelectual. Aliás, as próprias autoridades americanas vêm pressionando os governos de diversos países no sentido de passarem a conceder patentes sobre métodos comerciais (28). Há um comentador americano que encontra uma explicação para este surto de novas patentes na tentação que o PTO tem de conceder muitas patentes e registos (“Estamos aqui para dar registos e

---

(27) *Examining State Street Bank...* cit., p. 3.

(28) Nomeadamente o Japão e a Jordânia, segundo informa DECLAN McCULLAGH, *IP: Has the U.S. Patent Office really reformed?*, cit. *supra*, nota 7.

não para os recusar...”) Até porque esse serviço é financiado pelas taxas dos registos que efectua...

Ao estudar estas questões tem-se por vezes a sensação que a análise é feita em circuito fechado, entre os “iniciados” na Propriedade Intelectual e analistas sem o distanciamento necessário para ter uma visão de conjunto, ponderando os interesses globais da economia e da sociedade, para além dos interesses restritos dos titulares de direitos (afinal de contas, os clientes do sistema de patentes).

Mas importa sobretudo indagar em que medida interessará às empresas europeias e aos consumidores europeus conceder protecção a realidades deste tipo, seja na proposta comedida da Comissão Europeia, seja na versão arrojada do PTO americano. Sem esquecer que, no momento em que se concede a alguém um direito exclusivo de exercer uma actividade, estão a privar-se milhões de outras pessoas da liberdade de fazer o mesmo. Está a proibir-se o resto da população de praticar um acto que de outra forma seria livre.

Por isso, os exclusivos devem ser concedidos com parcimónia, apenas na medida do indispensável para assegurar um retomo suficiente a quem investiu e criou algo de *efectivamente* novo. E sem perder de vista que o progresso da Humanidade não se dá bem com privilégios e monopólios, bastando olhar a História para compreender que foi a liberdade e a expansão do comércio que fez avançar a Economia, as Descobertas, e até a própria Ciência.

Porto, 30 de Abril de 2003



# BREVE ANÁLISE DO REGIME DA CONCORRÊNCIA DESLEAL NO NOVO CÓDIGO DA PROPRIEDADE INDUSTRIAL

*Pelo Dr. Jorge Patrício Paúl (\*)*

## SUMÁRIO:

1. — O enquadramento sistemático e a noção legal de concorrência desleal; 2. — A qualificação do ilícito de concorrência desleal; 3. — O montante legal da coima; 4. — A supressão da referência ao dolo específico alternativo; 5. — Os actos de confusão; 6. — Os actos de descrédito; 7. — As referências não autorizadas e as falsas indicações próprias; 8. — A indução em erro através de falsas descrições dos produtos ou serviços ou de falsas indicações de proveniência; 9. — A supressão da referência ao uso anómalo de denominação de fantasia ou de origem registadas; 10. — O afastamento, pelo vendedor ou intermediário, da denominação de origem, indicação geográfica ou marca registada; 11. — Os segredos de negócios e as informações não divulgadas; 12. — Apreciação global do regime.

## **1. — O enquadramento sistemático e a noção legal de concorrência desleal**

O novo Código da Propriedade Industrial (CPI), aprovado pelo Decreto-Lei n.º 36/2003, de 5 de Março, continua, na esteira dos CPI anteriores de 1940 e 1995, a tratar a matéria da concorrência desleal a propósito das infracções à propriedade industrial.

---

(\*) Mestre em Direito e Advogado.

Mantém-se, assim, por parte do legislador, uma visão redutora deste instituto, sabido como é que o mesmo é independente da existência de qualquer direito de propriedade industrial, podendo verificar-se concorrência desleal sem violação de algum direito privativo ou, ao invés, ocorrer a violação de direitos privativos sem existir concorrência desleal.

Contrariamente ao que sucedia no artigo 260.º do CPI de 1995, o novo Código da Propriedade Industrial retoma, no seu artigo 317.º, a noção legal de concorrência desleal constante do artigo 212.º do CPI de 1940.

De acordo com essa noção, continuam a ser pressupostos do conceito de concorrência desleal: (i) a prática de um acto de concorrência; (ii) que esse acto seja contrário às normas e usos honestos; (iii) de qualquer ramo de actividade económica.

A referência, agora feita na lei, ao carácter económico da actividade, repõe a redacção do CPI de 1940, como fora proposto pelo Dr. Jorge Cruz nos seus Comentários ao CPI de 1995 (1).

Tal modificação não altera o âmbito da aplicação da concorrência desleal, pois, no CPI de 1995, a concorrência desleal que o mesmo disciplinava era já uma concorrência indiscutivelmente económica.

E mesmo com o actual qualificativo, continua a ser perfeitamente defensável a aplicabilidade do regime da concorrência desleal às profissões liberais, não só pelo manifesto carácter económico dessas actividades, como porque, não o fazendo, se isentariam, injustificadamente, alguns desses profissionais de responsabilidades a que estão sujeitos os demais agentes económicos, como sucederia, nomeadamente, com os actos de confusão, as referências não autorizadas e as falsas indicações próprias, modalidades de concorrência desleal contempladas no CPI, mas não previstas como ilícitos disciplinares, por exemplo no Estatuto da Ordem dos Advogados.

Continuamos, por outro lado, a considerar — como, aliás, sempre o fizemos no domínio dos dois Códigos anteriores (2) —,

---

(1) Jorge Cruz, *Comentários ao Código da Propriedade Industrial*, 1995, pág. 12, a.

(2) Ver nossos *Concorrência Desleal*, 1965, pág. 121 e *Os pressupostos da concorrência desleal*, in *Concorrência Desleal* (obra colectiva), 1997, pág. 44.



que o acto de concorrência, seja ela leal ou desleal, tem sempre como indispensável pressuposto o perigo de dano, ou seja, a idoneidade do acto praticado para causar prejuízos a terceiros, através da conquista de posições vantajosas no mercado, ainda que os danos possam efectivamente não ocorrer, não havendo, neste caso, lugar a responsabilidade civil.

## 2. — A qualificação do ilícito de concorrência desleal

A alteração mais significativa introduzida pelo novo CPI no regime da concorrência desleal diz respeito à qualificação do ilícito, que deixou de ser considerado um crime para passar a constituir um ilícito de mera ordenação social (artigo 331.º).

Pôs-se, assim, termo a uma tradição de sempre da lei portuguesa, que, desde o Decreto n.º 6, de 15 de Dezembro de 1894, disciplinava a concorrência desleal como um ilícito criminal. Como refere o Professor Oliveira Ascensão, Portugal era, aliás, ao que se saiba, o único país do mundo em que os preceitos reguladores da concorrência desleal eram exclusivamente penais<sup>(3)</sup>.

Esta importante alteração de regime é francamente positiva, pois o sistema anterior, que atribuía à concorrência desleal a natureza de crime público, carecia de fundamento ético-social. Dele resultava que um acto de descrédito dos produtos de um concorrente implicava a dedução de acusação por parte do Ministério Público, mesmo que o ofendido contra ele não quisesse reagir. Se pensarmos que o procedimento criminal por ofensa contra a honra de uma pessoa, por mais grave que ela seja, depende pelo menos de queixa e, normalmente, de acusação particular por parte desta (artigo 188.º do Código Penal), fácil é constatar a aberração a que conduzia a anterior qualificação do ilícito de concorrência desleal.

Como salienta o Professor José de Faria Costa<sup>(4)</sup>, o bem jurídico da lealdade concorrencial não é daqueles cuja densidade

(3) Oliveira Ascensão, *Concorrência Desleal*, 2002, pág. 8.

(4) José de Faria Costa, *O direito penal e a tutela dos direitos da propriedade industrial e da concorrência. (Algumas observações a partir da concorrência desleal)*, in *Direito Industrial*, III, 2003, pág. 39.



axiológica só por si imponha, sem mais, a tutela penal, mas sim, e bem ao contrário, daqueles cuja tutela se pode encontrar noutros ramos de Direito, manifestamente menos invasivos e limitadores dos direitos fundamentais.

Este regime iníquo levou a que fossem muito raras as condenações pelo crime de concorrência desleal, o que, como bem observa o Professor Oliveira Ascensão <sup>(5)</sup>, se, por um lado, representava “uma auto-regeneração do sistema através da prática judiciária”, por outro confirmava “a inadequação da lei e convidava a uma revisão”.

Revisão esta a que louvavelmente procedeu o legislador em 2003.

Com esta nova qualificação do ilícito, cessam as dúvidas, justificadamente suscitadas na doutrina, quanto à constitucionalidade do proémio do artigo 260.º do CPI de 1995, para preencher, sózinho, a função de garantia, exigida a uma norma penal incriminadora.

### 3. — O montante legal da coima

Esta apreciação da qualificação jurídica do ilícito de concorrência desleal não pode, no entanto, ser desligada da análise do montante da coima estabelecido no artigo 331.º do novo CPI, em óbvia conformidade com o fixado no artigo 7.º da Lei de autorização legislativa n.º 17/2002, de 15 de Julho: coima de 3.000 a 30.000 euros, caso se trate de pessoa colectiva, e de 750 a 7.500 euros, quando se tratar de pessoa singular.

A sanção imposta no artigo 331.º é igual à que o mesmo CPI prevê para direitos privativos tradicionalmente considerados como de menor relevância, como é o caso da recompensa (artigo 332.º), do nome e insígnia do estabelecimento (artigo 333.º) e do logótipo (artigo 334.º). É, inclusivamente, sanção igual à estabelecida no artigo 335.º para a prática de meros actos preparatórios da execução dos ilícitos criminais cometidos contra os direitos privativos mais importantes.

---

(5) Oliveira Ascensão, *ob. cit.*, pág. 278.

É uma equiparação inadequada, pois a indiscutível gravidade de que se reveste a concorrência desleal justificava que lhe tivesse sido atribuída uma protecção jurídica superior à concedida nos preceitos referidos.

Por outro lado, se compararmos a medida legal da coima aplicável à concorrência desleal com a estabelecida para a publicidade enganosa no artigo n.º 34.º, n.º 1, alínea *a*) do Código da Publicidade, verificamos que esta última é, inexplicavelmente, mais elevada: de 700 a 9.000 contos, correspondente a 3.491,59 a 44.891,81 euros, quando o infractor for uma pessoa colectiva e de 350 a 750 contos, equivalente a 1.745,79 a 3.740,98 euros, se for pessoa singular, a que, no caso de dolo, podem ainda acrescer as sanções acessórias do artigo 35.º do mesmo Código.

Daqui resulta que o limite máximo da coima aplicável a pessoas colectivas por publicidade enganosa excede, em cerca de 50%, o limite máximo da coima que as mesmas podem sofrer pela prática de concorrência desleal. Esta diferença é incompreensível e inaceitável, se atentarmos na estreita ligação existente entre o reclame doloso (considerado até ao actual CPI concorrência desleal) e a publicidade enganosa, tanto mais que a lei prevê quanto a esta que “possa prejudicar um concorrente” (parte final do artigo 11.º, n.º 1 do Código da Publicidade).

Se fizermos, por outro lado, o cotejo entre o montante da coima aplicável à concorrência desleal e o previsto no artigo 43.º, n.º 1, alínea *a*) da Lei n.º 18/2003, de 11 de Junho, que aprovou o novo regime jurídico da concorrência, observamos que o abuso de posição dominante ou o abuso de dependência económica são sancionados com coima que pode atingir dez por cento do volume de negócios, no último ano, da empresa infractora. Basta, pois, que essa empresa tenha um volume anual de negócios superior a 300.000 euros, para que o máximo da coima aplicável exceda o máximo da coima a que fica sujeita pela prática de concorrência desleal.

Esta disparidade de critérios não parece ter qualquer justificação. O montante máximo da coima com que o novo CPI sanciona a concorrência desleal é manifestamente diminuto e receamos que não constitua um desincentivo minimamente suficiente para prevenir a futura prática de actos de concorrência desleal.

#### 4. — A supressão da referência ao dolo específico alternativo

O artigo 317.º do novo CPI eliminou do seu proémio a referência ao dolo específico alternativo, que constava do proémio do artigo 260.º do CPI de 1995: o acto de concorrência desleal deveria ser praticado com a intenção de causar prejuízo a outrem ou de alcançar, para si ou para terceiro, um benefício ilegítimo.

Esta supressão está associada à diferente qualificação do ilícito de concorrência desleal acolhida no presente CPI: tratando-se agora de um ilícito de mera ordenação social, parece razoável que se atenuem os requisitos gerais da ilicitude, sem prejuízo de os mesmos serem exigidos relativamente a algumas modalidades de actos tipificados na lei, como sucede no caso das alíneas *b)* e *c)*, adiante analisadas.

Na verdade, a existência, no anterior tipo penal de concorrência desleal, destes elementos subjectivos da ilicitude, agora suprimidos, resultava da necessidade de limitar, no âmbito do dolo do agente, a demasiada amplitude do preceito incriminador, “estreitando, assim, as margens da punibilidade que, doutro modo, seria intolerável” <sup>(6)</sup>, razão esta que já não ocorre na actual qualificação do ilícito como contra-ordenação.

#### 5. — Os actos de confusão

Os actos de confusão estão previstos na alínea *a)* do artigo 317.º do actual CPI, em cuja redacção se acrescentou a referência a “empresa” e se eliminou a menção do “crédito” dos concorrentes.

São alterações correctas. Por um lado, o estabelecimento, os produtos e os serviços são apenas alguns dos componentes da empresa e podem existir actos susceptíveis de criar confusão com a empresa no seu todo que não incidam apenas sobre esses elementos, como sucede em alguns casos de concorrência parasitária,

---

(6) José de Faria Costa, *ob. cit.*, pág. 41.

embora esta possa verificar-se mesmo que não haja perigo de confusão.

Por sua vez, a referência ao crédito, constante da lei anterior, levantava sérias dificuldades quanto à sua caracterização, pois seriam de ocorrência prática muito rara os actos que tivessem exclusivamente por objecto a susceptibilidade de criar confusão quanto a este elemento, puramente imaterial.

O critério para aferir da susceptibilidade de confusão continua a ser o olhar distraído do consumidor, ou seja, o homem comum, incidindo sobre a impressão do conjunto, e não analisando os diversos elementos isoladamente (7), como se infere do artigo 245.º, n.º 1, alínea c) do actual CPI (8).

## 6. — Os actos de descrédito

A alínea b) do artigo 317.º tem por objecto “as falsas afirmações, feitas no exercício de uma actividade económica, com o fim de desacreditar os concorrentes”.

É adequada a referência agora feita ao “exercício de uma actividade económica” em vez do “exercício do comércio ou indústria”, constante dos CPI anteriores e que constituía uma incompreensível limitação da regra geral do proémio e implicava a necessidade de uma interpretação extensiva, fora do tipo penal.

Mas, por outro lado, este preceito deixou de especificar os bens objecto de descrédito, limitando-se a referir “o fim de desacreditar os concorrentes”.

Afastou-se, assim, da enumeração constante da Convenção da União de Paris (artigo 10.º-bis, n.º 3), 2.º), e aproximou-se mais da noção do crime de ofensa à reputação económica de outrem, previsto no artigo 41.º do Decreto-Lei n.º 28/84, de 20 de Janeiro, embora este possa ser praticado por não concorrentes.

(7) Neste sentido, Oliveira Ascensão, *ob. cit.*, pág. 422 e nosso *Concorrência Desleal*, cit., pág. 161.

(8) Apesar de esta disposição ter por objecto o conceito de imitação da marca, é nela feito apelo à noção de confusão.

### **7. — As referências não autorizadas e as falsas indicações próprias**

São diminutas e pouco relevantes as alterações introduzidas nas alíneas *e)* e *d)* do artigo 317.º do actual CPI relativamente às alíneas correspondentes do CPI de 1995.

Na alínea *c)*, passou a impôr-se que as invocações ou referências não autorizadas sejam feitas “com o fim de beneficiar do crédito ou da reputação de um nome, estabelecimento ou marca alheios”.

Retomou-se, assim, a redacção do n.º 3 do artigo 212.º do CPI de 1940, que, à semelhança do actual CPI, não continha no proémio a menção a qualquer dolo específico alternativo.

A lei continua a não exigir a falsidade da invocação, pelo que as referências verdadeiras, desde que não autorizadas, poderão ser tidas como desleais, quando o agente se pretende apoderar das vantagens inerentes a prestações alheias e não apenas caracterizar objectivamente a sua própria prestação.

Por sua vez, a alínea *d)*, para além de meros aspectos formais, como, por exemplo, a substituição da expressão “extensão” por “âmbito” das actividades e negócios, incluiu a “empresa” entre os bens sobre os quais podem recair as falsas afirmações respeitantes ao capital ou à situação financeira, o que se justifica pelas razões já referidas a propósito dos actos de confusão.

Dado que todo o empresário tende a enaltecer as suas próprias qualidades, tem de existir um elemento concreto que leve ao engano do consumidor, continuando, por isso, a ser necessário aplicar os princípios da adequação social, que permitam distinguir o *dolus bonus* do *dolus malus*.

### **8. — A indução em erro através de falsas descrições dos produtos ou serviços ou de falsas indicações de proveniência**

A alínea *e)* do artigo 317.º do actual CPI aglutina numa só as alíneas *e)* e *f)* do artigo 260.º do CPI de 1995, introduzindo algumas pequenas alterações.

A mais significativa traduz-se na eliminação da referência aos “reclames dolosos”, que no CPI de 95 configurava uma injustificada intromissão no domínio da publicidade enganosa, regulada no artigo 11.º do Código da Publicidade, agravada pela circunstância de esta última ser qualificada como ilícito de mera ordenação social e os reclames dolosos tipificados como crime.

Esta dupla previsão normativa suscitava sérias dificuldades na precisão dos dois conceitos e na delimitação de fronteiras entre os dois regimes, as quais cessaram com a feliz opção legislativa de excluir os reclames dolosos do domínio da concorrência desleal.

Outra alteração, esta muito menos relevante, é a substituição pela expressão “serviços” da referência a “mercadorias”, que era redundante perante a menção já feita aos “produtos”.

Tal como referimos a propósito da alínea anterior, têm igualmente de aplicar-se, quanto às falsas descrições sobre a natureza, qualidade ou utilidade dos produtos ou serviços, previstas na primeira parte desta alínea, os princípios da adequação social, pois o exagero enquadra-se, muitas vezes, no socialmente adequado e não induz, normalmente, em erro o consumidor.

No que respeita às falsas descrições de proveniência, constantes da segunda parte da mesma alínea, as mesmas só são relevantes quando contribuírem para valorizar o produto ou acreditar o produtor, pois só nestes casos é que conferem posições vantajosas no mercado.

## **9. — A supressão da referência ao uso anómalo de denominação de fantasia ou de origem registadas**

Foi omitida, no elenco das alíneas do artigo 317.º do actual CPI, a referência ao uso anómalo de denominação de fantasia ou de origem, registadas, constante da alínea g) do artigo 260.º do CPI de 1995.

A melhor doutrina <sup>(9)</sup> entendia já que esta alínea g) não respeitava à matéria da concorrência desleal. O que a mesma tutelava

---

(9) Ver, por todos, Oliveira Ascensão, *ob. cit.*, págs. 543 e segs.

não era a lealdade da concorrência, mas sim direitos privativos colectivos (sendo difícil precisar a qual se referia a denominação de fantasia), como a exigência do registo claramente indicava. A integração desta alínea no elenco do artigo 260.º do CPI de 95 visava apenas sujeitar as condutas nela previstas às penas impostas à concorrência desleal, poupando assim a elaboração de um tipo autónomo.

Foi, pois, correcta a opção do legislador de eliminar esta alínea do elenco do artigo 317.º do novo CPI.

#### **10. — O afastamento, pelo vendedor ou intermediário, da denominação de origem, indicação geográfica ou marca registada**

Finalmente, a alínea *f*) do artigo 317.º do actual CPI reproduz a alínea *h*) do artigo 260.º do CPI de 1995, com o simples aditamento da referência à indicação geográfica.

Trata-se de um direito privativo de propriedade industrial já constante do artigo 249.º, n.º 3 do CPI de 95, mas que, inexplicavelmente, não se encontrava abrangido na previsão da referida alínea *h*) do artigo 260.º, omissão esta agora devidamente corrigida.

Na hipótese em apreço, omitem-se ou alteram-se elementos distintivos do produto que são negativos e que, por isso, o desacreditam.

A lei continua a exigir que não haja modificações no acondicionamento do produto, pelo que a substituição das embalagens, para assim se ocultar ou alterar a origem dos produtos ou a sua marca, não está especificamente contemplada nesta alínea, ainda que tal conduta, porque mais sofisticada, seja merecedora de um tratamento jurídico pelo menos igual.

As marcas “brancas” e as marcas das cadeias de distribuição, que suprimem ou substituem a marca do produtor, embora com o consentimento deste, seriam enquadráveis nesta alínea, mas o uso generalizado destas práticas e a sua crescente aceitação no mercado terão conduzido à sua desqualificação como desleais, por se entender que já não são contrárias às normas e usos honestos desses ramos de actividade económica.

## 11. — Os segredos de negócios e as informações não divulgadas

O artigo 318.º do novo CPI consagra, em preceito autónomo, a protecção jurídica dos segredos de negócios e das informações não divulgadas.

Trata-se de matéria que, parcialmente e em termos formais distintos, estava prevista na alínea *i*) do artigo 260.º do CPI de 1995.

De um ponto de vista estritamente formal, não se vêem razões sérias para introduzir uma disposição específica, que remete, desde logo, para os “termos do artigo anterior”, em vez de acrescentar uma simples alínea (e suas sub-alíneas, se necessário) ao precedente artigo 317.º, como sucedia nos preceitos correspondentes dos dois CPI anteriores.

Seja como for, nenhuma dúvida existe de que o ilícito previsto no artigo 318.º está subordinado aos pressupostos gerais do proémio do artigo 317.º, designadamente à existência de um acto de concorrência e à sua contrariedade às normas e usos honestos<sup>(10)</sup>.

A opção por um preceito autónomo terá sido, possivelmente, tomada para destacar que se estava a acolher no ordenamento português o artigo 39.º do Acordo ADPIC/TRIPS, cujo n.º 2 é, aliás, literalmente reproduzido nas alíneas *a*), *b*) e *e*) deste novo preceito.

Mas a obrigação de proteger as informações não divulgadas através de medidas que assegurem uma protecção específica contra a concorrência desleal, assumida pelo Estado português ao ratificar, em Dezembro de 1994, o Acordo que criou a Organização Mundial do Comércio e os respectivos Anexos (entre eles o Acordo ADPIC/TRIPS), estava já concretizada, embora sem todas as especificações do Acordo, através da alínea *i*) do artigo 260.º do CPI de 1995.

Também a redacção do preceito nem sempre é a mais feliz.

Quando a lei está a enumerar os requisitos de uma conduta ilícita que especificamente autonomizou, não faz muito sentido refe-

<sup>(10)</sup> Já era esse o nosso entendimento relativamente à alínea *i*) do artigo 260.º do CPI de 95, como desenvolvemos em *Concorrência desleal e segredos de negócio*, in *Direito Industrial*, II, 2002, págs. 150 e segs.



rir que essa tipificação é meramente exemplificativa, como resulta da inserção do advérbio “nomeadamente”. Repare-se que expressão idêntica não aparece em nenhuma das alíneas do artigo 317.º, nem constava dos preceitos correspondentes dos anteriores CPI.

Ficamos, assim, sem saber que outras modalidades de actos violadores da protecção dos segredos de negócios e das informações não divulgadas poderão existir e quais os respectivos requisitos.

Por sua vez, a referência à “aquisição” dos segredos (e melhor, por mais expressiva, teria sido usar a palavra “apropriação”, como faziam os CPI de 40 e 95) deveria preceder a referência à “divulgação”, pois só podem ser objecto de divulgação os segredos que se tenham previamente adquirido. Aliás, a ilicitude da aquisição do segredo inquina desde logo qualquer actuação que lhe seja subsequente, seja ela a divulgação ou a utilização.

A conjugação, neste mesmo preceito, da protecção dos segredos de negócios e das informações não divulgadas e a preocupação em transcrever as alíneas do n.º 2 do artigo 39.º do Acordo ADPIC/TRIPS explicará, mas não justifica, a redundante indicação, constante da alínea *a*) deste artigo 318.º, que as informações protegidas devem ser secretas, com o sentido que nela é indicado. Na verdade, se o não fossem, é óbvio que não constituiriam segredos de negócios.

Também a alínea *c*) deste preceito, ao exigir diligências consideráveis, por parte do titular das informações, para as manter secretas, se adequa muito mais às informações não divulgadas do que aos normais segredos de negócios.

O artigo 331.º do actual CPI sanciona com coimas de montante igual as condutas previstas nos artigos 317.º e 318.º do mesmo Código.

Teria sido mais adequado aproveitar a autonomia formal do preceito do artigo 318.º, relativamente às restantes modalidades de concorrência desleal elencadas no artigo 317.º, para estabelecer, quanto àquele, uma coima de montante mais elevado.

Como atrás referimos, consideramos o montante legal da coima insuficiente para desincentivar a prática de actos de concorrência desleal.

Mas esta insuficiência acentua-se ainda mais na situação prevista neste artigo 318.º, pois a violação dos segredos de negócios

é uma modalidade de concorrência desleal cuja importância económica é normalmente muito relevante.

## 12. — Apreciação global do regime

Como resulta das observações anteriores, a disciplina da concorrência desleal constante do novo CPI, para além da importante e louvável alteração do regime sancionatório, manteve a estrutura básica que vinha dos Códigos anteriores, com meras alterações de pormenor, embora muitas delas de carácter positivo.

Perdeu-se, assim, a oportunidade de se proceder a uma reapreciação global e de raiz deste instituto, cuja regulamentação a generalidade da doutrina tem vindo a considerar obsoleta e pouco conforme com as actuais realidades económicas.

Já o legislador de 1995 desperdiçara igual oportunidade, com a enorme agravante de se estar então a rever um regime jurídico com mais de meio século de existência e que, afinal, se mantém inalterado, nas suas linhas fundamentais, pelo menos desde 1940.

Essa desejável revisão poderia, inclusive, ponderar as vantagens da exclusão da disciplina da concorrência desleal da matéria do CPI, passando a ser objecto de um diploma autónomo, como sucede, por exemplo, em Espanha com a Lei n.º 03/91, de 10 de Janeiro, mesmo que não se adoptasse, ao contrário do que nela se fez, uma visão integrada, de raiz germanista, deste instituto.

Por outro lado, nas várias modalidades de concorrência desleal previstas nas alíneas do artigo 317.º continuam a ser tidos em conta diversos tipos de interesses: antes de mais, os interesses dos concorrentes, nuns casos apenas os interesses individualizados de concorrentes determinados, noutros os interesses de todos os concorrentes que integram a mesma categoria profissional; mas também, e pelo menos de uma forma indirecta, os interesses dos consumidores, como sucede em todos os actos de indução em erro.

E no primeiro tipo referido, de que são exemplo os actos de descrédito, previstos na alínea *b*) do artigo 317.º, e em que estão em causa interesses exclusivamente privados de concorrentes determinados, podemos até reflectir se se justifica sancionar esta

modalidade de concorrência desleal para além de um mero ilícito civil.

Na verdade, não pode deixar de causar perplexidade a aplicação, nestes casos, do processo contra-ordenacional, desencadeado sem previamente existir qualquer manifestação de vontade do concorrente atingido. Estranheza esta ainda mais acentuada, se tivermos em conta que o artigo 329.º do actual CPI estabelece, aliás correctamente, que o procedimento pelos crimes nele previstos depende sempre de queixa.

Teria sido, portanto, desejável que o novo CPI tivesse explicitado os tipos de interesses que a disciplina da concorrência desleal visa tutelar e tivesse fixado distintos regimes sancionatórios, adequados à respectiva protecção. No entanto, e à semelhança dos CPI anteriores, o actual Código é completamente omissivo a tal respeito.

Mais grave, contudo, é a concorrência desleal continuar a ser regulada apenas no elenco das infracções à propriedade industrial (inserida, como está, no Título III do Código), quando a mesma não pressupõe, como referimos, a existência de qualquer direito privativo.

Aliás, onde a regulamentação jurídica da concorrência desleal assume maior relevância prática é, naturalmente, nas situações que estão fora da protecção dos direitos privativos.

Também o artigo 1.º do actual CPI veio praticamente repor a redacção do correspondente artigo do CPI de 1940, ao considerar que “a propriedade industrial desempenha a função (de que se omitiu, e bem, o qualificativo “social”) de garantir a lealdade da concorrência, pela atribuição de direitos privativos sobre os diversos processos técnicos de produção e desenvolvimento da riqueza”.

Retomam, assim, actualidade as observações críticas feitas no domínio desse antigo Código, de que tal redacção inculcaria a falsa ideia de que o direito industrial se integraria na disciplina da concorrência desleal e de que a simples violação de direitos privativos determinaria, por si só, a prática de concorrência desleal.

Houve, neste ponto, um manifesto retrocesso relativamente ao preceito homólogo do CPI de 1995, no qual se mencionava a “repressão da concorrência desleal” (agora não referida no presente CPI) e que permitia, coerentemente, relacionar essa mesma repressão com a função de garantia da lealdade da concorrência.

Por outro lado, o actual CPI, em vários dos seus preceitos — mais numerosos que os contidos no CPI de 95-, condiciona diferentes aspectos do regime jurídico dos direitos privativos de propriedade industrial ao respeito pelas regras da lealdade da concorrência.

Nestes casos, a conduta do agente que se revele objectivamente desconforme com as regras da concorrência leal, ou simplesmente a mera possibilidade dessa conduta, pode ser fundamento da recusa de registo — artigos 24.º, n.º 1, alínea *d*) e 308.º, alínea *g*) —, limitar os direitos por este conferidos — artigos 204.º, alínea *c*), 260.º e 312.º, n.º 1, alínea *b*) —, ou ser motivo para a anulabilidade — artigos 266.º, n.º 1, alínea *b*) e 299.º, n.º 1, alínea *b*) —, ou caducidade — artigo 315.º, n.º 1 —, do registo efectuado.

Mais uma vez se estabelece aqui uma relação de estreita dependência entre o regime jurídico dos direitos privativos e a disciplina da concorrência desleal.

Contrariamente ao que se verificou, o novo Código deveria, tanto no plano sistemático como no do próprio conteúdo, ter consagrado a clara autonomia da concorrência desleal, afirmada pela doutrina desde a década de sessenta do século passado e hoje reconhecida em arestos cada vez mais numerosos dos nossos tribunais.

Lisboa, Junho de 2003



# SUSPENSÃO DE DELIBERAÇÕES SOCIAIS DE SOCIEDADES COMERCIAIS: ALGUNS PROBLEMAS (1)

Pelo Dr. Alexandre Soveral Martins

## 1. Delimitação do tema

O procedimento cautelar de suspensão de deliberações sociais está regulado nos arts. 396.º e 397.º do CPC (2), com a redacção dada pelo DL 329-A/95, de 12/12 (3). Não se pode no entanto

---

(1) O texto que se segue foi elaborado pelo Autor para a realização de uma conferência proferida em 27 de Outubro de 2000 e integrada nas Jornadas de Direito das Sociedades que o Conselho Distrital de Coimbra da Ordem dos Advogados organizou. Foram introduzidos alguns aditamentos e uma ou outra nota de pé de página.

(2) São deste diploma todas as normas referidas sem indicação em contrário. O CSC não trata do procedimento em causa, embora o refira nos seus arts. 31.º e 282.º. As referências feitas a decisões judiciais sem indicação de local de publicação dizem respeito a Acórdãos ou Sumários que constam das Bases de dados da DSGI. ([www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt))

(3) O tema que nos propomos aqui tratar foi já objecto da atenção de alguns dos nossos mais conceituados juristas: cfr., por exemplo, BARBOSA DE MAGALHÃES, «Suspensão de deliberações sociais», *GRL*, 24.º, 1910-1911, p. 81 e ss.; MANUEL DE ANDRADE/FERRER CORREIA, «Suspensão e anulação de deliberações sociais», *RDES*, 1947, III, p. 329 e ss.; ALBERTO PIMENTA, «Suspensão e anulação de deliberações sociais», *RT*, 1964, 82.º, p. 147 e ss.; VASCO LOBO XAVIER, «O conteúdo da providência de suspensão de deliberações sociais», *RDES*, 1975, XXII, p. 195 e ss.; Id., «Suspensão de deliberações sociais ditas "já executadas"», *RLJ*, 1990-1991, 123.º, p. 375 e ss.; MOUTINHO DE ALMEIDA, *Anulação e suspensão de deliberações sociais*, 2.ª ed., Coimbra Editora, Coimbra, 1990; PINTO FURTADO, *Deliberações dos sócios*, Almedina, Coimbra, 1993; TAVEIRA DA FONSECA, «Deliberações sociais: suspensão e anulação», *Textos*, Separata, 1994. Da nossa autoria, veja-se o estudo «O procedimento cautelar de suspensão de suspensão da deliberação social pela qual foram designados

esquecer que hoje existe um procedimento cautelar comum e que as normas da secção respectiva, de acordo com o n.º 1 do art. 392.º do CPC, são em geral aplicáveis aos procedimentos cautelares especificados em tudo quanto para estes «se não encontre especialmente prevenido». Por outro lado, o n.º 3 do art. 384.º estabelece ainda que é aplicável subsidiariamente aos procedimentos cautelares o disposto nos arts. 302.º a 304.º. É parte do regime que resulta da articulação entre estes vários preceitos que nos propomos estudar nas linhas que se seguem (4).

Antes de o fazermos, convém referir que só será aqui abordada a suspensão de deliberações sociais de sociedades comerciais, embora o procedimento em causa possa ser utilizado relativamente a deliberações de qualquer associação ou sociedade.

---

os administradores de uma sociedade anónima: breves considerações sobre a posição dos terceiros», *ROA*, 1998, 58.º, III, p. 1384 e ss. Sobre os procedimentos cautelares em geral, cfr., por todos, ALFREDO SOVERAL MARTINS, *Processo e direito processual. Noções complementares*, Centelha, Coimbra, 1980, p. 147 e ss.

(4) No Código Comercial de 1888, havia uma alusão ao referido procedimento no art. 186.º («Todo o accionista tem direito de protestar contra as deliberações tomadas em opposição às disposições expressas na lei e nos estatutos, e poderá requerer ao respectivo juiz presidente do tribunal de comércio a suspensão da execução de tais deliberações, com prévia notificação dos directores»), e na Lei Sociedades por Quotas, de 11 de Abril de 1901, também se podia encontrar uma referência à suspensão de deliberações sociais no seu art. 46.º («§ 2.º — A suspensão das deliberações deve ser requerida no prazo de cinco dias a contar do protesto, devendo produzir-se o instrumento deste ou cópia legal, e justificar-se a qualidade de sócio»). No Código de Processo Civil de 1939, esta matéria estava regulada nos arts. 403.º e 404.º, no âmbito dos processos preventivos e conservatórios. Também o Código de Processo Comercial de 1905 previa a possibilidade de suspensão das deliberações nos arts. 124.º e 125.º como processo especial, mas o mesmo era entendido como um acto preparatório da acção de anulação das deliberações sociais. Nos Códigos de Processo Comercial de 1895 e 1896, igualmente se previa nos arts. 115.º e 116.º a possibilidade de suspensão de deliberações. O Código de Processo Comercial de 1895 foi aprovado pelo Decreto Ditatorial de 24 de Janeiro daquele ano, decreto que foi submetido à sanção parlamentar, que o converteu na Lei de 13 de Maio de 1896. Sobre estas andanças, escrevia BARROSA DE MAGALHÃES, *Código Completo do Processo Commercial*, II, Livraria de António Maria Pereira, Lisboa, 1897, p. 297, em nota, o seguinte: «Adoptou d'esta feita o parlamento um modo original de confirmar alguns actos da dictadura. Em vez de os aprovar com as modificações que julgasse convenientes, e de os considerar, portanto, vigentes desde a sua promulgação, converteu-os em lei, como se nunca o houvessem sido, e assim os tomou a publicar sem lhes fazer referencia, e sem attender aos effeitos que já haviam produzido. Temos por esta forma dois diversos Códigos de processo commercial e não um só ratificado pelas côrtes (...)».

## 2. As deliberações anuláveis, nulas e ineficazes podem ser suspensas. A suspensão das deliberações sociais é suspensão de eficácia

De acordo com o n.º 1 do art. 396.º, pode ser pedida a suspensão de deliberações sociais contrárias à lei, ao contrato ou ao estatuto (5). Como é sabido, uma deliberação contrária à lei pode ser nula ou anulável. E se a deliberação tiver sido tomada sem o consentimento de determinado sócio exigido por lei, essa deliberação será ineficaz em relação a todos os sócios. Não pode por isso deixar de ser perguntado se o procedimento cautelar nominado previsto nos arts. 396.º e 397.º pode ser utilizado só quando as deliberações são anuláveis ou também quando as deliberações são nulas ou ineficazes.

O art. 403.º do CPC de 1939 estabelecia que era possível recorrer ao procedimento de suspensão de deliberações sociais como acto preparatório da acção de anulação, o que desde logo levava a doutrina a excluir do âmbito de aplicação do preceito os casos em que a deliberação era nula ou ineficaz (6).

---

(5) Os estatutos integram o contrato de sociedade, mas não se confundem com este (cfr. COUTINHO DE ABREU, *Curso de direito comercial*, vol. II, *Das sociedades*, Almedina, Coimbra, 2001, p. 98). Como o contrato de sociedade deve ser celebrado por escritura pública, os estatutos até podem ficar a constar de documento complementar (cfr. o n.º 2 do art. 64.º do Código do Notariado). Em Itália, a distinção entre acto constitutivo e estatuto faz-se considerando que o primeiro contém a manifestação da vontade de constituir a sociedade e os elementos essenciais para tal e o segundo as regras relativas à organização, funcionamento e dissolução (cfr. DI SABATO, *Manuale delle società*, 4.ª ed., UTET, Torino, 1992, p. 243 e ss.). Não há por isso uma separação rígida entre um e outro, podendo ler-se no art. 2328.º do *Codice Civile* que «lo statuto contenente le norme relative al funzionamento della società, anche se forma oggetto di atto separato, si considera parte integrante dell'atto costitutivo e deve essere a questo allegato». Para mais desenvolvimentos, veja-se o nosso estudo *Os poderes de representação dos administradores de sociedades anónimas*, Coimbra, Coimbra Editora/Boletim da Faculdade de Direito, 1998, p. 194, nota 359.

(6) Contra a possibilidade de recurso à providência de suspensão para deliberações nulas, cfr. ALBERTO DOS REIS, *Código de Processo Civil Anotado*, I, cit., p. 675 («a suspensão é um acto preparatório da acção de anulação; segue-se daí que a providência preventiva e preparatória só pode ter lugar nos casos em que a acção anulatória é admissível»); MANUEL DE ANDRADE/FERRER CORREIA, «Suspensão de deliberações sociais e direitos individuais dos accionistas», cit., p. 66.



Com o Código de Processo Civil de 1961, as opiniões dividiam-se <sup>(7)</sup>. Merece aqui destaque, pela profundidade das suas reflexões, a opinião de Vasco Lobo Xavier, para quem só as deliberações anuláveis podiam ser suspensas através do procedimento cautelar em análise <sup>(8)</sup>. E entendia também aquele Professor que a suspensão da deliberação era uma suspensão da sua eficácia <sup>(9)</sup>. Quanto às deliberações nulas ou ineficazes, haveria que recorrer ao procedimento cautelar inominado <sup>(10)</sup>.

Para se compreender a solução adoptada por Vasco Lobo Xavier, é preciso ter presente a finalidade da providência cautelar em causa. E essa finalidade é a de obstar ao *periculum in mora* do processo principal, de evitar os prejuízos que possam resultar das delongas do processo principal <sup>(11)</sup>.

Ora, na opinião de Vasco Lobo Xavier, este objectivo só poderia ser alcançado se a suspensão da deliberação afectasse não só a eficácia executiva da deliberação, que diz respeito aos actos de execução, mas também, e por outro lado, a eficácia não executiva. E isto, desde logo, porque há casos em que a suspensão da eficácia executiva só é possível com a suspensão da eficácia não executiva: os casos em que a suspensão da eficácia executiva contende com a eficácia não executiva <sup>(12)</sup>.

---

<sup>(7)</sup> ALBERTO PIMENTA, «Suspensão e anulação de deliberações sociais», cit., p. 445, nota 173, defendia que «o pedido de suspensão das deliberações só pode ser formulado como acto preparatório da acção de impugnação prevista no art. 146.º do Cód. Com.». A favor da possibilidade de suspensão de deliberações nulas, cfr. o Ac. STJ de 20/03/1962, *BMJ*, 115.º, p. 541 (que admite também a suspensão de deliberações inexistentes) e o Ac. STJ de 21/12/1976, *BMJ*, 262.º, p. 168.

<sup>(8)</sup> «O conteúdo da providência de suspensão de deliberações sociais», cit., p. 57.

<sup>(9)</sup> Assim também o Ac. RP de 11/3/96, *CJ*, 1996, II, p. 191, e o Ac. RL de 3/10/1996, Proc. n.º 101072. Na Itália, GALGANO, *Le società di capitali e le cooperative*, Cedam, Padova, 2.ª ed., 1994, p. 190, também sustentou, a propósito do art. 2378/4 do *Codice Civile*, que «la norma, se non se ne vuole frustrare la finalità proprio in relazione al casi più rilevanti, deve essere riferita alla efficacia della deliberazione».

<sup>(10)</sup> «Suspensão de deliberações sociais ditas “já executadas”», cit., p. 376. No mesmo sentido, VAZ SERRA, Anotação ao Ac. STJ de 21/12/76, *RLJ*, 110.º, p. 371.

<sup>(11)</sup> VASCO LOBO XAVIER, «O conteúdo da providência de suspensão de deliberações sociais», cit., p. 212 e ss.

<sup>(12)</sup> Outros argumentos foram também apresentados por VASCO LOBO XAVIER, no estudo «Conteúdo da providência de suspensão de deliberações sociais», p. 247 e ss., que merecem ser lidos no lugar onde foram produzidos com desenvolvimento.

Dizia Vasco Lobo Xavier que a suspensão paralisava «a eficácia da deliberação num âmbito que não se cinge ao da relação sociedade-administradores; paralisa, em suma, a totalidade dos efeitos jurídicos do acto». Seria por isso suspensão da eficácia da deliberação. E acrescentava que os termos da lei (suspensão *da execução*) não teriam valor restritivo: apenas estaria o legislador a «aludir à forma por que a suspensão da eficácia mais ostensivamente se traduz» (13).

Acrescentava aquele Professor que há casos em que o *periculum in mora* advém de algo que nada tem a ver com a actividade dos administradores, mencionando as deliberações de alteração da sede da sociedade e suas consequências ao nível dos tribunais competentes.

Por isso, para Vasco Lobo Xavier, o dano que serve de fundamento à medida cautelar seria todo aquele que «derive do facto de a eficácia da deliberação ser tomada em conta até à sentença anulatória» (14).

Mas poderá entender-se antes que a suspensão de deliberações sociais é uma suspensão da execução da deliberação (15). Tanto mais que o n.º 1 do art. 396.º parece tornar claro que aquilo que o sócio pode requerer é que a execução seja suspensa (16) (17).

Em favor desta tese argumentar-se-á que é preciso também ter em conta que a suspensão terá lugar quando a sua execução for susceptível de causar dano apreciável. O que causará o dano será a execução da deliberação, que se quer impedir (18), e não verdadeiramente os efeitos jurídicos a que tende. E tanto as deliberações

---

(13) «O conteúdo da providência de suspensão de deliberações sociais», cit., p. 247.

(14) «O conteúdo da providência de suspensão de deliberações sociais», cit., p. 248.

(15) É esta a opinião de PINTO FURTADO, *Deliberações dos sócios*, cit., p. 473 e ss.

(16) Veja-se que isto é bem diferente do que se diz no art. 76.º da LPTA: aí se trata da suspensão da eficácia do acto recorrido, dizendo que isso é possível quando a execução do acto cause provavelmente prejuízo de difícil reparação.

(17) Esta norma tem uma redacção diferente da que fora dada ao art. 403.º do CPC de 1939, pois nesta última apenas se dizia que se podia requerer a suspensão da deliberação. No entanto, o art. 186.º do Código Comercial já estatuiu que todo o accionista podia requerer a suspensão da execução das deliberações tomadas em oposição às disposições expressas da lei e dos estatutos.

(18) No mesmo sentido, PINTO FURTADO, *Deliberações dos sócios*, cit., p. 479.

anuláveis, como as nulas e as ineficazes podem implicar actos de execução. Seriam então estes actos de execução que se pretenderia evitar com a providência cautelar.

No seguimento desse raciocínio, até se poderia dizer ainda que se a deliberação pode causar danos que não apenas os decorrentes da sua execução, então o que o requerente tem de fazer é instaurar o procedimento cautelar comum e não o de suspensão de deliberações. E se o que o requerente quer é pedir a suspensão da eficácia da deliberação, então o que terá de fazer é instaurar o procedimento cautelar comum, e não o de suspensão de deliberações.

A nosso ver, a providência em causa implica a suspensão da eficácia da deliberação, e não apenas a suspensão da execução. Contudo, também será de considerar que podem ser abrangidas pela providência as deliberações nulas e as ineficazes. E aqui não podemos deixar de dizer que nos parece correcto seguir pelo caminho que já Vasco Lobo Xavier deixou vislumbrar. Aquele Professor considerava, como vimos, que a suspensão era uma suspensão da eficácia e, por isso, o procedimento cautelar nominado apenas podia ser utilizado quanto a deliberações anuláveis. Mas era também Vasco Lobo Xavier que dizia que, se se entender que a providência abrange as deliberações nulas, a suspensão «traduzir-se-ia numa regulamentação provisória da situação, vinculante para a sociedade e para os outros interessados, segundo a qual a deliberação deveria ser considerada como desprovida dos efeitos a que aparece endereçada (*fosse ou não susceptível de os produzir*) até à sentença a pronunciar no processo principal»<sup>(19)</sup>. E isto parece ser relevante tanto quanto às deliberações nulas, como para as ineficazes.

Tendo em conta o que se acaba de dizer, é possível sustentar então que o procedimento cautelar de suspensão de deliberações

---

<sup>(19)</sup> «O conteúdo da providência de suspensão de deliberações sociais», *cit.*, p. 250 (itálico no original). Veja-se que só entendendo daquela forma o conteúdo da providência é que se poderá sustentar que a providência suspende a eficácia da deliberação. Daí que não se compreenda muito bem como é que TAVEIRA DA FONSECA, «Deliberações sociais: suspensão e anulação», *cit.*, p. 15, defende que por um lado a providência cautelar de suspensão de deliberação social pode ser aplicada tanto no caso de deliberações anuláveis, como nulas e ineficazes, e por outro considere que a providência suspende a eficácia da deliberação.

sociais pode ser utilizado para suspender a execução de deliberações nulas, anuláveis e ineficazes <sup>(20)</sup>.

No que diz respeito às chamadas deliberações inexistentes já não nos parece que isso seja defensável <sup>(21)</sup>. Claro que a primeira dificuldade que logo surge é a de determinar o que sejam as deliberações inexistentes <sup>(22)</sup>.

Como é sabido, o n.º 1 do art. 75.º do Projecto de Código das Sociedades previa uma hipótese que parecia ser de deliberação inexistente. Ali se podia ler, com efeito, que para nenhum efeito «se consideram tomadas as deliberações que não tenham sido aprovadas pelo número mínimo de votos ou de sócios exigido por lei ou pelo contrato».

A redacção que se pretendia dar àquela norma em projecto foi criticada por Vasco Lobo Xavier <sup>(23)</sup>, que considerava que, nos

---

<sup>(20)</sup> Sobre a possibilidade da aplicação da providência às deliberações nulas e ineficazes, em sentido afirmativo, cfr. o Ac. STJ de 20/3/1962, *BMJ*, 115.º, p. 541, o Ac. STJ de 21/12/1976, *BMJ*, 262.º, p. 168, o Ac. STJ de 10/4/1984, *BMJ*, 336.º, p. 442 (é o que parece resultar do Acórdão), o Ac. RL de 3/10/95, *CJ*, IV, p. 103, PINTO FURTADO, *Deliberações dos sócios*, cit., p. 466, TAVEIRA DA FONSECA, «Deliberações sociais: suspensão e anulação», cit., p. 93, e CARLOS OLAVO, «Impugnação de deliberações sociais», *CJ*, 1988, III, p. 21. Na Itália, GALGANO, *Le società di capitali e le cooperative*, 2.ª ed., Padova, 1994., p. 190, nota 34, também sustenta a possibilidade de suspensão da execução de deliberações nulas e anuláveis.

<sup>(21)</sup> Em sentido diverso, cfr. o Ac. STJ de 20/3/1962, *BMJ*, 115.º, p. 541, PINTO FURTADO, *Deliberações dos sócios*, cit., p. 467, e ABRANTES GERALDES, *Temas da reforma do processo civil*, IV, Almedina, Coimbra, p. 74.

<sup>(22)</sup> VASCO LOBO XAVIER tratou o tema em *Anulação de deliberação social e deliberações conexas*, cit., p. 196, nota 94, referindo-se a outros casos em que a doutrina e a jurisprudência se dividiram quanto à caracterização do vício da deliberação. Deliberação inexistente seria desde logo aquela em que não-sócios deliberam sobre assuntos da sociedade. Outros casos seriam mais duvidosos, mas a maior parte daqueles que a doutrina estrangeira tratava como exemplos de deliberações inexistentes tem hoje diferente tratamento entre nós, face ao regime consagrado no CSC. Assim: a) a falta de convocação de assembleia conduz à nulidade das deliberações tomadas na assembleia, a não ser que todos os sócios tenham estado presentes ou representados; b) a falta de quórum constitutivo conduzirá em princípio à anulabilidade da deliberação que se considere tomada, o mesmo valendo para a falta de quórum deliberativo se se revela exteriormente algo que possa considerar-se uma deliberação positiva (se nem sequer se revela exteriormente algo que se possa configurar como deliberação positiva, então a deliberação positiva não existe: cfr. VASCO LOBO XAVIER, «Regime das deliberações sociais no Projecto de Código das Sociedades», *Temas de direito comercial*, Almedina, Coimbra, 1986, p. 16); c) quanto à falta de acta, o n.º 1 do art. 63.º do CSC parece revelar que não acarreta inexistência.

<sup>(23)</sup> «Regime das deliberações sociais no Projecto de Código das Sociedades», cit., p. 15 e ss.

casos em que faltasse ostensivamente a maioria, «revelando-se aos olhos de todos os participantes», haveria uma inexistência («até inexistência *material*») de uma deliberação positiva, mas «se o procedimento deliberativo atingiu ostensivamente um resultado positivo», então a sanção preferível seria a da anulabilidade.

Para Raúl Ventura <sup>(24)</sup>, uma deliberação será inexistente se falta absolutamente algum dos seus elementos essenciais específicos. No Ac. STJ de 4/12/96 <sup>(25)</sup>, sustentou-se que a deliberação inexistente é o acto a que falte o mínimo dos requisitos essenciais para que possa ter a eficácia jurídica própria de uma deliberação ou que não seja adequado, nem sequer na sua aparência material, a vincular a sociedade. Mas no referido aresto entendeu-se que não se pode recorrer ao procedimento de suspensão de deliberações sociais relativamente a deliberações inexistentes porque aquele procedimento pressupõe uma efectiva deliberação. Para reagir cautelarmente contra uma deliberação inexistente, seria ainda assim possível recorrer a uma providência cautelar não especificada. E esta parecia ser a solução correcta <sup>(26)</sup>. Hoje, haverá que lançar mão do procedimento cautelar comum.

### 3. O conceito de actos de execução

O que se disse no ponto anterior toma ainda necessário determinar o que sejam actos de execução da deliberação. Quanto a isto,

---

<sup>(24)</sup> *Sociedades por quotas*, II, Almedina, Coimbra, 1996, p. 247.

<sup>(25)</sup> *CJ*, III, p. 36.

<sup>(26)</sup> Contra, PINTO FURTADO, *Deliberações dos sócios*, cit., p. 467. Interessa referir que, actualmente o n.º 3 do art. 392.º do CPC estabelece que «o tribunal não está adstrito à providência concretamente requerida (...)». Quanto a este preceito, escreveu LOPES DO REGO, *Comentários ao Código de Processo Civil*, Almedina, Coimbra, 1999, p. 288, que «cumpre, pois, ao juiz corrigir, mesmo officiosamente, o erro na forma de processo, consistente em se requerer procedimento cautelar comum quando a situação é subsumível aos pressupostos de determinado procedimento nominado, ou vice-versa, bem como em ter-se requerido um destes, quando seja legalmente aplicável outro à hipótese “sub iudicio”». Contudo, o procedimento cautelar comum só pode ser utilizado por quem tenha o receio de que outrem cause lesão grave e dificilmente reparável ao seu direito. *Ao seu direito*. O sócio já não poderá utilizar o procedimento cautelar comum para procurar evitar uma lesão de um direito da sociedade. Os exemplos de que VASCO LOBO XAVIER, «O conteúdo da providência de suspensão de deliberações sociais», cit., p. 240, 242 e 247, lança mão, parecem demonstrar que nem sempre será possível recorrer ao procedimento comum nos casos que ficarão de fora do âmbito de aplicação da providência de suspensão de deliberações sociais se esta for apenas uma suspensão da execução.

a jurisprudência mostrou-se dividida. Nalguns casos, entendeu-se que seriam actos de execução apenas os actos em que se traduz o efeito típico da deliberação<sup>(27)</sup>, o efeito imediato directo<sup>(28)</sup> ou ainda os actos complementares da deliberação que sejam necessários para a produção desse efeito. Noutros, considerou-se que os actos de execução abrangeriam também os efeitos indirectos da deliberação<sup>(29)</sup>.

Por sua vez, a doutrina também revelou não seguir toda a mesma direcção. Assim, o Conselheiro Pinto Furtado entendeu que a execução que se vai suspender é a que se traduz nos comportamentos factuais<sup>(30)</sup> e Carlos Olavo sustentou que a execução abrange todos os efeitos, danosos, sejam directos, indirectos, laterais ou secundários.

Vasco Lobo Xavier sugeriu que se considerassem como actos de execução «todos os actos a que os órgãos da sociedade ficam directa ou indirectamente *vinculados* com base na deliberação, ou ainda, mais amplamente, por toda a actividade dos órgãos sociais efectuada *em conformidade* com a deliberação (ainda que esta não tenha originado uma vinculação a tal actividade)»<sup>(31)</sup>.

Anteriormente, na sua tese de doutoramento, a propósito do art. 179.º do Código Civil<sup>(32)</sup>, Vasco Lobo Xavier propunha até uma outra noção, porventura mais límpida: seriam actos de execução todos os actos que encontrassem o seu fundamento na delibe-

---

(27) Cfr., por exemplo, o Ac. RC de 1/6/1982, *CJ*, 1982, III, p. 45, e o Ac. RC de 14/7/1987, *RLJ*, 123.º, p. 371 e ss.

(28) Cfr. o Ac. RC de 1/6/1982 citado e o Ac. RC de 13/6/1989, *BMJ*, 388.º, p. 615.

(29) O STJ entendeu já que se poderia ainda falar, nalguns casos, de deliberações de execução permanente (cfr. o Ac. STJ de 13/4/1962, *BMJ*, 116.º, p. 506) e que mesmo que a execução se tenha dado, pode a deliberação ser suspensa se continuar a produzir efeitos danosos (Acs. de 12/11/1987, *BMJ*, 371.º, p. 378, de 6/6/91, *BMJ*, 408.º, p. 445, e de 16/5/95, *CJ*, 1995, II, p. 87).

(30) «...e é então que surge a ideia de *execução*, que se situa já no plano das realidades sensíveis, no mundo dos *factos* que se inserem no quadro do *Sein*. Tem-se, realmente, como tal, a *prática de actos de realização material dos efeitos jurídicos*» (*Deliberações dos sócios*, cit., p. 478).

(31) «Suspensão de deliberações sociais ditas “já executadas”», cit., p. 380.

(32) Que reza assim: «a anulação das deliberações da assembleia não prejudica os direitos que terceiro de boa fé haja adquirido em execução das deliberações anuladas».

ração<sup>(33)</sup>. E esta parece ser a melhor doutrina. Estarão abrangidos os actos a que a administração social fica vinculada pela deliberação, mas também os casos em que essa vinculação não existe<sup>(34)</sup>.

Por tudo o que se disse já, é fácil de compreender por que razão se deve por exemplo admitir a suspensão de uma deliberação pela qual foram designados os membros de um órgão de administração de uma sociedade comercial. Uma tal deliberação não se executa imediatamente com a própria deliberação, ao contrário do que foi sustentado nos Acs. RC de 14/7/1987 e de 20/10/1987<sup>(35)</sup>. Deve pois ser rejeitada a tese segundo a qual uma deliberação

---

<sup>(33)</sup> *Anulação de deliberação social e deliberações conexas*, Atlântida, Coimbra, 1976, p. 427, nota 76 (e seguindo a opinião de MIGNOLI, «Invalidità di deliberazioni assembleari di società per azioni e diritti dei terzi», *Riv. Dir. Comm.*, 1951, I, p. 314 e ss. quanto ao art. 2377 do *Codice Civile*).

<sup>(34)</sup> VASCO LOBO XAVIER, «O conteúdo da providência de suspensão de deliberações sociais», cit., p. 224 e ss., distingue várias possibilidades. Quanto às deliberações que continham uma ordem ou directiva aos administradores, havia que colocar de um lado os casos em que mesmo sem a deliberação os administradores teriam competência para o acto e, do outro, os casos em que os administradores não teriam essa competência; quanto aos primeiros, passavam os administradores a estar obrigados a praticar o acto; quando aos segundos, ficavam os administradores não só obrigados, mas também com poderes para a prática do acto. O referido Professor faz ainda referência aos actos complementares que os administradores sociais estão obrigados a praticar para que se venha a produzir o efeito da deliberação, actos esses que são ainda um efeito da deliberação (e a que chama efeitos laterais ou secundários) e aos actos em que se traduz a actuação dos mesmos administradores em cumprimento do «dever de se conduzirem em conformidade» com a deliberação (efeitos reflexos da deliberação). A distinção mantém o seu interesse, mas deve ser lida tendo em conta os termos em que o CSC regula a distribuição de competências entre os órgãos da sociedade (sobre o tema, cfr. PEDRO MAIA, «Tipos de sociedades comerciais» e «Deliberações dos sócios», em PEDRO MAIA/ELISABETE RAMOS/ALEXANDRE SOVERAL MARTINS/PAULO DE TARSO DOMINGUES, (sob a coordenação de COUTINHO DE ABREU), *Estudos de direito das sociedades*, 4.ª ed., Almedina, Coimbra, 2001, respectivamente p. 20 e ss. e p. 178 e ss.

<sup>(35)</sup> *RLJ*, 123.º, p. 371, e *CJ*, 1987, IV, p. 82. Em sentido diferente, Ac. RP de 12/4/87, *CJ*, XII, V, p. 101; RL, 11/3/80, *CJ*, V, II, p. 189; RE, 19/1/79, *CJ*, IV, I, p. 184. Também no Ac. RP de 12 de Fevereiro de 1996, Proc. n.º 9551089, se pode ler o seguinte: «Pode ser objecto de providência cautelar de suspensão de deliberações sociais, a deliberação que elege os corpos sociais porquanto o mesmo é de execução continuada ou permanente, não se podendo considerar desde logo executada». Para a Itália, cfr. ZAGANELLI, «Sulla sospensione di delibere di nomina di amministratori di società per azioni e cooperative», anotação às decisões do Tribunal de Avezzano de 19 de Julho de 1974 e do Tribunal de Chieti de 23 de Outubro de 1975, *Giur. Comm.*, 3.º, 1976, II, p. 369.

como aquela se esgotaria na tomada de posse das pessoas escolhidas. No nosso entender, os próprios negócios que os membros do órgão de administração da sociedade celebram são actos de execução da deliberação da assembleia.

Da mesma forma, também entendemos que uma deliberação de amortização de quota vai ter actos de execução. Tais actos de execução serão certamente a comunicação ao sócio, a escritura, o registo, o pagamento de contrapartida. Mas o perigo que igualmente há que procurar evitar encontra-se no eventual não exercício dos direitos sociais por parte do sócio cuja quota é amortizada. Por isso, a providência da suspensão de deliberações sociais tem de servir para impedir os danos dali resultantes <sup>(36)</sup>.

#### 4. Deliberações contrárias à lei, aos estatutos ou ao contrato: basta o *fumus boni juris*

Como se viu já, o n.º 1 do art. 396.º do CPC permite que um sócio requeira a suspensão de uma deliberação que seja contrária «à lei, aos estatutos ou ao contrato». Manuel de Andrade e Ferrer Correia <sup>(37)</sup> entenderam ser necessário um juízo bastante seguro sobre a verificação da irregularidade, não parecendo ser suficiente o *fumus boni juris*. Para aqueles autores, seria necessário que o juiz tivesse chegado «quando não a uma certeza absoluta segundo o seu próprio critério, pelo menos a uma convicção positiva nítida no sentido da irregularidade...». Vasco Lobo Xavier parecia concordar com essa opinião <sup>(38)</sup>.

---

<sup>(36)</sup> A deliberação de amortização de quota não é alteração do contrato de sociedade. Essa a opinião também de FERRER CORREIA, «A sociedade por quotas de responsabilidade limitada segundo o CSC», *Temas de direito comercial e direito internacional privado*, Almedina, Coimbra, 1989, p. 164. Mas há também autores com opinião diferente: cfr. PINTO FURTADO, *Deliberações dos sócios*, cit., p. 491, e BRITO CORREIA, *Direito Comercial*, 2.º vol., *Sociedades comerciais*, AAFDL, Lisboa, 1989, p. 427 e s.

<sup>(37)</sup> «Suspensão e anulação de deliberações sociais», *RDES*, III, 1947-48, p. 381.

<sup>(38)</sup> «Conteúdo da providência de suspensão de deliberações sociais», cit., p. 253, nota 84.



Não se afigura que seja essa a melhor solução. Como sustenta Oliveira Ascensão<sup>(39)</sup>, a providência em causa não pressupõe «a demonstração exaustiva da violação de preceitos. Basta que prima facie se apresente como tal. Temos o *fumus boni iuris*»<sup>(40)</sup>.

### 5. Podem ser suspensas deliberações dos sócios tomadas em assembleia e fora dela

Como é sabido, os sócios de sociedades comerciais podem tomar deliberações seguindo uma das formas previstas na lei<sup>(41)</sup>. Assim sendo, impõe-se saber se o procedimento de suspensão de deliberações sociais pode ser utilizado apenas quando as deliberações são tomadas em assembleia regularmente convocada ou também quando essas deliberações ocorram em assembleia universal e quando sejam deliberações unânimes por escrito ou deliberações tomadas por voto escrito<sup>(42)</sup>.

Não haverá dúvidas em permitir o recurso ao procedimento em causa quando as deliberações tiveram lugar em assembleia regularmente convocada ou em assembleia universal<sup>(43)</sup>. No que diz respeito às deliberações unânimes por escrito e às deliberações por voto escrito, a solução deve ser a mesma. Pelo menos, é o que parece decorrer, quanto às deliberações unânimes por escrito, da segunda parte do n.º 2 do art. 396.º do CPC, uma vez que aí se lê que quando a lei dispense reunião de assembleia, a cópia da acta será substituída por documento comprovativo da deliberação. Este preceito torna assim claro que o procedimento de suspensão de

<sup>(39)</sup> *Direito Comercial*, IV, p. 302. No mesmo sentido, ANTUNES VARELA, *Manual de processo civil*, Coimbra, Coimbra Editora, 1985, 2.ª ed., p. 25, e ABRANTES GERALDES, *Temas da reforma do processo civil*, cit., p. 87.

<sup>(40)</sup> Na Itália, também era essa a opinião sustentada por GALGANO, *Le società di capitali e le cooperative*, cit., p. 190, nota 34.

<sup>(41)</sup> Cfr. o n.º 1 do art. 53.º do CSC.

<sup>(42)</sup> A Lei Sociedades por Quotas de 1901, no seu art. 46.º, já admitia a suspensão de deliberações por escrito.

<sup>(43)</sup> Sobre as diferenças entre deliberações tomadas em assembleia geral convocada e em assembleia universal, cfr. PEDRO MAIA, «Deliberações dos sócios», in PEDRO MAIA/ELISABETE RAMOS/ALEXANDRE SOVERAL MARTINS/PAULO DE TARSO DOMINGUES, *Estudos de direito das sociedades*, cit., p. 174 e ss.

deliberação social pode ser utilizado mesmo quando não haja reunião de assembleia.

Há no entanto que tomar em consideração que as deliberações unânimes por escrito são... deliberações unânimes. Ora, se todos os sócios votaram no mesmo sentido, isso irá ter consequências ao nível da legitimidade activa (quer para propor a acção principal, quer para requerer a providência cautelar). Basta ver que a anulabilidade «pode ser arguida pelo órgão de fiscalização ou por qualquer sócio que não tenha votado no sentido que fez vencimento nem posteriormente tenha aprovado a deliberação, expressa ou tacitamente» (44).

Veja-se ainda que o n.º 6 do art. 247.º do CSC prevê a existência de uma acta quanto às deliberações por voto escrito. Daí que o n.º 2 do art. 396.º do CPC só possa ter um sentido: quando a lei dispense reunião de assembleia, a acta será substituída por documento comprovativo da deliberação... quando não haja acta.

## **6. O procedimento de suspensão de deliberações sociais aplica-se exclusivamente a deliberações dos sócios**

Outra das dificuldades com que o interprete é confrontado quando analisa o regime do procedimento cautelar de suspensão de deliberações sociais resulta de não se encontrar dito na lei com clareza se aquele procedimento pode ser utilizado apenas para suspender as deliberações dos sócios ou também para se obter a suspensão de deliberações de outros órgãos sociais.

Sob a vigência do CPC de 1939, Alberto dos Reis considerava que o procedimento em causa só valia para deliberações dos sócios (45), solução que parecia decorrer do disposto nos arts. 146.º

---

(44) N.º 1 do art. 59.º do CSC. Sobre o sentido deste preceito, cfr. PEDRO MAIA, «Deliberações dos sócios», in PEDRO MAIA/ELISABETE RAMOS/ALEXANDRE SEVERAL MARTINS/PAULO DE TARSO DOMINGUES, *Estudos de direito das sociedades*, cit., p. 205. Quanto às deliberações ineficazes, há que ter em conta ainda o disposto no art. 55.º do CSC, em que se pode ler que «as deliberações tomadas sobre assunto para o qual a lei exija o consentimento de determinado sócio são ineficazes para todos enquanto o interessado não der o seu acordo, expressa ou tacitamente». E as deliberações unânimes por escrito são... deliberações unânimes.

(45) Cfr. *Código de Processo Civil anotado*, I, p. 676.

e 186.º do Código Comercial e 46.º da Lei de Sociedades por Quotas. Também Rodrigues Bastos <sup>(46)</sup> rejeitava a possibilidade de recurso à providência de suspensão de deliberações sociais para suspender as deliberações de outros órgãos que não a assembleia. No mesmo sentido se pronunciou o STJ, no seu Ac. de 26 de Março 1946 <sup>(47)</sup>.

Depois da entrada em vigor do CPC de 1961, a discussão mantém-se aberta. Assim, Oliveira Ascensão <sup>(48)</sup> rejeita a possibilidade de recurso ao procedimento em causa para se obter a suspensão de outras deliberações que não as dos sócios. Essa é também a orientação sustentada no Ac. RC de 3/12/91 <sup>(49)</sup>, no Ac. RP de 28/9/92 <sup>(50)</sup>, no Ac. RL de 14/10/93 <sup>(51)</sup> e no Ac. STJ de 17/10/89 <sup>(52)</sup>.

Opinião diferente tem Pinto Furtado <sup>(53)</sup>, para quem o procedimento cautelar de suspensão de deliberações sociais pode ser o expediente para se obter a suspensão da execução das deliberações de quaisquer órgãos com competência para deliberar. Em apoio da tese que alarga o âmbito de utilização da providência para além das deliberações dos sócios é possível citar o Ac. RL de 23/2/89 <sup>(54)</sup>, o Ac. RL de 3/10/95 e o Ac. STJ de 29/4/1992, Proc. n.º 82100.

Por sua vez, Taveira da Fonseca <sup>(55)</sup> adopta uma tese híbrida, que tem em conta as matérias sobre as quais o órgão de administração delibera.

A nosso ver não parece que o procedimento cautelar nominado de suspensão de deliberações sociais seja o adequado para obstar à execução de deliberações dos órgãos de administração. As normas

---

<sup>(46)</sup> *Dos procedimentos cautelares*, cit., p. 36.

<sup>(47)</sup> *RLJ*, 79.º, p. 139. Naquela decisão entendeu o STJ que os sócios teriam de levar a deliberação dos administradores à assembleia para que esta última deliberasse sobre o assunto.

<sup>(48)</sup> *Direito Comercial*, vol. IV, cit., p. 302.

<sup>(49)</sup> *CJ*, 1991, V, p. 73 e ss.

<sup>(50)</sup> Citado por TAVEIRA DA FONSECA, «Deliberações sociais: suspensão e anulação», cit., p. 21.

<sup>(51)</sup> *CJ*, 1993, IV, p. 149.

<sup>(52)</sup> *BMJ*, 390.º, p. 394.

<sup>(53)</sup> *Deliberações dos sócios*, cit., p. 465.

<sup>(54)</sup> *CJ*, 1989, I, p. 131.

<sup>(55)</sup> «Deliberações sociais: suspensão e anulação», cit., p. 21 e ss.

do CPC parecem pensadas para deliberações dos sócios<sup>(56)</sup>. Tratando-se de deliberações de outros órgãos que não a colectividade dos sócios, só será possível o recurso ao procedimento cautelar comum, não ao de suspensão de deliberações sociais<sup>(57)</sup>.

## 7. Qualquer um dos sócios tem legitimidade para pedir a suspensão?

De acordo com o n.º 1 do art. 396.º do CPC, qualquer sócio pode requerer a suspensão das deliberações sociais nos termos ali referidos. Assim sendo, essa suspensão pode ser requerida tanto por um sócio “de capital” como por um sócio “de indústria”. E pode também requerer a suspensão tanto o sócio que tem direito de voto, como aquele que o não tem<sup>(58)</sup>. Além disso, o direito de requerer a suspensão das deliberações sociais não está dependente do valor relativo da participação social do sócio em causa.

No entanto, há que ter em conta que quem requer a suspensão deve ser sócio na altura em que a deliberação foi tomada, mas também deverá conservar essa qualidade quando requer a suspensão da deliberação<sup>(59)</sup>.

Por outro lado, só se deve admitir que a deliberação seja suspensa se o sócio que requer essa providência pode também intentar a acção principal. Ora, sabemos que, quanto às acções para declaração de nulidade de deliberação dos sócios, qualquer interessado tem legitimidade para intentar as referidas acções. Pode por isso pedir a suspensão qualquer sócio que nisso tenha interesse: é o que parece decorrer do n.º 1 do art. 57.º CSC<sup>(60)</sup>.

Quanto às acções para pedir a declaração da ineficácia, podem ser intentadas por qualquer sócio, tanto mais que a delibe-

---

<sup>(56)</sup> Nesse sentido, OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito Comercial*, IV, cit., p. 302.

<sup>(57)</sup> Qualquer que seja a solução que se adopte, é óbvio que só se poderá admitir a suspensão de deliberações de outros órgãos se se admitir também uma acção principal para impugnar a deliberação desse outro órgão.

<sup>(58)</sup> No mesmo sentido, Ac. STJ de 20/5/1997, *CJ/STJ*, 1997, II, p. 99.

<sup>(59)</sup> PINTO FURTADO, *Deliberações dos sócios*, cit., p. 430, 497 e 501; Ac. STJ de 20/5/97, *CJ*, 1997, II, p. 101.

<sup>(60)</sup> No mesmo sentido, PINTO FURTADO, *Deliberações dos sócios*, cit., p. 357.

ração que seja ineficaz nos termos do art. 55.º do CSC é ineficaz para todos os sócios.

No que diz respeito às acções para anulação de deliberação social, sabemos que o sócio só pode pedir a anulação se não tiver votado no sentido que fez vencimento <sup>(61)</sup>. Se votou no sentido que fez vencimento, ele não poderá também requerer a suspensão da deliberação em causa.

Relativamente às deliberações nulas e ineficazes; Pinto Furtado sustenta que pode ser pedida a suspensão das deliberações mesmo por quem não seja sócio, desde que tenha legitimidade para pedir a declaração de nulidade ou de ineficácia. Essa solução parece estar em clara oposição com a letra da lei. Quem não seja sócio e tenha legitimidade para intentar a acção para declaração de nulidade ou de ineficácia só poderá recorrer ao procedimento cautelar comum para evitar o *periculum in mora*.

#### **8. A prova de que a execução pode causar dano apreciável. O dano será aquele que possa ser causado à sociedade ou a sócios**

Exige a lei que o sócio que requeira a suspensão da deliberação demonstre que a execução pode causar um dano apreciável. Não diz a lei se esse dano tem de ser um dano que possa ser causado à sociedade ou antes aos sócios. Mas deve entender-se que o procedimento pode ser utilizado em qualquer dos casos referidos <sup>(62)</sup>, quer porque tal será a melhor forma de realizar a finalidade da providência, quer porque a lei não distingue.

Há, pois, aqui uma grande diferença em relação ao procedimento cautelar comum. É que este último só pode ser utilizado quando o requerente mostrar fundado receio de que outrem cause lesão grave e dificilmente reparável *ao seu* direito. Se for o sócio

<sup>(61)</sup> N.º 1 do art. 59.º do CSC.

<sup>(62)</sup> Seguem esse caminho o Ac. RL de 12/11/87, *CJ*, 1987, V, p. 101, o Ac. RL de 3/10/95, *CJ*, IV, p. 103, e o Ac. RC de 19/12/89, *CJ*, XIV, 5, p. 64. A mesma opinião tem TAVEIRA DA FONSECA, «Deliberações sociais: suspensão e anulação», cit., p. 27.

o requerente, só poderá invocar esse receio em relação ao seu direito, não em relação ao direito da sociedade.

Deve ter-se em conta que o requerente terá de alegar e provar factos de onde resulte que a execução da deliberação pode causar dano apreciável. Isso não é o mesmo que alegar e provar factos de onde resulte a ilegalidade da mesma deliberação<sup>(63)</sup>. Por outro lado, é preciso sublinhar que o dano apreciável de que se trata aqui é o dano que pode resultar da demora do processo principal<sup>(64)</sup>.

Claro está que o dano apreciável não tem de ser um dano irreparável. Assim se entendeu também no Ac. STJ de 25 de Junho de 1998, Proc. n.º 98B492, no qual se pode ver defendido que dano apreciável é o dano “visível, de aparente dignidade, estimável”, por contraposição ao dano irreparável, que será o dano incomensável<sup>(65)</sup>.

A suspensão da deliberação social só pode ser decretada se o requerente provar que a execução pode causar dano apreciável, o risco ou a existência desse dano apreciável não é requisito para a declaração de nulidade e de ineficácia da deliberação, ou para a sua anulação.

Uma vez decidido pelo tribunal que aprecia matéria de facto que a execução pode causar dano apreciável ou não, colocar-se-á a dúvida sobre a natureza do juízo formulado. Poderá pensar-se que estaremos perante um juízo fundado em factos que é também facto. No Ac. STJ de 20/5/97<sup>(66)</sup>, defendeu-se que o juízo sobre a existência ou a gravidade do dano, assente nos factos provados, reconduz-se também a matéria de facto<sup>(67)</sup>.

Mas no Ac. RP de 12 de Fevereiro de 1996, Proc. n.º 9551089, já se defendeu que «constitui matéria de facto a alegar na petição a existência de tal dano, bem como a sua dimensão ou ordem de

(63) Cfr. Ac. STJ de 16/5/95, *CJ*, 1995, II, p. 87.

(64) Cfr. VASCO LOBO XAVIER, «O conteúdo da providência de suspensão de deliberações sociais», cit., p. 215, e o Ac. RL de 3/10/95.

(65) Mas já no Ac. STJ de 28/11/1996, Proc. n.º 96B600, se entendeu que dano apreciável era dano irreparável.

(66) *CJ*, 1997, II, p. 101.

(67) Sobre o tema, cfr. ALBERTO DOS REIS, *Código de Processo Civil anotado*, I, p. 678.

grandeza; sendo matéria de direito a sua qualificação como apreciável». E esta parece ser a solução mais adequada.

Deve ainda referir-se que poderá não ser decidida a suspensão da deliberação se o prejuízo resultante da suspensão for superior ao prejuízo que pode resultar da execução (n.º 2 do art. 397.º).

## 9. A acta

De acordo com o disposto no n.º 2 do art. 396.º do CPC, o requerente da suspensão da deliberação social instruirá o requerimento com cópia da acta. A direcção (leia-se o órgão de administração) deve fornecer a cópia no prazo de 24 horas. Já se entendeu que isto queria dizer que a acta tinha de ser feita no prazo de 24 horas. Não é assim: o prazo de 24 horas conta-se do momento em que sócio requer à sociedade a cópia.

Se a lei dispensa a reunião da assembleia, diz o n.º 2 do 396.º do CPC que a cópia da acta será substituída por documento comprovativo da deliberação. No entanto, e como já se disse antes, as deliberações por voto escrito a que se faz referência no art. 247.º do CSC constarão de acta lavrada pelo gerente.

A acta não será um documento que possa ser encarado como a forma da deliberação<sup>(68)</sup> e não será condição de validade da deliberação. Não parece ser também condição de existência.

Para Pinto Furtado, a acta é indispensável para a demonstração da validade e eficácia da deliberação, mas dispensável para a obtenção da anulação. Segundo o referido autor, a acta será uma formalidade *ad substantiam secundum eventum litis*: é *ad substantiam* para a afirmação positiva da deliberação, mas é *ad probationem* para se obter a sua destruição judicial.

No entanto, Vasco Lobo Xavier sustentava antes que «a deliberação sem acta tem simplesmente a sua eficácia suspensa»<sup>(69)</sup>.

<sup>(68)</sup> Diferente será a nossa posição quanto aos documentos de que constem as deliberações por escrito: esse documento será a forma da deliberação (PINTO FURTADO, *Deliberações dos sócios*, cit., p. 674, que considera que se falta esse documento o tribunal não pode conhecer o pedido).

<sup>(69)</sup> Retirámos a citação de NOGUEIRA SERENS, *Notas sobre sociedades anónimas*, 2.ª ed., Coimbra Editora, Coimbra, 1997, p. 54.

Também Albino Matos <sup>(70)</sup> defendeu que a acta é mera condição de eficácia <sup>(71)</sup>. E esta parece ser a solução preferível.

Se o sócio não apresenta a cópia da acta ou documento comprovativo da deliberação, diz o n.º 1 do art. 397.º do CPC que ele terá de alegar que não lhe foi fornecida a referida cópia ou documento dentro do prazo de 24 horas. Se o sócio requerente não alegar isso mesmo, a providência não será decretada.

Mas se aquela alegação for feita, então a sociedade será citada para contestar com a cominação de que a contestação não será recebida se não vier acompanhada da cópia ou do documento em falta. E se assim for, tudo se passará como se a sociedade pura e simplesmente não tivesse contestado. Só que, embora o n.º 4 do art. 385.º do CPC estabeleça que «a revelia do requerido que haja sido citado tem os efeitos previstos no processo comum de declaração», a verdade também é que não se podem considerar confessados os factos articulados pelo autor «quando se trate de factos para cuja prova se exija documento escrito» <sup>(72)</sup> <sup>(73)</sup>.

<sup>(70)</sup> «A documentação das deliberações sociais no Projecto do Código das Sociedades», *Revista do Notariado*, 1986, p. e ss.

<sup>(71)</sup> Em sentido próximo, BRITO CORREIA, *Direito comercial*, 3.º vol., AAFDL, Lisboa, 1992, p. 348: «a falta de acta da assembleia faz com que não se possam provar as deliberações nela tomadas (art. 63.º, n.º 1), o que impede a produção dos seus efeitos — ou de alguns deles, pelo menos — mas não põe em causa, em regra, a sua existência ou validade».

<sup>(72)</sup> Al. d) do art. 485.º do CPC.

<sup>(73)</sup> Tendo em conta o teor do n.º 1 do art. 63.º do CSC e o disposto no art. 364.º do Código Civil, é fácil concluir que o legislador poderia e deveria ter sido mais claro. Diz o n.º 1 do art. 63.º do CSC que «as deliberações dos sócios só podem ser provadas pelas actas das assembleias ou, quando sejam admitidas deliberações por escrito, pelos documentos donde elas constem». Este preceito coloca o intérprete perante sérias dificuldades, na medida em que há que determinar as consequências que resultam de não constar dos autos a acta ou o documento em causa. E isto tanto no que diz respeito à providência cautelar de suspensão de deliberação social como relativamente às acções de declaração de nulidade ou de ineficácia ou ainda às de anulação. Quanto às deliberações anuláveis, dispõe o n.º 4 do art. 59.º do CSC que «a proposição da acção de anulação não depende de apresentação da respectiva acta, mas se o sócio invocar impossibilidade de a obter, o juiz mandará notificar as pessoas que, nos termos desta lei, devem assinar a acta, para a apresentarem no tribunal, no prazo que fixar, até 60 dias, suspendendo a instância até essa apresentação». Não existe um preceito idêntico para as acções de declaração de nulidade ou de declaração de ineficácia, como não existe também para os procedimentos de suspensão de deliberações sociais. Para VASCO LOBO XAVIER, «O início do prazo da proposição da acção anulatória de deliberações sociais e o funcionamento da assembleia geral



**10. O requerente tem de pedir a suspensão no prazo de dez dias a contar da data da assembleia se foi regularmente convocado, ou da data em que teve conhecimento da deliberação**

O prazo para se requerer a suspensão das deliberações sociais é de dez dias <sup>(74)</sup> mas o momento a partir do qual se inicia a contagem desse prazo varia consoante o requerente tenha ou não sido regularmente convocado para a assembleia <sup>(75)</sup>.

Se o requerente foi regularmente convocado para a assembleia, o prazo de dez dias conta-se a partir da data da assembleia

---

repartido por mais do que um dia», cit., p. 332, se a acta, mesmo depois do prazo fixado pelo juiz, não constar do processo, a acção de anulação não poderá prosseguir (embora o autor manifestasse dúvidas sobre se seria esta a solução correcta quando se tratasse de uma deliberação anulável devido a vício de procedimento anterior à sessão). BRITO CORREIA, *Direito comercial*, 3.º vol., cit., p. 349, defende, por seu lado, que se a acta não é apresentada nos casos previstos no n.º 4 do art. 59.º do CSC, o juiz não pode considerar válida a deliberação, pois nem sequer terá sido feita prova da sua existência. Consequentemente terá de decretar a anulação. Solução que se afigura um pouco estranha, na medida em que se estará a anular algo cuja existência não se provou. Por sua vez, PINTO FURTADO, *Deliberações dos sócios*, cit., p. 674, sustenta que deve ter lugar uma interpretação restritiva do n.º 1 do art. 63.º do CSC: a acta será indispensável para a demonstração da validade e eficácia da deliberação, mas dispensável para obter a sua anulação. Mais recentemente, ABRANTES GERALDES, *Temas da reforma do processo civil*, cit., p. 86, escreveu, a propósito do procedimento de suspensão de deliberações sociais, que com a falta de apresentação da acta pela sociedade «deve considerar-se invertido o ónus da prova, nos termos do art. 344.º, n.º 2, do CC, assumindo-se a existência da deliberação social nos termos configurados pelo requerente, restando ao juiz proceder à respectiva subsunção normativa». Solução que, no entanto, levanta algumas dúvidas, desde logo porque uma coisa é a prova de que houve uma deliberação, e outra a prova do teor da deliberação.

<sup>(74)</sup> O prazo referido é de caducidade: cfr. o Ac. RP de 5/1/1998, Proc. n.º 9751150, e ABRANTES GERALDES, *Temas da reforma do processo civil*, cit., p. 77. O tribunal competente, nos termos do disposto na al. d) do n.º 1 do art. 89.º da Lei de organização e funcionamento dos Tribunais Judiciais (Lei 3/99, de 13 de Janeiro; na referida al. d) pode ver-se que a lei preferiu falar agora de "acções" de suspensão de deliberações sociais), será o tribunal de comércio, onde o houver. Vejam-se ainda a al. c) do art. 83.º e o n.º 2 do art. 86.º, ambos do CPC.

<sup>(75)</sup> Este prazo vale também quando se pretende obter a suspensão de deliberações nulas e ineficazes. O que está em causa no procedimento cautelar é afastar o *periculum in mora*. Mas para que o sócio possa alcançar este objectivo, deverá agir com rapidez. E não se vê por que razão é que o sócio poderá ser mais lento quando a deliberação é nula ou ineficaz.

em que foram tomadas as deliberações<sup>(76)</sup>. E isto quer o sócio tenha estado presente na assembleia, quer não tenha.

Mas se o requerente não foi regularmente convocado para a assembleia, o prazo conta-se da data em que teve conhecimento da deliberação<sup>(77)</sup>. Se esteve presente na assembleia e aí tomou conhecimento da deliberação, é óbvio que o prazo se conta da data da assembleia também, porque foi nessa data que tomou conhecimento da deliberação.

Se foi pedida a suspensão de uma deliberação anulável, o prazo para propor a acção de anulação não se conta da data em que é proferida a sentença no procedimento cautelar. Com efeito, o prazo de 30 dias previsto no art. 58.º do CSC conta-se da data da assembleia ou do conhecimento da deliberação, pelo que a propositura do procedimento cautelar não interrompe nem suspende o prazo para interpor a acção de anulação<sup>(78)</sup>.

## 11. Registo do procedimento

Dispõe a al. e) do art. 9.º do CRC que estão sujeitas a registo as acções de declaração de nulidade ou anulação de deliberações

---

(76) Se a convocatória foi enviada por carta registada para a morada correcta mas o sócio se recusou a receber, o prazo para pedir a suspensão deve contar-se da data da assembleia e não da data em que o sócio tomou conhecimento da deliberação (Ac. RC de 28/4/98, *BMJ*, 476, 1998, p. 499). Quando tenha ocorrido interrupção da assembleia, o prazo de dez dias contar-se-á da data da reunião em que a deliberação foi tomada.

(77) Nos casos em que o requerente não foi regularmente convocado, poderá perguntar-se se tem de ter conhecimento de tudo o que foi deliberado para que o prazo comece a correr. No Ac. RL de 22/11/90, *CJ*, V, p. 125, relatado por CARDONA FERREIRA, entendeu-se que o prazo começava a correr mesmo que não houvesse um conhecimento exacto e formal das deliberações. Houve assim uma presunção judicial retirada do facto de haver documento comprovativo de que os requerentes souberam no próprio dia que tinha havido assembleia e qual a ordem do dia.

(78) Cfr. tb., no mesmo sentido, tendo obviamente em conta as soluções que as leis então consagravam, PALMA CARLOS, «Prazo para requerer a anulação de deliberações sociais, quando se haja requerido a suspensão», *RT*, 62.º, p. 212; ALBERTO DOS REIS, «Acção de anulação de deliberações sociais», *RLJ*, 78.º, p. 364; BAPTISTA LOPES, *Dos procedimentos cautelares*, cit., p. 42; VASCO LOBO XAVIER, «O conteúdo da providência de suspensão de deliberações sociais», p. 71, nota 104; MOITINHO DE ALMEIDA, *Anulação e suspensão de deliberações sociais*, cit., p. 55; TAVEIRA DA FONSECA, *Deliberações sociais: suspensão e anulação*, cit., p. 39; AC. RL de 20/10/1981, *BMJ*, 315.º, p. 309; contra, PINTO FURTADO, *Deliberações dos sócios*, cit., p. 509; Ac. RL de 11/3/1980, *CJ*, 1980, II, p. 190.

sociais e os procedimentos cautelares de suspensão destas <sup>(79)</sup>. Por sua vez, a al. *h*) do mesmo preceito acrescenta que estão sujeitas a registo as decisões finais, com trânsito em julgado, proferidas nas acções e procedimentos cautelares referidos nas alíneas anteriores, aí se incluindo, obviamente, a al. *e*).

Além disso, no n.º 4 do art. 15.º do mesmo CRC também se pode ler que as acções de declaração de nulidade ou anulação de deliberações sociais não terão seguimento após os articulados enquanto não for feita a prova de ter sido pedido o seu registo; nos procedimentos cautelares de suspensão de deliberações sociais, a decisão não será proferida enquanto aquela prova não tiver sido feita. E de acordo com o n.º 5 do mesmo artigo, os registos das decisões finais nas acções e procedimentos referidos no n.º 4 devem ser pedidos no prazo de seis meses a contar do trânsito em julgado.

Mais adiante, na al. *d*) do n.º 1 do art. 70.º do CRC, também se pode verificar que é obrigatória a publicação dos actos de registo previstos na já mencionada al. *h*) do art. 9.º <sup>(80)</sup>.

## 12. Citação da sociedade no procedimento cautelar

Atendendo ao teor da al. *b*) do n.º 4 do art. 234.º do CPC, nos procedimentos cautelares deve haver um despacho judicial a orde-

<sup>(79)</sup> No referido normativo nada se diz quanto às acções de declaração de ineficácia.

<sup>(80)</sup> Sendo a decisão proferida no procedimento cautelar de suspensão de deliberação social um acto relativo à sociedade, parece valer aqui a regra contida no n.º 3 do art. 168.º do CSC: «a sociedade não pode opor a terceiros actos cuja publicação seja obrigatória sem que esta esteja efectuada, salvo se a sociedade provar que o acto está registado e que o terceiro tem conhecimento dele». «Dele», acto, e não «dele», registo. Tal é a interpretação que maior correspondência tem na letra da lei. Além disso, é também o sentido que coincide com aquilo que resulta do n.º 5 do art. 3.º da Primeira Directiva sobre Direito das Sociedades (Directiva de 9 de Março de 1968, n.º 68/151 CEE, cujo texto actualizado pode ser consultado na nossa *Colectânea de Directivas Comunitárias sobre Direito das Sociedades*, Fora do Texto, Coimbra, 1999): «os actos e as indicações não são oponíveis a terceiros pela sociedade antes de efectuada a publicação referida no n.º 4, excepto se a sociedade provar que esses terceiros tinham conhecimento deles» («deles», actos e indicações). Por último, diga-se ainda que, se o regime que regula a publicidade dos actos sociais foi pensado para proteger terceiros, essa tutela deve cessar quando se faça prova de que o terceiro tinha conhecimento do acto, não sendo razoável pensar que só terminará quando se faça antes a prova de que tinha ele conhecimento do registo.

nar a citação. E, segundo o disposto no n.º 3 do art. 397.º do mesmo Código, após a citação da sociedade não é lícito a esta executar a deliberação<sup>(81)</sup>.

Esta última foi norma introduzida com a Reforma de 1961, retomando-se então o efeito que já tinha sido previsto no § 4.º do art. 124.º do Código de Processo Comercial<sup>(82)</sup> para a notificação aí tratada. Efeito esse que tinha sido suprimido com o CPC de 1939. Mas foi a Reforma de 1995 que tornou claro que a proibição da execução tinha lugar até à decisão em primeira instância.

No entanto, se a sociedade não pode executar as deliberações após a citação que tiver lugar no procedimento cautelar de suspensão das mesmas, qual o regime dos actos que praticar em execução das deliberações? Isto é, se a sociedade executar as deliberações após a citação, os actos de execução são anuláveis, nulos ou ineficazes? Ou a citação apenas implica responsabilidade civil dos membros do órgão de administração se a decisão proferida na acção principal vier a ser favorável ao autor?

Em nosso entender, e tendo em conta a apreciação que é feita pelo julgador na altura em que elabora o despacho a ordenar a citação, esta última não antecipa os efeitos da decisão final de suspensão da deliberação<sup>(83)</sup>. E, por outro lado, nada nos permite dizer

---

(81) Tenha-se em atenção que é a sociedade que não pode executar a deliberação. No dizer de VASCO LOBO XAVIER, o preceito em causa «tem claramente por fim prevenir, numa certa medida, o *periculum in mora* do próprio processo cautelar de suspensão» (cfr. «O conteúdo da providência de suspensão de deliberações sociais», cit., p. 276; veja-se tb. o *Projecto de revisão do Código de Processo Civil*, I, Lisboa, 1958, p. 112).

(82) Sobre as diferenças entre a redacção do art. 124.º de 1895 e a de 1896, cfr. BARBOSA DE MAGALHÃES, *Código de Processo Comercial anotado*, vol. 2.º, 3.ª ed., Lisboa, Parceria A. M. Pereira, 1912, p. 70.

(83) Para JACINTO RODRIGUES BASTOS, *Notas ao Código de Processo Civil*, vol. II, Lisboa, 1966, p. 258, «a citação produz, desde logo, suspensão preventiva, que opera até à decisão definitiva do procedimento». PINTO FURTADO, em *Deliberações dos sócios*, cit., p. 504, defendeu que os efeitos da citação são os mesmos da suspensão, i.é, a responsabilização dos membros do órgão de administração que executam a deliberação. No mesmo sentido se pronunciaram OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito comercial IV*, cit., p. 304 («o requerente obtém, logo com a citação, o efeito que obteria se a providência fosse julgada procedente»), e CARLOS OLAVO, «Impugnação de deliberações sociais», *C.J.*, 1988, III, p. 30 («a citação da sociedade para o procedimento produz, desde logo, suspensão preventiva da execução da deliberação impugnada, que opera até à decisão definitiva desse procedimento»; e acrescenta o autor, na nota 76, que «na providência de suspensão, ao invés do regime geral dos procedimentos cautelares, há sempre a audiência da requerida previa-

que os actos praticados em execução da deliberação pela sociedade após a citação sejam, sem mais, nulos, anuláveis ou ineficazes. Com Vasco Lobo Xavier<sup>(84)</sup>, entendemos que a execução pela sociedade da deliberação após a citação só implica responsabilidade dos administradores que executem a deliberação, pelos danos que causarem, se a acção principal der razão ao autor.

O n.º 3 do art. 397.º do CPC esclarece que a ilicitude da execução só se verifica até que o pedido seja julgado em primeira instância. Isto é assim, desde logo, mesmo que haja recurso do despacho que não ordene a providência. De acordo com o disposto no art. 738.º, o agravo de despacho que não ordene a providência sobe imediatamente nos próprios autos. Por sua vez, dispõe o n.º 1 do art. 740.º que têm efeito suspensivo os agravos que subam imediatamente nos próprios autos. E por isso suspendem os efeitos da decisão recorrida. Mas não se mantêm os efeitos da citação.

### 13. Caducidade da providência e extinção do procedimento: os casos em que a acção principal fica parada por mais de 30 dias por negligência do requerente da providência

Vimos já quais os efeitos da citação da sociedade no âmbito do procedimento de suspensão de deliberações sociais. Discutia-se, antes da actual redacção do art. 389.º do CPC, o que deveria suceder se o requerente deixasse que a acção principal ficasse parada por mais de 30 dias por negligência sua<sup>(85)</sup>. O n.º 1 do art. 382.º do CPC estabelecia, com efeito, que as providências cau-

---

mente à decisão. Às maiores garantias que assim se oferecem à sociedade, correspondem maiores garantias ao requerente da providência, pela antecipação do efeito final do procedimento cautelar logo com a citação da sociedade»).

<sup>(84)</sup> «O conteúdo da providência de suspensão de deliberações sociais», cit., p. 195; e «Suspensão de deliberações sociais ditas "já executadas"», cit., p. 377.

<sup>(85)</sup> No Ac. RL de 22/11/90, *CJ*, V, p. 127, entendeu-se que a suspensão caducava devido à negligência do requerente em promover o andamento do processo principal. No Ac. STJ de 8/11/1994, Proc. n.º 87232, considerou-se que «as providências cautelares ficam sem efeito se o requerente, tendo proposto a acção de que forem dependência, deixar parada esta durante mais de trinta dias, por sua negligência em promover os respectivos termos».

telares ficariam sem efeito se a acção principal estivesse parada por mais de 30 dias por negligência do requerente. Isto é, a providência cautelar é que ficaria sem efeito, pelo que parecia que era necessário que já tivesse sido decretada a providência <sup>(86)</sup>. Se ainda não tivesse sido decretada a providência, então não havia providência que ficasse sem efeito e poderia entender-se que se mantinham assim os efeitos da citação: ilicitude da execução da deliberação e responsabilidade dos membros do órgão de administração que a executassem.

Agora, o art. 389.º do CPC, no n.º 1, trata, por um lado, dos casos em que a providência caduca, e por outro, dos casos de extinção do procedimento, mesmo que não tenha sido decretada a providência. Por isso, se a acção principal estiver parada por mais de 30 dias por negligência do requerente, o procedimento cautelar extingue-se e, quando decretada, a providência caduca. Quando decretada, sublinhe-se. Pelo que o procedimento cautelar também pode extinguir-se pelas razões referidas antes de decretada a providência.

Tendo havido citação, a sociedade, como vimos, não pode executar a deliberação. Os membros do órgão de administração serão responsáveis pelos danos que causarem se executarem a deliberação depois da citação. Mas se o procedimento cautelar se extinguir, nomeadamente por a acção principal estar paralisada por mais de 30 dias por negligência do requerente, não parece que os efeitos da citação se mantenham <sup>(87)</sup>.

---

<sup>(86)</sup> Nesse sentido, VASCO LOBO XAVIER, «O conteúdo da providência de suspensão de deliberações sociais», cit., p. 104; TAVEIRA DA FONSECA, «Deliberações sociais: suspensão e anulação», cit., p. 42 e s.; na jurisprudência, pronunciou-se em sentido diverso o Ac. RL de 22/11/1990, *CJ*, 1990, V, p. 125. Claro que, se se entendia que a citação antecipava os efeitos da decisão final do procedimento, então com a citação já havia providência.

<sup>(87)</sup> O problema tratado no texto não se confunde com um outro que também merece alguma atenção. Como é sabido, a providência caduca se o requerente não propuser a acção da qual a providência depende dentro de 30 dias, contados da data em que lhe tiver sido notificada a decisão que a tenha ordenado. Ora, quanto às acções de anulação de deliberação dos sócios, o prazo para a proposição da acção de anulação é de 30 dias contados da data em que foi encerrada a assembleia geral, da data em que o sócio teve conhecimento da deliberação, se esta incidir sobre o assunto que não constava da convocatória ou do 3.º dia subsequente à data do envio da acta da deliberação por voto escrito (cfr. o n.º 2 do art. 59.º do CSC). Tendo sido pedida a suspensão da deliberação anulável, ainda

#### 14. Actos de execução praticados depois da decisão de suspensão das deliberações sociais

Após a decisão que suspende a deliberação social, não poderá a deliberação ser executada. Mas se o for, para além de se dever considerar que serão responsáveis os administradores que praticarem os actos de execução, há que perguntar se os actos em causa são válidos ou inválidos, eficazes ou ineficazes.

Para Pinto Furtado, a execução constituirá um ilícito civil, que gera responsabilidade dos executantes<sup>(88)</sup>. Por sua vez, Vasco Lobo Xavier considerava que, no plano interno, os actos de execução seriam ineficazes e, no plano externo, tudo dependia do momento em que o acto tivesse sido praticado (se antes ou depois do registo da decisão).

Quanto a este último plano, Taveira da Fonseca entendeu justificar-se aqui a aplicação por analogia do disposto no n.º 2 do art. 61.º do CSC. Assim, e quanto a terceiros, a suspensão «só será oponível quando se demonstre o conhecimento efectivo da nulidade ou anulabilidade, não bastando a prova que a pendência da providência e o teor da decisão foram publicitados pelo registo». E acrescenta: «Na verdade, se, em face da actual solução legal, a

---

assim, o requerente terá de respeitar estes últimos prazos, não podendo aguardar sem mais pela notificação da decisão que ordenar a providência (neste sentido, ABRANTES GERALDES, *Temas da reforma do processo civil*, p. 93; cfr. também, com grande desenvolvimento e por todos, quanto à al. a) do n.º 1 do art. 382.º, na redacção anterior a 1995, VASCO LOBO XAVIER, *Anulação de deliberação social e deliberações conexas*, cit., p. 94 e ss., em nota, que claramente afirmava que «a al. a) do n.º 1 do art. 382.º do CPC não contende com os prazos de proposição das acções, que são regulados pela lei própria: não os restringindo, evidentemente, também não os alarga, quando, de harmonia com aquela lei, vierem a terminar antes de decorridos os trinta dias a que se refere o preceito»; ao abrigo do disposto no art. 387.º do CPC de 1939, era esse também o entendimento seguido por PALMA CARLOS, «Prazo para requerer a anulação de deliberações sociais, quando se haja requerido a suspensão», *RT*, 62.º, p. 210 e ss., por ALBERTO DOS REIS, «Acção de anulação de deliberações sociais», cit., p. 361 e ss., por J. G. PINTO COELHO, Anotação ao Ac. STJ de 9/5/61, *RLJ*, 95.º, p. 39). Em sentido contrário, ao abrigo ainda do disposto na al. a) do n.º 1 do art. 382.º do CPC na redacção anterior à reforma de 1995, cfr. PINTO FURTADO, *Deliberações dos sócios*, cit., p. 509 e ss. (que segue o entendimento de VASSANTA TAMBÁ, *Contratos de objecto ilícito e outras decisões judiciais*, Coimbra, 1967, p. 28 e ss., obra a que não nos foi possível ter acesso).

(88) *Deliberações dos sócios*, cit., p. 504.

oponibilidade da decisão definitiva depende do vício da anulabilidade ou da nulidade da deliberação serem ou não do conhecimento efectivo e não presumido do terceiro, afigura-se que idêntico terá de ser o entendimento em relação a uma decisão provisória, como é a proferida no procedimento cautelar.

Parece, no entanto, que, atendendo ao que se pretende com a providência cautelar em causa (obstar ao *periculum in mora* do processo principal, evitar os prejuízos que possam resultar das delongas do processo principal), estar a exigir um conhecimento efectivo da *invalidade* pelo terceiro para que a *decisão de suspensão* lhe fosse oponível seria contraditório<sup>(89)</sup>. A aplicação do disposto no n.º 2 do art. 61.º do CSC justificar-se-ia se houvesse lacuna. Mas, quanto aos actos de execução da deliberação que ponham a sociedade em relação com terceiros, há que ter em conta os termos em que a decisão de suspensão da execução é oponível a terceiros. E esses termos são, a nosso ver, os que estão definidos no art. 168.º do CSC: este preceito é que nos diz quando é que é oponível a terceiros a decisão pela qual a deliberação deve ser «considerada como desprovida dos efeitos a que aparece endereçada (*fosse ou não susceptível de os produzir*) até à sentença a pronunciar no processo principal». Isto só tem verdadeiramente interesse, quanto aos actos praticados em execução da deliberação, se esta for mesmo declarada nula ou ineficaz, ou se vier a ser anulada. Sendo a decisão de suspensão oponível aos terceiros, tudo se passará, em relação a eles e em relação aos actos de execução, como se a deliberação não tivesse os efeitos «a que aparece endereçada».

Deve ainda ter-se em conta que a parte final do n.º 2 do art. 61.º do CSC trata dos casos em que a boa fé dos terceiros deve ser considerada excluída: não diz que só nesses casos é que é oponível a terceiros a decisão que declara a nulidade ou anula a deli-

---

(89) O que a seguir se escreve no texto está apenas pensado para os casos em que a deliberação sofre de uma causa de invalidade, únicos de que trata o n.º 2 do art. 61.º do CSC. São também esses apenas os casos em que o art. 9.º do CRC permite o registo da instauração do procedimento cautelar de suspensão de deliberações sociais e da decisão proferida nesse procedimento. De fora do âmbito de aplicação dos preceitos referidos parece ficar o procedimento cautelar de suspensão de deliberação social ineficaz. A menos que se sustente a aplicação das normas indicadas, por interpretação extensiva ou extensão teleológica, a estas últimas deliberações.



beração. Mais: o preceito só parece ter sentido justamente quanto aos actos praticados antes de a referida decisão se tornar oponível a terceiros. Em nosso entender, o preceito trata da eficácia da decisão que declara a nulidade ou anula a deliberação em relação a actos praticados antes de a decisão referida se tornar oponível a terceiros. Por isso, não tem sentido a aplicação por analogia do preceito em causa quando se pretende saber em que termos é que a decisão que suspende a deliberação é oponível a terceiros que adquirem direitos com fundamento em actos praticados após a referida decisão de suspensão.

O que se revela mais difícil é saber qual é a posição dos terceiros que, *não tendo conhecimento da nulidade ou da anulabilidade*, adquirem direitos com fundamento em actos praticados em execução de uma deliberação suspensa *nos casos em que a decisão que suspendeu a deliberação é já oponível a terceiros*. Quanto aos actos praticados após o momento em que se torna oponível a terceiros a decisão de suspensão de deliberação social, deve sublinhar-se que por essa decisão a deliberação deve ser «considerada como desprovida dos efeitos a que aparece endereçada (*fosse ou não susceptível de os produzir*) até à sentença a pronunciar no processo principal». É isso que se torna oponível a terceiros, e não a declaração de nulidade ou a anulação, que não tiveram lugar no procedimento cautelar.

Claro está que, após o momento em que se considera oponível a terceiros a decisão proferida no procedimento cautelar de suspensão de deliberação social, o terceiro ainda pode ignorar a invalidade da deliberação. E é esse conhecimento que exclui a boa fé do terceiro. Mas cabe aqui perguntar se terá sentido a aplicação do disposto no n.º 2 do art. 61.º do CSC quando o acto de execução é praticado após o momento em que a decisão de suspensão é oponível a terceiros. A solução mais razoável parece ser a negativa.

Ora, sendo oponível a terceiros a decisão que suspende a deliberação social, e vindo a ser declarada nula ou anulada a deliberação, o tratamento a dar a cada acto de execução praticado após o momento em que a decisão de suspensão é oponível a terceiros dependerá das consequências que, para o acto de execução, tenha a falta de uma válida deliberação social de que aquele acto constituía a execução.

Assim, por exemplo, nos casos em que a decisão de suspensão de deliberação social que designou os administradores de uma sociedade anónima é oponível a terceiros, considera-se que, se a deliberação é suspensa, «a pessoa colectiva não estará devidamente representada pelos administradores através daquela nomeados»<sup>(90)</sup>. Os actos de representação que esses administradores pratiquem deverão, por isso, ser considerados ineficazes em relação à sociedade se foram praticados após a decisão de suspensão da deliberação se ter tornado oponível a terceiros. Isto é assim «se a acção anulatória vier a ser julgada procedente», pois «tal sentença elimina *extunc* os efeitos da deliberação, que até aí se encontravam unicamente *paralisados* por virtude da medida cautelar»<sup>(91)</sup>. E aquilo é assim também quando seja declarada a nulidade da deliberação.

Deve ainda ter-se em conta que o art. 391.º do CPC estabelece actualmente que incorre na pena do crime de desobediência qualificada todo aquele que infrinja a providência cautelar decretada, sem prejuízo das medidas adequadas à sua execução coerciva. E o n.º 1 do art. 392.º do CPC manda aplicar aos procedimentos cautelares nominados as disposições relativas ao procedimento cautelar comum.

Sobre este último preceito, escreveu Lopes do Rego que «a decisão que decreta uma providência cautelar, qualquer que seja o seu conteúdo, mais do que a mera composição provisória do litígio, contém insita a ordem ou injunção do juiz ao destinatário ou destinatários da providência para que adoptem certo comportamento, activo ou omissivo».

---

<sup>(90)</sup> VASCO LOBO XAVIER, «O conteúdo da providência de suspensão de deliberações sociais», cit., p. 262.

<sup>(91)</sup> VASCO LOBO XAVIER, «O conteúdo da providência de suspensão de deliberações sociais», cit., p. 263.



# O MATRIMÓNIO CANÓNICO-CONCORDATÁRIO EM PORTUGAL (\*)

*Pelo Dr. Mendonça Correia*

## § I

### DISCIPLINA VIGENTE

1. *Introdução.* — Até ao século XX, Portugal foi um Estado confessional católico. Saídas da revolução republicana de 5 de Outubro de 1910, a *Lei de Separação* de 20 de Abril de 1911 e a Constituição de 21 de Agosto do mesmo ano <sup>(1)</sup> puseram formalmente termo à confessionalidade do Estado e representaram uma fractura na unidade da Fé até então existentes no nosso País. Os *princípios da aconfessionalidade e da separação entre a Igreja e o*

---

(\*) O presente texto reproduz, com modificações e aditamentos de pormenor, um trabalho redigido para o curso especial II do ano lectivo de 2000-2001 do Curso de Direito Canónico da Universidade Pontifícia de Salamanca. É como que uma *sinopse* dos pontos de maior interesse prático estudados na memória de licenciatura do autor, elaborada sob a direcção do Professor Doutor Federico Rafael Aznar Gil, e apresentada a censura em 29 de Abril de 2001, com o título: «O matrimónio canónico em Portugal». Não tem em conta nenhuma das alterações legislativas que tiveram lugar de então para cá, nomeadamente as que versaram sobre a dissolução do matrimónio canónico em favor da fé e por divórcio por mútuo consentimento.

(1) Art. 3.º, n.ºs 4, 7, 8, 9, 12 e 33.

*Estado* foram mantidos na Constituição de 1933 <sup>(2)</sup>; e subsistem na actual Constituição <sup>(3)</sup>.

Sem prejuízo de tais princípios, foi assinada com a Santa Sé, em 7 de Maio de 1940, uma importantíssima Concordata, que regulou «por mútuo acordo e de modo estável a situação jurídica da Igreja Católica em Portugal, para a paz e maior bem da Igreja e do Estado» <sup>(4)</sup>. As circunstâncias históricas não permitiram que se tivesse ido mais longe <sup>(5)</sup>.

2. *O sistema da dualidade de casamentos.* — a) «*Formas*» do casamento. — Segundo o regime jurídico em vigor, o casamento tanto pode ser civil como católico <sup>(6)</sup>; a lei reconhece valor e eficácia à celebração do matrimónio canónico <sup>(7)</sup>. O casamento civil rege-se inteiramente pelo Direito Civil; o casamento católico regula-se pelas normas do Direito Canónico, mas, uma vez celebrado, rege-se também, quanto aos efeitos civis, pelas do Direito Civil <sup>(8)</sup>, nomeadamente as que prevêem e regulam a sua dissolução pelo acto especificamente civil do divórcio <sup>(9)</sup>.

b) *Consequências jurídicas do sistema adoptado.* — A opção pelo casamento católico ou pelo casamento civil não é indiferente: o casamento católico é celebrado perante representantes eclesiásticos e necessita de ser *transcrito* na competente repartição do Estado a fim de produzir os seus efeitos na ordem jurídica civil <sup>(10)</sup>; demais, só pode ser celebrado por quem tiver a capacidade matrimonial exigida pela lei civil <sup>(11)</sup>.

<sup>(2)</sup> Arts. 8.º, n.º 3 e § 2.º, e 45.º-48.º.

<sup>(3)</sup> Art. 41.º.

<sup>(4)</sup> Preâmbulo.

<sup>(5)</sup> V. S.P.N. (ed.), Portugal e a Santa Sé, Concordata e Acordo Missionário de 7 de Maio de 1940, Lisboa 1943.

<sup>(6)</sup> «Católico», note-se; não «canónico», como devia ser.

<sup>(7)</sup> CC 1966, art. 1587.º.

<sup>(8)</sup> CC 1966, art. 1588.º.

<sup>(9)</sup> CC 1966, art. 1788.º.

<sup>(10)</sup> CC 1966, arts. 51.º, 1654.º, als. a) e c), 1655.º-1661.º, 1664.º-1667.º; CRC 1995, arts. 53.º, n.º 1, als. b) e c), 169.º-178.º.

<sup>(11)</sup> CC 1966, art. 1596.º.

3. *Formalidades do casamento.* — Integrados na forma do casamento ou quando com ela relacionados, podem distinguir-se três tipos de formalidades: formalidades preliminares, formalidades da celebração, e formalidades de registo.

a) *Formalidades preliminares.* — As formalidades preliminares consistem no processo de publicações, actualmente regulado pelo Código do Registo Civil de 1995, que se destina a verificar a inexistência de impedimentos <sup>(12)</sup>. Sempre que uma pessoa pretende casar-se, deve declarar a sua intenção na competente conservatória do registo civil, que lhe dá publicidade por meio de editais e aguarda, durante certo tempo, que alguém apareça a declarar impedimentos <sup>(13)</sup>. Se nenhum impedimento for declarado, ou, sendo-o, vier a ser julgado insubsistente a declaração, o funcionário do registo civil profere despacho final a autorizar a celebração do casamento <sup>(14)</sup>.

O processo preliminar é obrigatório tanto para os casamentos civis como para os casamentos católicos <sup>(15)</sup>. Mas porque a celebração destes últimos tem lugar perante uma entidade distinta do funcionário que profere o despacho de autorização, importa que lhe seja dado conhecimento daquele despacho. Para tanto, o funcionário do registo civil emite um certificado de capacidade matrimonial, que é presente ao pároco e sem o qual o casamento não pode ser celebrado <sup>(16)</sup>. Se o pároco officiar no casamento sem tal certificado, incorrerá na pena aplicável ao crime de desobediência qualificada <sup>(17)</sup>.

b) *Formalidades da celebração.* — Proferido o despacho final e emitido o certificado de capacidade matrimonial, passa-se

<sup>(12)</sup> CC 1966, arts. 1610.º-1614.º.

<sup>(13)</sup> Cf. CC 1966, art. 1610.º; CRC 1995, arts. 135.º-143.º.

<sup>(14)</sup> CRC 1995, art. 144.º.

<sup>(15)</sup> CC 1966, arts. 1597.º e 1610.º.

<sup>(16)</sup> CC 1966, art. 1598.º, n.º 1; CRC 1995, arts. 146.º-148.º.

<sup>(17)</sup> CRC 1995, art. 296.º, n.º 1, al. a), primeira parte. A pena é presentemente de 2 anos de prisão ou multa até 240 dias: CP 1982, art. 348.º, n.º 2. Com a entrada em vigor do CRC 1995, deixou de ser obrigatório converter a pena de prisão em multa: carece, portanto, de fundamento o que escreve A. Leite in: M. Saturino C. Gomes (coord.), *Concordata entre a Santa Sé e a República Portuguesa*, Coimbra 2001, 228, nota. — O CRC 1995, art. 296.º, n.º 1, al. a), segunda parte, exceptua de qualquer sanção o pároco que officiar sem certificado em casamentos «in articulo mortis», na iminência de parto ou cuja celebração imediata tenha sido autorizada pelo Ordinário próprio.

à fase da celebração do casamento. Esta, sendo católico, realiza-se de acordo com as normas do Direito Canónico (18).

c) *Formalidades de registo.* — Preenchidas as formalidades da celebração, fica logo a existir, plenamente válido, o acto do casamento. Este, porém, só se torna eficaz quando registado: uma vez efectuado o registo, os efeitos civis do casamento retrotraem-se à data da sua celebração (19). O pároco é obrigado a enviar aos serviços do registo civil o duplicado do assento paroquial, a fim de ser transcrito no livro de casamentos; nos casamentos cuja celebração imediata tenha sido autorizada pelo Ordinário, é remetida com o duplicado uma cópia da autorização autenticada com a assinatura do pároco (20). Se deixar de enviar, sem motivo grave atendível, o duplicado do assento ou enviá-lo fora de prazo, o pároco também incorrerá na pena aplicável ao crime de desobediência qualificada (21).

A obrigação de remessa não é aplicável aos casamentos secretos (22); nem aos casamentos «in articulo mortis», na iminência de parto ou cuja celebração imediata seja expressamente autorizada pelo Ordinário próprio por grave motivo de ordem moral (23), e que não possam ser transcritos (24); nem aos casamentos em que, logo após a celebração, se verifique a necessidade de convalidar o acto, mediante a renovação da manifestação de vontade dos cônjuges na

(18) CIC 1983, cc. 1108-1133; CCEO, cc. 813-816, 828-842. Cf. SCDS, instr. de 21/9.º/1940, arts. 29-34.

(19) CC 1966, art. 1670.º, n.º 1.

(20) CC 1966, art. 1655.º; CRC 1995, art. 169.º.

(21) CRC 1995, art. 296.º, n.º 1, al. c); CP 1982, art. 348.º, n.º 2. — A falta de remessa, sem motivo grave atendível, do duplicado do assento de casamento pelo pároco à respectiva conservatória constitui um *crime permanente*, não havendo lugar a prescrição porque a obrigação de pôr termo ao ilícito existe enquanto ele durar: Rel. Coimbra, ac. de 12/7.º/1960 (in: JR 6, 892); Rel. Porto, ac. de 19/10.º/1960 (in: JR 6, 856).

(22) Cujos assento só é transcrito perante certidão de teor e mediante denúncia feita pelo Ordinário: CC 1966, art. 1656.º, al. a), primeira parte; CRC 1995, art. 170.º, al. a).

(23) Não dizendo a lei civil o que deva entender-se por «grave motivo de ordem moral», só ao Ordinário caberá, em cada caso, resolver o problema: cf. desp. min. de 24/10.º/1944 (in: BOMJ 4.25, 565).

(24) CC 1966, art. 1656.º, al. a), segunda parte. Daqui inferiu a Conferência Episcopal Portuguesa, no art. 15.º das normas relativas ao registo ou assento de casamento promulgadas em 20/3.º/1984, que, quanto aos casamentos celebrados nos termos do art. XXII da Concordata, o pároco não está obrigado por sanções penais a participar os que não podem ser transcritos. Mas, dado o teor do CRC 1995, art. 296.º, n.º 1, al. c), e 2, o pároco só não está obrigado por sanções penais a participar os casamentos secretos.

forma canónica (25). Porém, se o pároco officiar (26) em casamento «in articulo mortis» sem motivo justificativo e com o intuito de afastar algum impedimento previsto na lei civil, incorrerá igualmente na pena aplicável ao crime de desobediência qualificada (27).

Se o casamento católico não tiver sido precedido do processo preliminar de publicações, a transcrição só se efectua depois de organizado o processo (28). Em qualquer caso, a transcrição do duplicado ou da certidão do assento é comunicada ao pároco (29) (30).

4. *Pressupostos do matrimónio: os impedimentos no actual Direito Civil português.* — a) *Impedimentos dirimentes.* Os impedimentos dirimentes tornam anulável (31) o casamento se, não obstante a sua existência, este vier a ser celebrado (32).

b) *Impedimentos dirimentes absolutos.* — São os que obstam ao casamento da pessoa impedida com qualquer outra. O Código Civil de 1966 enumera taxativamente (33):

1.º, *A falta de nubilidade.* — A idade mínima abaixo da qual não é lícito casar é presentemente de dezasseis anos para ambos os sexos;

2.º, *A demência notória, interdição ou inabilitação por anomalia psíquica;*

3.º, *O casamento anterior não dissolvido* (34).

(25) Bastando remeter à conservatória do registo civil, quando assim seja, o duplicado do assento paroquial da nova celebração: CC 1966, art. 1656.º, al. b); CRC 1995, art. 170.º, al. b).

(26) Officiar, note-se; não celebrar: é incorrecta a redacção do CRC 1995, art. 296.º, n.º 1, al. b).

(27) CRC 1995, art. 296.º, n.º 1, al. b); CP 1982, art. 348.º, n.º 2. Exceptuam-se os casamentos secretos, «regulados no direito canónico como casamentos de consciência» (*sic!*), enquanto não forem denunciados pela autoridade eclesiástica, officiosamente ou a requerimento dos interessados: CRC 1995, art. 296.º, n.º 2.

(28) CC 1966, art. 1658.º; CRC 1995, art. 173.º.

(29) CC 1966, art. 1659.º, n.º 1; CRC 1995, art. 172.º, n.ºs 1-2.

(30) Na falta de remessa do duplicado ou da certidão do assento pelo pároco, a transcrição pode ser feita a todo o tempo, em face do documento necessário, a requerimento de qualquer interessado ou do Ministério Público: CC 1966, art. 1659.º, n.º 2; CRC 1995, art. 172.º, n.º 3. Demais, a falta do assento paroquial é supriável mediante acção judicial pelos tribunais portugueses (!): CC 1966, art. 1659.º, n.º 3.

(31) Anulável, note-se; não nulo.

(32) CC 1966, art. 1631.º, al. a).

(33) CC 1966, art. 1601.º.

(34) Reflexo do princípio do casamento monogâmico.



b) *Impedimentos dirimentes relativos*. — São os que obstam ao casamento de pessoas que se acham entre si numa determinada relação, a saber <sup>(35)</sup>:

1.º, *O parentesco na linha recta e no segundo grau da linha colateral;*

2.º, *A afinidade na linha recta;*

3.º, *A condenação por conjugicídio.*

c) *Os impedimentos impeditivos* implicam tão-só a aplicação de determinadas sanções que não contendem com a validade do casamento. Do Código Civil de 1966 constam <sup>(36)</sup>:

1.º, *A falta de autorização dos pais ou do tutor para o casamento do nubente maior de dezasseis anos mas menor de dezoito, quando não seja suprida pelo conservador do registo civil.* — A autorização deve ser dada <sup>(37)</sup> pelo pai e pela mãe, se estiverem ambos no exercício do poder paternal; se não estiverem, deve ser dada pelo pai, ou pela mãe, ou pelo tutor <sup>(38)</sup>. Em qualquer dos casos, a autorização pode ser suprida pelo conservador do registo civil <sup>(39)</sup>. O menor que case irregularmente nestes termos, fica emancipado mas com uma restrição: continua a ser considerado menor quanto à administração de bens que levar para o casal ou que posteriormente lhe advierem por título gratuito até à maioridade <sup>(40)</sup>.

2.º, *O prazo internupcial.* — A lei não permite que a um matrimónio dissolvido se siga imediatamente outro <sup>(41)</sup>. O prazo

<sup>(35)</sup> CC 1966, art. 1602.º.

<sup>(36)</sup> Outros há, constantes de legislação avulsa.

<sup>(37)</sup> No processo preliminar do casamento e por alguma das formas indicadas no CRC 1995, art. 150.º: no próprio acto, ou em documento autêntico ou autenticado.

<sup>(38)</sup> Cf. CC 1966, arts. 1877.º-1962.º.

<sup>(39)</sup> Pelo processo regulado no CRC 1995, arts. 255.º-257.º.

<sup>(40)</sup> CC 1966, art. 1649.º, n.º 1. Já o menor que casar regularmente fica plenamente emancipado pelo casamento: CC 1966, art. 132.º. Além do menor, nenhuma outra categoria de incapazes necessita de autorização: os interditos e os inabilitados por anomalia psíquica não podem casar; a falta de referência às restantes categorias significa que podem casar sem necessidade de autorização, apesar da disposição genérica do CC 1966, art. 139.º.

<sup>(41)</sup> A sua regulamentação está detalhada no CC 1966, art. 1605.º.

é de cento e oitenta dias para o homem, e de trezentos dias para a mulher <sup>(42)</sup>; funda-se na exigência social de se ter um mínimo de decoro, e na necessidade de se evitarem conflitos de paternidade a respeito dos filhos nascidos do segundo casamento, a «turbatio sanguinis». A violação do prazo internupcial implica para o infractor a perda de todos os bens que tiver recebido por doação ou testamento do cônjuge anterior <sup>(43)</sup>.

3.º, *O parentesco no terceiro grau da linha colateral*. — A lei pretende evitar casamentos entre parentes ainda próximos e de parentes mais velhos que possam ter influência sobre mais novos. Este impedimento é susceptível de dispensa pelo conservador do registo civil quando haja motivos sérios que justifiquem a celebração do casamento <sup>(44)</sup>. A sua preterição acarreta, para o tio ou para a tia, a incapacidade para receberem do seu consorte qualquer benefício por doação ou testamento <sup>(45)</sup>.

4.º, *O vínculo de tutela, curatela ou administração legal de bens*. — Pretende-se evitar que os tutores, os curadores ou os administradores possam abusar da sua autoridade sobre as pessoas cujos bens administram, forçando-as a um casamento que os exima a prestarem contas da respectiva administração <sup>(46)</sup>. O impedimento é susceptível de dispensa pelo conservador do registo civil, se as respectivas contas estiverem já aprovadas, quando ocorram motivos sérios que justifiquem a celebração do casamento <sup>(47)</sup>. A sua preterição também acarreta para o tutor, curador ou administrador a incapacidade para receberem do seu consorte qualquer benefício por doação ou testamento <sup>(48)</sup>.

<sup>(42)</sup> Pode ser reduzido ou eliminado se se verificarem as condições previstas no CC 1966, art. 1605.º, n.ºs 2-5: inexistência de gravidez, etc..

<sup>(43)</sup> CC 1966, art. 1650.º, n.º 1.

<sup>(44)</sup> CC 1966, art. 1609.º, n.ºs 1, al. a), e 2. O processo está regulado no CRC 1995, arts. 253.º-254.º.

<sup>(45)</sup> CC 1966, art. 1650.º, n.º 2.

<sup>(46)</sup> CC 1966, art. 1608.º.

<sup>(47)</sup> CC 1966, art. 1609.º, n.º 1, al. b), e 2. O processo é o mesmo que está regulado no CRC 1995, arts. 253.º-254.º.

<sup>(48)</sup> CC 1966, art. 1650.º, n.º 2.

5.º, *O vínculo da adopção restrita*. — A adopção restrita configura uma relação familiar de certo modo semelhante à da filiação. O impedimento obsta ao casamento: do adoptante, ou seus parentes na linha recta, com o adoptado ou seus descendentes; do adoptado com o que foi cônjuge do adoptante; do adoptante com o que foi cônjuge do adoptado; dos filhos adoptivos da mesma pessoa entre si (49). Este impedimento é susceptível de dispensa pelo conservador do registo civil, se ocorrer justa causa (50). A sua preterição torna o adoptante, cônjuge ou parentes na linha recta incapazes de receberem do seu consorte qualquer benefício por doação ou testamento (51).

6.º, *A pronúncia por conjugicídio, enquanto não houver despronúncia ou absolvição*. — Este impedimento impiedente aproxima-se do impedimento dirimente de condenação por conjugicídio: mas não se confundem porque se reportam a momentos diversos do processo penal (52). É insusceptível de dispensa (53). Excepcionalmente, a lei não sanciona os nubentes que preterirem este impedimento: sanciona o celebrante (54).

5. *Invalidez do matrimónio canónico: causas; foro competente*. — O conhecimento das causas de declaração de nulidade do casamento católico está reservado aos tribunais eclesiásticos competentes (55). As sentenças dos tribunais eclesiásticos, quando definitivas, sobem ao Supremo Tribunal da Assinatura Apostólica para verificação (56). São depois, com os decretos respectivos deste

(49) CC 1966, art. 1607.º.

(50) CC 1966, art. 1609.º, n.º 1, al. c), 2 e 3. O processo é também o mesmo que está regulado no CRC 1995, arts. 253.º-254.º.

(51) CC 1966, art. 1650.º, n.º 2.

(52) Porém, a pronúncia por conjugicídio converter-se-á em impedimento dirimente se levar à condenação.

(53) CC 1966, art. 1604.º, «a contrario sensu».

(54) Com a pena aplicável ao crime de desobediência qualificada: CRC 1995 art. 297.º, al. c); CP 1982, art. 348.º, n.º 2.

(55) Concordata, art. XXV; DL n.º 30.615, de 25/7.º/1940, art. 24.º; CC 1966, art. 1625.º.

(56) Concordata, art. cit.; DL n.º 30.615, de 25/7.º/1940, art. cit.; CC 1966, art. 1625.º, n.º 1; CRC 1995, art. 7.º, n.º 3.

Supremo Tribunal, transmitidas pela *via diplomática* ao *Tribunal da Relação* competente, que as torna *executivas independentemente de revisão e confirmação*, e manda que sejam *averbadas* nos registos do estado civil *no assento de casamento* <sup>(57)</sup>. O Tribunal da Relação territorialmente competente é o do distrito da conservatória do registo civil onde se acha feita a transcrição do assento (paroquial) do casamento católico <sup>(58)</sup>.

O Tribunal da Relação só pode e só tem de verificar se se trata duma sentença de declaração de nulidade dum casamento católico; e se a decisão apresenta os indispensáveis caracteres de autenticidade, ou seja, se vem acompanhada do decreto do Supremo Tribunal da Assinatura Apostólica e se foi expedida pela via diplomática <sup>(59)</sup>. O Tribunal da Relação não pode sequer averiguar se a decisão contraria ou não a ordem pública portuguesa: só pode fazer estas verificações; uma vez feitas, mandará averbá-las no do assento de casamento; efectuado o averbamento, o casamento católico para efeitos civis ficará nulo <sup>(60)</sup>.

6. *Continuação: o problema da eficácia das decisões judiciais estrangeiras.* — Uma sentença proferida pelos órgãos jurisdicionais dum Estado pode ou não produzir noutro Estado os efeitos de caso julgado e de título executivo, que são os efeitos característicos das decisões judiciais <sup>(61)</sup>. Não é unívoco o sistema que vigora em Portugal. No Código de Processo Civil de 1961 está consagrado um *sistema misto de revisão formal e revisão de mérito* <sup>(62)</sup>. A Convenção de Bruxelas de 1968 <sup>(63)</sup> obriga ao *reconhecimento de*

<sup>(57)</sup> *Ibidem*.

<sup>(58)</sup> M. de Figueiredo, *A Concordata e o casamento*, Lisboa 1940, 95.

<sup>(59)</sup> Concordata, art. XXV; DL n.º 30.615, de 25/7.º/1940, art. 24.º; CC 1966, art. 1626.º, n.º 1; CRC 1995, art. 7.º, n.º 3 «in fine». M. de Figueiredo, l. c..

<sup>(60)</sup> M. de Figueiredo, l. c.. — Sem dúvida que assim é. Cabe todavia perguntar em que poderão as decisões dos tribunais eclesiásticos nesta matéria violar a ordem pública portuguesa, porque não se vislumbra como possa isso acontecer.

<sup>(61)</sup> J. Alberto dos Reis, *Processos especiais* 2, Coimbra 1956, 139-142.

<sup>(62)</sup> CPC 1961 arts. 1094.º-1102.º. J. Alberto dos Reis, o. c., 142-143.

<sup>(63)</sup> Subscrita por Portugal através da Convenção de San Sebastián de 26/5.º/1989, e em vigor desde 1/7.º/1992.

*plano* das decisões judiciais estrangeiras, mas prevê um *processo de exequatur* quando se pretenda sejam dadas à «*exequatur*».

No que diz respeito directamente ao *problema da eficácia em Portugal das decisões dos tribunais eclesiásticos sobre pedidos de declaração de nulidade de casamentos católicos*, o mesmo Código de Processo Civil estabelece no artigo 1094.º que, sem prejuízo do que se ache estabelecido em tratados e leis especiais, nenhuma decisão sobre direitos privados, proferida por tribunal estrangeiro ou por árbitros no estrangeiro, tem eficácia em Portugal, seja qual for a nacionalidade das partes, sem estar revista e confirmada. Ora, constituem exemplos de «*tratados e leis especiais*» o artigo XXV da Concordata de 1940, o artigo 24.º do Decreto-Lei n.º 30.615, de 25 de Julho do mesmo ano, e o artigo 1626.º, n.º 1, do Código Civil de 1966, que determinam que o Tribunal da Relação torne estas decisões dos tribunais eclesiásticos executórias independentemente de revisão e confirmação. Decerto, os tribunais eclesiásticos, porque não são com toda a propriedade tribunais estrangeiros, não cabem na letra do sobredito artigo do Código de Processo Civil; mas cabem obviamente no seu espírito; e assim se tem entendido sem discussão<sup>(64)</sup>. Dado que tais decisões dos tribunais eclesiásticos não podem ser objecto de revisão e confirmação, o sistema português aproxima-se, por este lado, do de *reconhecimento de plano*. Mas dado também que os Tribunais da Relação têm de intervir para lhes conceder o «*exequatur*», aproxima-se, por outro lado, do de *revisão formal ou delibação*. Um *sistema híbrido*, portanto.

Os Tribunais da Relação não podem, como já se viu, rever e confirmar as decisões dos tribunais eclesiásticos sobre pedidos de declaração de nulidade de casamento católico, até porque vêm acompanhados dos decretos do Supremo Tribunal da Assinatura Apostólica, que, entre outras coisas, asseguram que elas respeitam as normas do Direito Canónico<sup>(65)</sup>.

7. *Separação de cônjuges matrimonialmente canonicamente: causas; foro competente*. — Portugal não reconhece à Igreja qual-

(64) V., por todos, J. Alberto dos Reis, o. c., 146, nota (2).

(65) M. de Figueiredo, o. c., 96.

quer competência, seja para legislar sobre a separação dos cônjuges, seja para julgar as respectivas causas, ainda que se reportem a matrimónios sobre os quais Ela detém poder exclusivo. Necessário se torna, pois, sempre que se pretenda que a separação produza efeitos civis, interpô-las nos tribunais ou repartições *do Estado*, que as apreciarão, já se vê, à luz das regras do Direito Matrimonial *civil* que estiverem em vigor <sup>(66)</sup>.

No actual Direito Civil português, a figura da *separação de pessoas e bens* tem uma regulamentação decalcada da do divórcio, mas com efeitos atenuados. Ao contrário do divórcio, a separação não dissolve o vínculo conjugal <sup>(67)</sup>: no plano patrimonial produz os mesmos efeitos que a morte e o divórcio; no plano das relações pessoais afecta apenas os deveres de coabitação e de assistência <sup>(68)</sup>, permanecendo os deveres de respeito, de fidelidade e mesmo de cooperação <sup>(69)</sup>. Como o divórcio, pode ser requerida por ambos os cônjuges, de comum acordo, em tribunal ou em conservatória do registo civil; ou por um dos cônjuges contra o outro, litigiosamente, em tribunal.

8. *Dissolução do matrimónio canónico.* — a) *Por morte.* — Falecendo um dos cônjuges, ou ambos, o casamento católico fica dissolvido «*ipso facto*» tanto para o Direito Canónico como para o Direito Civil português.

b) *Por declaração de morte presumida.* — O casamento católico fica igualmente dissolvido com a declaração de morte presumida <sup>(70)</sup>; mas se a declaração for emitida apenas pelas autoridades eclesásticas, não será reconhecida nem terá eficácia em Portugal: haverá, pois, que obter a declaração *também das autoridades civis* se se pretender contrair novo casamento católico que possa produzir efeitos na ordem jurídica interna.

<sup>(66)</sup> CC 1966, arts. 1794.º-1795.º-D.

<sup>(67)</sup> Mantém-se, portanto, o impedimento do CC 1966, art. 1601.º, al. c): nenhum dos cônjuges pode contrair validamente novo casamento.

<sup>(68)</sup> Este último só parcialmente, porque mesmo entre os cônjuges separados continua a subsistir o dever de alimentos, em termos análogos aos do divórcio.

<sup>(69)</sup> Na forma atenuada que a situação impõe: CC 1966, art. 1795.º-A.

<sup>(70)</sup> Apesar do disposto na redacção actual do art. 115.º do CC 1966, como se demonstrará adiante.

c) *Rato e não consumado: foro competente.* — À semelhança do das causas de nulidade do matrimónio canónico, o *conhecimento* das causas de dissolução do matrimónio rato e não consumado está *reservado às repartições eclesiásticas competentes* <sup>(71)</sup>. A eficácia dos rescritos pontifícios em Portugal obedece à mesma tramitação das sentenças de declaração de nulidade do casamento católico <sup>(72)</sup>.

9. *Dissolução do matrimónio em favor da fé.* — a) *Dissolução do matrimónio em favor da fé por privilégio paulino.* — Em Portugal, a dissolução do casamento em favor da fé por privilégio paulino foi reconhecida no artigo 45.º do Decreto-Lei n.º 35.461, de 22 de Janeiro de 1946, mas só para os indígenas do Ultramar português e com a ressalva de terem contraído casamento anteriormente na forma preceituada na lei civil. O Decreto-Lei n.º 39.666, de 20 de Maio de 1954, promulgou o Estatuto dos Indígenas Portugueses das províncias da Guiné, Angola e Moçambique: foi revogado pelo Decreto-Lei n.º 43.893, de 6 de Setembro de 1961. A figura do indígena manteve-se nas restantes províncias ultramarinas até à sua perda, após o golpe militar de 25 de Abril de 1974: assim desapareceu do Direito Civil português o reconhecimento da possibilidade de dissolução dum casamento por privilégio paulino. Por conseguinte, para que a dissolução surta efeitos em Portugal, *haverá que interpor uma acção de divórcio.*

b) *Dissolução do matrimónio em favor da fé por autoridade do Romano Pontífice.* — Em Portugal, não se reconhece a dissolução do matrimónio em favor da fé por autoridade do Romano Pontífice: para que a dissolução surta efeitos, *haverá também que interpor uma acção de divórcio.*

10. *Dissolução do matrimónio por divórcio no actual Direito Civil português: suas modalidades.* — O divórcio é actualmente *aplicável a quaisquer casamentos, sejam civis ou católicos.* Pode

<sup>(71)</sup> Às repartições, note-se; não aos tribunais: também é incorrecta a redacção do CRC 1995, art. 7.º, n.º 3.

<sup>(72)</sup> Concordata, art. XXV; DL n.º 30.615, de 25/7.º/1940, art. 24.º; CC 1966, art. 1626.º, n.º 1; CRC 1995, art. 7.º, n.º 3 «in fine». M. de Figueiredo, o. c., 95.

ser requerido por ambos os cônjuges, de comum acordo, em tribunal ou em conservatória do registo civil; ou por um dos cônjuges contra o outro, litigiosamente, em tribunal. Dissolvido o casamento, desaparece o impedimento dirimente absoluto de casamento anterior não dissolvido: os ex-cônjuges podem contrair casamento civil.

11. *Efeitos da convalidação e da sanção «in radice» na transcrição do assento de matrimónio canónico segundo o Direito Civil português.* — a) *Efeitos da convalidação simples.* — Se se verifica a necessidade de renovar o acto logo após a celebração do casamento católico mas antes de se enviar o duplicado do assento à conservatória do registo civil, só é obrigatório remeter à conservatória o duplicado do novo acto <sup>(73)</sup>. Se se opera a convalidação já depois de transcrito o assento do casamento católico nulo, o pároco lavra novo assento e envia um duplicado à conservatória no prazo de cinco dias: recebido o novo duplicado paroquial, deve ser transcrito na forma e no prazo legal, após o que é cancelado o primeiro assento transcrito respeitante aos mesmos nubentes <sup>(74)</sup>. Não se lança na nova transcrição qualquer menção especial da autorização para a convalidação, nem das datas das celebrações, nem sequer da forma por que se operou a convalidação, posto que possam constar do novo duplicado paroquial recebido na conservatória. Pode suceder que, na altura em que é recebido na conservatória o duplicado do novo assento, já tenha findado o prazo de validade do certificado de capacidade matrimonial emitido para a realização do casamento <sup>(75)</sup>: quando assim seja, a transcrição só pode ser efectuada depois de se repetir o processo preliminar de publicações; e deve ser recusada se no momento da convalidação for oponível ao casamento algum impedimento dirimente previsto no Código Civil. Uma vez cancelado o primeiro assento do casamento convalidado e lavrado o novo, tais factos devem ser averbados nos assentos de nascimento dos cônjuges.

<sup>(73)</sup> CC 1966, art. 1656.º, al. b); CRC 1995, art. 170.º, al. b).

<sup>(74)</sup> CC 1966, art. 1661.º, n.º 2; CRC 1995, art. 177.º, n.ºs 2-3.

<sup>(75)</sup> CRC 1995, art. 145.º.



b) *Efeitos da sanção «in radice»*. — A sanção «in radice» do casamento católico nulo mas transcrito é averbada à margem do respectivo assento, mediante comunicação do pároco, feita no interesse dos cônjuges e com o consentimento do Ordinário do lugar <sup>(76)</sup>. O averbamento é lavrado oficiosamente no assento de casamento já transcrito e nos assentos de nascimento dos cônjuges <sup>(77)</sup>. O averbamento da sanção «in radice» não tem de ser precedido de qualquer outro averbamento que declare a nulidade do casamento. Recebida a comunicação, cabe ao conservador efectuar o averbamento da sanção «in radice» do casamento católico transcrito: não lhe é lícito exigir qualquer prova complementar de que a sanção tenha sido concedida pela autoridade eclesiástica competente e com observância dos trâmites prescritos no Direito Canónico.

## § II

### ANÁLISE DALGUMAS DIFICULDADES PARTICULARES

1. *O matrimónio canónico-concordatário e o n.º 2 do artigo 36.º da Constituição da República Portuguesa de 1976*. — Determina a Constituição da República Portuguesa de 1976, no n.º 2 do artigo 36.º, que a lei regula os requisitos e os efeitos do casamento e da sua dissolução, por morte ou divórcio, independentemente da forma de celebração. Assim, pois, a Constituição, ao mesmo tempo que admite a existência de várias «formas» de celebração do casamento, impõe que seja a *lei civil*, ela mesma, a fixar os pressupostos e os efeitos do casamento <sup>(78)</sup>. Mas, ao contrário do que se tem afirmado, a Constituição não impõe que a lei civil fixe os pressupostos e os efeitos do casamento *da mesma maneira* para todas as suas «formas». Na verdade, «*independentemente da forma de celebração*» não quer dizer «*uniformemente para qualquer forma de celebração*»: as expressões não são sinón-

<sup>(76)</sup> CC 1966, art. 1661.º, n.º 1; CRC 1995, art. 177.º, n.º 1.

<sup>(77)</sup> CRC 1995, arts. 69.º, n.º 1, al. a), e 70.º, n.º 1, al. d).

<sup>(78)</sup> G. Canotilho — V. Moreira, Constituição da República Portuguesa. Anotada 1, 2.ª ed., Coimbra 1984, 230.

nimas. À objecção de que, deste modo, a períclope constitucional deixa de ter utilidade, responde-se: não deixa, porque sem ela podia pôr-se em dúvida que a lei fundamental admitisse diversas «formas» de casamento, e nomeadamente o casamento católico por causa do *princípio da separação entre a Igreja e o Estado*. O princípio, de resto, não serve para impugnar a competência reconhecida aos tribunais eclesiásticos para julgarem as causas de nulidade dos matrimónios canónicos <sup>(79)</sup>: *dele, o mais que se pode inferir é a necessidade dum sistema de reconhecimento e execução das decisões da Igreja sobre as causas matrimoniais; e esse existe*.

Assim se deve interpretar o artigo 36.º, n.º 2, da Constituição. Impõe-no, desde logo, o seu sentido literal e óbvio. Das fontes e dos trabalhos preparatórios <sup>(80)</sup> nada se conhece que obrigue a pensar doutra maneira. E confirma-o a *revisão de 1977 do Código Civil de 1966* <sup>(81)</sup>, que largamente excedeu o simples ajustamento do Código à nova lei fundamental e que, todavia, deixou incólumes os seus artigos 1625.º e 1626.º.

2. *Transcrição do assento de matrimónio canónico no registo civil: natureza.* — a) *Teorias.* Em Portugal, a natureza jurídica da transcrição do assento do casamento católico no registo civil é controvertida. As diversas teorias propugnadas pela doutrina podem reduzir-se, fundamentalmente, a duas: a *teoria da recepção individual* e a *teoria da recepção normativa ou genérica*.

b) *Teoria adoptada: a teoria da recepção normativa ou genérica.* — Os argumentos que se colhem na legislação vigente são em favor da *teoria da recepção normativa ou genérica*. Pela Concordata de 1940 <sup>(82)</sup>, o Estado Português reconhece efeitos civis aos casamentos celebrados em conformidade com as leis canónicas, desde que a acta do casamento seja transcrita nos competentes registos do estado civil. O casamento cujo registo é obri-

<sup>(79)</sup> Neste sentido, Rel. Lx., ac. de 29/6.º/1982 (in: CJ 3, 1982, 132); Rel. Coimbra, ac. de 28/3.º/1995 (in: CJ 2, 1995, 20).

<sup>(80)</sup> V. J. Miranda, *Fontes e trabalhos preparatórios da Constituição*, 1-2, Lisboa 1978.

<sup>(81)</sup> Efectuada pelo Decreto-Lei n.º 496/77, de 25/11.º, para cumprimento do disposto no n.º 3 do art. 293.º da Const. 1976.

<sup>(82)</sup> Concordata, art. XXII; cf. CC 1966, art. 1588.º.

gatório não pode ser invocado, seja pelos cônjuges ou seus herdeiros, seja por terceiros, enquanto não for lavrado o respectivo assento <sup>(83)</sup>; mas pode sê-lo precisamente para que seja lavrado o assento que haja sido perdido ou tenha indevidamente deixado de ser feito <sup>(84)</sup>: portanto, o casamento celebrado mas não registado tem apenas o efeito específico de determinar o seu próprio registo. Ainda que o respectivo assento não tenha sido lavrado no registo do estado civil, o casamento católico anterior não declarado nulo nem dissolvido é um impedimento dirimente absoluto do casamento <sup>(85)</sup>; aliás, se durante a organização do processo de casamento, se averiguar que algum dos nubentes está ligado por casamento católico não transcrito, o conservador deve suspender o andamento do processo e promover officiosamente a transcrição <sup>(86)</sup>. Uma vez efectuado o registo, e ainda que venha a perder-se, os efeitos civis do casamento católico retrotraem-se à data da sua celebração <sup>(87)</sup>. Demais, a morte dum ou de ambos os cônjuges não obsta, em caso algum, à transcrição do respectivo assento <sup>(88)</sup>: se os efeitos civis do casamento católico se não retrotraíssem à data da celebração, ter-se-ia que eram admitidos casamentos entre mortos em Portugal...

3. *Recusa de transcrição do assento de matrimónio canónico.* — a) *Casos.* — 1.º, *Se o funcionário a quem o duplicado é enviado for incompetente* <sup>(89)</sup>. — Quando se julgue incompetente para efectuar a transcrição, o conservador deve remeter o duplicado ou a certidão do assento paroquial à conservatória competente ou, na falta de elementos para a sua determinação, ao pároco que o tenha enviado, a fim de que lhe dê o devido destino <sup>(90)</sup>.

<sup>(83)</sup> CC 1966, art. 1669.º; cf. CRC 1995, art. 2.º.

<sup>(84)</sup> CC 1966, arts. 1653.º, 1659.º, n.º 3. O processo está presentemente regulado no CRC 1995, arts. 233.º-240.º.

<sup>(85)</sup> CC 1966, art. 1601.º, al. c).

<sup>(86)</sup> CRC 1995, art. 176.º.

<sup>(87)</sup> CC 1966, art. 1670.º, n.º 1; CRC 1995, art. 188.º.

<sup>(88)</sup> CC 1966, art. 1657.º, n.º 2; CRC 1995, art. 174.º, n.º 4.

<sup>(89)</sup> CC 1966, art. 1657.º, n.º 1, al. a); CRC 1995, art. 174.º, n.º 1, al. a).

<sup>(90)</sup> CRC 1995, art. 170.º, n.º 2.

2.º, *Se o duplicado ou certidão do assento paroquial não contiver as indicações exigidas na lei* <sup>(91)</sup> *ou as assinaturas devidas* <sup>(92)</sup>. — O conservador deve remeter o duplicado ou certidão ao pároco, por ofício, para que se complete o documento em termos de a transcrição se efectuar, sempre que possível, dentro dos sete dias ulteriores à celebração do casamento <sup>(93)</sup>.

3.º, *Se o funcionário tiver fundadas dívidas acerca da identidade dos contraentes* <sup>(94)</sup>. — O conservador deve igualmente remeter o duplicado ou certidão ao pároco, por ofício, para que se esclareça o documento em termos de a transcrição se efectuar, sempre que possível, dentro dos sete dias ulteriores à celebração do casamento <sup>(95)</sup>.

4.º, *Se no momento da celebração for oponível ao casamento algum impedimento dirimente de Direito Civil* <sup>(96)</sup>. — Se não for oponível nesse momento mas se se verificar antes da transcrição, esta não pode ser recusada; se for oponível mas já não se verificar na data em que a transcrição é requerida, esta também não pode recusada <sup>(97)</sup>. Se nesse momento for oponível um impedimento meramente impediante, tampouco a transcrição pode ser recusada <sup>(98)</sup>.

---

<sup>(91)</sup> Mais concretamente, no CRC 1995, art. 167.º, a saber: hora, data, lugar e paróquia, bem como a freguesia, se não coincidir com aquela, e o concelho; nome completo do pároco da freguesia e do «sacerdote» (*sic*) que tiver oficiado no casamento; nome completo, idade, naturalidade e residência dos nubentes; nome completo dos pais e do tutor dos nubentes e do procurador dalgum deles, se os houver; referência à existência do consentimento dos pais ou representantes legais dos nubentes menores ou ao respectivo suprimento e, quando tiver sido prestado no acto da celebração, a menção desta circunstância; referência ao facto de o casamento se ter celebrado «com ou sem convenção antenupcial e a menção do respectivo auto ou escritura, com indicação do regime de bens estipulado, se for um dos regimes tipo, e, se for imperativo, da menção desta circunstância» (*sic!*); declaração, prestada pelos nubentes, de que realizaram o casamento por sua livre vontade; apelidos adoptados por qualquer dos nubentes; e apresentação do certificado de capacidade matrimonial, com a indicação da data e da conservatória em que tiver sido passado.

<sup>(92)</sup> CC 1966, art. 1657.º, n.º 1, al. b); CRC 1995, art. 174.º, n.º 1, al. b).

<sup>(93)</sup> CRC 1995, art. 174.º, n.º 3.

<sup>(94)</sup> CC 1966, art. 1657.º, n.º 1, al. c); CRC 1995, art. 174.º, n.º 1, al. c).

<sup>(95)</sup> CRC 1995, art. 174.º, n.º 3.

<sup>(96)</sup> CC 1966, art. 1657.º, n.º 1, al. d); CRC 1995, art. 174.º, n.º 1, al. d).

<sup>(97)</sup> CC 1966, arts. 1657.º, n.º 1, al. e), por analogia, e 1660.º; Pires de Lima — Antunes Varela, Código Civil. Anotado 4, 2.ª ed., Coimbra 1992, 231-2.

<sup>(98)</sup> J. Robalo Pombo, Código do Registo Civil. Anotado e comentado, Coimbra 1991, 696.

5.º, *Se, tratando-se de casamento legalmente celebrado sem precedência do processo de publicações — o casamento urgente —, existir no momento da celebração o impedimento de falta de idade nupcial, de interdição ou inabilitação por anomalia psíquica reconhecida por sentença com trânsito em julgado, ou o impedimento de casamento civil anterior não dissolvido, desde que, em qualquer dos casos, o impedimento ainda subsista* <sup>(99)</sup> — O Direito Civil português não admite casamentos de pessoas com idade inferior a dezasseis anos, nem de pessoas com demência judicialmente verificada ainda que celebrados em intervalo lúcido; por seu lado, o Direito Canónico não considera o casamento civil como um obstáculo à realização do casamento católico. Se antes de cessar o impedimento, o casamento católico for declarado nulo ou dissolvido por morte dum ou de ambos os cônjuges ou por ser rato e não consumado, pode e deve transcrever-se o duplicado <sup>(100)</sup>.

6.º, *Se o casamento católico não houver sido precedido do processo de publicações, enquanto não correr e chegar ao seu termo o processo* <sup>(101)</sup>. — A transcrição só se efectua depois de organizado o processo.

b) *Casos controvertidos. — 1.º, Transcrição de assento de «casamento católico pré-concordatário».* — Diz-se «casamento católico pré-concordatário» o que tiver sido celebrado antes da entrada em vigor do Decreto-Lei n.º 30.615, de 25 de Julho de 1940 <sup>(102)</sup>. A transcrição do respectivo assento é admitida desde que o casamento tenha sido celebrado apenas catolicamente; e produz os mesmos os efeitos do casamento civil, porém não retroacti-

<sup>(99)</sup> CC 1966, arts. 1657.º, n.º 1, al. e), por analogia, e 1660.º.

<sup>(100)</sup> J. Robalo Pombo, o. c., 693, refere apenas a hipótese da dissolução por morte de casamento católico de nubente afectado pelo impedimento de falta de idade núbil; mas a transcrição do duplicado deve ser feita também nas restantes hipóteses, por paridade de razão. A. Sampaio, Código do Registo Civil. Anotado. Legislação complementar, Coimbra 1995, 169-70, afirma que a transcrição não pode ser feita em nenhuma hipótese; mas sem razão, porque o art. 1.º do CRC 1995 obriga ao registo de todas as mudanças do estado civil dos cidadãos portugueses, e até das dos estrangeiros quando ocorram em território português.

<sup>(101)</sup> CC 1966, art. 1658.º; CRC 1995, art. 173.º.

<sup>(102)</sup> Também se dizia «pré-concordatário» o casamento católico celebrado nas colónias portuguesas de então, antes da entrada em vigor do DL n.º 35.461, de 22/1.º/1946.

vos à data da celebração <sup>(103)</sup>. Se o casamento católico tiver sido celebrado por pessoas já ligadas entre si por casamento civil, não pode ser registado de forma nenhuma <sup>(104)</sup>.

2.º, *Transcrição de casamento católico celebrado sob condição*. — O actual Código de Direito Canónico determina no

«Canon 1102 — § 1. Matrimonium sub condicione de futuro valide contrahi nequit.

«§ 2. Matrimonium sub condicione de praeterito vel de praesenti initum est validum vel non, prout id quod condicioni subest, existit vel non.

«§ 3. Condicio autem, de qua in § 2, licite apponi nequit nisi cum licentia Ordinarii loci scripto data.» <sup>(105)</sup>

Tem-se afirmado que o casamento católico celebrado sob condição não é admitido no Direito Civil português <sup>(106)</sup>. O Código Civil de 1966 estabelece no n.º 2 do artigo 1618.º que se consideram não escritas as cláusulas pelas quais os nubentes, em convenção antenupcial, no momento da celebração do casamento ou em outro acto, pretendam modificar os efeitos do casamento, ou submetê-lo a condição, a termo ou à preexistência de algum facto. Porém, o artigo acha-se inserido na secção I: «Disposições gerais», do capítulo IV: «Celebração do casamento *civil*», do título II: «Do casamento», do livro IV: «Direito da Família», do Código. Não pode ser aplicado ao casamento católico porque é uma norma excepcional, insusceptível de interpretação por analogia <sup>(107)</sup>. Afigura-se, pois, que o matrimónio celebrado nos termos dos §§ 2 e 3 do cânone 1102 do actual Código de Direito Canónico é admitido

<sup>(103)</sup> DL n.º 30.615, de 25/7.º/1940, arts. 3.º, 11.º e 12.º.

<sup>(104)</sup> Neste sentido, Rel. Lx., ac. de 2/4.º/1973 (in: BMJ 226, 270 — só o sumário); STJ, ac. de 3/5.º/1974 (in: BMJ 237, 249). — É um resquício injustificável do sistema do casamento civil obrigatório imposto pelas *leis da família de 1910*.

<sup>(105)</sup> Diversamente, o CCEO determina no c. 826 que o matrimónio não pode ser celebrado validamente sob condição.

<sup>(106)</sup> Pires de Lima, *Constituição do estado de casado. Ante-projecto de um dos livros do futuro Código Civil*, Coimbra 1945, 48; Pires de Lima — Antunes Varela, o. c., 228.

<sup>(107)</sup> Por força do disposto no art. 11.º do CC 1966.

no Direito Civil português: a condição aposta não é motivo para a recusa da transcrição do respectivo assento no registo civil.

3.º, *Transcrição de assento de casamento católico após a morte dum ou de ambos os cônjuges.* — A morte dum ou de ambos os cônjuges não obsta, em caso algum, à transcrição do casamento católico <sup>(108)</sup>: o casamento tem-se por *contraído* no momento da *celebração*, não no dia da transcrição <sup>(109)</sup>.

c) *Notificação da recusa da transcrição do assento de matrimónio canónico.* — A recusa da transcrição deve ser notificada aos nubentes, pessoalmente ou por carta registada <sup>(110)</sup>.

d) *Cessação dos impedimentos: transcrição oficiosa.* — A transcrição recusada com base em impedimentos dirimentes de Direito Civil que a ela possam obstar deve ser efectuada oficiosamente, ou por iniciativa do Ministério Público ou de qualquer interessado, logo que cessar o impedimento que deu causa à recusa <sup>(111)</sup>.

4. *A declaração (civil) de morte presumida: seus efeitos no matrimónio canónico.* — O Código Civil dizia no texto primitivo do artigo 115.º: «A declaração de morte presumida produz os mesmos efeitos que a morte». Por sua vez, dizia no n.º 1 do artigo 116.º: «O cônjuge do ausente casado civilmente pode contrair novo casamento; nesse caso, se o ausente regressar, ou houver notícia de que era vivo quando foram celebradas as novas núpcias, considera-se o primeiro matrimónio dissolvido à data da declaração de morte presumida»; e no n.º 2: «Sendo católico o casamento do ausente, o seu cônjuge só pode celebrar novo matrimónio se as leis canónicas o permitirem». Através do artigo 10.º do Decreto-Lei n.º 496/77, de 25 de Novembro, acrescentou-se ao artigo 115.º: «mas não dissolve o casamento, sem prejuízo do disposto no artigo seguinte»; e através do artigo 11.º do mesmo Decreto-Lei revogou-

<sup>(108)</sup> CC 1966, art. 1657.º, n.º 2; CRC 1995, art. 174.º, n.º 4. — Mas o respectivo assento é sujeito ao exame abreviado previsto no CC 1966, art. 1657.º, n.º 1, als. *d*) e *e*), e no CRC 1995, art. 174.º, n.º 1, als. *d*) e *e*).

<sup>(109)</sup> Pires de Lima — Antunes Varela, o. c., 233.

<sup>(110)</sup> CRC 1995, art. 174.º, n.º 5.

<sup>(111)</sup> CC 1966, art. 1660.º; CRC 1995, art. 175.º. — O pároco, enquanto tal, não pode ser havido como *interessado* para o efeito: cf. o parecer da PGR de 22/11.º/1943 (in: BOMJ 3.20, 547).

-se o n.º 2 do artigo 116.º e determinou-se que o n.º 1 passasse a integrar o seu corpo.

Porém, dado que se diz expressamente na nova redacção do artigo 115.º que a declaração de morte presumida não dissolve o matrimónio, e apenas se ressalva o efeito prescrito na também nova redacção do artigo 116.º que somente se refere ao novo casamento «do cônjuge do ausente casado *civilmente*», é porque não se quer permitir a celebração de novas núpcias ao cônjuge do ausente casado «catolicamente», ainda que as leis canónicas o permitam <sup>(112)</sup>. Então, o artigo 116.º do Código Civil, na redacção que lhe foi introduzida pelo artigo 11.º do Decreto-Lei n.º 496/77, de 25 de Novembro, contém um verdadeiro *impedimento matrimonial, injustificavelmente discriminatório*. E não vale argumentar que é possível aplicá-lo por analogia aos casamentos católicos: norma manifestamente excepcional, este artigo do Código não pode ser objecto de interpretação analógica <sup>(113)</sup>. Há, pois, que considerar o artigo 11.º do Decreto-Lei n.º 496/77, de 25 de Novembro, *inconstitucional* <sup>(114)</sup>, e, por conseguinte, a redacção *primitiva* do artigo 116.º do Código Civil *ainda em vigor*; redacção esta que não repugna à Constituição, até porque hoje o artigo 115.º do Código estabelece que a declaração de morte presumida não dissolve o matrimónio <sup>(115)</sup>.

5. *Anulação de matrimónios canónicos pelos tribunais civis portugueses.* — A anulação pelos tribunais civis portugueses dos casamentos católicos celebrados depois da entrada em vigor do Decreto-Lei n.º 30.615, de 25 de Julho de 1940 não é permitida. Vedam-no não só o artigo XXV da Concordata como também o artigo 24.º desse mesmo Decreto-Lei e ainda o artigo 1625.º do Código Civil de 1966. Quaisquer dúvidas que subsistam a este respeito são dissipadas por uma simples interpretação sistemática dos

<sup>(112)</sup> Pires de Lima — Antunes Varela, Código Civil. Anotado 1, 3.ª ed., Coimbra 1982, 129-31.

<sup>(113)</sup> Por força do disposto no art. 11.º do CC 1966.

<sup>(114)</sup> Por violação dos arts. 13.º, n.º 2, e 36.º, n.º 1, da Const. 1976.

<sup>(115)</sup> E ainda que dissolvesse, sempre se poderia recorrer ao argumento (puramente formal, é certo) de que a declaração de morte presumida não está contemplada na letra do art. 36.º, n.º 2, da Const. 1976.



artigos 1631.º-1646.º do Código Civil, que integram as quatro divisões da subsecção III: «Anulabilidade do casamento», da secção II: «Casamento *civil*», do capítulo V: «Invalidade do casamento», do título II: «Do casamento», do livro IV: «Direito da Família», do Código.

Se bem que o artigo 1596.º do actual Código Civil ordene que o casamento católico só pode ser celebrado por quem tenha a capacidade matrimonial exigida pela lei civil, é concebível <sup>(116)</sup> celebrarem-se e transcreverem-se casamentos católicos que não cumprem este preceito <sup>(117)</sup>. A anulação destes casamentos pelos tribunais civis portugueses está fora de questão, pelas razões que ficam expostas. Acções de simples apreciação <sup>(118)</sup>, além de contrárias aos princípios, seriam inúteis mesmo para efeitos registais. A impugnação da transcrição do assento do casamento católico no registo civil não é possível porque nem o Código Civil de 1966 <sup>(119)</sup> nem o Código do Registo Civil de 1995 <sup>(120)</sup> admitem a hipótese. A única solução é, pois, aguardar que os tribunais eclesiásticos se pronunciem sobre a sua validade e, eventualmente, os declarem nulos <sup>(121)</sup>: uma vez que o façam, o registo do casamento católico será cancelado <sup>(122)</sup>.

<sup>(116)</sup> E já tem acontecido.

<sup>(117)</sup> Assim, os que podem ser legalmente celebrados sem precedência do processo preliminar de publicações, nos quais se verifique um impedimento que não seja nenhum dos indicados no art. 1657.º, n.º 1, al. e), ou seja, a falta de idade nupcial, a interdição ou inabilitação por anomalia psíquica reconhecida por sentença com trânsito em julgado, ou o casamento civil anterior não dissolvido, desde que, em qualquer dos casos, ainda subsistam aquando da transcrição no registo civil, que não deve, por isso, ser recusada.

<sup>(118)</sup> Previstas no CPC 1961, art. 4.º, al. a).

<sup>(119)</sup> É obviamente taxativa a enumeração constante do art. 1657.º, n.º 1, al. e).

<sup>(120)</sup> O registo não é nem inexistente (cf. CRC 1995, art. 85.º; CC 1966, art. 1628.º) nem nulo (cf. CRC 1995, art. 87.º; CC 1966, arts. 294.º-295.º, e 1657.º, n.º 1, al. e): portanto, não se pode deitar mão ao *processo de justificação judicial* (cf. CRC 1995, art. 233.º). — De resto, não se concebe como é que com a impugnação da transcrição dum assento de casamento católico se alcance um efeito que por sua natureza só pode ser obtido com a impugnação da validade do próprio casamento católico, cujo conhecimento está reservado aos tribunais eclesiásticos pela Concordata, art. XXV, pelo DL n.º 30.615, de 25/7.º/1940, art. 24.º, e pelo CC 1966, art. 1625.º.

<sup>(121)</sup> Neste sentido, Rel. Lx., ac. de 27/10.º/1981 (in: CJ 3, 1982, 132); STJ, ac. de 22/2.º/1983 (in: BMJ 324, 590). Contra, Rel. Coimbra, ac. de 15/12.º/1992 (in: CJ 5, 1992, 90); um aresto verdadeiramente teratológico!

<sup>(122)</sup> CRC 1995, art. 91.º, n.º 1, al. b).

6. *Concurso dum processo de divórcio com um processo de declaração de nulidade de matrimónio canónico.* — a) *Diferenças entre um processo de divórcio e um processo de declaração de nulidade de matrimónio canónico.* — São coisas radicalmente diferentes declarar nulo um casamento católico e dissolvê-lo por divórcio — mesmo quanto aos seus *efeitos jurídicos civis*: do divórcio resulta, desde logo, para o casamento a *dissolução*, e para os cônjuges o estado (civil) de *divorciados*; da *declaração de nulidade* resulta para o casamento que ele nunca existiu, ou seja, que foi *putativo* <sup>(123)</sup>, e para os cônjuges o estado de *solteiros*.

b) *Prejudicialidade do processo de declaração de nulidade de matrimónio canónico.* — O processo de declaração de nulidade de casamento católico é *prejudicial* do de divórcio. Sendo interposto anterior ou concomitantemente, obriga à *suspensão da instância* deste <sup>(124)</sup>, por estar pendente noutro processo uma questão de cuja solução depende a decisão a proferir na instância que se suspende <sup>(125)</sup>.

c) *Posterioridade do processo de declaração de nulidade de matrimónio canónico.* — Sendo o processo de declaração de nulidade de casamento católico interposto posteriormente ao de divórcio, e havendo interesse em modificar ou destruir quaisquer efeitos decorrentes da decisão que tiver posto termo a este <sup>(126)</sup>, impõe-se distinguir se o processo de divórcio foi litigioso ou por mútuo consentimento:

1.º, *Se o processo de divórcio tiver sido litigioso.* — Neste caso, haverá que interpor *recurso extraordinário de*

<sup>(123)</sup> Cf. CC 1966, arts. 1647.º-1648.º.

<sup>(124)</sup> CPC 1961, art. 279.º, n.º 1.

<sup>(125)</sup> Isto segundo a lei. De facto, as autoridades civis têm de tomar conhecimento da interposição, o que sobretudo nos processos de divórcio por mútuo consentimento se afigura praticamente inverosímil: apesar de tudo, v. no CPC 1961 o art. 265.º, n.º 3 (poder do juiz de direcção do processo e princípio do inquisitório), e no CRC 1995 o art. 227.º (diligências officiosas do conservador do registo civil).

<sup>(126)</sup> Assim, num processo de divórcio litigioso, a *condenação dum dos cônjuge à reparação dos danos não patrimoniais* causados ao outro pela dissolução do casamento (CC 1966, art. 1792.º); num processo de divórcio por mútuo consentimento, a *homologação dos acordos sobre o exercício do poder paternal* relativamente aos filhos menores, se os houver, sobre a *prestação de alimentos* ao cônjuge que careça deles, e sobre o destino da casa de morada da família (CC 1966, art. 1775.º, n.º 2; CPC 1961, art. 1419.º, n.º 1, als. c), d), e f));

*revisão.* O fundamento do recurso de revisão será um documento novo de que a parte não pôde fazer uso no processo de divórcio <sup>(127)</sup>: a certidão, passada pela conservatória do registo civil competente, do averbamento ordenado pelo Tribunal da Relação da sentença de declaração de nulidade no assento de casamento. O recurso não pode ser interposto se tiverem decorrido mais de cinco anos sobre o trânsito em julgado da decisão: o prazo para a interposição é de sessenta dias, contados desde que a parte obteve o documento <sup>(128)</sup>. Se, porém, devido a demora anormal na tramitação da causa em que se funda a revisão existir o risco de caducidade, pode o interessado interpor o recurso mesmo antes de naquela ser proferida decisão, requerendo logo a suspensão da instância no recurso, até que essa decisão transite em julgado <sup>(129)</sup>. O recurso é interposto no tribunal onde estiver o processo em que foi proferida a decisão a rever, mas é dirigido ao tribunal que a proferiu <sup>(130)</sup>. No requerimento de interposição, que é autuado por apenso ao processo, especificar-se-á o fundamento do recurso e com ele se apresentará o documento em que se funda o pedido <sup>(131)</sup>.

2.º, *Se o processo de divórcio tiver sido litigioso.* — Nestoutro caso, impõe-se sub-distinguir se o processo foi judicial ou registal.

(i) *Se tiver sido judicial, poder-se-á apresentar um requerimento* <sup>(132)</sup>, forçosamente conjunto; senão, haverá que interpor *recurso extraordinário de revisão* nos termos e com o fundamento indicados.

<sup>(127)</sup> CPC 1961, art. 771.º, al. c).

<sup>(128)</sup> CPC 1961, art. 772.º, n.º 2, al. b).

<sup>(129)</sup> CPC 1961, art. 772.º, n.º 3. — Advirta-se que o caso julgado nunca tem lugar nos processos de declaração de nulidade de matrimónio canónico, porque nunca tem lugar nas causas sobre o estado das pessoas: CIC 1983, c. 1643; CCEO, c. 1324. Portanto, a parte interessada deve requerer a suspensão da instância no recurso de revisão até que a sentença de declaração de nulidade seja averbada nos registos do estado civil no assento de casamento.

<sup>(130)</sup> CPC 1961, art. 772.º, n.º 1.

<sup>(131)</sup> CPC 1961, art. 773.º.

<sup>(132)</sup> CPC 1961, arts. 1409.º e 302.º-304.º.

(ii) Se tiver sido *registal*, haverá que interpor uma *acção declarativa comum em tribunal*, porque o Código de Registo Civil de 1995 não contempla a hipótese em nenhum dos seus artigos.

Ainda que o processo de declaração de nulidade dum casamento católico seja posterior ao de divórcio, o Tribunal da Relação nunca pode negar o «*exequatur*» à respectiva sentença. Noutra modo, violaria os artigos XXV da Concordata de 1940, 24.º do Decreto-Lei n.º 30.615, de 25 de Julho de 1940, e 1626.º, n.º 1, do Código Civil de 1966; e também o artigo 1.º do Código de Registo Civil de 1995, que obriga ao registo de todas as mudanças do estado civil dos cidadãos portugueses, e até das dos estrangeiros quando ocorram em território português.

7. *Concurso dum processo de divórcio com um processo de dissolução de matrimónio rato e não consumado.* — Da dissolução do casamento rato e não consumado, embora para este resulte, tal como do divórcio, a *dissolução* (di-lo o próprio nome), para os cônjuges resulta o estado de *solteiros*. Semelhantemente à de declaração de nulidade do casamento católico, a causa de dissolução do casamento rato e não consumado é *prejudicial* da de divórcio: e é-o porque quem obtém do Romano Pontífice essa graça não pode, depois, pedir o divórcio porque já não está casado. Assim, seja o processo de dissolução de casamento rato e não consumado anterior, concomitante ou posterior ao de divórcio, o que se disse a propósito do concurso dum processo de divórcio com um processo de declaração de nulidade de casamento católico tem aqui, «*mutatis mutandis*», aplicação.

8. *Declaração de nulidade de matrimónio canónico ou dissolução de matrimónio rato e não consumado de duas pessoas entre si unidas por matrimónio civil anterior.* — Declarado nulo um matrimónio canónico ou dissolvido um matrimónio rato e não consumado de duas pessoas entre si unidas por matrimónio civil anterior não anulado nem dissolvido por divórcio, põe-se a questão de saber se o matrimónio civil persiste ou não. O n.º 1 do artigo 1589.º do Código Civil de 1966 dispõe que o casamento

católico contraído por pessoas já ligadas entre si por casamento civil não dissolvido é averbado no assento, independentemente do processo preliminar de publicações; esclarece o artigo 179.º do Código de Registo Civil de 1995 que o averbamento é feito em face de duplicado ou de certidão do assento paroquial, enviada pelo pároco ou a requerimento dos interessados. O anteprojecto de livro de Direito da Família para o actual Código Civil elaborado por Gomes da Silva <sup>(133)</sup> previa uma norma <sup>(134)</sup> que estabelecia que, efectuado o averbamento, os cônjuges seriam havidos como casados apenas catolicamente desde a celebração do primeiro casamento; norma que foi consagrada no Código de Registo Civil de 1958 <sup>(135)</sup>, mas que não transitou nem para o Código Civil de 1966 nem para os Códigos de Registo Civil posteriores. Contudo, parece demasiado precipitado tirar a conclusão de que o legislador histórico destes Códigos teve em mente que, na questão em apreço, o casamento civil haveria de permanecer. Em boa verdade, nem terá pensado nela <sup>(136)</sup>; e se pensou <sup>(137)</sup>, não pensou bem:

«A grande novidade do artigo 1589.º está no facto de se ter eliminado a fórmula, um tanto artificial e perigosa, do artigo 206.º do Código de Registo Civil de 1958, considerando os cônjuges, depois de feito o averbamento, como casados apenas catolicamente desde a celebração do casamento civil, ao mesmo tempo que se remeteu para o artigo 1790.º a consagração verdadeiramente útil, que se pretendia alcançar com essa fórmula.

«Não fazia, efectivamente, grande sentido considerar como existente certo casamento católico desde uma data anterior à sua celebração e anterior, portanto, ao momento a par-

---

<sup>(133)</sup> Gomes da Silva, O direito de família no futuro Código Civil. Primeira parte 1, Introdução e Anteprojecto, Lisboa 1957.

<sup>(134)</sup> No art. 16.º, § 2.º.

<sup>(135)</sup> No art. 206.º, 2.º.

<sup>(136)</sup> A Comissão Revisora do anteprojecto sobre o Direito de Família do CC 1966 certamente que não pensou: cf. Actas da Comissão Revisora do anteprojecto sobre o Direito de Família do futuro Código Civil português, in: BMJ 153, 5ss.; 154, 5ss..

<sup>(137)</sup> O Ministro da Justiça de então, Antunes Varela, e o seu colaborador, Pires de Lima, tê-lo-ão feito nalguma das duas revisões ministeriais?

tir do qual a própria Igreja o reconhecia. Além disso, não poderia aceitar-se, sobretudo em matéria de regime de bens, que os efeitos do casamento católico hajam sempre de retrotrair ao momento da celebração (porventura muito anterior) do casamento civil.» <sup>(138)</sup>

A inanidade destes argumentos é por demais evidente. Na doutrina canónica, a opinião mais provável, e hoje comum, sobre os matrimónios entre não baptizados quando posteriormente ambos se baptizam afirma:

«(...) alii requirunt novum consensum expressum. Praescindo ab exigentia posteriorum et adversus priores dico posse evadere sacramenta.

«Prob. I. Inter christianos (...) nequit dari matrimonium validum quod non sit sacramentum. Atqui, in casu, matrimonium jam incipit dari inter christianos. Ergo...

«II. Matrimonium infidelium conversorum habetur ab Ecclesia ut insolubile. Atqui non est ulla ratio nisi sit sacramentum; nam ille contractus potest solvi si unus non convertatur. Ergo... P. ant.: Habetur contractus matrimonialis validus et moraliter perseverans. (Ex his vide probabilius non requiri novum consensum).» <sup>(139)</sup>

O segundo argumento tampouco vale: se o legislador histórico não queria aceitar que os efeitos do casamento católico houvessem sempre de retrotrair ao momento da celebração do casamento civil, podia muito bem tê-lo determinado expressamente no novo Código Civil. Mas não o fez, em nenhum dos quatrocentos e quarenta e sete artigos do livro IV, que dedicou ao Direito da Família...

O casamento civil anterior não anulado nem dissolvido por divórcio não constitui para os cônjuges impedimento à celebração entre si de subsequente casamento católico; e este, embora não seja

<sup>(138)</sup> Pires de Lima — Antunes Varela, Código Civil. Anotado 4, 2.º ed., Coimbra 1992, 54.

<sup>(139)</sup> F. Asís González, De Matrimonii Sacramento Conspectus Dogmaticus, Salamanca 1936, 35-6.

transcrito, tem de ser averbado nos assentos de casamento e de nascimento dos nubentes nas respectivas conservatórias do registo civil <sup>(140)</sup>. Se o matrimónio civil persistisse para lá da declaração de nulidade do casamento católico ou da dissolução do casamento rato e não consumado, perderia todo o sentido e utilidade a obrigatoriedade destes averbamentos. O que leva a crer que a resposta à questão mais conforme ao espírito do sistema <sup>(141)</sup> será a de considerar que, na declaração de nulidade dum casamento católico ou na dissolução dum casamento rato e não consumado de duas pessoas entre si unidas por casamento civil anterior não anulado nem dissolvido por divórcio se declara nulo ou se dissolve o vínculo matrimonial «tout court» <sup>(142)</sup>.

#### FONTES E BIBLIOGRAFIA SUMARÍSSIMA

1. *Fontes*. — Codex Canonum Ecclesiarum Orientalium, promulgado pela Constituição Apostólica «Sacri canones», de 18 de Novembro de 1990; Codex Juris Canonici, promulgado pela Constituição Apostólica «Sacrae disciplinae legis», de 25 de Janeiro de 1983; Código Civil, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 47.344, de 25 de Novembro de 1966; Código do Registo Civil, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 131/95, de 6 de Junho; Código Penal, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 400/82, de 23 de Setembro; Concordata entre Portugal e a Santa Sé, de 7 de Maio de 1940, aprovada pela Lei n.º 1984, de 30 de Maio de 1940; Conferência Episcopal Portuguesa, Decretos de aplicação do novo Código de Direito

<sup>(140)</sup> CC 1966, art. 1589.º, n.º 1; CRC 1995, arts. 1.º, n.ºs 1, als. *d*) e *l*), e 2, 69.º, n.º 1, als. *a*) e *n*), 70.º, n.ºs 1, al. *a*), e 2, e 179.º.

<sup>(141)</sup> Cf. CC 1966, art. 10.º, n.º 3.

<sup>(142)</sup> Não será, talvez, a solução mais satisfatória «de jure condendo» para esta questão. A República Portuguesa, quando admite que duas pessoas entre si casadas civilmente contraíam subsequentemente casamento católico, permite-lhes que regularizem a sua situação ou fiquem em situação regular perante a Igreja. A melhor solução, pois, passaria por saber se, em cada caso em que a Igreja se pronuncia sobre a existência, validade e permanência do vínculo matrimonial de duas pessoas entre si unidas por casamento civil anterior não anulado nem dissolvido por divórcio, tais pessoas efectivamente lograram regularizar a sua situação ou ficaram em situação regular perante Ela. Mas na actualidade isto não parece possível, porque está vedada qualquer verificação do *mérito das decisões* dos tribunais e repartições eclesiásticas sobre os pedidos de declaração de nulidade de casamentos católicos e de dissolução de casamentos ratos e não consumados; além de que não se vê muito bem como seria compaginável com o *princípio da separação entre a Igreja e o Estado*.

Canónico, in: *Lumen* 46 (1985) 147-52; Constituição de 2 de Abril de 1976; Decreto-Lei n.º 30.615, de 25 de Julho de 1940; Sacra Congregatio de Disciplina Sacramentorum, Istruzione agli Eccmi. Ordinari del Portogallo e, per essi, ai Parroci sull'esecuzione degli articoli del Concordato del 7 maggio 1940 tra la Santa Sede e la Repubblica Portoghese, relativi alla celebrazione del matrimonio con la nuova legislazione del Governo Portoghese sullo stesso argomento, del 21 settembre 1940, in: *AAS* 33 (1941) 29-56.

2. *Bibliografia sumarissima*. — F. Asís González, *De Matrimonii Sacramento Conspectus Dogmaticus*, Salmanticae 1936; F. R. Aznar Gil, *El nuevo Derecho Matrimonial Canónico*, 2.ª ed., Salamanca 1985; G. Canotilho — V. Moreira, *Constituição da República Portuguesa*. Anotada 1, 2.ª ed., Coimbra 1984; M. de Figueiredo, *A Concordata e o casamento*, Lisboa 1940; G. Ghirlanda, *Il Diritto nella Chiesa, mistero di comunione*. Compendio di Diritto Ecclesiale, Milano 1990; M. Saturino C. Gomes (coord.), *Concordata entre a Santa Sé e a República Portuguesa*, Coimbra 2001; Pires de Lima — Antunes Varela, *Código Civil*. Anotado 1, 3.ª ed., Coimbra 1982, 4, 2.ª ed., Coimbra 1992; J. Dias Marques, *Noções elementares de Direito Civil*, 5.ª ed., Lisboa 1973, 7.ª ed., Lisboa 1992; J. Robalo Pombo, *Código do Registo Civil*. Anotado e comentado, Coimbra 1991; *Profesores de Salamanca*, *Código de Canones de las Iglesias Orientales*. Edición bilingüe comentada, Madrid 1994; os mesmos, *Código de Derecho Canónico*. Edición bilingüe comentada, 16.ª ed., reimpr., Madrid 2000; J. Alberto dos Reis, *Processos especiais 2*, Coimbra 1956; A. Sampaio, *Código do Registo Civil*. Anotado. *Legislação complementar*, Coimbra 1995.





## APOLOGIA DOS ADVOGADOS

Por M. Dupin Aîné (\*)

Tudo quanto temos dito sobre a necessidade da defesa, não só no interesse dos acusados, mas também no interesse de todos,

---

(\*) O advogado André Dupin, dito Dupin-Aîné (1783-1865), é o autor desta Apologia, que ele incluiu nas reflexões sobre a *livre defesa dos acusados* publicadas em 1815, “nas vésperas das cruéis acusações que não tardaram a pesar sobre as cabeças mais ilustres”. Era então advogado do Marechal Ney, “cuja defesa não foi *nem livre, nem inteira*”.

No Antigo Regime, o advogado não defendia causas criminais. Foi na Revolução que apareceram os jûris populares, a cujo ambiente dramático os advogados a muito custo se adaptaram. Com a Restauração, eram os defensores de renome que patrocinavam as grandes causas originadas pelas vicissitudes do jogo político.

Um deles, Dupin, deputado liberal, no seguimento da Revolução de Julho de 1830, estimulou um grupo de deputados a oferecer ao duque de Orléans uma espécie de regência chamada “lugar-tenência geral do reino”. — “O duque é escolhido mesmo sendo Bourbon, sem que o seu nascimento lhe dê qualquer direito” — com tais palavras, teve Dupin o cuidado de “marcar os seus pontos”. Luís Filipe aceita, cria um Conselho provisório onde inclui Dupin que, além de deputado, é seu advogado, e assim se reconduz a monarquia e Luís Filipe se torna “rei dos Franceses”. Dupin foi logo nomeado procurador-geral junto do Tribunal de Cassação e, mercê do seu ascendente e valor, são nessa época reconhecidos à Ordem poderes incomparáveis; os advogados adquirem o prestígio que lhes é dado pela atribuição de pastas ministeriais e de altos postos na magistratura, além da protecção de regras deontológicas estritas, criadoras de uma verdadeira aristocracia da defesa: “o advogado tem uma missão, não uma profissão”. O Bastonário e o Conselho passam a ser eleitos directamente pela assembleia geral da classe; os advogados podem advogar em toda a França; e gozam de liberdade de expressão plena, que tinha sido suprimida por Carlos X.

Em 1832, Dupin é eleito presidente da Câmara dos Deputados. Adere em seguida à II República, é presidente da Assembleia Legislativa em 1849-1851 e está ao lado de Luís

absolve bastante os advogados das acusações injustas que algumas vezes a ignorância ou o espírito partidário lhes dirigem.

Longe de as pessoas se deverem admirar de ver os advogados votar-se à defesa dos acusados, deviam antes admirar-se se eles recusassem ajudá-los com o seu ministério. E não só as pessoas não devem sentir-se constrangidas por reconhecer o zelo com que nisso eles se aplicam, mas devem reconhecer que assim eles dão prova de humanidade, de ligação ao seu dever e de amor pela justiça.

Eles dão prova de humanidade, porque prestam a sua ajuda aos infortunados: para eles, a desgraça é sagrada: *res est sacra miser*.

Eles dão prova de ligação ao seu dever; porque, diga o que disser a inveja ou a malignidade, há virtude em descer aos calabouços para aí levantar a esperança dum acusado, e levar-lhe consolação. É verdade que, se essa é a parte mais penosa da nossa profissão, é também a mais honrosa; e as próprias leis nos dão disso um belo testemunho, ao dizer que o Estado não é apenas defendido pelos soldados que combatem com a couraça e a espada, mas também pelos advogados, estes valorosos campeões que, com a força da sua eloquência, mantêm a esperança dos infelizes consagrando-se à defesa da sua honra, da sua vida e daquilo que eles têm de mais caro.

“Não tenhamos dúvidas, existem heróis em todos os tempos e em todas as profissões: a paz tem os seus, tal como a guerra <sup>(1)</sup>; e aqueles que a justiça consagra, têm pelo menos a glória de ser mais úteis ao género humano <sup>(2)</sup>.”

---

Napoleão quando este se torna o Imperador Napoleão III (1852). Esta capacidade de adaptação aos sucessivos regimes políticos valeu-lhe ser representado, numa litografia que apareceu na revista *La Caricature*, como “moinho de palavras” (*Le moulin à paroles*).

Contudo, atente-se no que pode haver de sério numa caricatura: não serão o gosto do poder e a capacidade de adaptação às circunstâncias, atributos indispensáveis dum verdadeiro advogado?

A presente tradução foi feita a partir da 3.<sup>a</sup> edição da obra *Profession d'Avocat* (Bruxelas, 1834).

<sup>(1)</sup> *Sunt domesticae fortitudines, non inferiores militaribus*. Cícero, *de Officiis*, livro I, 18.

<sup>(2)</sup> D'Aguesseau, tomo I, pp. 64 e 65.

Mas, dizem os nossos adversários, que grandes serviços prestam então à sociedade estes advogados cuja principal ocupação é de reivindicar para ela homens que ela repele do seu seio?

Homens injustos que tendes este cruel discurso, aos vossos olhos um acusado é portanto necessariamente um culpado! Ah! como vós mudaríeis prontamente de linguagem, se fôsseis alguma vez objecto de uma acusação! Com que facilidade compreenderíeis então que a vingança, a calúnia e, por vezes, não sei que fatalidade, podem acumular sobre uma cabeça inocente presunções tão habilmente urdidadas que é bem mais fácil atribuir-lhes a consistência de provas, do que dissipá-las para sempre! Vós vos consideraríeis felizes por encontrar defensores na nossa Ordem! E vós nos acusaríeis de cobardia ou de injustiça se, partilhando as reservas populares de que vós seríeis objecto, nenhum de nós ousasse encarregar-se do penoso cuidado de vos justificar!

Mas ouçamos a este respeito um homem bem digno de nos dar preceitos seguros, depois de nos ter deixado tão eloquentes lições. Ele não será acusado de ter uma moral permissiva: quero falar de Cícero.

No seu imortal tratado *De Officiis*, ele começa por dizer que se deve *acusar raramente*, e apenas por causas muito graves, porque existe dureza e mesmo inumanidade em *procurar vítimas para a justiça, e recrutá-las para o carrasco*.

“Mas, quando se trata de defender (acrescenta Cícero), não se deve ser tão severo, nem ter escrúpulos de cuidar por vezes da causa de um homem *culpado*, desde que não seja um monstro nem um ímpio. O interesse do grande número o requer, o uso o permite, a humanidade o comporta. O juiz não deve procurar senão a verdade, o advogado contenta-se com a *probabilidade*. Eu não ousaria avançar esta máxima, sobretudo numa obra de *moral*, se não tivesse por garante Panécio, *o mais notável entre os estóicos*. A glória e o favor público são portanto o prémio daquele que defende os acusados, sobretudo se ele aplica o seu zelo em favor daqueles que são oprimidos por alguém poderoso (3)”.

---

(3) Cícero, *de Officiis*, livro II, cap. XIV, 50 e 51.

Por mais forte razão, se ele defende aqueles que a opinião pública parece abater com o peso de todo o seu poder.

Porque, se a justiça e a humanidade querem que um homem, acusado de roubo, de assassinio, de violação, de parricídio, seja defendido, elas querem igualmente que se defendam aqueles que o governo aponta como seus inimigos, acusando-os de crimes de Estado.

Qual seria efectivamente a razão da diferença? — O receio que teria o advogado de ver confundir a sua maneira de ver com as opiniões e a conduta dos acusados? — Isso não pode ser.

Seria fazer injúria ao público julgá-lo capaz de tal injustiça. Ele não olha o advogado dum ladrão como sendo ele próprio ladrão. Ele não supõe que aquele que defende um assassino se suje com um homicídio. Quem alguma vez acusou da sua humanidade um médico que trata um preso, qualquer que seja o crime de que este é acusado? Quem ousaria censurar a caridade do padre que assiste e consola, não apenas um acusado, mas um criminoso condenado pelo mais horrível crime? Porquê então, injusto em relação a uma só classe de acusados, o público consideraria como um faccioso e um inimigo do Estado o advogado que defendesse um homem acusado de monopólio, de suborno ou de conspiração?

Todavia, suponhamos que um preconceito tão revoltante existe realmente nalguns espíritos; e admitamos que, com receio de a ele se exporem, todos os advogados se recusam a defender esta espécie de acusados; que, por desejo de agradar, ou por receio de desagradar, ou por outras razões, todos concordam em negar a sua ajuda aos acusados: o que é que daqui se poderia concluir, quer para os advogados em particular, quer para os cidadãos em geral? — Não só ousou dizer que daí nada resultaria de honroso para os advogados, mas afirmo que isso seria uma vergonha para eles e uma verdadeira calamidade pública.

Também nunca se viu que os advogados faltassem a tal ponto à sociedade, nem a sociedade desconhecesse assim os serviços dos advogados.

Em todos os regimes, houve advogados corajosos que puseram de lado todo o espírito partidário, para mostrar apenas o espírito de justiça; que o medo não conseguiu intimidar, que a ambição não pôde seduzir; e que preferiram pôr-se em opposição ao favor, a pôr-se em opposição ao seu dever.

Em todos os tempos, foi honroso defender os acusados, para aqueles que honrosamente os defenderam.

Desde a criação do parlamento, nós vemos que em todos os processos de Estado, complots, traições, crimes de lesa-majestade, os mais famosos advogados liberalmente empreenderam e gloriosamente sustentaram a causa dos mais ilustres acusados. E o seu nome transmitido com elogio à posteridade prova-nos que a estima pública foi a recompensa do seu nobre devotamento.

A nossa infeliz revolução ofereceu-nos disso exemplos de todos os géneros: o furor revolucionário respeitou aqueles que os deram, e a opinião estigmatizou aqueles que uma cobarde pusilanimidade impediu de cumprir o seu dever <sup>(4)</sup>.

O domínio de Bonaparte também forneceu aos nossos advogados ocasião de assinalar a sua coragem: o seu despotismo estremeceu-a, mas ele não ousou atingi-los; ele sabia que a opinião os teria poderosamente apoiado <sup>(5)</sup>.

Opinião, rainha do mundo, é portanto verdade que, apesar da tua justa severidade para com os culpados, tu distingues honrosamente aqueles que se consagram à defesa dos acusados!

Mas não basta ter-se estabelecido que nisso os advogados dão prova de humanidade e de ligação aos deveres da sua profissão; eu acrescento que eles dão prova de zelo pela justiça, de amor pelo príncipe, e de respeito pelas leis.

Eles dão prova de zelo pela justiça, preenchendo em toda a sua dimensão um ministério sem o qual não há justiça, porque só a defesa pode legitimar a condenação.

Eles dão prova de respeito pelas leis, porque as leis querem *sob pena de nulidade* que todo o acusado tenha um defensor.

---

(4) Apenas se encontra uma lei infame que, nestes tempos desastrosos, prejudicou o princípio sagrado da livre defesa dos acusados: foi a lei de 22 prairial, ano II, cujo art. 56 é assim concebido: "A lei faculta, aos patriotas caluniados, jurados patriotas; a lei não os concede nunca aos conspiradores". Vide o relatório sobre esta lei, na Coleção de Baudouin, pág. 104 e seguintes; e a *Histoire philosophique de la révolution*, liv. IV, n.º 88, por Fantin des Odouards.

(5) A História lhe reprovará eternamente, quer o processo do duque d'Enghien que não foi defendido, quer o presidente da câmara de Anvers que foi de novo submetido a julgamento, apesar da declaração favorável do júri.

Por fim, eles dão prova de amor pelo príncipe; porque os príncipes são louvados ou reprovados pela história, em proporção de a justiça ter sido bem ou mal administrada no seu reinado. Aquilo que um governo julga ganhar entretendo a defesa, não vale o que ele perde certamente pela opinião que depressa se propaga de que a defesa não foi livre. Não há nada que mais revolte o público contra uma condenação! É pois servir o monarca, reclamar perpetuamente a execução das leis, protestar contra a violação das formas, contra as incompetências e os abusos de poder. “Também, como disse um sábio magistrado [Ayrault], é muito perigoso e de consequência muito perniciosa dar ao príncipe oportunidade de agir *contra as leis e as formalidades correntes*. Depois, com toda a facilidade ele as dispensaria.”

Sei que é duro para os partidários do poder arbitrário ouvir invocar as regras nas ocasiões em que eles queriam libertar-se delas. Mas qualquer indivíduo que raciocinasse assim no momento mais alto das suas honras, considerar-se-ia bastante feliz por encontrar mais tarde no meio duma desgraça estes mesmos advogados cuja energia o teria antes revoltado!

Os advogados, sem dúvida, têm cautelas a guardar, e não pretendo aqui dispensá-los de nenhuma das suas obrigações.

Ponho em primeiro lugar o desinteresse. Considero tão desprezível como odioso aplicar-se por um vil interesse a um acto que, para ser meritório, não deve em nada conter especulação.

Depois, um advogado deve estar prevenido de que “não pode dizer nada contra a sua consciência ou contra o respeito devido às leis, e deve sempre exprimir-se com decência e moderação” (*Cod. d'instruction criminelle*, art. 311.<sup>o</sup>).

De resto, nada o impede de usar de todos os recursos da sua eloquência para diminuir o odioso da acusação <sup>(6)</sup>, fazer valer as circunstâncias que a atenuem, acarear as testemunhas, aligeirar as responsabilidades, debilitar as provas e mostrar que, se houver alguma coisa de verdade na acusação, a malignidade, a calúnia, o ódio duma pessoa importante, envenenaram nas consequências aquilo que era pouco importante no princípio.

---

(6) *Propter periculum concessa est fingendi licentia*. Cícero, *pro Murena*.

Ele examinará a possibilidade de chamar o direito em socorro do facto (7). Porque muitas vezes pode justificar-se pelo direito um facto confessado e reconhecido (8): como, por exemplo, se o réu confessa que cometeu um assassinio, e pode sustentar que o fez em legítima defesa.

Se houver nulidades na instrução, ele as invocará.

Se os juizes são incompetentes, ele declinará a sua jurisdição.

Os meios dilatatórios devem sobretudo ser empregados quando houver grande número de acusados pelo mesmo facto: como antigamente nas informações por crime de heresia. “Nesse caso, utilizam-nos inteligentemente aqueles que deixam ir os outros à frente, e se apresentam em segunda linha para se justificar, porque as últimas acusações são sempre mais suaves e perseguidas com mais brandura” [Ayrault].

Em último recurso, o advogado irá até à súplica; procurará inspirar a clemência dos juizes em favor do seu cliente; obter uma pena mais leve, se desespera duma absolvição completa; invocará a conduta anterior do réu, se a sua vida passada oferecer factores recomendáveis; enfim, fará valer razões de alguma consideração, por exemplo, *que a sociedade está mais interessada em prevenir os crimes do que em multiplicar os suplicios*.

O emprego de todos estes meios é completamente lícito; e o advogado que os utiliza conquista estima e consideração na proporção do talento com que os sabe manejar.

Mas há sobretudo uma parte da defesa que deve ser tocada muito delicadamente: é a parte das considerações, que recai naquilo que os antigos chamavam *laudationes*. — É preciso muita habilidade para fazer com que os juizes oiçam o elogio dum acusado. É a arte que os nossos contemporâneos puderam observar na defesa do general Moreau (9).

Felizes os advogados que, em semelhantes circunstâncias, souberem demonstrar a mesma coragem e o mesmo talento que o

(7) Quintiliano chama isso *aliquo jure adjutorio uti*.

(8) *Juris defensionem suscipi posse, etiam in confessione facti*. Cícero, *pro Milone*, II.

(9) Na sequência de uma interrupção deslocada que se tinha permitido o acusador público neste célebre caso, o Dr. Bonnet, tomado de indignação, replicou-lhe com vigor: “Senhor Procurador-Geral, nem vós nem eu ainda não éramos nada e já o General Moreau



seu eloquente defensor! Felizes aqueles que, alheios a todo o espírito de facção, apenas se propõem agir como pessoas de bem e cumprir o seu dever, aconteça o que acontecer! As intenções deles são por vezes mal interpretadas; a inveja pode despejar sobre as suas acções os venenos da sua boca; mas cedo ou tarde chega o momento em que a justiça expulsa as paixões da sua autoridade, e dá a cada um segundo os seus actos.

\*\*\*

Que me seja permitido, ao terminar, exprimir um voto. Veremos alguma vez em França o exemplo de um processo criminal que reúna os fenómenos seguintes?

- 1.º Não dirigir ao réu perguntas que tenham por fim levá-lo a auto-incriminar-se: pelo contrário, defendê-lo, protegê-lo contra a imprudência das suas próprias palavras;

---

tinha vencido o arquiduque na Holanda, passado o Reno e o Danúbio, em presença de um inimigo formidável, e ganho as batalhas de Memmingen, de Biberach e de Hohenlinden!" — Imagina-se o imenso efeito desta brilhante e súbita apologia do acusado.

Em boa lógica, não é responder à acusação responder-lhe com um elogio; mas, oratoriamente falando, este género de defesa é admitido; e a moral está longe de o desaprovar.

"Eu não sei, diz Labruyère, cap. XII, se é permitido julgar um homem por uma falta que é única; e se uma extrema necessidade, ou uma violenta paixão, ou um primeiro movimento comportam graves consequências." — Mesmo que uma só falta prejudique o brilho das mais belas acções; mesmo assim, parece que uma vida cheia de actos dignos de elogio pode servir de atenuante a uma falta única. Neste sentido, o pensamento de Labruyère aplicar-se-ia aos crimes e delitos cometidos numa *extrema necessidade*, numa *violenta paixão*, ou num *primeiro movimento*, no meio de uma *exaltação popular*, por homens em favor dos quais, de resto, todo o seu passado depunha.

— A pintura representa o grande Condé rasgando com a mão uma página da sua própria história. Que mais bela prova de que se pode errar uma vez sem deixar de ser um herói?

"As belas acções devem por vezes cobrir as más; o mérito isentar da pena, e a glória expulsar o crime." Péllisson, *Défense de Fouquet, 1er disc. au Roi*, tomo II, pág. 70.

As leis de Roma condenavam a acção de Horácio; mas o heroísmo cobriu o parricídio, e o crime do acusado perdeu-se nos raios da sua glória. *Citavere leges nefas; sed abstulit virtus parricidam, et facinus intra glorium fuit.* L. Florus, liv. I, cap. 3. [Nesta referência a Horácio identifica-se o único sobrevivente da luta vitoriosa contra os três Coriáceos, no reinado de Túlio Hostílio. Camila, irmã dos Horácios, era casada com um dos Coriáceos e censurou tão violentamente o irmão, que este a matou. Condenado à morte, ele apelou ao povo de Roma, que o absolveu. Não se trata, pois, de um parricídio, no sentido amplo que lhe dava o latim, mas de um *fraternum parricidium*, ou seja, um fratricídio, o crime de matar o irmão.]

- 2.º Não ler às testemunhas os seus depoimentos escritos, o que muitas vezes as limita a responder apenas sim ou não, e as salva assim de certas contradições de que o réu aproveitaria; mas contentar-se em ouvi-las sobre os factos que tenham gosto de declarar oralmente perante os jurados;
- 3.º Rejeitar as cartas, notas e documentos da polícia; e não admitir no sagrado officio de testemunha os espíões, os condenados libertos, os agentes provocadores, e todos os celerados *soi-disant* convertidos, que a polícia emprega, segundo ela diz, para nossa *segurança*, mas cuja audição é sempre muito pouco edificante para o público;
- 4.º Ouvir a defesa pacientemente, sem a interromper nem perturbar sob nenhum pretexto, mesmo o de corrigir as doutrinas; a não ser o ministério público, quando chegar a sua vez de falar, para responder, fazer, dizer e requerer, e o tribunal, para resolver como lhe competir;
- 5.º Ao sintetizar a causa, limitar-se, da parte do presidente, a apresentar a análise fria e severa do que tiver sido dito, sem nada subtrair à defesa, e também sem nada acrescentar ao desenvolvimento da acusão, visto que já não será permitido ao réu responder.

Certamente, ao proceder deste modo, nem por isso um réu deixará de ser condenado; sê-lo-á talvez com mais segurança; porque nada dispõe tanto o júri à firmeza como a moderação do juiz: jamais também um inocente verá a sua salvação comprometida ...

E o juiz, em vez de ostentar o seu *poder discricionário* acrescentando agravantes práticas aos rigores da legislação, terá tido a glória de introduzir efectivamente entre nós, pelo exemplo que terá dado, um modo de proceder que honra ao mais alto grau a pessoa do magistrado, demonstrando atenção pela desgraça e o seu respeito pela *livre defesa dos réus*.



# APONTAMENTOS SOBRE AS CONDIÇÕES DE PROCEDÊNCIA DAS PROVIDÊNCIAS CAUTELARES NO NOVO PROCESSO ADMINISTRATIVO

*Pelo Dr. Tiago Meireles de Amorim*

## *SUMÁRIO:*

I. INTRODUÇÃO — II. REGIME COMUM — 1. SITUAÇÕES DE EVIDÊNCIA — 2. PERICULUM IN MORA — 2.1. Conceito — 2.2. Aferição — 3. APARÊNCIA DE DIREITO — 3.1. Graduação — 3.2. Tipos de providências — 4. PONDERAÇÃO — III. REGIMES PARTICULARES — 1. PROCEDIMENTOS DE FORMAÇÃO DE CONTRATOS — 2. REGULAÇÃO PROVISÓRIA DO PAGAMENTO DE QUANTIAS.

## I. INTRODUÇÃO

O Código de Processo nos Tribunais Administrativos (CPTA)<sup>(1)</sup> concretiza, em toda a linha, o princípio constitucional da tutela jurisdicional efectiva. Fá-lo no plano da tutela principal, ao consa-

---

(\*) O presente artigo corresponde a um trabalho de pós-graduação entregue na Universidade Católica Portuguesa — Centro Regional do Porto, em Setembro de 2003.

(1) Tendo em consideração a grande frequência com que serão referidos, ao longo do presente artigo, os preceitos do CPTA, tomei a liberdade de me dispensar de fazer referência constante à procedência de tais preceitos. Desta forma, sempre que se faça referência a normas legais, sem a menção do diploma a que dizem respeito, deve considerar-se que tais artigos pertencem ao CPTA.

grar a possibilidade de solicitar aos tribunais administrativos a definição do direito tendente à satisfação de pretensões de qualquer tipo, no âmbito da jurisdição administrativa, no respeito pela reserva da função administrativa e do espaço de discricionariedade da Administração <sup>(2)</sup>. Fá-lo também no domínio cautelar: o referido imperativo constitucional de tutela jurisdicional efectiva exige

---

<sup>(2)</sup> O princípio da separação de poderes tem vindo a ser erigido à categoria de dogma do direito administrativo, levando a uma retracção do legislador do contencioso administrativo e deixando sem tutela jurisdicional — principal ou cautelar — posições dos particulares dela mercedoras, perante actuações ou omissões da Administração. A este respeito, como muito curiosamente nota ANA CUNHA, a interpretação rígida deste princípio “traduz-se, no limite, numa subversão do próprio princípio, uma vez que permite que a administração não esteja submetida ao imperium da lei, que se furte ao respeito das determinações ditadas pelo poder legislativo e das decisões dos tribunais” (*A tutela cautelar no contencioso administrativo (em especial, nos procedimentos de formação dos contratos)*, dissertação de mestrado, 2002, inédita, p. 345). A consagração, no CPTA, da possibilidade, a título principal e cautelar, de responder a pretensões de condenação da Administração à adopção ou abstenção de comportamentos, à concretização de condutas de restabelecimento de direitos ou interesses violados ou ao cumprimento de deveres de prestar que decorram de normas administrativas (cfr., no plano da tutela principal, o artigo 37.º, n.º 2, do CPTA), obriga a uma revisão do entendimento deste princípio, no sentido da sua limitação ou restrição, sem, naturalmente, ferir o princípio da reserva da função administrativa, considerado numa perspectiva material. Sobre a aplicação deste princípio no contencioso administrativo em geral, cfr., por exemplo, J. M. SÉRVULO CORREIA, “Les limites au pouvoir d’injonction du juge administratif portugais”, *Estudos de Direito Processual Administrativo*, Lex, 2002, págs. 159 e ss.; JOÃO CAUPERS, “Imposições à Administração Pública”, *Cadernos de Justiça Administrativa*, n.º 16, Julho/Agosto 1999, pp. 49 e ss.; MÁRIO AROSO DE ALMEIDA, “Pronúncias judiciais e sua execução na reforma do contencioso administrativo”, *Cadernos de Justiça Administrativa*, n.º 22, Julho/Agosto 2000, pp. 71 e ss.; JOÃO PACHECO DE AMORIM, “A substituição judicial da Administração na prática de actos administrativos devidos”, *O debate universitário*, pp. 377 e ss.; BERNARDO DINIZ DE AYALA, *O (défice de) controlo judicial da margem de livre decisão administrativa*, Lex, 1995. No domínio da tutela cautelar, cfr. sobretudo MARIA DA GLÓRIA GARCIA (“Meios cautelares em direito processual administrativo”, *Scientia Iuridica*, n.ºs 250/252, 1994, pp. 217 e ss.; “Os procedimentos cautelares. Em especial, a suspensão da eficácia do acto administrativo”, *Direito e Justiça*, vol. X, tomo I (1996), p. 203; “Da exclusividade de uma medida cautelar típica à atipicidade das medidas cautelares ou a necessidade de uma nova compreensão do Direito e do Estado”, *Cadernos de Justiça Administrativa*, n.º 16, Julho/Agosto 1999, pp. 78 e ss.); também CARLA AMADO GOMES, *Contributo para o estudo das operações materiais da Administração Pública e do seu controlo jurisdicional*, Coimbra Editora, 1999, p. 439; MARIA FERNANDA MAÇAS, “As medidas cautelares”, *O debate universitário*, p. 361, e PEDRO MACHETE, “Os limites do princípio da adequação formal e o direito à regulação provisória de relações controvertidas”, *Cadernos de Justiça Administrativa*, n.º 29, Setembro/Outubro 2001, p. 46; mais recentemente, tratando exaustivamente a questão, ANA CUNHA, cit., pp. 345 e ss..

que a abertura revelada quanto à tutela principal tenha exacta correspondência no campo da tutela cautelar. Com efeito, a tutela processual administrativa ficaria incompleta se não se positivasse, a par do vasto leque de providências principais, o estabelecimento de meios que permitissem assegurar a utilidade ou a efectividade dessas providências.

Daí a consagração, no n.º 1 do artigo 112.º do CPTA, do princípio da universalidade de pretensões cautelares, segundo o qual são admissíveis todas as pretensões cautelares adequadas a assegurar a utilidade das providências jurisdicionais ditadas a título principal: *“quem possua legitimidade para intentar um processo junto dos tribunais administrativos pode solicitar a adopção da providência ou das providências cautelares, antecipatórias ou conservatórias, que se mostrem adequadas a assegurar a utilidade da sentença a proferir nesse processo”*.

Ressalta, desde logo, deste preceito, o rigor e a nitidez com que, no CPTA, é recortada a figura do processo cautelar<sup>(3)</sup>: ele tem por finalidade garantir que a decisão proferida num processo de cognição plena terá aptidão para, aquando da sua prolação, produzir todos os efeitos para que tende, tendo em consideração a necessidade de que *“na altura da decisão exista uma situação de facto a que possa adaptar-se a situação jurídica apreciada ou constituída mediante o processo”*<sup>(4)</sup>.

(3) J. C. VIEIRA DE ANDRADE aplaude a *“novidade”* do CPTA que consiste em *“definir um conceito claro do que são os processos cautelares”*, o que *“não é algo de menor”*, na medida em que *“é importante que na lei haja uma clareza na definição das figuras, dos institutos, para que depois as regras respectivas se possam aplicar correctamente”* (*“Tutela cautelar”*, *Cadernos de Justiça Administrativa*, n.º 34, Julho/Agosto 2002, p. 46). ISABEL CELESTE FONSECA, por seu lado, a respeito da combinação das técnicas de urgência, afirma que *“o legislador criou um sistema de protecção das situações de urgência exemplar, ainda que, segundo o ponto de vista sistemático, se verifique no modelo alguma repetição, excesso de remissões e de conceitos indeterminados e intersecção de âmbitos de aplicação de processos”* (*O Código de Processo nos Tribunais Administrativos, o Tempo, a Administração e o Juiz*, inédito, p. 79). CARLA AMADO GOMES reconhece a existência de um *“esquema de protecção cautelar teoricamente equilibrado”* (*“O regresso de Ulisses: um olhar sobre a reforma da justiça cautelar administrativa”*, *Cadernos de Justiça Administrativa*, n.º 39, Maio/Junho 2003, p. 3).

(4) Estas palavras de Carnelutti, citadas por ALBERTO DOS REIS (*“A figura do processo cautelar”*, *Boletim do Ministério da Justiça*, n.º 3, p. 53), têm, além do mais, o mérito de englobar na definição da tutela cautelar as providências conservatórias como as antecipatórias.

A providência cautelar pressupõe, pois, necessariamente, uma providência definitiva. É esta a peculiaridade da tutela cautelar, que a distingue de todas as demais técnicas processuais de urgência<sup>(5)</sup>: as providências cautelares existem para servir uma providência definitiva<sup>(6)</sup>, logrando tutelar célere e urgentemente um direito sem com isso prejudicar a serena e amadurecida ponderação ou obstar a que “*a lide seja instruída, discutida e julgada com a necessária calma e tranquilidade*”<sup>(7)</sup>.

A *instrumentalidade* da providência cautelar perante um outro processo — a *instrumentalidade hipotética*, como foi baptizada pela doutrina italiana dos anos 30 para distinguir da instrumentalidade perante a tutela normativa inerente a qualquer processo jurisdicional e para reflectir o facto de ser decretada na pressuposição da procedência, no processo principal, da pretensão do requerente da providência — é, pois, a *característica essencial*<sup>(8)</sup> da tutela

(5) Designadamente, a técnica subjacente aos processos urgentes (que, no CPTA, encontram acolhimento no Título IV) ou aos processos sumários (que não mereceram consagração no CPTA e que, sendo provisórios, aspiram à definitividade, o que acontece no caso de o requerido não intentar a acção principal). Sobre estas técnicas, em confronto com a cautelar, cfr., por todos, ISABEL CELESTE FONSECA, *Introdução ao estudo sistemático da tutela cautelar no processo administrativo*, Almedina, 2002, pp. 35 e ss..

(6) “*A garantia cautelar aparece, assim, posta ao serviço duma actividade jurisdicional posterior, que há-de restabelecer, de modo definitivo, a observância do direito; é destinada, não propriamente a fazer justiça, mas a dar tempo a que a justiça realize a sua obra*” (ALBERTO DOS REIS, “A figura...”, p. 38).

(7) ALBERTO DOS REIS, “A figura...”, p. 44. Nas palavras de Calamandrei, “*as providências cautelares representam uma conciliação entre as duas exigências, que estão frequentemente em conflito: a da celeridade e a da ponderação. Entre o fazer depressa e o fazer bem, mas tardiamente, as providências cautelares visam, antes de tudo, a fazer depressa, permitindo que o problema do bem e do mal, isto é, da justiça intrínseca da decisão, seja resolvida ulteriormente, com a necessária ponderação, segundo os trâmites do processo ordinário*” (apud ALBERTO DOS REIS, *Código de Processo Civil Anotado*, p. 625).

(8) Uma boa parte da doutrina, quer do processo civil, quer do processo administrativo, atribui à tutela cautelar, para além da instrumentalidade, duas outras características: a provisoriedade e a sumaridade. Não negando os traços da provisoriedade e da sumaridade à tutela cautelar, direi que tais traços não revestem a importância da instrumentalidade, nem são exclusivos deste tipo de técnica processual. Com efeito, a provisoriedade, se entendida como temporalidade (produção de efeitos transitórios ou precários, até que provenha decisão definitiva), não é mais do que uma manifestação do carácter instrumental da tutela cautelar (a providência só é provisória porque é instrumental); se entendida como manifestação do princípio *rebus sic stantibus*, então é meramente eventual, não

cautelar, característica esta que se encontra reflectida com especial rigor no artigo 112.º, n.º 1, do CPTA, que, prevendo que as providências cautelares se destinam a “assegurar a utilidade da sentença a proferir nesse processo”, vale por si só para afirmar inequivocamente que a tutela cautelar se esgota na instrumentalidade relativamente a outro processo jurisdicional (9).

A instrumentalidade cautelar implica, desde logo, que não possa a providência cautelar ir além do que poderá vir a ser conce-

---

se manifestando em todos os casos; além de que, num caso ou noutro, a provisoriidade não seria exclusiva da tutela cautelar, dado que também está presente na tutela sumária. Quanto à sumaridade, não há dúvida de que, vistas as coisas de uma perspectiva estrutural, só na tutela cautelar a decisão assenta em juízos de verosimilhança, probabilidade ou aparência; simplesmente, também aqui essa característica não é independente da instrumentalidade, visto que só assim é porque se pressupõe a existência de um processo em que a questão será decidida com base em juízos certos. A respeito da provisoriidade como “manifestação da instrumentalidade”, cfr. RITA LYNCE DE FARIA (*A função instrumental da tutela cautelar não especificada*, dissertação de mestrado, Julho de 2002, inédita, pp. 55 e segs.), nomeadamente a citação de Tommaseo: “*la provvisorietà, a ben vedere, non è che un ulteriore aspetto della strumentalità cautelare*” (*idem*, p. 100). Afirma a autora, com Arieta e Ângeles Jovè, que “*só a partir da compreensão integral do facto de que é a função da providência cautelar que a identifica, se pode entender o seu regime e interpretá-lo nessa perspectiva. De facto, a instrumentalidade das providências cautelares tem consequências importantes ao nível do respectivo regime jurídico, sendo mesmo qualificada como “a chave de ignição de todo o sistema cautelar”, porquanto “todo o regime das medidas cautelares está concebida em função da existência do processo principal”*” (*ibidem*, p. 118).

(9) O mesmo já não se pode dizer do correspondente preceito do Código de Processo Civil (“CPC”). Com efeito, o n.º 1 do artigo 381.º refere-se à adequação da providência no sentido de “assegurar a efectividade do direito ameaçado”, obrigando a recorrer aos artigos 383.º (“*relação entre o procedimento cautelar e a acção principal*”) e 389.º (“*caducidade da providência*”) para desfazer quaisquer dúvidas sobre a instrumentalidade cautelar e rejeitar veleidades revisionistas no sentido de afirmar a realização directa do direito material ou no sentido de permitir a produção de efeitos definitivos e irreversíveis. No entender de RITA LYNCE DE FARIA, esta formulação legal “*não parece ser, neste ponto, a mais adequada*”, na medida em que “*parece legitimar a intervenção da tutela cautelar não especificada sempre que o direito do requerente esteja em risco de perder efectividade, sem exigir o apuramento da causa eventual de tal perigo. O que redundaria no afastamento da relação de instrumentalidade, que se qualificou como essencial, da providência cautelar não especificada, relativamente à acção principal*” (*cit.*, p. 53). Independentemente do juízo quanto à justeza da redacção adoptada pelo legislador do CPC — cujo domínio de aplicação se cinge às *relações entre particulares* —, é evidente o acerto da solução literal adoptada pelo legislador do CPTA, num domínio em que não estão em causa apenas direitos dos particulares, mas também um acrescido interesse público na utilidade das sentenças a proferir no processo principal.



dido no processo principal, limite intrínseco da tutela cautelar usualmente designado por “proibição de dar mais do que a sentença”. Destinando-se a providência cautelar (apenas) a assegurar a utilidade da providência determinada a título principal, bem se compreende que não possa essa providência cautelar conferir utilidades ou efeitos superiores aos que resultarão daquela providência principal: “*não pode obter-se por via provisória mais do que aquilo que se obteria por via definitiva*”<sup>(10)</sup>. Tendo em consideração o amplo espectro de pedidos a formular em sede principal, este limite conatural às providências cautelares perderá, em larga medida, o relevo prático que lhe foi conferido na vigência da LPTA<sup>(11)</sup>, sendo previsível que se associe frequentemente com o princípio da separação de poderes<sup>(12)</sup>.

---

<sup>(10)</sup> RITA LYNCE DE FARIA, que assim conclui ser “*a consequência jurídica de direito material*”, o “*limite superior do conteúdo possível*” da providência cautelar. Logo por aqui se vê que a instrumentalidade hipotética obriga o tribunal, aquando do juízo cautelar, a analisar a pretensão do requerente no processo principal. A esta luz se compreende, também (mas não só) a exigência de indicação, no requerimento cautelar, da acção de que o processo depende ou irá depender, contida na alínea e) do n.º 3 do artigo 114.º do CPTA.

<sup>(11)</sup> Este limite pode, todavia, obstar à adopção da providência tutelar de posições pretensivas em face de uma norma administrativa imediatamente operativa, tendo em conta que o legislador, entendendo que “*o poder normativo da Administração não deveria ser objecto de tratamento idêntico ao dispensado ao seu poder de decisão concreta*” (MÁRIO AROSO DE ALMEIDA, *O novo regime do processo nos tribunais administrativos*, Almedina, 2003, p. 198), não atribuiu ao tribunal um poder de condenação idêntico ao relativo à emissão de acto devido; não sendo admissível a condenação a título principal, não será também admissível o decretamento de providência cautelar positiva relativamente às normas imediatamente executáveis; neste sentido, ANA CUNHA, cit., pp. 285 e 286. O mesmo já não sucederá no caso de posições pretensivas relativamente a uma norma administrativa não executável por si mesma, em que o interessado pode buscar tutela cautelar por via de providência antecipatória relativamente ao acto administrativo de aplicação sempre que a remoção do *periculum in mora* o exija; com efeito, a abertura prevista no artigo 112.º do CPTA e a regra da adequação material — ou a ausência de regra de subsidiariedade formal — impedem interpretação do artigo 130.º no sentido da restrição da tutela cautelar relativa a normas administrativas à suspensão da eficácia prevista no artigo 130.º e autorizam a adopção de providência diversa da suspensão da eficácia neste domínio, quando tal se mostre necessário (em sentido contrário, ANA CUNHA, *idem*, pp. 299 a 301).

<sup>(12)</sup> A intersecção entre os efeitos do princípio da separação de poderes — limite externo à tutela cautelar, aplicável a todo o contencioso administrativo — e o princípio da proibição de dar mais do que a sentença — limite imanente das providências cautelares — é evidente, nos casos em que não seja possível, a título principal, que o tribunal se substitua à Administração ou a condene a determinados comportamentos.

Decorre igualmente do traço essencial da instrumentalidade o limite cautelar pelo qual não deve a providência cautelar conduzir à produção de efeitos definitivos e irreversíveis<sup>(13)</sup>, também designado por “proibição de antecipação da sentença”<sup>(14)</sup>. Visto que a providência cautelar só existe para servir a utilidade ou interesse da providência definitiva, mal se compreenderia que pudesse a própria providência cautelar contribuir determinantemente para que aquela providência definitiva perdesse tal utilidade ou interesse.

Assim sucederia se fosse admissível a adopção de providência cautelar que deixasse o direito ou o interesse do requerente perfeitamente realizado, mesmo sem gerar prejuízos na esfera do requerido. Nestes casos, perdendo o requerente interesse na propositura da acção ou na continuação do processo principal, a consequência da falta de efectivação do ónus da proposição ou do ónus da diligência — a caducidade da providência — nenhum efeito prático teria, na medida em que o direito ou interesse do requerente estaria plenamente tutelado — e tutelado sobre um juízo de mera aparência.

Assim sucederia, igualmente, se se admitisse a produção de efeitos definitivos e irreversíveis na esfera do requerido, ainda que o direito ou interesse do requerente não ficasse integralmente realizado. Neste caso, a sentença a proferir no processo principal, caso fosse favorável ao requerido, perderia utilidade ou eficácia. Ora, se a providência cautelar se destina a evitar a constituição de situações de facto consumado ou a produção de prejuízos de difícil reparação na esfera do requerente, não pode ela contribuir para a constituição de situações de facto consumado ou a produção de

---

(13) Uma boa parte da doutrina faz derivar este limite da característica da provisoriedade. Como referi, entendo que a provisoriedade, com o significado equivalente à temporalidade, não passa de um afloramento da instrumentalidade, razão pela qual vejo neste limite uma decorrência da instrumentalidade. Além de que não é, rigorosamente, a provisoriedade, mas a instrumentalidade, que leva a afirmar a inconveniência da perda do interesse do requerente na decisão final.

(14) Para uma exposição sobre as questões que levanta este limite inerente à tutela cautelar, cfr., no campo do processo administrativo, por todos, ANA CUNHA, cit., pp. 358 a 404 (sobretudo, pp. 358 a 367, onde se faz uma exposição detalhada sobre a posição de alguma doutrina alemã que distingue os efeitos de facto dos de direito, admitindo os primeiros e negando os segundos). Abordando o problema em face do CPC, RITA LYNCE DE FARIA, cit., pp. 185 a 200.

prejuízos de difícil reparação na esfera do requerido; dificilmente se compreenderia que, em nome do direito à reconstituição natural da situação do requerente em caso de procedência da sua pretensão, contribuisse a medida cautelar para negar o direito à reconstituição natural da situação do requerido em caso de improcedência daquela pretensão <sup>(15)</sup>.

Caso a tutela da posição do interessado não se compadeça com a provisoriedade inerente à composição cautelar, na medida em que exija a produção de efeitos definitivos e urgentes, deve, pois, o interessado recorrer aos mecanismos de tutela urgente definitiva <sup>(16)</sup>. O legislador não pode, porém, positivar uma tutela urgente definitiva para todos os casos em que a tutela cautelar, porque dita o direito de forma provisória e reversível, não é possível ou é insuficiente. Na verdade, estabelecer a cognição plena urgente para todos os casos de tutela urgente que se não compadeçam com a provisoriedade representaria uma subversão demasiado forte no sistema jurisdicional. Não se pode, por outro lado, esquecer que a justiça demora o seu tempo, exige ponderação. Além de que, como expressivamente se refere na Exposição de Motivos do CPTA, onde tudo é urgente, nada é urgente. O processo urgente é, assim, um mecanismo excepcional, devendo ser visto como uma técnica

---

<sup>(15)</sup> É certo que o requerente responde pelos danos causados ao requerido e aos contraintressados (artigo 126.º do CPTA). No entanto, o mecanismo da responsabilização não deve servir para compensar a produção de efeitos irreversíveis: porque, justamente, só deve ser acionado no caso de dolo ou negligência grosseira; porque pode não ser suficiente para cobrir todos os prejuízos; porque os prejuízos podem ser de difícil quantificação; porque afirmar tal mecanismo de compensação equivaleria a transferir para a esfera do requerido toda a carga negativa da tese segundo o qual todos os danos são reparáveis; porque, no processo administrativo, do lado do requerido podem estar interesses públicos.

<sup>(16)</sup> A doutrina vinha já preconizando a instituição, no contexto da reforma, de processos urgentes para tutela das posições dos particulares quando tal tutela reclame uma composição urgente e definitiva do litígio. Cfr., desde logo, MÁRIO AROSO DE ALMEIDA, "Medidas cautelares no ordenamento contencioso — Breves notas", *Direito e Justiça*, vol. XI, tomo 2 (1997), pp. 157, 158 e 226; depois, também, MARIA DA GLÓRIA GARCIA, "Da exclusividade...", pp. 80 e 81, ISABEL CELESTE FONSECA, *Introdução...*, pp. 386 e 392, CARLA AMADO COMES, "À espera de Ulisses. Breve análise da Secção I do Capítulo VI do Anteprojecto de Código dos Tribunais Administrativos/II (As medidas cautelares)", *Revista do Ministério Público*, ano 21.º, n.º 84, Outubro — Dezembro 2000, pp. 91 e 92, e MARIA FERNANDA MAÇÃS, "As medidas...", p. 359.

legislativa de *ultima ratio*. Por isso, elegeu o legislador determinados domínios em que a necessidade da tutela urgente definitiva mais se fazia sentir, por ser demasiado gravoso deixar o interessado sem tutela naqueles casos em que ele carece de uma protecção jurisdiccional urgente e em que tal protecção leva, inevitavelmente, à produção de efeitos definitivos e irreversíveis. É o caso dos direitos, liberdades e garantias, como, de resto, imposto pelo legislador constitucional no n.º 5 do artigo 20.º da CRP (17).

Pode, por fim, dizer-se que o regime cautelar do CPTA viverá sob o signo da proporcionalidade, cuja manifestação inicial se encontra nas exigências de adequação e de necessidade no decretamento das providências cautelares, plasmadas no n.º 1 do artigo 112.º: o interessado pode solicitar a adopção da ou das providências que se *mostrem adequadas* a assegurar a utilidade da sentença a proferir nesse processo. Deste preceito decorre, naturalmente, a exigência de adequação nas suas vertentes positiva e negativa.

A vertente positiva reside na cláusula aberta do preceito: são admissíveis *todas e quaisquer* providências cautelares que se mostrem *adequadas* a assegurar a utilidade da sentença, “*sem quaisquer limitações que não sejam as que resultam da natureza das coisas e dos limites funcionais da jurisdição administrativa (em especial, do respeito pelos espaços de discricionariedade da Administração*” (18). Só com a positivação de um *numerus apertus*, no sentido de admitir a adopção de quaisquer providências, sejam quais forem, aptas a remover o *periculum in mora*, se dá integral cumprimento ao imperativo de tutela jurisdiccional efectiva contido na CRP.

Da vertente negativa, que se relaciona com a exigência de necessidade, resulta que só serão admitidas as providências caute-

---

(17) A falta de aptidão das providências cautelares para a produção de efeitos definitivos e irreversíveis decorre não só da instrumentalidade que perpassa por vários preceitos do Título V do CPTA, mas também pelo teor do artigo 109.º; com efeito, a *impossibilidade* ou a *insuficiência* do decretamento provisório da providência cautelar com a tramitação do artigo 131.º que torna indispensável o recurso a esta intimação urgente consistente, justamente, na inaptidão da providência cautelar para compor definitivamente o litígio; cfr. MÁRIO AROSO DE ALMEIDA, *O novo...*, p. 268.

(18) J. C. VIEIRA DE ANDRADE, “Tutela...”, p. 47.

lares que se mostrem realmente idóneas a assegurar a utilidade da sentença, ou, dito de outra forma, só as que se demonstrem necessárias para remover o específico *periculum in mora*. Este limite concretiza, nomeadamente, a vertente exclusivamente preventiva da tutela cautelar: esta não serve para exercer uma função repressiva, pelo que não é admissível a adopção de providências cautelares onde não exista (ou já não exista, por ter sido integralmente consumado) qualquer perigo de inutilidade da sentença.

Da conjugação destas vertentes resulta que pode ser decretada qualquer providência cautelar, sempre que (e na medida em que) se mostre adequada para garantir a utilidade da sentença. O que significa que não deve ser sobrestimada a vertente negativa da exigência da adequação: ainda que tenha havido consumação do perigo de inutilização da sentença ou da lesão do direito ou interesse do requerente, a providência poderá ser decretada se for ainda possível prevenir danos ulteriores, pelo que não será por aqui que a providência será recusada<sup>(19)</sup>.

## II. REGIME COMUM

### 1. SITUAÇÕES DE EVIDÊNCIA

De acordo com o disposto na alínea *a*) do n.º 1 do artigo 120.º, a providência cautelar deve ser (quase) automaticamente decretada quando seja evidente a procedência da pretensão formulada ou a formular no processo principal. Assim vem o CPTA, de forma inovadora, erigir o critério da juridicidade à categoria de elemento preponderante da tutela cautelar. Trata-se de um mecanismo apli-

---

(19) Diverso é o problema de a providência ser recusada por aplicação de outra das vertentes do princípio da proporcionalidade: a do equilíbrio ou da proporcionalidade em sentido estrito, prevista no n.º 2 do artigo 120.º. Pode, na verdade, suceder que, por ser já reduzida a utilidade a retirar da providência, em virtude da consumação, em larga medida, do perigo que se visava remover, o interesse no decretamento da providência seja já inferior ao interesse no seu não decretamento, ou, adoptando a terminologia do n.º 2 do artigo 120.º, os danos que podem resultar da recusa da providência são já menores, dada a consumação do perigo ou da lesão, pelo que se tornaram inferiores aos danos que resultariam da sua concessão.

cável a todos os processos cautelares, a menos que o contrário resulte de disposição especial prevista no Capítulo II deste título dedicado aos processos cautelares — como é o caso da disposição particular do artigo 133.º, relativa à regulação provisória do pagamento de quantias.

As situações previstas na aludida alínea *a*) têm uma função meramente exemplificativa (como, de resto, sugere o emprego da palavra “*designadamente*”), não devendo extrair-se do facto de esses exemplos respeitarem a processos de impugnação de actos administrativos a conclusão de que a norma só nesse domínio tem aplicação: eles “*apenas pretendem ilustrar o que está em causa neste domínio, recorrendo, para isso, ao elenco das situações mais paradigmáticas, deduzidas da experiência do recurso contencioso de anulação*” (20). Com efeito, parece evidente que o legislador, pretendendo, numa atitude pedagógica, exemplificar a sua abertura com casos concretos, socorreu-se dos exemplos típicos e conhecidos do contencioso administrativo até hoje paradigmático. Sem embargo, tudo indica que o legislador, ao usar os ditos exemplos, terá pretendido ir um pouco além da mera função pedagógica. Na verdade, ao referir-se com objectividade a casos muito concretos, o legislador reduziu em larga medida a margem de liberdade decisória do juiz, que assim está vinculado ao decretamento da providência sempre que tais exemplos se verifiquem; ou seja, sempre que tenha sido requerida a suspensão da eficácia (21) de acto de aplicação de norma já anteriormente anulada ou de acto idêntico a outro já anteriormente anulado ou declarado nulo, está o juiz vinculado a dar por preenchido o conceito indeterminado “evidência da procedência da pretensão”, ainda que por qualquer razão discorde da ou das anteriores decisões (22).

O *fumus boni iuris* é, pois, neste tipo de situações, o critério determinante ou decisivo para o decretamento da providência

(20) MÁRIO AROSO DE ALMEIDA, *O novo...*, pp. 259 e 260.

(21) Não já, naturalmente, no caso de providência adequada à tutela de uma posição pretensiva, ainda que esteja em causa acto de aplicação de norma já anteriormente anulada ou idêntico a outro já anteriormente anulado ou declarado nulo.

(22) Só assim não será, na minha opinião, no caso de existência de correntes jurisprudenciais opostas.

requerida, sem que o juiz deva (*rectius*, possa) indagar sobre a verificação de receio de facto consumado ou de prejuízo de difícil reparação e abstendo-se de ponderar os danos<sup>(23)</sup>: “*se é evidente que um particular (ou o Ministério Público) tem razão, então não há razão nenhuma para deixar de conceder essa providência*”<sup>(24)</sup>. É que a necessidade de averiguação do *periculum in mora* e a ponderação dos interesses em presença são peculiares dos processos cautelares: elas não existem aquando da prolação da sentença proferida no processo principal. Deste modo, na medida em que a procedência da pretensão do processo principal seja evidente ou manifesta, devem ser aproximadas as condições de procedência da tutela cautelar e do processo principal.

No que, em particular, diz respeito à ponderação dos interesses, o processo principal define o direito, independentemente dos interesses que venham a ser lesados, “*doa a quem doer*”<sup>(25)</sup>. Além de que a intensidade do *fumus boni iuris* sempre acabaria por influenciar a ponderação que pudesse existir: tal intensidade não só valoriza os interesses do requerente da providência, como desvaloriza os interesses do requerido. O que permite afirmar que a lei parte da presunção (inilidível)<sup>(26)</sup> de que os interesses do requere-

(23) Como refere MÁRIO AROSO DE ALMEIDA, “*se o tribunal considerar preenchida a previsão do artigo 120.º, n.º 1, alínea a), ele concede a providência sem mais indagações. Não intervém o disposto no n.º 2 e nem sequer há que atender ao critério do periculum in mora, a que fazem apelo as alíneas b) e c) do n.º 1. É a situação de máxima intensidade do fumus boni iuris, que, em situações de manifesta procedência da pretensão material do requerente, vale por si só*” (*O novo...*, p. 260). Cfr. também J. C. VIEIRA DE ANDRADE (“Tutela...”, p. 48).

(24) VIEIRA DE ANDRADE, “Tutela...”, p. 48.

(25) Ressalvados os casos de causa legítima de inexecução, que, por serem consequência directa da deficiente tutela cautelar até ao momento existente, se espera venham a ser menos frequentes. A respeito da ponderação própria do processo cautelar e da “*diferença abissal entre a concessão de uma providência cautelar e a emissão de uma sentença definitiva sobre o fundo da causa*”, ANA CUNHA, cit., pp. 438 e 439.

(26) CARLA AMADO GOMES admite “*pelo menos uma excepção a esta “regra” nos casos em que o requerente vá a juízo num prazo desrazoavelmente longo após o início da produção de efeitos (de facto) do acto — e que será sempre superior a um ano, por confronto com o prazo limite de impugnação de actos anuláveis para o Ministério Público (cfr. o art. 58.º, n.º 2, alínea a), do CPTA)*”. excepção esta que não se reflecte no afastamento da aplicação da norma, mas na submissão do “*juízo de concessão de uma providência cautelar, nestas circunstâncias, à ponderação da proporcionalidade, designadamente de acordo com o n.º 3 do art. 120.º do CPTA*” (“O regresso...”, p. 8).

rente serão, nestes casos, superiores aos do requerido, que, em rigor, o juízo de juridicidade pode dar por inexistentes (27).

Assim, como resulta da formulação dos n.ºs 1 e 2 do artigo 120.º e da sua organização, o tribunal deve começar por analisar sumária e perfunctoriamente as possibilidades de procedência da pretensão formulada ou a formular no processo principal (28) e, sendo a procedência evidente, decretar, sem mais, a providência requerida.

Advirta-se, no entanto, que este regime, embora facilite a adopção da providência cautelar em casos de evidência, não se traduz num mecanismo de tutela acelerada de posições dos particulares. Não se pode, na verdade, confundir a técnica adoptada pelo legislador na alínea a) do n.º 1 do artigo 120.º com a tutela antecipatória não cautelar ou a tutela sumária e acelerada de posições manifestamente procedentes.

---

(27) Esta desproporção de interesses é particularmente visível nos casos em que a tutela cautelar se dirige contra um acto administrativo, sobretudo nos casos de suspensão da eficácia de tal acto: se este é ilegal, a suspensão não é susceptível de lesar o interesse público, que não foi prosseguido em conformidade. De resto, há muito que a doutrina propugnava uma situação deste género. Como refere MÁRIO AROSO DE ALMEIDA, "*desde logo nos casos de invalidade ostensiva do acto, o fumus boni iuris justifica, sem mais dificuldades e seja qual for o domínio de matérias a que o acto diga respeito, a imediata suspensão judicial da sua eficácia, que nesse caso não se pode considerar lesiva do interesse público. Deste modo se admite a atribuição, no caso concreto, da providência cautelar, mesmo relativamente a decisões administrativas que, em abstracto, seria de presumir que, pela natureza dos interesses que visam proteger, careceriam de urgente execução*" ("Medidas...", pp. 144 e 145). Do mesmo modo, MARIA DA GLÓRIA GARCIA defendia esta solução no caso de estar em causa um acto nulo ou inexistente ("Os procedimentos...", p. 208). E, mais recentemente, MARIA FERNANDA MAÇÃS: "*nos casos de nulidade evidente ou de ilegalidade grosseira, bem como nos casos de impugnação de actos de aplicação de normas anteriormente anuladas ou no caso de impugnação de acto idêntico a outro anteriormente anulado, o tribunal deveria propender para facultar a providência. Se o juiz está convencido do carácter bem fundado do direito do requerente, não faz sentido proceder ainda a uma avaliação sobre a gravidade da lesão para o interesse público, tanto mais que, nesse caso, não haverá interesse público que legitime a prossecução de um acto manifestamente ilegal*" ("As medidas...", p. 365).

(28) O juiz tem forma de conhecer, nos processos *ante causam*, qual a pretensão a formular no processo principal, dado que o requerente deve, no requerimento, indicar a acção de que o processo irá depender (cfr. artigo 114.º, n.º 3, alínea f)). Tal indicação, concatenada com a apreciação da providência requerida, dos seus fundamentos e da prova sumária oferecida, há-de permitir ao juiz antecipar a pretensão do requerente na causa principal.



A este respeito, parece-me indiscutível que o CPTA adoptou, também de um ponto de vista funcional ou teleológico, a concepção clássica da tutela cautelar, ao estabelecer, no n.º 1 do artigo 112.º, que a providência cautelar se justifica para (sempre que necessária para, mas só se adequada para) “assegurar a utilidade da sentença a proferir”. Assim sendo, é forçoso concluir que o *periculum in mora*, independentemente do modo como é preenchido para funcionar como requisito autónomo e factor de exclusão, é um elemento conatural a este tipo de tutela, como tal incontornável: a tutela cautelar deve ser concedida (sempre, mas só) ali onde a utilidade da sentença a proferir no processo principal possa razoavelmente estar em perigo. Se for objectivamente indiferente para o requerente — ainda que coberto de razão — aguardar pela sentença, não deve ser decretada a providência. O mecanismo (quase) automático da alínea *a*) do n.º 1 do artigo 120.º há-de servir para tutelar posições manifestamente procedentes, mas só quando a utilidade da sentença a proferir possa estar em risco, sob pena de falhar o requisito da necessidade de tutela cautelar.

Para tal conclusão contribui também a característica da instrumentalidade hipotética, no sentido da pressuposição de um processo principal, característica de que se não afastou o legislador do CPTA, na medida em que o cerne desta norma é precisamente a “pretensão formulada ou a formular no processo principal”. Significa isto que tal pretensão terá que sobreviver, mantendo o requerente interesse na solução definitiva da causa; ora, se fosse em absoluto dispensada a existência de *periculum in mora*, a decisão cautelar tonar-se-ia quase idêntica à decisão definitiva de fundo, pelo que deixaria de fazer sentido manter tal decisão <sup>(29)</sup>.

Pelo exposto, parece não haver dúvidas de que o mecanismo previsto na alínea *a*) do n.º 1 do artigo 120.º não derroga a regra

---

<sup>(29)</sup> A este propósito, é importante assinalar que o mecanismo em análise não pode, sem mais considerações, ser relacionado com a possibilidade de antecipação do juízo principal prevista no artigo 121.º do CPTA. A norma constante da alínea *a*) do n.º 1 do artigo 120.º tem a sua aplicação no domínio rigorosamente cautelar, ou seja, nos casos em que a tutela do interessado se satisfaz com a regulação provisória ou interina da situação até prolação da sentença; ao passo que a norma do artigo 121.º se aplica aos casos em que esta sentença é antecipada (e, como tal, deixa de existir instrumentalidade), em virtude de a tutela adequada do interessado pressupor a produção de efeitos irreversíveis ou definitivos, não se bastando com a produção de efeitos meramente provisórios.

geral, aplicável a todo o tipo de processo cautelar, do n.º 1 do artigo 112.º: as providências não-de ser necessárias e adequadas para assegurar a utilidade da sentença a proferir <sup>(30)</sup>.

Desta forma, o que a alínea *a*) do n.º 1 do artigo 120.º vem estabelecer é uma inversão da regra geral relativa à demonstração do *periculum in mora*: o legislador consagrou aí uma presunção *iuris tantum* <sup>(31)</sup> no sentido de que o requerente tem necessidade de tutela cautelar, presunção essa que cabe ao requerido ilidir. Para lá de tal presunção, o legislador quis ainda afastar destes casos a forma de preenchimento do *periculum in mora* prevista nas alíneas *b*) e *c*) do mesmo número, bastando-se com a verificação (presumida) de um mero prejuízo resultante da espera da sentença, não se exigindo a probabilidade da constituição de uma situação de facto consumado ou da produção de prejuízos de difícil reparação <sup>(32)</sup>.

<sup>(30)</sup> Como não afasta a regra geral do interesse em agir, sendo certo que, não havendo prejuízo atendível resultante da demora inerente à prolação da sentença, esse interesse não se verificará.

<sup>(31)</sup> Como refere ANA CUNHA, "quando for notória a procedência da pretensão formulada no processo principal (...), o legislador pode legitimamente optar por dar como verificado o requisito do *periculum in mora*, presumindo que a necessidade de recorrer aos tribunais para tutela dos direitos do interessado é causa directa de um prejuízo para o particular" (cit., p. 432). A autora, no contexto de preenchimento do conceito de *periculum in mora*, vem a referir que tal presunção seria *iure et de iure*: "quando for notória a procedência da pretensão formulada no processo principal (...), o legislador pode legitimamente optar por dar como verificado o requisito do *periculum in mora*, presumindo que a necessidade de recorrer aos tribunais para tutela dos direitos do interessado é causa directa de um prejuízo para o particular. Se em casos de ostensiva ilegalidade o legislador pode presumir de *iure et de iure* a verificação do requisito do *periculum in mora*, prescindindo da sua invocação e demonstração (...)". Ora, não parece fazer sentido, nestas situações, que a presunção seja inilidível; se ficar demonstrado que o requerente pode esperar pela sentença sem que tal espera acarrete qualquer tipo de lesão à utilidade dessa sentença, não vejo por que deva ser decretada a providência. Acresce que, de acordo com o n.º 2 do artigo 350.º do Código Civil, as presunções *iuris tantum* são a regra, sendo as *iure et de iure* a excepção, razão pela qual, não sendo o legislador inequívoco quanto à força da presunção legal, deve entender-se que tal presunção é ilidível mediante prova em contrário (J. BAPTISTA MACHADO, *Introdução ao Direito e ao Discurso Legitimador*, Almedina, 1989, p. 112).

<sup>(32)</sup> Assim reflecte o CPTA a relação que deve existir entre os vários critérios de concessão das providências: tendo em consideração que o juízo relativo ao *fumus boni iuris* não anda longe da certeza, o *periculum in mora* e, sobretudo, o juízo de ponderação perdem relevo, tendo em conta que a intensidade daquele *periculum* e, sobretudo, daquela ponderação variam em função da intensidade da aparência de direito.

Refira-se, por último, com apoio na relação de instrumentalidade hipotética atrás referida, que o juízo de evidência previsto no artigo 120.º, n.º 1, alínea *a*), é ainda cautelar, como tal pautado pela superficialidade, celeridade e sumaridade. Embora se aproxime da certeza, não importa esse juízo um apuramento rigoroso da questão *sub iudicio*, nem se confunde com a antecipação da decisão a proferir no processo principal, não devendo afastar-se do critério da mera aparência de direito. Se assim não fosse, a decisão cautelar não diferiria da proferida no processo principal, com múltiplos inconvenientes. Desde logo, a antecipação da sentença, com a conseqüente perda de interesse na mesma. Depois, a tendência dos tribunais para levar a cabo uma indagação aprofundada dos factos e do direito, com o que se desvirtuaria por completo a solução legislativa. Por último, a ilegalidade da decisão cautelar que decorreria da circunstância de, na decisão principal, vir a ser julgado improcedente o pedido do requerente<sup>(33)</sup>, com as inerentes conseqüências a nível da imagem da justiça<sup>(34)</sup>.

A conduta do juiz há-de manter-se, pois, dentro dos estritos limites processuais da tutela cautelar: ao preparar a sua decisão, deve avaliar, antes dos demais requisitos, se a procedência do pedido principal, numa análise perfunctória, lhe aparece como evidente. Em caso afirmativo, averiguará se o requerido ilidiu a presunção relativa ao *periculum in mora*, o que, não acontecendo,

---

(33) Só assim não seria se, no processo principal, o tribunal estivesse vinculado à decisão tomada em sede cautelar ao abrigo da norma prevista na alínea *a*) do n.º 1 do artigo 120.º, solução que seria absurda e é, de resto, contraditada pelo disposto no artigo 123.º, n.º 1, alínea *c*), e no artigo 124.º, n.º 3. Como informa MARIO AROS DE ALMEIDA, o regime deste último preceito (segundo o qual a improcedência da causa principal deve ser considerada para o efeito de avaliar se a providência deve ser mantida ou revogada, alterada ou substituída), "*compreende-se desde o momento em que, de acordo com o artigo 120.º, n.º 1, o fumus boni iuris constitui um dos critérios a considerar para a concessão ou recusa das providências cautelares, sendo mesmo o único na hipótese prevista no artigo 120.º, n.º 1, alínea a)*" (*O novo...*, p. 265; sublinhado meu).

(34) É, de resto, conhecido o esforço feito pela doutrina italiana que edificou a dogmática cautelar, no sentido de evitar esta sobreposição de objectos entre o processo cautelar e o principal, justamente com a finalidade de obstar à conclusão de que a decisão cautelar, no caso de contradição com a principal, teria "*sido decretada indevidamente ou sem fundamento*" (cfr. ALBERTO DOS REIS, "A figura...", p. 81, e os comentários que se farão a respeito da aferição do *periculum in mora*).

levará ao decretamento da providência requerida. Em caso negativo, passará o juiz a averiguar do *periculum in mora*, bem como apreciar a estrutura, conservatória ou antecipatória, da providência, por forma a saber com que grau e intensidade avaliará o requisito do *fumus boni iuris*.

## 2. PERICULUM IN MORA

### 2.1. Conceito

Como referido, a tutela cautelar de processo administrativo encontra a sua razão de ser na necessidade de preservar a utilidade da sentença a proferir num outro processo, onde se dirimirá com certeza e segurança o litígio: a providência cautelar visa remover “o perigo resultante da demora a que está sujeito um outro processo (o processo principal), ou, por outras palavras, o perigo derivado do caminho, mais ou menos longo, que o processo principal tem de percorrer até à decisão definitiva” (35). A existência deste perigo que se pretende remover — que tradicionalmente se designa por *periculum in mora* — é, assim, um elemento constitutivo da tutela cautelar, na medida em que integra a própria definição funcional da tutela cautelar.

Para lá deste nível mínimo de *periculum in mora*, incontornável por imperativo lógico, pode o legislador, respeitada que seja a exigência constitucional de tutela jurisdiccional efectiva, restringir a concessão de tutela cautelar. Assim é que se constata, nos diversos sistemas, que o legislador preenche o *periculum in mora* de formas diversas, consoante a política legislativa que queira ver consagrada e consoante o domínio em que se mova (36): pode o legislador limitar a tutela cautelar aos casos em que seja provável a produção de prejuízos graves e irreparáveis; pode exigir a probabilidade de pro-

(35) ALBERTO DOS REIS, “A figura...”, p. 42.

(36) *Vd.* a propósito, a distinção entre o regime geral do artigo 120.º — em que a verificação do *periculum in mora* enquanto requisito autónomo se basta com a antevisão da produção de prejuízos de difícil reparação — e o regime particular da providência de regulação provisória do pagamento de quantias, prevista no artigo 133.º — em que, além da dificuldade da reparação, se exige ainda a gravidade do prejuízo.

dução de prejuízos graves ou a probabilidade de produção de prejuízos irreparáveis; pode conceder que os prejuízos não sejam irreparáveis, exigindo apenas que a sua reparação se mostre difícil; como pode, no limite, num domínio em que estejam em jogo interesses fundamentais para a comunidade, abstrair do prejuízo individual. O preenchimento, pelo legislador, do conceito de *periculum in mora*, a título de requisito autónomo ou factor de exclusão, não é, evidentemente, conatural à tutela cautelar na justa medida em que vá para além daquele nível mínimo acima referido.

Esta introdução, aparentemente escusada, poderá ser importante para compreender o modo como o legislador do CPTA preencheu o conceito de *periculum in mora*, visto como condição de procedência das providências cautelares<sup>(37)</sup>, nas situações em que não seja evidente a procedência ou a improcedência da pretensão do processo principal.

Em concretização da cláusula geral contida no n.º 1 do artigo 120.º — segundo a qual, como referido, só é admissível a adopção de providências cautelares quando estas se mostrem adequadas e necessárias para remover um perigo que paira sobre a utilidade da sentença —, prevê o legislador, nas alíneas *b*) e *c*) do n.º 1 do artigo 120.º, que a providência deve ser decretada quando, verificados os demais pressupostos, exista o “*fundado receio da constituição de uma situação de facto consumado ou da produção de prejuízos de difícil reparação para os interesses*” do requerente.

A utilização do disjuntivo “*ou*” aponta claramente para uma relação alternativa entre estas duas situações, ou seja, para uma aplicação separada das mesmas<sup>(38)</sup>: dar-se-á por verificado o

---

<sup>(37)</sup> Pode ser importante, nomeadamente, para compreender que o conceito de “prejuízo de difícil reparação”, tradicionalmente consagrado no CPC (neste, deve o prejuízo ser, além disso, grave) e, a respeito da suspensão da eficácia de acto administrativo, na Lei de Processo nos Tribunais Administrativos (LPTA), não é um elemento constitutivo da tutela cautelar, mas apenas uma forma de o legislador positivizar o *periculum in mora*, sobretudo numa visão subjectivista, enquanto requisito de procedência da providência.

<sup>(38)</sup> Como refere MÁRIO AROSO DE ALMEIDA, aquela primeira expressão “*não pode deixar de ser encarada como um acrescento que vem complementar*” a segunda: “*para além das situações em que, anteriormente, se poderia admitir o risco da “produção de prejuízos de difícil reparação”, as providências passam a poder ser também concedidas quando exista o “fundado receio da constituição de uma situação de facto consumado”*” (O novo..., p. 258).

requisito do *periculum in mora* quando se verifique qualquer uma das hipóteses previstas no preceito em análise. Mais problemático é saber se esta dualidade de conceitos alternativos aponta no sentido da independência recíproca destes dois conceitos; dito de outra forma, importa saber se o emprego da expressão “ou” autoriza uma interpretação no sentido de considerar que a eventualidade da constituição de uma situação de facto consumado prescinde da produção de prejuízos de difícil reparação<sup>(39)</sup> e que, por outro lado, a possibilidade da produção de prejuízos de difícil reparação prescinde da constituição de uma situação de facto consumado.

Quanto ao conceito que figura em segundo lugar na estrutura do preceito, parece decorrer claramente da letra da lei que o tribunal deve dar por verificado o requisito do *periculum in mora* nos casos em que haja fundado receio de produção de prejuízos de difícil reparação para os interesses que o requerente visa prosseguir,

---

(39) ANA CUNHA qualifica de “maximalista” a interpretação da norma neste sentido, que “conduziria a sustentar que se pretende impedir a constituição de toda e qualquer situação de facto consumada, enquanto se discute o litígio no processo principal e, portanto, que se pode prescindir da verificação de um prejuízo de difícil reparação, sendo suficiente para fundar o *periculum in mora* a constituição de uma situação daquele tipo” (cit., pp. 429 e 430). Entende a autora ser de “arredar liminarmente” tal interpretação, na medida em que ela “equivaleria a decretar sistematicamente a suspensão da eficácia dos actos e normas administrativas, sempre que reunidos os requisitos concernentes ao *fumus boni iuris* e à ponderação de interesses, uma vez que a execução do acto ou da norma concretizam e consomem a definição do Direito realizada pela administração no plano fáctico”, o que representaria uma “radical alteração do modelo cautelar, muito próxima da instituição de um efeito suspensivo automático dos actos administrativos impugnados *graciosa* ou *contenciosamente*”, dado o sistema de administração executiva vigente no nosso ordenamento, pelo que o legislador teria previsto uma “referência explícita e inequívoca nesse sentido” caso o quisesse, efectivamente, prever (*idem*, pág. 430). Além de que, prossegue ANA CUNHA, com isso estaria o legislador a prescindir de “qualquer qualificação do tipo ou grau de *periculum in mora*”, sendo certo, por um lado, que “o *periculum in mora* consubstancia um elemento constitutivo da própria noção de tutela cautelar” e, por outro, que “não se pode deixar de exigir a verificação de um prejuízo, pois é exactamente o perigo de produção de um dano para o objecto sobre que versa o processo principal (...) que constitui a essência mesma deste requisito”. É, pois, segundo a autora, “indispensável que a intervenção judicial cautelar se revele necessária para neutralizar um prejuízo específico e particular, decorrente da morosidade própria do processo”, não sendo “possível, deste modo, interpretar o requisito da constituição de uma situação de facto consumada como se bastando com o prejuízo genérico de ter que aceder ao tribunal e aguardar a definição da controvérsia para obter a reintegração da ordem jurídica” (*idem*, *ibidem*).

independentemente da eventualidade da constituição de uma situação de facto consumado.

O entendimento do que sejam prejuízos de difícil reparação passa, necessariamente, por uma visão rigorosa do que deva entender-se por reparação.

O conceito de reparação, por essência, aponta para a integral reposição dos interesses do lesado: este deverá ser colocado na mesma situação ou em situação equivalente à que teria se não tivesse sido lesado. Esse efeito só será conseguido por via da reconstituição da situação de facto antecedente e, portanto, da reintegração específica da esfera jurídica do lesado nos casos em que não estejam apenas em causa interesses pecuniários e por via da reintegração por equivalente nos casos em que só interesses meramente pecuniários sejam lesados.

Esta perspectiva não pode, naturalmente, ser adoptada no campo sancionatório ou repressivo, em que, estando a lesão já consumada, não terá o lesado outro caminho senão o de conformar-se com uma compensação dos danos, no sentido de minorar a lesão, caso a reintegração específica da sua esfera jurídica não seja possível<sup>(40)</sup>. No domínio cautelar, porém, assente que está numa lógica de prevenção e pensado para funcionar num momento em que é ainda possível dar primazia à reparação integral dos danos, exige-se que a reparação seja tomada no sentido de reparação integral<sup>(41)</sup>, a qual passa, em princípio, pela reintegração específica e, em determinados casos, pela indemnização.

Isto posto, é possível concluir que a reparação dos prejuízos será difícil quando: (i) não estando em causa interesses pecuniários ou não estando apenas esses interesses em causa, se anteveja como difícil o estabelecimento de um *statu quo* a que se adeque a sentença a proferir; (ii) estando apenas em causa interesses pecuniá-

---

(40) Ou, no campo do direito civil, não seja ela apta a reparar integralmente os danos ou seja excessivamente onerosa para o devedor (artigos 562.º e 566.º, n.º 1, do Código Civil).

(41) “Mesmo que se admita uma indemnização de danos, por ser impossível uma reconstituição in natura, ainda assim haverá um déficit de justiça e um déficit de Estado de Direito” (ISABEL CELESTE FONSECA, “Para uma nova tutela cautelar na justiça administrativa. Prólogo de uma batalha...”, *Cadernos de Justiça Administrativa*, n.º 8, Março/Abril 1998, p. 44).



rios do requerente, se anteveja como difícil a obtenção efectiva de indemnização que cubra todos os prejuízos sofridos.

Constituem exemplos da primeira situação a dificuldade física de reposição, de facto, da legalidade, a sua excessiva onerosidade ou a possibilidade de invocação de causa legítima de inexecução para obstar a tal reposição. Exemplos da segunda situação são a dificuldade do requerido em suportar a indemnização em que eventualmente venha a ser condenado <sup>(42)</sup> ou a dificuldade na fixação dessa indemnização, “por os prejuízos serem de difícil avaliação pecuniária, pelo seu carácter variável, aleatório ou difuso” <sup>(43)</sup>.

Numa palavra, o prejuízo deve ter-se por dificilmente reparável quando se anteveja a dificuldade de reposição da legalidade, do ponto de vista dos interesses que o requerente visa defender, ou a dificuldade da sua compensação integral.

Quanto ao conceito de “constituição de uma situação de facto consumado”, põe-se a questão de saber se ele se esgota na esfera

---

<sup>(42)</sup> Trata-se de uma vertente do critério subjectivo de preenchimento do conceito de difícil reparação, adoptado em certas decisões dos tribunais cíveis, de acordo com o qual “a lesão deve considerar-se como sendo dificilmente reparável sempre que o requerido, em virtude da respectiva situação patrimonial, não possa suportar os encargos de uma indemnização para reparação da lesão, sendo assim provável que a lesão que o requerente venha a sofrer fique por ressarcir” (RITA LYNCE DE FARIA, cit., p. 37). É evidente que deve rejeitar-se este critério, quando aplicado numa perspectiva exclusiva; como justamente refere RITA LYNCE DE FARIA, não é “razoável impor a alguém, que é titular de um direito que se encontra na iminência de ser violado, que suporte essa lesão, sendo depois indemnizado por ela, já que o requerido tem possibilidades económicas de custear tal indemnização” (p. 37). A rejeição deste critério como exclusivo ou necessário não significa, no entanto, que ele não possa ser adoptado nos casos em que a indemnização integral dos prejuízos possa não ser suficiente para reparar o requerente, em virtude da insuficiência do património do requerido. Aplicando este critério ao processo administrativo, deve referir-se que não tem, hoje, qualquer cabimento a presunção de liquidez da Administração Pública.

<sup>(43)</sup> J. C. VIEIRA DE ANDRADE, *A justiça administrativa (Lições)*, Almedina, 3.<sup>a</sup> edição, 2000, p. 176. Repete-se o raciocínio adoptado na nota anterior: a necessidade de afastar o critério da insusceptibilidade de avaliação pecuniária do dano enquanto critério necessário ou exclusivo do preenchimento do conceito de prejuízo de difícil reparação — necessidade essa premente e sublinhada pela generalidade da doutrina — não deve, a meu ver, levar a que dele se prescindia em absoluto, na medida em que a sua adopção como um de vários critérios pode revelar-se bastante útil; casos haverá, na realidade, em que só a adopção deste critério torna possível a tutela cautelar de situações dela carecidas e merecedoras.



jurídica do requerente ou se, como parece indiciar a redacção legal — concretamente, o emprego do disjuntivo “ou” —, a constatação da eventualidade da constituição de uma situação de facto consumado prescinde de prejuízos de difícil reparação para o requerente.

A solução de aglutinar as duas expressões não parece satisfatória, dado que teria por resultado a consideração de que só existiria *periculum in mora* quando se desse a eventualidade da verificação de uma situação de facto consumado para os interesses do requerente, o que redundaria na afirmação da impossibilidade de reparação dos prejuízos. Haveria, então, *periculum in mora* quando houvesse fundado receio da produção de prejuízos irreparáveis ou da produção de prejuízos difícil reparação. Se assim fosse, bastaria ao legislador prever a situação de produção de difícil reparação, pois nessa previsão contemplaria já os prejuízos irreparáveis.

Dir-se-á que o legislador, ao introduzir a menção à constituição de situação de facto consumado, pretendeu ainda, com a conjugação dos dois conceitos, “afastar o critério da insusceptibilidade de avaliação económica e de indemnização pecuniária a posteriori, substituindo-se pelo critério, mais consentâneo com a função das providências cautelares e com o direito a uma tutela judicial efectiva, assente no critério da irreversibilidade e da restauração in natura” (44). Não se discute que a conjugação das duas expressões afasta, em definitivo, a aplicação exclusiva daquele cri-

---

(44) ANA CUNHA; a autora reputa esta interpretação de minimalista (cit., p. 429). Para a compulsão dos critérios da insusceptibilidade de avaliação económica e da irreversibilidade, cfr. MARIA FERNANDA MAÇAS, *A suspensão judicial da eficácia dos actos administrativos e a garantia constitucional da tutela judicial efectiva*, Coimbra Editora, 1996, pp. 174 e ss.. A propósito do critério da irreversibilidade, tem sido utilizada fora do contexto a afirmação do Prof. VIEIRA DE ANDRADE, no sentido de que a tutela cautelar “não pode implicar, em qualquer caso, um direito a uma reconstituição natural” (*A justiça...*, p. 183); julgo que este autor não se quer referir ao preenchimento do requisito do *periculum in mora*, mas apenas — e naturalmente — à ponderação de interesses ou danos, no sentido de considerar “a necessidade de realização do interesse público, eventualmente reforçado pelo interesse de outros particulares” (*idem, ibidem*). Não se pode perder de vista que estamos, ainda, no domínio do *periculum in mora* como requisito autónomo e, como tal, de verificação tendencialmente negativa; questão diferente é o papel do *periculum in mora* como elemento positivo de ponderação, como se verá em II.4..

tério restritivo e consagra inequivocamente o critério da irreversibilidade (45). Não parece, todavia, que a interpretação do preceito se esgote nessa conjugação: desde logo, sempre seria possível adoptar uma redacção mais restritiva e, como tal, mais clara; acresce que essa interpretação ficaria aquém das potencialidades da redacção normativa, não captando todos os aspectos do ordenamento processual administrativo.

Ora, justamente a propósito dos aspectos processuais administrativos, a solução interpretativa pode passar pela consideração dessas especificidades e, concomitantemente, do modelo plasmado no CPTA. Vem a propósito lembrar que o processo administrativo tutela jurisdicionalmente os direitos e os interesses legítimos dos cidadãos, mas também o interesse público: *“a justiça administrativa, no Portugal de hoje, não esgota a sua finalidade na plenitude da garantia jurisdicional administrativa conferida ao cidadão. Encontra ainda justificação na necessidade de defesa do interesse público legitimamente definido pelo legislador e, talvez mais especificamente, na necessidade permanente de garantir o equilíbrio entre aquelas duas realidades, definido na lei”* (46). Daí a necessidade, em termos gerais, da adopção de uma *“construção normativa que combine, sem preconceitos”* aspectos do modelo de justiça subjectivista e do modelo objectivista, *“aproveitando, na medida*

---

(45) MÁRIO AROSO DE ALMEIDA: *“da conjugação das duas expressões resulta a clara rejeição do apelo, neste domínio, a critérios fundados na susceptibilidade ou insusceptibilidade da avaliação pecuniária dos danos, pelo seu carácter variável, aleatório ou difuso, em favor do entendimento segundo o qual o prejuízo do requerente deve ser considerado irreparável sempre que os factos concretos por ele alegados permitam perspectivar a criação de uma situação de impossibilidade da reintegração específica da sua esfera jurídica, no caso de o processo principal vir a ser julgado procedente”* (O novo... p. 259). Já anteriormente ao CPTA o autor defendia que o critério da insusceptibilidade deveria *“ser definitivamente ultrapassado, devendo admitir-se que o prejuízo do recorrente é irreparável sempre que os factos concretos por ele alegados permitam perspectivar, segundo o critério da causalidade adequada, a criação de uma situação de impossibilidade de reintegração da sua esfera jurídica no caso de o acto vir a ser anulado”* (“Medidas...”, p. 143).

(46) MÁRIA DA GLÓRIA GARCIA, “Meios...”, p. 221. Cfr. igualmente L. F. COLAÇÃO ANTUNES, *O direito administrativo e a sua justiça no início do século XXI. Algumas questões*, p. 41.

do possível, as vantagens de cada um" (47) — o que, no meu entender, foi conseguido pelo legislador do CPTA.

Estas considerações, de âmbito genérico, não deixam de ser aplicáveis à tutela cautelar de direito administrativo (48). É certo que o impulso recebido pela tutela cautelar neste domínio se deve sobretudo a uma visão subjectivista da justiça administrativa (49); mas isso não impede que o interesse público — *rectius*, as várias manifestações do interesse público — seja englobado no conjunto dos interesses susceptíveis de serem tutelados cautelarmente. Na verdade, pode bem acontecer que seja o próprio interesse público previsto na lei habilitante da actividade administrativa a sofrer prejuízos irreparáveis ou a exigir a adopção de uma providência cautelar, com mais intensidade do que o particular lesado (50). Como pode acontecer — e acontece, cada vez mais frequentemente —

---

(47) J. C. VIEIRA DE ANDRADE, *A justiça...*, p. 47. Como refere este autor, "a necessidade de asseverar os direitos individuais contra a Administração não pode fazer esquecer as realidades actuais da difusão de interesses e da intercomunicação de solidariedades, que apontam para uma nova legalidade social e exigem mecanismos comunitários para a sua realização" (*idem, ibidem*).

(48) É necessário, como adverte MARIA DA GLÓRIA GARCIA, não esquecer "o pano de fundo em que a problemática dos meios cautelares se insere e que importa ter presente, tanto mais que, diferentemente do que acontece em processo civil, essa reflexão toca em questões tão delicadas e candentes como o relacionamento do indivíduo com o todo social, o poder estadual e a sua ligação ao direito, os posicionamentos relativos dos políticos, legislador, administrador e juiz" ("Meios...", p. 211).

(49) "Com o objectivo de conferir efeito útil à sentença jurisdicional e garantir o sentido presente dos direitos que o tribunal reconhece ou declara, nasceram as medidas cautelares, que assim fazem parte integrante do contencioso subjectivo. Paralelamente, num contencioso exclusivamente voltado para a garantia da norma e do futuro que com ela vai convocado, as medidas cautelares são dispensadas. O contencioso da norma, de natureza objectiva, não lhes sente a falta" (MARIA DA GLÓRIA GARCIA, "As medidas cautelares entre a correcta prossecução do interesse público e a efectividade dos direitos dos particulares", *Cadernos de Justiça Administrativa*, n.º 22, Julho/Agosto 2000, p. 53).

(50) Pode, aliás, suceder que o particular se satisfaça com a indemnização dos danos causados pela actividade administrativa ilegal (ou mesmo que prefira essa indemnização), ainda que esta não cubra todos esses danos — e, no entanto, ser o próprio interesse público o mais lesado com a produção de efeitos irreversíveis *medio tempore*. Mesmo nos casos em que não se verifique a produção de efeitos irreversíveis, pode acontecer que a reconstituição (parcial) da situação anterior à prática da actividade declarada ilegal seja mais gravosa para o interesse público do que lesiva para o particular afectado; sobre este aspecto, cfr. MARIA FERNANDA MACÁS, *A suspensão...*, p. 183.

que o juiz administrativo seja confrontado, no momento da tutela cautelar, com relações jurídicas multipolares ou poligonais <sup>(51)</sup>. E, aliás, bem se pode dizer que a necessidade de atempada reposição da legalidade é mais intensa no ordenamento administrativo do que no civil, não só pela importância para o correcto exercício da função administrativa <sup>(52)</sup>, como pelo acrescido valor que neste campo pode imputar-se ao interesse público inerente à boa e efectiva aplicação da justiça <sup>(53)</sup>.

Por isso, não se vêem razões para deixar sem tutela cautelar o interesse público — ou determinados afloramentos do interesse público —, na medida em que se mostre necessária para evitar a lesão irreversível desse interesse. É certo que o CPTA reservou a legitimidade activa para a defesa do interesse público e de certos interesses colectivos ao Ministério Público e às associações e fundações adrede constituídas; mas não se vê que isso impeça o aproveitamento do processo desencadeado pelo particular para salvar a utilidade da sentença face à possibilidade da ocorrência de lesões irreparáveis para o interesse público ou interesses colectivos. Não se compreenderia que o juiz, constatando a iminência

---

<sup>(51)</sup> Relações que, nas palavras de J. J. GOMES CANOTILHO, se caracterizam pela existência de vários “*complexos de interesses públicos e privados colocados de um lado e do outro da equação metódica (interesses públicos + interesses privados contra interesses públicos + interesses privados)*” (“Privatismo, associativismo, e publicismo na justiça administrativa do ambiente (as incertezas do contencioso ambiental)”, *Revista de Legislação e Jurisprudência*, p. 20).

<sup>(52)</sup> A produção de factos consumados ou situações irreversíveis diminui substancialmente a eficácia restauradora das sentenças, desprestigia os tribunais e desacredita o recurso contencioso (MARIA FERNANDA MAÇÃS, *A suspensão...*, pp. 23 e 24).

<sup>(53)</sup> Bem se compreende, pois, que, também no que se refere às regras cautelares, se estructure o processo por forma a satisfazer as “*exigências do «génio próprio» do Contencioso Administrativo*” (J. M. SÊRVULO CORREIA, *apud* Hauriou; “O prazo de alegações e recurso fundado em oposição de acórdãos do Supremo Tribunal Administrativo: um caso paradigmático do problema da aplicação da lei no contencioso administrativo”, *Revista da Ordem dos Advogados*, 1990, II, p. 377). Foi, justamente, esta necessidade de garantir a aplicação de uma justiça cautelar consonante com o “*génio próprio*” do contencioso administrativo uma das razões que levou a grande maioria da doutrina, no contexto do projecto de reforma, a criticar a manutenção da remissão para as providências do CPC, apelando à introdução, no novo Código, de um regime específico de tutela cautelar administrativa, sobretudo no domínio dos pressupostos de concessão das providências.

de uma lesão irreparável para o interesse público e de um prejuízo grave (ainda que facilmente reparável) para o requerente, estivesse impedido de decretar a providência, devendo conformar-se, perante a passividade do Ministério Público <sup>(54)</sup>, com a constituição da situação de facto consumado.

De modo que, na minha opinião, a expressão legal relativa à constituição de facto consumado deve levar ao preenchimento do *periculum in mora* sempre que seja provável a constituição de uma situação de facto consumado relativamente a interesses públicos ou colectivos relevantes, com a produção de prejuízos graves <sup>(55)</sup> para a esfera do requerente da providência <sup>(56)</sup>.

Em suma, verificando-se os demais requisitos, a providência cautelar deve ser concedida quando houver fundado receio de que será impossível ou difícil, “no caso de o processo principal vir a ser julgado procedente, proceder à reintegração, no plano dos fac-

---

<sup>(54)</sup> Refira-se, aliás, em abono desta solução a tradicional passividade do Ministério Público em sede cautelar, sobretudo quando o interesse público em perigo converge com o interesse de particulares. Porque não, então, ser o juiz a zelar pela legalidade e pela prossecução do interesse público, quando o Ministério Público o não faça.

<sup>(55)</sup> Mesmo que a reintegração específica da esfera do requerente, após a prolação da sentença, não seja impossível ou difícil. Nestes casos, sendo o prejuízo grave, ele merece a tutela cautelar, sobreposta à do interesse público ou colectivo, na medida em que não é indiferente para o recorrente esperar pela sentença, dado que será obrigado a suportar um prejuízo relevante e gravoso durante muito tempo (vem a propósito recordar a máxima de Chiovenda, segundo a qual a demora na resolução do litígio não deve prejudicar quem tem razão). Não sendo grave o prejuízo, a espera pela definição completa do direito é indiferente, ou quase, pelo que não deve o requerente ser protegido cautelarmente, mesmo quando possa verificar-se uma situação de irreversibilidade para os interesses objectivos em causa. Nesse caso, a tutela destes interesses objectivos não aproveita, lateralmente, a iniciativa do particular, sendo aí necessário um impulso ou uma intervenção posterior do Ministério Público ou uma iniciativa de associações ou fundações.

<sup>(56)</sup> Diferente é a interpretação preconizada por ANA CUNHA, que tem por alcance mínimo uma abertura do conceito tradicional de *periculum in mora* no sentido de evitar o critério da insusceptibilidade de avaliação económica, podendo ainda “constituir uma espécie de válvula de segurança para situações que, não consubstanciando um prejuízo de difícil reparação, consubstanciem um prejuízo grave, não sendo exigível que o interessado suporte, no caso concreto, a constituição de uma situação de facto consumada, embora reversível, por implicar um excessivo rigor e deferência ao respeito do sistema de administração executiva, sem que exista um interesse público prevalecente que o justifique” (cit., p. 431).

tos, da situação conforme à legalidade" (57). Concretizando, relativamente ao requerimento apresentado por particular, assim sucederá nos seguintes casos:

- impossibilidade da reconstituição *in natura* da esfera jurídica do requerente, tratando-se de interesses não meramente pecuniários (situação de facto consumado);
- impossibilidade da reparação integral por equivalente, tratando-se de interesses meramente pecuniários (situação de facto consumado);
- produção de lesão irreparável para um interesse público ou colectivo e de lesão grave para o requerente, apesar de não ser impossível nem difícil a reconstituição *in natura* ou a reparação integral por equivalente da esfera do requerente (situação de facto consumado);
- dificuldade da reconstituição *in natura* da esfera jurídica do requerente, tratando-se de interesses não meramente pecuniários (prejuízos de difícil reparação);
- impossibilidade da reparação integral por equivalente, tratando-se de interesses meramente pecuniários (prejuízos de difícil reparação).

## 2.2. Aferição

Diversa do preenchimento do conceito de *periculum in mora* é a questão relativa ao conhecimento que dele faça o juiz. A este propósito, o CPTA não fornece tantos elementos de interpretação como — ver-se-á no ponto seguinte — o faz no domínio do *fumus boni iuris*, no qual o conceito é concretizado, de forma gradativa, pelo legislador. No respeitante à intensidade do conhecimento do *periculum in mora* pelo juiz, o CPTA limita-se a exigir que haja “fundado receio” da constituição de situação de facto consumado ou da produção de prejuízos de difícil reparação — o que, na minha opinião, é já suficiente para rejeitar a defesa de um juízo de certeza.

(57) Expressão de MÁRIO AROSO DE ALMEIDA, *O novo...*, pp. 260 e 261.

Não é esse, porém, o entendimento da jurisprudência cível — no que é acompanhada por alguma doutrina<sup>(58)</sup> — relativamente a idêntica expressão do CPC (artigo 384.º, n.º 1). A orientação aí dominante a propósito da interpretação da expressão legal “*fundado receio*” aponta para um juízo de realidade ou certeza relativamente ao conhecimento do requisito do *periculum in mora* (contrariamente ao que sucede relativamente ao *fumus boni iuris*), assim se exigindo a produção de prova *stricto sensu* dos respectivos factos constitutivos.

A aludida orientação parece resultar, sobretudo, da tendência para a cristalização e reprodução da jurisprudência já existente, sendo certo que as primeiras decisões judiciais assentaram na construção edificada, nos anos 30, pela doutrina italiana. E, a esse respeito, parece terem sido escritas hoje as considerações tecidas pelo Prof. ALBERTO DOS REIS no remoto ano de 1947, em que, dando conta da posição dos tribunais portugueses da jurisdição dita comum relativamente à doutrina de Calamandrei<sup>(59)</sup>, referia: “os

---

<sup>(58)</sup> ANSELMO DE CASTRO, *Direito processual civil declaratório*, vol. I, p. 141; RODRIGUES BASTOS, *Notas ao Código de Processo Civil*, vol. II, p. 169; na doutrina do processo administrativo, MARIA FERNANDA MAÇÃS, *A suspensão...*, p. 252) e, referindo-se a “*um juízo próximo da certeza*”, ISABEL CELESTE FONSECA (*Introdução...*, p. 101). Sustentando o mesmo grau de convicção ou o mesmo apoio na probabilidade para ambos os critérios em análise, ADELINO DA PALMA CARLOS, “Procedimentos cautelares antecipadores”, *O Direito*, ano 105, Janeiro/Março 1973, p. 241; ANTUNES VARELA *et al*, *Manual de processo civil*, 2.ª edição, 1985, p. 24; MARIA DOS PRAZERES BELEZA, “Procedimentos cautelares”, *Enciclopédia Verbo da Sociedade e do Estado*, IV, p. 1503. Afirmando a aferição em função do caso concreto, ALBERTO DOS REIS, “A figura...”, pp. 48 e ss., e *Código...*, p. 623; ABRANTES GERALDES, *Temas da reforma do processo civil*, III vol., *Procedimento cautelar comum*, 2.ª edição, p. 88; RITA LYNCE DE FARIA, *cit.*, p. 153.

<sup>(59)</sup> Segundo ALBERTO DOS REIS, é a seguinte a tese de Calamandrei: quanto ao *fumus boni iuris*, “o conhecimento do tribunal traduz-se num juízo de mera probabilidade ou verosimilhança. Apurar se o direito existe realmente, é função da sentença definitiva, a proferir no processo principal; para a emissão da providência cautelar basta que a existência do direito se apresente como verosímil, isto é, que haja elementos para prever ou conjecturar que a decisão definitiva venha a ser favorável ao requerente”; quanto ao *periculum in mora*, “pode admitir-se que a providência cautelar assente sobre um juízo, não de probabilidade, mas de certeza. Quer dizer, concebe-se que o tribunal se certifique da existência de condições de facto capazes de pôr em risco a satisfação do direito aparente. Mas porque um conhecimento profundo e completo do perigo pode demandar uma investigação incompatível com a urgência da medida cautelar, compreende-se que a apreciação jurisdicional do segundo requisito seja mais ou menos segura, consoante as circunstâncias e fins especiais de cada providência”; e, uma vez reportada esta posição, concluiu: “parece-nos exacta a doutrina de Calamandrei” (“A figura...”, p. 51).

nossos tribunais têm-na adoptado (...), mas alterando um pouco o seu ponto de vista a respeito da verificação do 2.º requisito [*periculum in mora*]. Tem-se dito e repetido entre nós: para a determinação do 1.º requisito [*fumus boni iuris*] basta um juízo de probabilidade, mas para a determinação do 2.º é indispensável um juízo de certeza". E, de seguida, o autor refutava este entendimento dos nossos tribunais: "não é assim. A apreciação do perigo de insatisfação do direito não implica necessariamente a formação dum juízo de segurança e certeza; nem é esse o pensamento de Calamandrei, como acabamos de assinalar, nem é o sentido exacto da lei, como vamos ver. Calamandrei não afirma que a verificação do perigo de insatisfação demande sempre, e forçosamente, um juízo de certeza; o que diz é que se concebe como possível e admissível, nesta parte, um maior grau de segurança do que na apreciação do 1.º requisito; mas logo a seguir adverte que um conhecimento completo e profundo sobre a existência do perigo pode exigir uma demora incompatível com a urgência da medida cautelar, pelo que a apreciação do perigo há-de acomodar-se, em cada caso, aos fins especiais da providência de que se trata" (60).

Intui-se da análise acabada de expor que a razão de ser da distinção de aferição dos dois requisitos não tem rigorosamente a ver com a afirmação da necessidade de um juízo certo para aferição do *periculum in mora*, mas antes com a preocupação de assegurar que a aferição, em sede cautelar, da procedência da acção principal seja necessariamente feita com base em critérios de probabilidade ou verosimilhança; posto ao contrário, dir-se-ia que o interesse não seria o de impedir que o *periculum in mora* fosse aferido com base em critérios de probabilidade, mas o de impedir que o *fumus boni iuris* o fosse com base na certeza.

---

(60) *Idem, ibidem*. Posteriormente, em anotação ao CPC, ALBERTO DOS REIS reiterou a sua opinião, afirmando, depois da análise de cada uma das providências: "não se pode, porém, afirmar, como quer a jurisprudência dos nossos tribunais, que no tocante ao 2.º requisito o decretamento da providência haja de assentar sempre num juízo de certeza; o juízo pode também ser de probabilidade, maior ou menor, conforme as circunstâncias. É esta, de resto, a lição de Calamandrei, que escreve o seguinte: «Todavia, por que um conhecimento completo e profundo sobre o requisito do perigo poderia demandar uma investigação incompatível com a urgência da providência, a apreciação do perigo pode realizar-se de maneiras diversas, consoante os fins especiais a que cada tipo de medida cautelar se destina» (Introduzione cit., pág. 65)" (Código..., p. 623).



É que a definição jurídica da questão submetida à apreciação do tribunal tem lugar, tanto no processo cautelar, como no principal. Se o juízo cautelar relativo à definição jurídica (provisória) da questão assentar na certeza, então tal juízo será ilegal (a providência foi “*decretada indevidamente ou sem fundamento*”) caso o tribunal venha a apurar que o requerente da providência “*não tem o direito que se arrogava e julga a acção improcedente*”. Assim não sucederá, porém, no caso de se garantir que “*a providência assentou, não sobre a verificação solene da existência do direito, mas sobre a verificação da aparência do direito*”; “*não sobre um juízo de certeza, mas sobre um juízo de mera probabilidade ou verosimilhança*” (61). Há, assim, além do mais, conveniência em que o juízo cautelar nesta matéria assente na probabilidade.

Já o *periculum in mora*, sendo exclusivo do processo cautelar, nele se esgota. Como tal, não há o risco de vir a ser objecto de apreciação diversa no processo principal, pelo que nada obsta, por este lado, à sua aferição certa ou à prova *stricto sensu* dos seus factos constitutivos (62).

Não se pode, porém, ignorar que as providências cautelares visam remover um *periculum in mora* que pode estar iminente, pelo que devem pautar-se também pela sumaridade, para que tenham elas próprias utilidade (63), podendo, também neste aspecto,

(61) As expressões citadas neste parágrafo são do Prof. ALBERTO DOS REIS (“A figura...”, pp. 81 e 82).

(62) RITA LYNCE DE FARIA: “*naturalmente que, o facto de o periculum in mora constituir um pressuposto exclusivo do procedimento cautelar, não sendo posteriormente apreciado em sede de acção principal, faz com que o juízo de verosimilhança a emitir se deva aproximar da certeza. Isto não equivale a afirmar, todavia, que é necessário efectuar a prova stricto sensu dos respectivos factos constitutivos*” (cit., pp. 154 e 155).

(63) “*A sua tramitação há-de ser forçosamente simples e rápida, sob pena de a estrutura estar em flagrante desarmonia com a função*” (ALBERTO DOS REIS, “A figura...”, 45, 46). Curiosamente, parte da doutrina que sustenta a necessidade de um juízo de certeza relativamente à produção do dano justifica a mera probabilidade relativamente à aparência do direito com base na sumaridade necessária. É o caso de ANSELMO DE CASTRO, que, como justificação para a *summária cognitio* relativamente ao direito, refere que “*o conhecimento exaustivo traria inconvenientes, pois nesse caso o processo seria tão moroso como a acção principal, ficando, assim, frustrados os objectivos prosseguidos através dos procedimentos cautelares*” (cit., p. 140). Ora, a meu ver, também o conhecimento exaustivo dos danos não se compadece com a sumaridade e a urgência inerentes à função cautelar.

a urgência da providência não se compadecer com a delonga inerente à certeza no apuramento do *periculum in mora* (64).

Como se deixou referido, a providência cautelar visa prevenir a utilidade ou eficácia da sentença contra perigos que ainda não ocorreram ou salvar (porventura, parcialmente) tal sentença relativamente a ulteriores prejuízos que para a sentença possam advir, razão pela qual só faz sentido se vista de um prisma preventivo, não lhe cabendo qualquer função repressiva. Se assim é, então a providência visa prevenir um determinado acontecimento futuro, e só se poderá saber se é ou não necessária essa prevenção “olhando para o futuro” — o que implica um exercício prognóstico. E, como não é possível retirar desse exercício uma certeza ou fatalidade — mas meras conjecturas —, mais não poderá o juiz fazer que averiguar se é ou não *provável* ou *verosímil* o acontecimento temido. No que se refere à aferição do perigo, não pode, pois, haver dúvidas de que forçosamente recairá sobre um juízo de mera *probabilidade* ou *verosimilhança*.

Acresce que a averiguação do *periculum in mora* pode não se confinar à prognose sobre se ocorrerá ou não um determinado evento; pode passar também por saber se esse evento pode causar um determinado prejuízo: de acordo com as regras da causalidade adequada, um evento temido há-de ser apto a provocar uma situação de facto consumado ou um prejuízo de difícil reparação (65). Situações haverá, assim, em que é necessário averiguar se é *provável* a ocorrência de determinado evento e se é *provável* que esse evento leve a um determinado resultado nocivo para a plena utilidade da sentença a proferir.

É certo, por outro lado, que só faz sentido decretar uma providência cautelar para acautelar o efeito útil da sentença de que é instrumento, dado que, não existindo tal receio, deve aguardar-se

(64) A aplicação pelos nossos tribunais desta doutrina não deixa de ser irónica: retirando a jurisprudência a conclusão de que o *periculum in mora* tem que assentar na certeza, nenhuma ilação retira quanto à questão da apreciação do direito — relativamente à qual, cada vez mais, aproxima o processo cautelar do principal.

(65) Refere-se ao critério da causalidade adequada, para o efeito de saber se os factos concretos alegados permitem perspectivar a criação de uma situação de impossibilidade de reintegração, MÁRIO AROSO DE ALMEIDA (“Medidas...”, p. 143).

pela decisão final. E aqui é que bate o ponto: o *receio* que interessa ao direito é só aquele que, analisado objectivamente, seja *fundado* (“compreensível ou justificado”) <sup>(66)</sup>. É esta — e só esta — a exigência legal: o receio invocado pelo requerente há-de ser objectivamente qualificado como tal (não dependendo de meras conjecturas subjectivas) <sup>(67)</sup>.

É claro que, para que se dê por verificado um receio fundado, é necessário que se verifiquem indícios que levem a esse receio <sup>(68)</sup>. Isso não significa, porém, que o tribunal deva exigir, relativamente à verificação desses indícios ou no apuramento dos factos, o mesmo grau de convicção requerido na prova em sede de processo principal. Tudo dependerá do caso concreto, da prova requerida e da proximidade ou iminência do perigo que cumpre remover. Poderá bem suceder que, num primeiro juízo de prognose face à proximidade do dano, o juiz conclua que a tutela necessária se compadece com a

<sup>(66)</sup> ANTUNES VARELA *et al.*, cit., p. 25.

<sup>(67)</sup> “Não basta, decerto, qualquer receio vago e inconsistente; é indispensável que o receio seja justo, quer dizer, fundado em factos atitudes, indícios seguros; mas daí à proposição de que o tribunal só deve decretar as providências quando tenha adquirido a certeza de que vai produzir-se a lesão, a distância é grande” (ALBERTO DOS REIS, “A figura...”, p. 58). Recentemente, RITA LYNCE DE FARIA: não pode ser considerado “o temor apenas decorrente do estado de espírito e receios pessoais do requerente” (cit., p. 153); a autora adverte que “a exigência de que o receio de lesão se mostre fundado não é incompatível com a suficiência da mera justificação do mesmo. Aquele adjectivo refere-se à necessidade de o periculum in mora decorrer de factores objectivos, não podendo basear-se apenas em mero temor subjectivo, sem qualquer correspondência com a realidade” (*idem*, *ibidem*).

<sup>(68)</sup> É neste domínio que merece, a meu ver, especial relevo a consideração, pelo juiz, do comportamento do requerido (sobretudo, da Administração), quer na perspectiva extrajudicial, quer na judicial, por forma a apurar da sua propensão para a prática de uma conduta potencialmente lesiva dos interesses em causa; será esse comportamento que, em grande parte dos casos, poderá fornecer indícios no sentido de concluir que o requerido se prepara para provocar situações de facto consumado ou que levem a prejuízos de difícil reparação. Na doutrina do processo administrativo, a consideração, pelo tribunal, em sede cautelar, do comportamento da Administração tem sido sobretudo defendida no domínio do *fumus boni iuris* e para efeitos de conclusão no sentido de falta de contestação séria relativamente às pretensões dos particulares. Na opinião de MÁRIO AROSO DE ALMEIDA, “o tribunal deve tomar também em linha de conta o comportamento, judicial e extrajudicial, que entretanto a Administração tenha assumido, na medida em que tal comportamento também possa, pelo seu lado, fornecer indícios da adopção, por parte dela, de uma atitude de desrespeito pela ilegalidade” (*O novo...*, p. 256; também já em “Medidas...”, p. 142). Também ANA CUNHA, cit., p. 433.

averiguação exaustiva da matéria de facto relativa ao *periculum in mora*. Como poderá, pelo contrário, suceder que, exaustivamente demonstrada a matéria de facto, venha a providência a revelar-se inútil, pela anterior ocorrência do acontecimento receado <sup>(69)</sup>.

E se, em certos casos, deve recair sobre o requerente o ónus da demonstração do *periculum in mora* por ser ele o interessado na providência, assim suportando o risco de impossibilidade de prova cabal, já assim não deve suceder nos casos em que o *fumus boni iuris* seja intenso — pois se existe a forte aparência de direito do lado do requerente, não há razões para que seja ele a carregar com o risco das circunstâncias, muitas vezes provocadas pelo próprio requerido — ou nos casos em que, sendo requerida uma providência conservatória, se verifique que tal providência nenhum prejuízo causa ao requerido.

No processo administrativo, por maioria de razão, não tem cabimento a exigência de prova completa dos factos constitutivos do justo receio de constituição de facto consumado ou de produção de prejuízo de difícil reparação, uma vez que não estão apenas em jogo relações entre privados, podendo, como referido, estar também em jogo interesses públicos, interesses colectivos e, frequentemente, interesses privados convergentes em grande número, os quais podem ser prejudicados com a inutilidade da sentença, gerada pela inutilidade da própria providência cautelar.

O requisito relativo ao *periculum in mora* há-de ser, pois, aferido em função das circunstâncias concretas, sem que se possa afirmar, necessariamente e em abstracto, a necessidade de certeza.

### 3. APARÊNCIA DE DIREITO

#### 3.1. Gradação

Ainda nas situações em que não seja evidente a procedência ou a improcedência da pretensão do processo principal — certamente as mais frequentes —, uma vez verificado o requisito do

<sup>(69)</sup> Como refere MARIA DOS PRAZERES BELEZA, "não teria sentido a exigência da demonstração da ocorrência da lesão, pois que já a providência seria ineficaz para a evitar" (cit., p. 1503).

*periculum in mora*, deverá o tribunal indagar sobre a verificação do requisito do *fumus boni iuris*. Consagra, assim, o CPTA, pela primeira vez no processo administrativo, em termos gerais, o critério da ponderação do fundamento da pretensão do processo principal.

Para o efeito, o CPTA estabelece uma distinção entre as providências conservatórias e as antecipatórias. Estando em causa a adopção de uma providência conservatória, basta, para dar por verificado o requisito e seguir para a ponderação de interesses, que “*não seja manifesta a falta de fundamento da pretensão*” formulada ou a formular no processo principal “*ou a existência de circunstâncias que obstem ao seu conhecimento de mérito*” (alínea b) do n.º 1 do artigo 120.º). Já quando esteja em causa a adopção de uma providência antecipatória, o preenchimento do requisito exige que “*seja provável que a pretensão formulada ou a formular nesse processo venha a ser julgada procedente*” (alínea c) do n.º 1 do artigo 120.º) (70). O critério relativo ao *fumus boni iuris* encontra-se, pois, consagrado na vertente negativa relativamente às providências conservatórias e na sua vertente positiva quanto às antecipatórias (71).

Esta graduação de intensidade do *fumus boni iuris* em função do tipo de providência requerida ou adoptada (72) tem repercussões

---

(70) No contexto da reforma do processo administrativo, MARIA FERNANDA MAÇAS referia que o *fumus boni iuris* “*poderia desempenhar um papel variável, com um grau e intensidade diversos em conformidade com as circunstâncias da situação concreta*”, defendendo que, “*em relação à tutela cautelar de conteúdo antecipatório*”, deveria “*exigir-se um fumus boni iuris qualificado*” (“As medidas...”, p. 366). Já antes, ISABEL CELESTE FONSECA informava que se vinha defendendo “*a comprovação de um fumus boni iuris qualificado*” “*perante a tutela cautelar com estrutura antecipatória*” (Introdução..., p. 120).

(71) Ou, como também vem sendo referido, as providências conservatórias estão sujeitas ao critério do *fumus non mali iuris* e as antecipatórias ao do *fumus boni iuris*. Aquela expressão latina — como informa ANA CUNHA na esteira de Mariano Protto (cit., p. 434, nota 930) — nasceu da ironia da Comissão Europeia, em sede de alegações no Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias.

(72) Se o tribunal, ouvidas as partes e com vista a evitar a lesão dos interesses defendidos pelo requerente e causar menor lesão aos interesses contrapostos, estiver em condições de accionar a facultade-dever previsto no n.º 3 do artigo 120.º, adoptando providência conservatória em lugar da antecipatória requerida, deverá ter em consideração, para efeitos do preenchimento do pressuposto do *fumus boni iuris*, o critério previsto na alínea b) do n.º 1 do artigo 120.º.

no domínio do conhecimento da matéria de facto e no do conhecimento da matéria de direito <sup>(73)</sup>.

Relativamente aos factos, estando em causa uma providência conservatória e não sendo a questão controvertida apenas de direito, cabe ao requerido invocar factos tendentes a inculcar no juiz a convicção de que a pretensão do requerente no processo principal é infundada, devendo demonstrar tais factos; se o não fizer, não será por aí que a providência será recusada. Dir-se-ia, assim, que o requerente está dispensado de invocar os factos constitutivos do direito; e, se o fizer, a lei basta-se com a mera alegação desses factos, caso os mesmos não sejam contraditos pelo requerido. Mais: a prova do requerido terá de tornar "*manifesta a falta de fundamento da pretensão*" do requerente no processo principal (artigo 120.º, n.º 1, alínea b)), razão pela qual, logicamente, o grau de convicção do tribunal relativamente aos factos alegados pelo requerido se situará próximo da certeza <sup>(74)</sup>. O risco de a sumaridade e a urgência do processo não se compadecerem com a obtenção dessa certeza <sup>(75)</sup> corre, portanto, pelo requerido, dando-se o critério por verificado em caso de dúvida quanto aos factos constitutivos.

Também o risco da apreciação do direito aplicável — a ter lugar se a questão for apenas de direito ou se o requerido tiver demonstrado factos tendentes a contradizer os do requerente — corre pelo requerido, na medida em que a aplicação do direito terá que apontar no sentido da manifesta falta de fundamento da pretensão deduzida a título principal pelo requerente. Sendo a questão jurídica complexa ou controversa, o tribunal deverá dar por verificado este requisito <sup>(76)</sup> — sem prejuízo, evidentemente, da ulterior ponderação dos danos.

No que respeita às providências antecipatórias, o tratamento de facto e de direito é diverso.

<sup>(73)</sup> Refere-se ao "*juízo da matéria de facto*" e ao "*juízo da matéria de direito*", a propósito da tutela cautelar processual civil, RITA LYNCE DE FARIA, cit., pp. 142 e ss..

<sup>(74)</sup> Neste caso, a lei aponta para a certeza dos factos, ao contrário do que, como referido no ponto 2.2. supra, sucede relativamente à alegação de *periculum in mora* pelo requerente.

<sup>(75)</sup> "*O custo temporal do procedimento cautelar*", na excelente formulação de RITA LYNCE DE FARIA (cit., p. 153).

<sup>(76)</sup> Neste sentido, ANA CUNHA, cit., p. 435.

No plano dos factos, cabe ao requerente demonstrar uma factualidade que leve a que, subsumida no direito, faça antever a probabilidade de sucesso do seu pedido na acção principal. Não significa isto que o grau de convicção quanto à prova produzida seja o mesmo que terá lugar no processo principal, na medida em que o juízo cautelar é, forçosamente, um juízo de verosimilhança ou probabilidade; simplesmente, “*é necessário que o espírito do julgador tenda mais para a verdade da alegação do requerente, do que para o inverso*” (77), pelo que o risco da controvérsia relativamente à matéria de facto corre pelo requerente (78).

Relativamente à matéria de direito, deve resultar do exame perfunctório a probabilidade de procedência da pretensão do requerente no processo principal, pelo que a dúvida joga, também nesta matéria, contra o requerente. Deste modo, o risco de a sumaridade e a urgência não se compadecerem com um exame de probabilidade — por exemplo, em caso de “*operações de grande complexidade, pela dificuldade de interpretação das normas ou, mesmo, pela possibilidade de várias soluções de direito admissíveis*” (79) — correrá, em princípio, contra o requerente.

Em princípio, mas não sempre. Não parece justo que a complexidade das questões, por si só, leve à desprotecção cautelar do requerente, nos casos em que os danos da falta dessa tutela cautelar sejam consideravelmente superiores aos que da providência resultariam. Assim, quando esteja em causa a antecipação cautelar de *interesses fundamentais* do requerente que, de outro modo, se perderiam irreversivelmente e *não seja provável a improcedência* da pretensão do requerente na acção principal, deverá o tribunal socorrer-se do critério da ponderação de interesses, conjuntamente

---

(77) RITA LYNCE DE FARIA, cit. p. 144.

(78) CARLA AMADO GOMES defende, em tese geral, mesmo abstraindo do regime do CPTA, que “*o peso probatório dos elementos apresentados*” relativamente a uma providência antecipatória deve ser superior ao de uma conservatória (“*Algumas cautelas são excessivas no contencioso administrativo*”, *Cadernos de Justiça Administrativa*, n.º 36, Novembro/Dezembro 2002, p. 51).

Para uma visão dos autores estrangeiros que defendem que, nas providências antecipatórias, “*devem colocar-se exigências mais fortes quanto à apreciação da matéria de facto*”, cfr. RITA LYNCE DE FARIA, cit., 144, nota 389.

(79) RITA LYNCE DE FARIA, cit., p. 147.

com a aplicação da regra de adopção da providência que menor lesão cause ao requerido <sup>(80)</sup>.

Para isso aponta uma interpretação conforme com o princípio constitucional da tutela jurisdicional efectiva, apesar da consideração do *fumus boni iuris* como critério de exclusão autónoma, antecedente da ponderação de interesses.

Para isso aponta igualmente o regime previsto no artigo 132.º, ao qual subjaz a ideia de que, estando em causa direitos, liberdades e garantias e direitos fundamentais de natureza análoga <sup>(81)</sup> ou a possibilidade de lesão iminente e irreversível de interesses de especial relevância <sup>(82)</sup>, deve evitar-se que a usura do tempo prejudique tais direitos ou interesses, estabelecendo nomeadamente a

<sup>(80)</sup> Em sentido semelhante, ANA CUNHA, cit., p. 436. Contra, nomeadamente por não achar fundamento na ordem processual civil para tal interpretação, RJTA LYNCE DE FARIA, cit., pp. 151 e ss.; esta autora pronuncia-se sobre a questão a propósito da tese de Leipold, que enuncia com detalhe, de acordo com a qual, quando a questão de direito seja complexa, deve o tribunal abstrair da análise dos fundamentos de direito e ponderar os interesses envolvidos.

<sup>(81)</sup> Apesar da filiação da opção legislativa subjacente ao artigo 131.º — e, de resto, ao artigo 109.º no n.º 5 do artigo 20.º da CRP, o CPTA, contrariamente ao Anteprojecto, não restringiu este regime aos direitos, liberdades e garantias pessoais, pelo que deve entender-se que tais regimes valem para todos os direitos, liberdades e garantias. E, tendo em consideração o previsto no artigo 17.º da CRP, o regime específico dos direitos, liberdades e garantias deve estender-se a todos os direitos fundamentais de natureza análoga. Como refere CARLA AMADO GOMES a propósito do processo urgente de intimação para protecção de direitos, liberdades e garantias, “a abertura manifestada pelo legislador ao afastar a limitação da natureza pessoal do direito revela a intenção de alargar o âmbito da providência; por outro lado, na medida em que a criação de um meio processual como a intimação reflecte a preocupação com a tutela especialmente célere de certos direitos que, pela sua natureza, espelham de forma mais sensível a relação do cidadão em face do Estado — e essa natureza comunica-se a outras posições jurídicas “de fora do catálogo”; por fim, e invocando novamente a natureza dos direitos, liberdades e garantias, ela reflecte a situação estratégica desta categoria de direitos no contexto do direito ao livre desenvolvimento da personalidade (cfr. o artigo 26.º/1 da CRP), para a qual contribuem também os direitos de natureza análoga” (“O regresso...”, p. 16).

<sup>(82)</sup> O n.º 1 do artigo 131.º refere-se às situações em que a providência cautelar se destina a tutelar “direitos, liberdades e garantias que de outro modo não possam ser exercidos em tempo útil ou quando entenda haver especial urgência”. Relativamente a esta segunda expressão (situações de “especial urgência”), a utilização do disjuntivo “ou” no n.º 1 do artigo 131.º leva a concluir que estas circunstâncias surgem em alternativa, pelo que situações de especial urgência hão-de ser outras que não os casos do primeiro tipo. A intenção do legislador terá sido incluir nesta hipótese os casos de iminência de lesão irreversível de bens de especial relevância, ainda que não digam respeito a direitos, liber-



possibilidade de decretamento provisório da providência, *inaudita altera parte*, quando e na medida em que não exista outro modo de acautelar o exercício tempestivo do direito em causa<sup>(83)</sup>. Se o legislador estabeleceu uma protecção de intensidade máxima relativamente a este tipo de direitos especiais, assim configurados como *preferred positions*, certamente admite o apelo à ponderação

---

dades ou garantias ou direitos fundamentais de natureza análoga. É o que transparece da redacção do n.º 3 do artigo 131.º, que, ao referir-se à "*possibilidade de lesão iminente e irreversível do direito, liberdade ou garantia invocado ou outra situação de especial urgência*", parece identificar as situações de especial urgência (tanto do n.º 1 como do n.º 3 do artigo 131.º, que nessa medida contemplam idênticas hipóteses) com a iminência e a irreversibilidade da lesão.

<sup>(83)</sup> O que está em questão no artigo 131.º não é mais, nem menos, do que o decretamento provisório de uma determinada providência, para vigorar apenas no decurso do processo cautelar, ou seja, até à emissão da decisão cautelar propriamente dita. É esta, pois, uma providência cautelar dentro do próprio processo cautelar, instrumental relativamente à decisão a emitir no termo desse processo: esta providência duplamente instrumental visa assegurar a utilidade da decisão a proferir no processo cautelar, ou, escrito de outra forma, visa remover o *periculum in mora* relativo à indispensável delonga da emissão de uma providência cautelar. Dizer que não é mais do que um decretamento provisório serve, desde logo, para advertir que a providência prevista no artigo 131.º não é, rigorosamente, uma "providência cautelar", tal como é comumente entendida, na medida em que não visa acautelar a utilidade da sentença a proferir no processo principal, vendo o seu ciclo vital esgotado com a emissão da providência cautelar propriamente dita, seja ela favorável ou desfavorável ao requerente, além de que, pela sua própria natureza, não é apta a gerar efeitos de caso julgado dentro do processo cautelar; não se pode dizer, como tal, que o artigo 131.º preveja uma providência nominada, típica ou especificada relativamente aos direitos, liberdades e garantias. Dizer que não é mais do que um decretamento provisório serve, igualmente, para evitar confusões com o processo urgente de intimação para protecção de direitos, liberdades e garantias, embora o objecto de tutela seja parcialmente coincidente, dado que a tutela consagrada no artigo 131.º não deixa de ter natureza cautelar, pressupondo a instrumentalidade face a um processo de cognição plena não acelerada, ao passo que o processo de intimação é autónomo (cfr. MÁRIO AROSO DE ALMEIDA, *O novo...*, p. 268). Dizer que não é menos do que um decretamento provisório serve, nomeadamente, para assinalar que a disposição especial prevista no artigo 131.º nada tem a ver com a proibição de executar o acto administrativo ou a norma administrativa cuja suspensão foi requerida no âmbito de um processo cautelar de suspensão da eficácia desse acto ou dessa norma (artigo 128.º, também aplicável à suspensão da eficácia de normas por força do disposto no n.º 3 do artigo 130.º), visto que o artigo 131.º estabelece um verdadeiro decretamento de providência, com a necessária intervenção do juiz, ao passo que o artigo 128.º (como o CPTA vem clarificar, adoptando uma epígrafe diversa da adoptada na LPTA, e como já na vigência desta advertia MÁRIO AROSO DE ALMEIDA em "*Medidas...*", p. 141) prevê uma mera proibição de execução do acto ou da norma imediatamente operativa, proibição essa que vincula a entidade requerida a partir do momento em que esta recebe o duplicado do requerimento, sem qualquer intervenção do juiz.

de interesses relativamente a tais valores, quando a iminência do *periculum in mora* e a complexidade ou a controvérsia da questão de direito não permitam o conhecimento necessário para apurar da probabilidade da procedência da pretensão.

Adverta-se, por fim, que o critério aplicável no domínio das providências antecipatórias *não é mais exigente* do que o aplicável a qualquer providência cautelar em processo civil. Como afirma o Prof. MÁRIO AROSO DE ALMEIDA, são “*aqui naturalmente aplicáveis os critérios edificados pela doutrina do processo civil sobre a apreciação perfunctória da aparência do bom direito a que o juiz deve proceder no âmbito dos processos cautelares*”<sup>(84)</sup>. Vale isto, nomeadamente, por dizer que, quer no que respeita aos factos, quer no que respeita ao direito, o juízo cautelar relativo às providências antecipatórias satisfaz-se com a mera verosimilhança ou probabilidade, estando excluída uma análise da questão de tal forma detalhada que venha a desembocar na antecipação da decisão para a causa principal<sup>(85)</sup>.

### 3.2. Tipos de providências

Bem se vê que a qualificação, em concreto, de uma providência como conservatória ou como antecipatória fará toda a diferença no preenchimento do requisito do *fumus boni iuris* nas situações de incerteza sobre a bondade da pretensão do requerente — e, nessa medida, no decretamento da providência, dado que esta será

<sup>(84)</sup> *O novo...* cit., p. 262.

<sup>(85)</sup> “*No dia em que a existência do direito não seja mais uma hipótese, mas uma certeza jurídica, a providência cautelar terá terminado a sua função*” (Calamandrei, apud RITA LYNCE DE FARIA, cit., p. 102). Como referia MÁRIO AROSO DE ALMEIDA a propósito da necessidade da consagração do critério do *fumus boni iuris* no âmbito da suspensão da eficácia de actos administrativos, “*a consagração deste critério pressupõe o permanente respeito pela lógica da tutela cautelar, sendo, por isso, incompatível com a indagação exaustiva de questões cuja solução cabe no processo principal*” (“Medidas...”, p. 147). Sobre a tendência da jurisprudência europeia para transformar a cognição cautelar numa “*solução quase completa da quaestio iuris e da quaestio facti*”, G. TARZIA, “*Providências cautelares atípicas (uma análise comparativa)*”, *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, 1999, vol. XL, n.º 1 e 2, p. 245.

“*mais facilmente concedida*”<sup>(86)</sup> se for qualificada como conservatória.

Por isso — e também pelo facto de se tratar de uma inovação legislativa, que introduz alterações no modo de conhecimento cautelar tradicionalmente levado a cabo pelos tribunais administrativos<sup>(87)</sup>, como pela celeridade que deve presidir ao decretamento da providência —, é extremamente importante obter uma correcta noção e delimitação destes conceitos. E, no entanto, tal definição está longe de ser incontroversa, tanto na doutrina portuguesa do processo civil<sup>(88)</sup> como na doutrina estrangeira do processo administrativo<sup>(89)</sup>, pelo que não é garantido que os tribunais administrativos venham a proceder a tal definição de maneira uniforme.

É de rejeitar, desde logo, para este efeito, o critério de distinção que passe pela recondução das providências antecipatórias às situações em que haja uma ingerência e intromissão do tribunal, em juízo cautelar, relativamente ao juízo da causa principal, resultando numa antecipação de alguns efeitos da sentença<sup>(90)</sup>. De acordo com esta distinção, seriam antecipatórias as providências que implicassem um “*pré julgamento*” da causa principal, sendo antecipados com a decisão cautelar alguns efeitos da sentença definitiva, ao passo que seriam conservatórias as providências que dei-

<sup>(86)</sup> MÁRIO AROSO DE ALMEIDA, *O novo...*, p. 261.

<sup>(87)</sup> Os tribunais administrativos nunca tiveram que apurar conceptualmente a distinção entre a natureza conservatória e antecipatória das providências cautelares. Nem a jurisprudência cível, aliás, se viu na necessidade de lapidar tais conceitos, já porque a expressa menção às providências conservatórias e antecipatórias foi consagrada no CPC apenas aquando da reforma de 96, já porque o legislador não atribuiu à distinção de tipo de providências qualquer relevância relativamente às condições de procedência da providência cautelar.

<sup>(88)</sup> Cfr., nomeadamente, os comentários de LEBRE DE FREITAS *et al* relativamente à sobreposição entre as funções conservatória e antecipatória (*Código de Processo Civil Anotado*, vol. 2.º, Coimbra Editora, 2001, p. 8).

<sup>(89)</sup> Cfr. ISABEL CELESTE FONSECA, que vai ao ponto de considerar que “*o conceito de antecipação cautelar*” é “*a vexata quaestio da tutela cautelar*” (*Introdução...*, p. 128).

<sup>(90)</sup> ISABEL CELESTE FONSECA informa que Schoch “*distingue a natureza antecipatória da tutela provisória conforme haja, ou não, uma ingerência e intromissão do juiz cautelar na causa principal*” (*idem*, p. 370).

xassem intacta a causa principal <sup>(91)</sup>. Tendo em consideração que o legislador quis inequivocamente atribuir à providência de suspensão da eficácia de acto administrativo a qualificação de conservatória — expressando-o na Exposição de Motivos <sup>(92)</sup> —, é de afastar o referido critério, visto que a decisão proferida no processo de suspensão da eficácia representa uma clara intromissão ou ingerência na causa principal <sup>(93)</sup> e constitui uma antecipação de alguns dos efeitos da sentença anulatória <sup>(94)</sup>.

Não é, igualmente, aceitável, para os efeitos do disposto nas alíneas b) e c) do n.º 1 do artigo 120.º, a afirmação, sem mais, de que são de tipo antecipatório as providências que antecipam a sentença ou os seus previsíveis efeitos ou resultados. Com efeito, determinadas providências antecipam integralmente a sentença ou todos os seus efeitos ou resultados e, no entanto, mais não visam

<sup>(91)</sup> Cfr. ISABEL CELESTE FONSECA, *ibidem*, p. 128.

<sup>(92)</sup> Aí se refere que o critério do *fumus boni iuris* deve “*ser de indagação mais exigente quando esteja em causa a adopção de uma providência antecipatória do que a adopção de uma providência meramente conservatória — com o que, no que diz respeito a providências conservatórias como a suspensão de eficácia de actos administrativos, se evita a adopção de um regime mais restritivo, que conferisse à aparência de bom direito um papel decisivo que tradicionalmente não lhe é atribuído*”.

<sup>(93)</sup> Tem, a meu ver, razão ISABEL CELESTE FONSECA quando sustenta que a suspensão da eficácia, vista estruturalmente, implica uma ingerência na causa de que é instrumento. Vejam-se os exemplos relativos à suspensão da eficácia de um acto administrativo que determina o abate de um animal presumido doente ou de um acto que indefere a renovação de uma licença de caça. Nestes casos, é evidente que “*há uma ingerência do juiz cautelar na causa principal*” (*Introdução...*, p. 372).

<sup>(94)</sup> MÁRIO AROSO DE ALMEIDA (embora defenda a natureza conservatória da suspensão da eficácia) a suspensão da eficácia “*antecipa, embora a título provisório, os efeitos da sentença de anulação cuja utilidade prática visa acautelar*” (“*Medidas...*”, p. 140); ISABEL CELESTE FONSECA, *Introdução...*, pp. 368 e ss.. Aliás, no domínio do processo civil, tem sido sublinhada a antecipação de efeitos de uma providência muito semelhante à suspensão da eficácia de acto administrativo: a suspensão de deliberações sociais; cfr. ALBERTO DOS REIS, *Código...*, p. 626, e VASCO DA GAMA LOBO XAVIER, *O conteúdo da providência de suspensão de deliberações sociais*, pp. 24 e ss.. Equiparando as referidas providências, refere LEBRE DE FREITAS: “*tal como na providência de suspensão de deliberação social em face da sentença que declare a nulidade ou decrete a anulação da deliberação social (...), trata-se dum efeito provisório que antecipa o efeito decorrente da procedência da acção que o absorverá. Ao mesmo tempo que conserva a situação (de não execução) existente à data do acto, a medida de suspensão tem assim também um efeito antecipatório*” (“*As providências cautelares não especificadas na jurisdição administrativa*”, *Cadernos de Justiça Administrativa*, n.º 33, Maio/Junho 2002, p. 23).

que a conservação de uma situação ou de um direito. É o caso de providência cautelar consistente na condenação provisória do requerido no sentido de se abster de determinada conduta, dependente de processo cujo pedido consista na condenação do réu a abster-se dessa mesma conduta<sup>(95)</sup>. Ao diferenciar o *fumus boni iuris* consoante o conteúdo conservatório ou antecipatório, o regime legal não permite a afirmação de que uma providência é, simultaneamente, conservatória e antecipatória. O que leva a concluir que, para este efeito, a antecipação cautelar requer rigor terminológico, no sentido de que apenas se antecipa algo que não existe, algo futuro. Antecipatórias não-de ser, então, as providências que antecipam os efeitos ou resultados, efeitos ou resultados esses que respeitam a uma situação que ainda não se verifica.

Os resultados a que assim se chega não são, ainda assim, satisfatórios. Na verdade, o raciocínio que antecede leva a concluir pela qualificação de conservatórias relativamente às providências que tendem a conservar um determinado *statu quo* e pela qualificação de antecipatórias relativamente às que antecipam os efeitos da sentença a proferir no processo principal, pela alteração do *statu quo ante*. Ora, a verdade é que podem ser decretadas providências cautelares que não se inserem em qualquer daquelas definições.

É o caso das providências ditas de garantia ou regulatórias<sup>(96)</sup>. Adoptando o exemplo retirado da jurisprudência cível por ISABEL CELESTE FONSECA, a providência *"que ordene uma vistoria a um arrastão, antes de descarregado o peixe, para nele se verificar se*

---

<sup>(95)</sup> Esta semelhança de objectos e pedidos entre o processo cautelar e o principal levou CARLA AMADO GOMES a afirmar que, *"quando o pedido principal conduz à condenação numa obrigação de facere ou de non facere, a tutela efectiva terá sempre que passar por providências de tipo antecipatório. Nestas situações, a medida cautelar, a ser concedida, antecipará claramente os efeitos de uma sentença final de provimento (...)"* (Contributo..., p. 451). No mesmo sentido, ISABEL CELESTE FONSECA: *"quando o juiz cautelar condena, por antecipação, o réu a praticar um comportamento, de fazer ou não fazer", "sendo este o objecto imediato da causa principal, então, o juiz está a antecipar a solução para a causa"* (Introdução..., p. 125).

<sup>(96)</sup> J. C. VIEIRA DE ANDRADE qualifica as providências como conservatórias, antecipatórias e regulatórias (*A justiça...*, p. 192). No domínio do processo civil, M. TEIXEIRA DE SOUSA refere que as providências podem *"prosseguir uma de três finalidades"*, podendo justificar-se *"pela necessidade de garantir um direito, de definir uma regulação provisória ou de antecipar a tutela pretendida ou requerida"* (*Estudos sobre o novo processo civil*, 2.<sup>a</sup> edição, Lex, 1997, p. 227).

a eventração do peixe e sua acomodação nos porões seria satisfatória, logo após a pesca, sendo tais factos objecto da contenda que opõe uma companhia de pesca e um individuo que se obrigou a comprar todo o peixe pescado por esse arrastão" (97) não conserva qualquer situação pré-existente, nem antecipa qualquer dos efeitos da sentença a proferir no processo de que é instrumento. Sendo certo que o regime adoptado pelo legislador do CPTA nas alíneas b) e c) do n.º 1 do artigo 120.º pressupõe a qualificação, como conservatórias ou antecipatórias, de todas e quaisquer providências cautelares (98), as providências serão, necessariamente, qualificadas de uma forma ou de outra, por forma a apurar qual o grau e intensidade mínima a conferir ao requisito do *fumus boni iuris*. Nada conservando estas providências regulatórias ou de garantia — pelo contrário, modificam a situação existente à data do litígio —, elas não poderão, em rigor, considerar-se conservatórias; na medida em que antecipam uma determinada situação, assim alterando a realidade pré-existente, tais providências hão-de considerar-se antecipatórias.

A conclusão anterior não identifica, contudo, a distinção legal com aquela que diferencia as providências negativas das positivas, segundo a qual seriam conservatórias as que tendem a uma paralisação do requerido e antecipatórias as que exigem uma actuação positiva daquele (99). Com efeito, bem pode suceder que uma providência conservatória pressuponha uma actuação positiva por parte do requerido: se este tiver construído um muro que impede a drenagem, até ao terreno do requerente, de águas indispensáveis ao cultivo das terras, a providência requerida no sentido da condenação provisória do requerido à demolição do muro não deixa de ter como escopo a conservação do *statu quo* anterior ao acto lesivo do requerido — pelo que não pode deixar de ser tida como conservatória.

---

(97) *Introdução...*, p. 127. Idêntica situação serve o exemplo da providência que, "na dependência de uma acção de dissolução de uma sociedade por quotas, tem como conteúdo a nomeação de pessoa idônea para representar, exercer a gerência e administrar a empresa, até ao momento em que sejam judicialmente nomeados os liquidatários" (*idem, ibidem*).

(98) Na medida em que essa qualificação é prévia e necessária relativamente à aferição do grau e intensidade do *fumus boni iuris*.

(99) Aparentemente neste sentido, PEDRO MACHETE, "Os limites...", pp. 44 e 45.

Donde se conclui que, para efeitos do regime relativo à diferenciação do *fumus boni iuris*, deverão ser consideradas *conservatórias* as providências que visam manter ou conservar o *statu quo* que existia “quando se despoletou o litígio ou aquando da verificação da situação de *periculum in mora*”<sup>(100)</sup>, podendo traduzir-se numa condenação de *facere* no sentido da reposição desse *statu quo*; devendo ser consideradas *antecipatórias* as providências que se traduzam na antecipação de uma situação que não existia anteriormente — antecipação essa que se pode traduzir na antecipação dos efeitos da sentença a proferir no processo principal, nos casos em que esta reconheça um direito ou interesse que não existia na esfera jurídica do requerente<sup>(101)</sup>. Dito de outra forma, são *conservatórias* as providências que visam conservar um interesse ou o gozo de um direito que é praticado à data do requerimento ou que o era anteriormente ao acto lesivo; e *antecipatórias* as que antecipam uma situação, modificando o *statu quo*, que permita garantir a utilidade de uma sentença que permitirá ao requerente praticar, *ex novo*, o interesse ou o gozo do direito reconhecido nessa sentença<sup>(102)</sup>. É para esta conclusão que aponta a letra da lei, ao distinguir as situações consoante estejam em causa os interesses que o requerente “*visa assegurar*” (alínea *b*)) ou os que o requerente “*pretende ver reconhecidos*” (alínea *c*))<sup>(103)</sup>.

(100) ABRANTES GERALDES, cit., p. 90.

(101) A classificação feita em texto poderá reconduzir-se à distinção entre providências *conservatórias* e *inovatórias*, como qualificava já Carnelutti (*a pud* ADELINO DA PALMA CARLOS, cit., 247). E assim associa esta distinção à clássica distinção de Calamandrei entre as situações de “*pericolo do infruttuosità*”, que dão lugar às providências *conservatórias*, e as situações de “*pericolo de tarditività*”, que levam à adopção de providências *antecipatórias*, como fazem notar RITA LYNCE DE FÁRIA (cit. pp. 165 e 166) e ISABEL CELESTE FONSECA (*Introdução...*, pp. 121 e 122).

(102) Referindo-se a situações “*em que o interessado pretenda manter ou conservar um direito em perigo, evitando que ele seja prejudicado por medidas que a Administração venha a adoptar*”, e a situações “*em que o interessado pretenda obter uma prestação administrativa, a adopção de medidas por parte da Administração*”, MÁRIO AROSO DE ALMEIDA, *O novo...*, pp. 250 e 251. Cfr. também CARLA AMADO GOMES, “O regresso...”, pp. 5 e 9.

(103) O CPTA parece aproximar-se, no campo do processo administrativo, da distinção propugnada, no processo civil, por ANSELMO DE CASTRO, nos termos da qual as providências “*visam assegurar os resultados da acção, mantendo o “statu quo” para que ele não se altere em condições tais que não seja susceptível de reintegração, ou antecipando a realização do direito que venha, eventualmente, a ser reconhecido, dada a urgência na sua efectivação*” (cit., p. 131); aliás, foi a esta classificação, segundo ABRANTES GERALDES, que o legislador do CPC aderiu (cit., p. 90).



Isto posto, bem se compreende que a lei seja mais exigente relativamente à aparência de direito de quem pretende modificar a seu favor a realidade pré-existente do que em relação a quem apenas pretende conservar uma situação anterior. A *ratio* subjacente à diferente intensidade do *fumus boni iuris* reside, pois, na presunção de que deve gozar quem beneficia de certa posição — se o interessado detinha já uma posição favorável, presume-se que tal posição era legítima, a menos que seja evidente o contrário<sup>(104)</sup>.

A distinção acabada de referir relativamente aos tipos de providências obsta à afirmação, como regra geral, da subsidiariedade das providências de tipo antecipatório relativamente às conservatórias, que alguma doutrina — em face da maior propensão das providências antecipatórias para consumir a acção principal, produzir efeitos irreversíveis e, com isso, causar maiores danos ao requerido — vem advogando<sup>(105)</sup>. É que, de acordo com a distinção adoptada, também as providências conservatórias podem, em tese, tender para a produção de efeitos definitivos e irreversíveis<sup>(106)</sup> (embora se reconheça que os riscos de tal contingência são mais frequentes em caso de antecipação cautelar), além de que podem,

---

(104) Cfr. ANA CUNHA, cit., p. 457. Perante esta distinção, parece não haver dúvidas de que, perante um *periculum* originado em actos administrativos negativos com efeitos positivos ou actos administrativos aparentemente negativos, a providência será de tipo antecipatório, exigindo-se como tal um *fumus* na vertente positiva; para a definição e tratamento de tais actos, cfr. CLÁUDIO MONTEIRO, *Suspensão da eficácia de actos administrativos de conteúdo negativo*, AAFDL, 1990; PEDRO MACHETE, "A suspensão jurisdiccional da eficácia de actos administrativos", *O Direito*, 1991, pp. 231 e ss.; MARIA FERNANDA MAÇÃS, *A suspensão...*, pp. 45 e ss.

(105) No processo administrativo, CARLA AMADO GOMES, escrevendo antes do CPTA, sustentava que a exigência de proporcionalidade ou de interferência mínima "obriga a que as medidas conservatórias prevaleçam sobre as antecipatórias" (*Contributo...*, p. 451); mais recentemente, já perante o regime do CPTA, ANA CUNHA propugna o reconhecimento de uma "tendencial subsidiariedade das providências conservatórias sobre as providências antecipatórias enquanto corolário do princípio da proporcionalidade" (cit., p. 113). No campo do processo civil, RITA LYNCE DE FARIA, cit., p. 171; neste caso, porém, deve ser tomado em consideração que o CPC não consagra regra similar à prevista no artigo 120.º, n.º 3 do CPTA.

(106) Veja-se o caso da suspensão da eficácia de acto administrativo que determine a paralisação de funcionamento de uma unidade industrial poluente ou de acto administrativo que determina o abate de animais doentes.



em concreto, revelar-se mais gravosas <sup>(107)</sup>. Nem parece necessária — afigura-se, aliás, inconveniente, já pela generalização a que conduz — a consagração de tal princípio geral de subsidiariedade, quer pela proibição, bem vincada no CPTA, de produção de efeitos definitivos e irreversíveis, quer pela consagração da regra da intervenção mínima contida no n.º 3 do artigo 120.º. Sendo adequada para remover o *periculum in mora* providência conservatória menos lesiva para os interesses do requerido do que a providência antecipatória requerida, deve aquela ser decretada, não pela afirmação de qualquer regra de subsidiariedade, mas pela aplicação do princípio da necessidade previsto no n.º 3 do artigo 120.º.

#### 4. PONDERAÇÃO

No n.º 2 do artigo 120.º introduz o CPTA um imperativo de proporcionalidade, na vertente do equilíbrio, segundo o qual, mesmo depois de constatar a verificação dos requisitos do *periculum in mora* e do *fumus boni iuris* relativamente às situações de incerteza, deve o tribunal proceder a um juízo de ponderação dos interesses em presença, recusando a providência requerida quando os danos que resultariam da sua concessão se mostrem superiores aos que podem resultar da sua recusa <sup>(108)</sup>. Trata-se de um verdadeiro *ad hoc balancing* relativamente aos danos hipotéticos particularmente importante do domínio do processo administrativo, em que está em jogo o interesse público.

É notável, a este respeito, que o legislador não se refere a danos para o interesse público e danos para o interesse privado. O legislador partiu, pois, da ideia de que de um lado e do outro da balança se poderão encontrar diversas manifestações ou fragmenta-

---

<sup>(107)</sup> Em procedimento concursal tendente à celebração de contrato de prestação de serviços de urgente e premente interesse geral, a admissão provisória de um concorrente pode revelar-se menos gravosa do que a suspensão do procedimento.

<sup>(108)</sup> Não se exige, pois, como no processo civil, que os danos para o requerido excedam consideravelmente os que resultariam para o requerente (artigo 387.º, n.º 1 do CPC), o que bem se compreende, dada a presença do interesse público.

ções do interesse público, perfilando-se indistintamente da posição processual requerente/Administração Pública, sendo mesmo admissível que o interesse público previsto na norma habilitante da actuação administrativa milite favoravelmente à adopção da providência.

É igualmente assinalável que o balanceamento não respeita a um confronto entre interesses, mas a um confronto entre danos para tais interesses <sup>(109)</sup>. Significa isto que não é sopesada a importância dos interesses, mas sim a magnitude dos danos para esses interesses, o que leva à relativização dos interesses no seio das consequências que para eles possam advir e, com isso, obriga o tribunal a fundar o seu juízo de ponderação em concreto, abstraindo do valor abstracto dos bens em jogo <sup>(110)</sup>. Não há, portanto, que pressupor em abstracto a "*sistemática prevalência do interesse público sobre o interesse particular*" <sup>(111)</sup>, raciocínio que sempre tornaria a norma desconforme com a Constituição, por prevalência indiscriminada do bem constitucional da prossecução do interesse público face a um outro bem de dignidade constitucional — o direito à tutela jurisdiccional efectiva —, com inobservância da regra de harmonização prevista no artigo 18.º da Constituição.

Uma vez verificado, pelo tribunal, o fundado receio da constituição de uma situação de facto consumado ou da produção de prejuízos de difícil reparação e não sendo manifesta a falta de fundamento da pretensão (providências conservatórias) ou a probabilidade dessa pretensão (providências antecipatórias), passa então o tribunal a relacionar os interesses em presença, após o que estabelece um juízo de prognose relativamente a dois cenários: o cenário de adopção da providência e o cenário de recusa da mesma. Perante tais cenários, apurará o tribunal dos danos que cada um deles provoca relativamente aos interesses relacionados, optando pelo cená-

<sup>(109)</sup> J. C. VIEIRA DE ANDRADE, "Tutela...", p. 49.

<sup>(110)</sup> Assim se abandona definitivamente a infeliz solução da ponderação separada prevista na LPTA relativamente à suspensão da eficácia de actos administrativos, que levava à recusa da suspensão quando se verificasse grave lesão do interesse público, mesmo que a lesão para o requerente pudesse ser mais gravosa. Cfr., por último, MÁRIO AROSO DE ALMEIDA, *O novo...*, p. 235.

<sup>(111)</sup> J. C. VIEIRA DE ANDRADE, "Tutela...", p. 49.

rio que menos sacrifícios impuser <sup>(112)</sup>. Estamos, pois, perante um claro confronto entre custos e benefícios.

Neste balanceamento custos/benefícios, o tribunal sopesará, nomeadamente, a intensidade do *periculum in mora*, na medida em que tal *periculum* é, em rigor, um dos elementos de um dos pratos da balança. Bem vistas as coisas, o estabelecimento, em separado, do requisito do *periculum in mora* tem apenas por função restringir a concessão das providências e zelar pela economia processual, por forma a rejeitar, sem mais, a providência quando a sua condição se não verificar, ainda que o prejuízo do requerente pudesse ser superior aos prejuízos decorrentes do decretamento da medida cautelar. Não fora essa vontade limitadora por parte do legislador e bastaria o estabelecimento de dois requisitos: o *fumus boni iuris* e a ponderação de interesses <sup>(113)</sup>.

Serve isto para dizer que o *periculum in mora*, em sede de ponderação de danos, é perspectivado positivamente, no sentido de influenciar favoravelmente o balanço de proporcionalidade, e não já no sentido negativo, como factor de exclusão autónomo. Desta forma, a ponderação de danos poderá variar na directa proporção da intensidade do perigo de insatisfação do direito ou interesse do particular.

Também a aparência de juridicidade ou o *fumus boni iuris* deve ser atendido, já não como puro factor negativo de exclusão, mas como elemento dinâmico de ponderação. Atendendo à característica da instrumentalidade hipotética, os danos decorrentes da recusa da providência serão tanto maiores quanto mais provável a procedência da pretensão do processo principal, e vice-versa, pelo que não pode o juízo de ponderação deixar de abranger um juízo de probabilidade quanto ao resultado da acção — seja a providência antecipatória ou conservatória. Por outro lado, pode frequentemente suceder que a maior probabilidade de procedência influencie o juízo de prognose quanto aos danos resultantes da recusa da providência; por exemplo, no domínio das providências cautelares cujo

---

<sup>(112)</sup> Cfr. J. C. VIEIRA DE ANDRADE, "Tutela...", p. 48.

<sup>(113)</sup> Veja-se, aliás, em MARIA FERNANDA MAÇÃS como a ponderação de interesses pode ser vista como um critério de concretização do *periculum in mora* (*A suspensão...*, pp. 179 e ss.).

*periculum* reside num acto administrativo — e, sobretudo, quando o vício do acto <sup>(114)</sup> se reconduza ao desvio de poder — o juízo de probabilidade fará concluir pela ausência ou insignificância para o dano para o interesse público previsto na norma habilitante, quando não para o pesar do lado dos interesses que aconselham a adopção da providência <sup>(115)</sup>. Note-se, a este respeito, que o administrador, como o juiz, está vinculado à legalidade, sendo o legislador a estabelecer uma ponderação de interesses, *maxime* no domínio da actuação vinculada da Administração, pelo que, ao fazer um juízo de juridicidade, está o tribunal a respeitar a ponderação feita pelo legislador, no sentido da prossecução do interesse público no respeito pelos direitos e interesses legítimos dos particulares <sup>(116)</sup>.

Não se pode ainda esquecer que, se a definição completa do direito fosse mais célere, não haveria lugar a ponderação de danos, porque esta ponderação se justifica pela margem de erro inerente à emissão de tutela cautelar.

Não significa isto, evidentemente, que a ponderação se esgote na consideração da legalidade, com o que, na prática, se ergueria o *fumus boni iuris* a critério determinante da concessão das providências cautelares. Há-de restar uma margem de manobra, maior ou menor, no sentido da ponderação pura de danos, por forma a cobrir a margem de erro inerente ao juízo de mera aparência ou verosimilhança.

Nem significa a consideração conjunta dos requisitos, numa perspectiva dinâmica, que possa ser prejudicada a celeridade necessária, mas apenas que a ponderação deve colocar a par as probabilidades de sucesso, as probabilidades de danos para um lado e as probabilidades de danos para o outro, combinando em concreto

---

<sup>(114)</sup> Neste domínio, a providência pressupõe a ilicitude administrativa, pelo que a avaliação da aparência referida à juridicidade é feita, necessariamente, em duas vertentes: a aparência de direito ou interesse legítimo do particular; a aparência de actuação ilegal por parte da Administração. Neste sentido, MARIA FERNANDA MACÂS, *A suspensão...*, p. 254. Cfr. igualmente ANA CUNHA que, na linha de C. Chinchilla Marin, fala na necessidade de um juízo sobre a verosimilhança e probabilidade "*da ilegalidade ou inconstitucionalidade da actuação administrativa*" (cit., pp. 50 e 433).

<sup>(115)</sup> A ponderação é, assim, "*contaminada*" pela aparência de direito (ISABEL CELESTE FONSECA, "A urgência...", p. 271).

<sup>(116)</sup> MARIA DA GLÓRIA GARCIA, "Os procedimentos...", pp. 211 e 212.

os resultados: atenderá menos aos danos da recusa da providência se a aparência do direito for mais intensa, como tenderá para a concessão em caso de irreversibilidade dos danos, como exigirá um menor *periculum in mora* na medida da insignificância dos danos para os interesses contrários, etc. <sup>(117)</sup>.

### III. REGIMES PARTICULARES

#### 1. PROCEDIMENTOS DE FORMAÇÃO DE CONTRATOS

No artigo 132.º, o CPTA, no contexto de um verdadeiro espírito codificador <sup>(118)</sup>, veio incorporar o regime cautelar instituído pelo Decreto-Lei n.º 134/98, de 15 de Maio (diploma que visou transpor para a ordem jurídica portuguesa o regime geral previsto na Directiva n.º 89/665/CEE, de 21 de Dezembro, e o regime dos denominados “sectores excluídos” previsto na Directiva n.º 92/13/CEE, de 25 de Fevereiro), no sentido da adopção de medidas cautelares destinadas a corrigir a ilegalidade <sup>(119)</sup> ou impedir que sejam causados outros danos.

<sup>(117)</sup> Relativamente à influência dos demais requisitos em sede de ponderação de interesses, cfr. MÁRIO AROSO DE ALMEIDA, “Medidas...”, pp. 144 e ss.. Depois, J. C. VIEIRA DE ANDRADE, *A justiça...*, p. 180 e MARIA DA GLÓRIA GARCIA, “Da exclusividade...”, p. 80. Defendendo “a necessidade de apelo às prognoses do resultado” na “*tarafa metódica de ponderação de interesses*”, J. J. GOMES CANOTILHO, “Privatismo...”, p. 20.

<sup>(118)</sup> Em apreciação ao Anteprojecto, FAUSTO DE QUADROS insurgia-se contra a solução aí adoptada de manter as providências cautelares previstas no Decreto-Lei n.º 134/98 “*totalmente à margem do novo Código*”, solução que, no seu entender, além de outros inconvenientes, punha “*em causa a própria função codificadora do futuro Código*”, defendendo como única solução “*a dissolução daquele Decreto-Lei no futuro Código, aproximando-se tanto quanto possível este daquele*”, pelo menos no âmbito abrangido pela Directiva, salvo, obviamente, naquilo em que o Decreto-Lei n.º 134/98 for mais favorável aos particulares” (“*Algumas considerações gerais sobre a reforma do contencioso administrativo*”. Em especial, as providências cautelares”, *O debate universitário*, p. 164).

<sup>(119)</sup> A menção legal à correcção da ilegalidade, reportada aos actos administrativos relativos à formação de contratos, leva a pensar que também quanto a estes actos administrativos é implicitamente admitida a antecipação da decisão de fundo prevista expressamente no n.º 7 do artigo 132.º; é que, sendo possível a correcção provisória da ilegalidade, mais frequentes serão os casos em que a correcção da ilegalidade terá efeitos definitivos de direito, antecipando irreversivelmente a sentença a proferir no processo principal, com o que não se compagina o carácter da tutela cautelar, cujos efeitos são necessariamente reversíveis, ainda que só de direito. O n.º 1 do artigo 132.º parece, assim, prever dois tipos de

O regime previsto no artigo 132.º do CPTA assemelha-se ao que previa o artigo 5.º do aludido Decreto-Lei n.º 134/98 <sup>(120)</sup>, o que parece ficar a dever-se essencialmente a dois factores: a preocupação do legislador de evitar que pudesse ser imputado ao Estado Português o incumprimento por inadequada transposição das directivas comunitárias acima referidas <sup>(121)</sup>; e o cuidado na

---

correção de ilegalidade de actos administrativos: a que possa e deva ser feita de forma meramente provisória, de conteúdo estritamente cautelar e recorrendo ao *fumus boni iuris* nos termos e com os limites que se referirão de seguida; e a que possa e deva ser feita definitivamente, por estar com certeza demonstrada a ilegalidade, único caso em que se aplica o mecanismo previsto no n.º 7. Ainda a respeito da técnica de antecipação ou convolução prevista nos n.ºs 1 e 7 do artigo 132.º, parece esta ser ligeiramente diversa da técnica prevista no artigo 121.º (embora, quanto aos efeitos, aquelas se integrem nesta), na medida em que parece ser de interpretar o n.º 7 (e o n.º 1) do artigo 132.º no sentido de se dispensar alguns dos requisitos de aplicação da técnica prevista no artigo 121.º: desde logo, o requisito relativo à gravidade dos interesses envolvidos (uma vez demonstrada a ilegalidade das especificações, não parece ser exigível uma qualificada gravidade dos interesses para que tal ilegalidade possa ser definitivamente sanada); mas tam-bém o requisito referente à subsidiariedade perante a tutela cautelar (o n.º 7 do artigo 132.º pode ser interpretado no sentido de se admitir que, uma vez demonstrada a ilegalidade por estarem no processo todos os elementos relevantes, o juiz resolva logo ali a questão, ainda que a situação se compadecesse com uma regulação meramente provisória). Donde decorre que o n.º 7 do artigo 132.º (como o n.º 1) estabelece uma técnica de antecipação independente da inaptidão da tutela cautelar, tendo sobretudo na sua génese razões de economia processual.

<sup>(120)</sup> Não obstante as relevantes diferenças constantes do artigo 133.º do CPTA, das quais se destaca a equiparação a actos administrativos, para efeitos de tutela cautelar, dos actos praticados por sujeitos privados no âmbito de procedimentos pré-contratuais de direito público (prevista no n.º 2 do artigo 132.º e no n.º 3 do artigo 100.º); trata-se de uma inovação do CPTA, "*primacialmente pensada para os casos em que pessoas colectivas de direito privado são obrigadas por lei a adoptar — ou, em todo o caso, optam por adoptar — procedimentos pré-contratuais previstos e regulados por normas de direito público*" (MÁRIO AROSO DE ALMEIDA, *O novo...*, p. 276), que certamente terá grande alcance prático, dada a conhecida fuga para o direito privado e a proliferação de entidades de direito privado cometidas de tarefas de interesse público e muitas vezes dotadas de uma certa posição de supremacia, tradicionalmente subtraídas ao contencioso dos contratos administrativos.

<sup>(121)</sup> Nas palavras de MÁRIO AROSO DE ALMEIDA, "*a verdadeira razão de ser da existência de um artigo autónomo sobre "providências relativas a procedimentos de formação de contratos" como o artigo 132.º reside no facto de este artigo se destinar a incorporar no CPTA o regime do Decreto-Lei n.º 134/98, de 15 de Maio, na parte em que este diploma se referia, no artigo 5.º, à adopção de providências cautelares, no propósito de assegurar a adequada transposição para a ordem jurídica portuguesa das Directivas do Conselho n.º 89/665/CEE, de 21 de Dezembro, e n.º 92/13/CEE, de 25 de Fevereiro*" (*O novo...*, p. 274). Refere ainda este autor, aludindo à solução de definir os critérios de concessão da medida cautelar "*nos estritos termos em que eles são determinados pelas mencionadas Directivas*", o "*risco de a Comissão Europeia vir a entender que não se tinha procedido, neste ponto, à adequada transposição das Directivas para a ordem jurídica portuguesa*" (*idem*, p. 275).

harmonização dos sistemas nacional e comunitário, por forma a evitar, neste estrito domínio, a *“fragmentação, injusta e não racionalmente fundada, da ordem portuguesa em dois blocos, consoante os direitos a tutelar judicialmente tenham a sua fonte no Direito interno ou no Direito comunitário”* <sup>(122)</sup>.

A este propósito, a questão da margem de liberdade do legislador face às referidas directivas comunitárias, do ponto de vista da bondade da transposição para o ordenamento português, não fica completamente resolvida com a afirmação de que o legislador é livre de se afastar das directivas em tudo o que se mostre mais favorável aos particulares. É claro que o legislador nacional pode, em princípio, estabelecer *“níveis de protecção superior”* <sup>(123)</sup>, nomeadamente pela previsão de critérios que facilitem a concessão das medidas cautelares — o que, de resto, e como se verá, o legislador do CPTA fez. Mas há que ter em conta que o legislador comunitário não foi ao ponto de estabelecer uma preferência pelos interesses privados relativamente ao denominado interesse público comunitário, designadamente ao interesse na aplicação célere das normas comunitárias — a este nível, o direito comunitário só mostra grande abertura ali, onde o interesse do requerente da providência convirja com o interesse de legalidade comunitária <sup>(124)</sup>; no mais, não parece que exista, mesmo na jurisprudência comunitária, qualquer princípio de favor do decretamento das medidas cautela-

<sup>(122)</sup> MARIA DA GLÓRIA GARCIA, a propósito da necessidade de harmonizar as duas ordens jurídicas, dada a insuficiência do anterior regime cautelar, perante a contingência de os tribunais administrativos, actuando também como tribunais comuns do direito comunitário, decretarem providências quando estivessem em causa normas comunitárias e, perante circunstâncias idênticas, recusar tal providência quando estivessem em causa normas exclusivamente de direito interno (*“Da exclusividade...”*, p. 76).

<sup>(123)</sup> CARLA AMADO GOMES; a autora considera que a harmonização — *“forçosa, sob pena de existirem ordenamentos paralelos, um de inspiração estatal, outro de inspiração comunitária”* —, *“deverá fazer-se pelo mínimo denominador comum comunitário (sob pena de Portugal incorrer em violação das obrigações internacionalmente assumidas), e sempre insuflada pelo princípio da tutela jurisdicional efectiva — intensamente trabalhado, aliás, pelo TJCE. As soluções que daí resultarem não-de corresponder, pelo menos, às soluções indicadas na Directiva 89/655/CE, podendo o legislador português, é claro, estabelecer níveis de protecção superior”* (*“À espera...”*, p. 63).

<sup>(124)</sup> Escrevendo a propósito do requisito do *periculum in mora* neste domínio, ANA CUNHA informa que há quem entenda que o escopo da Directiva n.º 89/665/CEE *“não é tanto a tutela dos direitos e interesses dos particulares, como a garantia da efectividade do Direito comunitário e a tutela da livre concorrência”* (cit, p. 447).



res. Daí que a liberdade do legislador nacional no sentido de estabelecer regras mais favoráveis aos particulares não seja ilimitada.

Dadas as circunstâncias, o legislador, não se afastando tanto das directivas comunitárias como porventura se poderia pensar, encontrou um justo e prudente equilíbrio entre, por um lado, as vantagens de incluir coerentemente no CPTA o regime relativo aos procedimentos de formação de contratos e, por outro, a necessidade de assegurar a adequada transposição das directivas e a harmonização das duas ordens jurídicas, com reflexos importantes no campo das condições de procedência das providências cautelares <sup>(125)</sup>.

---

(125) Embora esta opção introduza entropias relativamente à instrumentalidade destas providências, na medida em que o CPTA veio alargar o regime cautelar específico a procedimentos de formação de quaisquer contratos — não o confinando aos previstos nas referidas directivas comunitárias, mas não o fez relativamente ao regime urgente, dado que este é aplicável apenas aos procedimentos de formação de contratos de empreitada e concessão de obras públicas, de prestação de serviços e de fornecimento de bens (artigo 100.º, n.º 1). Significa isto que, estando em causa a anulação ou declaração de nulidade ou inexistência jurídica de actos ou normas administrativos relativos à formação de contratos de empreitada e concessão de obras públicas, de prestação de serviços e de fornecimento de bens, a providência cautelar é dependente de processo urgente, nos termos do artigo 100.º; já quando esteja em causa a anulação ou declaração de nulidade ou inexistência jurídica de actos ou normas administrativos relativos à formação de contratos diversos dos previstos no n.º 1 do artigo 100.º, a providência é dependente de acção especial administrativa de impugnação de actos administrativos (artigos 50.º e segs.) ou de normas administrativas (artigos 72.º e segs.). Do ponto de vista da antecipação urgente não cautelar, o regime relativo aos procedimentos de formação de contratos diversos dos previstos no n.º 1 do artigo 100.º é, pois, menos favorável para os particulares, dado que são objecto de "*tratamento discriminatório*" (CARLA AMADO GOMES, "O regresso...", pp. 10 e 11) nos casos em que, não estando em causa a tutela de direitos, liberdades e garantias ou direitos fundamentais de natureza análoga (artigos 109.º e segs.), haja necessidade de uma célere decisão de fundo sobre a questão controvertida — pela circunstância de a tutela adequada implicar a produção de efeitos definitivos e irreversíveis, como tal insusceptíveis de tutela cautelar —, sem que estejam preenchidos os pressupostos de antecipação do juízo sobre a causa principal (artigos 121.º e 132.º, n.º 7). A questão põe-se também a respeito das posições pretensivas ou inovatórias perante a emissão de um acto administrativo de recusa ou indeferimento ou de regulamento excludente — nestes casos, requerendo o particular, em sede cautelar, a suspensão da eficácia do acto ou do regulamento, cumulada com a condenação provisória à prática de acto devido ou intimação para a adopção de uma conduta por parte da entidade adjudicante ou a admissão provisória no procedimento adjudicatório, não beneficiará nesta medida do regime de tramitação urgente e acelerada previsto nos artigos 100.º e segs., visto que este regime se circunscreve à impugnação de actos administrativos e das peças concursais (artigo 100.º, n.ºs 1 e 2). Já no que tange as omissões ilegais da entidade adjudicante ou as operações materiais por si ilegalmente praticadas, é certo não ser de aplicar o regime especial previsto no artigo 132.º, devendo o particular requerer o decretamento de providência de acordo com o regime cautelar comum.



Nesse campo, estabelece-se nos n.ºs 3 e 6 do artigo 132.º um regime distinto do instituído no artigo 120.º, de acordo com o qual a adopção destas depende apenas de um juízo de probabilidade quanto à produção de danos resultantes da adopção e da recusa da medida cautelar. Encontram-se, assim, afastadas deste domínio as regras previstas nas alíneas b) e c) do n.º 1 do artigo 120.º, mas não a regra de ponderação de interesses, prevista no n.º 6 do artigo 132.º em moldes semelhantes aos constantes do n.º 3 do artigo 120.º.

A opção do legislador reflecte, aparentemente, uma certa prudência perante a referida necessidade de adequada transposição das directivas comunitárias e de harmonização das ordens jurídicas, como acima referido, tendo em consideração que as directivas comunitárias *supra* mencionadas consagram um determinado critério de adopção das medidas cautelares, sendo que tais directivas haviam sido já transpostas para a ordem jurídica portuguesa através do Decreto-Lei n.º 134/98, incorporando tal critério, pelo que a introdução, pelo CPTA, de um novo critério que restringisse a concessão das providências poderia ser tomada como um retrocesso relativamente à adequada transposição das directivas e, sobretudo, como uma violação ao "nível mínimo de tutela" <sup>(126)</sup> nelas consagrado. E, na verdade, a aplicação das regras das alíneas b) e c) do n.º 1 do artigo 120.º às providências do artigo 132.º restringiria a sua adopção em face do previsto nas directivas comunitárias <sup>(127)</sup>.

<sup>(126)</sup> ANA CUNHA; a autora, referindo que o estabelecimento de critério distinto se deve a "uma notória colagem ao texto da directiva n.º 89/665/CEE e da directiva n.º 92/13/CEE", tendo o legislador interpretado tais directivas "como impondo a sujeição do decretamento das providências cautelares tão somente àquele requisito e não como estabelecendo um requisito ineliminável, a que podem juntar-se outros", discorda de tal interpretação. Na sua opinião, "as directivas não pretenderam instituir uma uniformização absoluta das condições de outorga de providências cautelares, estabelecendo apenas o nível mínimo de tutela que deve ser garantido aos particulares para fazer frente à extrema divergência dos sistemas nacionais nesta matéria, designadamente, no que respeita à admissibilidade de providências antecipatórias positivas. Assim, reservou-se à legislação interna (...) a explicitação das condições da sua concessão, impondo embora como limite a ponderação paritária de todos os interesses envolvidos, de modo a neutralizar a tendência que alguns sistemas manifestam de conferir sistematicamente prevalência ao interesse público" (cit., p. 445).

<sup>(127)</sup> Cfr. MÁRIO AROSO DE ALMEIDA (*O novo...*, 275, 276).

Relativamente à ressalva feita na parte inicial do n.º 6 do artigo 132.º, não restam quaisquer dúvidas de que, sendo evidente a procedência da pretensão formulada ou a formular no processo de que a providência é instrumento, não há lugar ao juízo de probabilidade a que se refere o mesmo preceito: a conjugação do disposto nos artigos 132.º, n.º 6, e 120, n.º 1, alínea a), e n.º 2, conduz a tal conclusão. Bem se compreende que assim seja, pois não haveria razões para, neste domínio, estabelecer um regime diferente do comum, sendo certo que a *ratio* subjacente à norma da alínea a) do n.º 1 do artigo 120.º “*mantém plena razão de ser em sede de decretamento de providências cautelares relativas aos procedimentos pré-contratuais*”<sup>(128)</sup>. Trata-se, aliás, de um critério de favorecimento da providência que de forma nenhuma toca os limites da liberdade do legislador face às directivas comunitárias.

Mais complexa é a questão do papel do *fumus boni iuris* na decisão relativa a este tipo de providências, perante a exclusão, neste domínio, das regras previstas nas alíneas b) e c) do n.º 1 do artigo 120.º. Na minha opinião, essa circunstância não pode significar a rejeição absoluta do papel da aparência de direito nestas providências, devendo ser interpretada no sentido, apenas, de afastar o concreto modo de concretização do critério em termos gerais, nomeadamente a distinção de tratamento das providências conservatórias e antecipatórias.

Como foi acima referido e se encontra reflectido no n.º 1 do artigo 112.º do CPTA, a tutela cautelar caracteriza-se pela *instrumentalidade hipotética*: pressupõe a hipótese de a decisão a profereir no processo principal ser favorável ao requerente da providência; sem essa hipótese, ela morre, pelo que, sem essa hipótese, ela não deve sequer nascer. Conclui-se, assim, da própria natureza cautelar, que nenhuma providência deve ser concedida se for evidente que a decisão a tomar no processo principal será desfavorável ao requerente, ainda que tal concessão nenhum prejuízo cause ao requerido. Este nível mínimo, esta vertente negativa, do *fumus boni*

---

<sup>(128)</sup> ANA CUNHA, 458. A autora, escrevendo em momento anterior à publicação da Lei n.º 4-A/2003, de 19 de Fevereiro, sustentava uma interpretação que desembocasse na dispensa de ponderação de interesses em caso de evidente procedência da pretensão do processo principal.

*iuris* é indispensável a qualquer providência rigorosamente cautelar, enquanto elemento conatural à tutela cautelar<sup>(129)</sup> e “*elementar exigência de justiça*”<sup>(130)</sup>. Por outro lado, a concessão da providência deve ser tanto mais facilitada quanto mais claros e fortes os indícios de procedência da pretensão no processo principal<sup>(131)</sup>.

Tal constatação encontra acolhimento no regime da tutela cautelar dos procedimentos de formação de contratos, tal como está positivada no artigo 132.º.

Desde logo, o *fumus boni iuris* encontra-se presente, com a sua “*máxima intensidade*”<sup>(132)</sup>, na já referida ressalva da parte inicial do n.º 6 do artigo 132.º. Ao determinar a concessão da providência em caso de evidência de procedência da pretensão do processo principal, o legislador — por identidade ou mesmo maioria de razão — está a determinar a recusa daquela em caso de evidência de improcedência<sup>(133)</sup>.

<sup>(129)</sup> Como referem Dinni e Mammone, “*faltando o direito, é inútil estabelecer medidas para prevenir um dano*” (apud RITA LYNCE DE FARIA, cit., p. 152, nota 412). O mesmo já não se passará no que respeita ao nível médio do *fumus*, na vertente positiva, visto que o legislador — e o julgador — pode sempre chegar a soluções justas pela combinação com os outros requisitos, *maxime* com a ponderação dos interesses em jogo, desde que não seja evidente a improcedência da pretensão.

<sup>(130)</sup> MÁRIO AROSO DE ALMEIDA, “Medidas...”, p. 144.

<sup>(131)</sup> Daí que, sendo a suspensão da eficácia de acto administrativo verdadeiramente uma medida cautelar, deveria ter sido o *fumus boni iuris*, na vigência da LPTA, considerado para efeitos de afastar tal suspensão no caso de posições manifestamente infundadas e para influenciar positivamente a ponderação de interesses (cfr. MÁRIO AROSO DE ALMEIDA, “Medidas...”, pp. 256 e ss.). Apesar de o requisito de que do processo não resultassem indícios fortes não tender para aí inequivocamente, parecendo referir-se sobretudo aos pressupostos de interposição do recurso contencioso, a verdade é que “*podia ter permitido o aparecimento de uma jurisprudência fundada nessa doutrina*” (MARIA DA GLÓRIA GARCIA, “Os procedimentos...”, p. 208, nota 34), sobretudo quando conjugado com as condições relativas aos prejuízos de difícil reparação para o requerente e de grave lesão para o interesse público. A este respeito, cfr. J. J. GOMES CANOTILHO (cit., p. 20), para quem a questão de “*saber se na ponderação de interesses em conflito é ou não possível a utilização da matéria de facto*” tinha uma “*resposta afirmativa*” logo pela necessidade de o juiz proceder à apreciação, em sede cautelar, da irreparabilidade do prejuízo que para o recorrente ou para os interessados resultará da execução de actos (LPTA, artigo 76.º).

<sup>(132)</sup> MÁRIO AROSO DE ALMEIDA, *O novo...*, p. 260.

<sup>(133)</sup> Como refere J. C. VIEIRA DE ANDRADE a respeito do regime comum previsto na alínea a) do n.º 1 do artigo 120.º, “*na situação oposta — que não está expressamente regulada, mas cuja solução resulta implicitamente da norma —, ou seja, em caso de manifesta falta de fundamento da pretensão principal, mesmo que não haja circunstâncias for-*

Acresce que o artigo 132.º, no n.º 1, prevê providências destinadas a corrigir a "ilegalidade", o que faz supor a admissibilidade de providências cautelares tendentes à correcção provisória de ilegalidades praticadas no seio do procedimento adjudicatório, sendo assim necessário aferir, ainda que perfunctoriamente, de tais ilegalidades. Aliás, no caso de correcção definitiva de ilegalidade, tanto do acto administrativo (n.º 1), como das especificações dos documentos do procedimento (n.º 7), a tutela inicialmente requerida é cautelar<sup>(134)</sup>. Ora, o juiz só terá possibilidade de se aperceber da ilegalidade, que será depois, mediante convolação do processo, definitivamente corrigida, se começar por apreciar (ainda que superficialmente) a questão de direito.

Segue-se que o juízo de probabilidade a que manda proceder o n.º 6 do artigo 132.º pressupõe a consideração das probabilidades de sucesso na causa principal. Desde logo, o tribunal deve apurar da existência de um interesse do requerente na concessão da providência, pois só assim poderá ponderar os interesses susceptíveis de serem lesados e aferir da magnitude dos prejuízos que podem resultar da não adopção da medida. Se for patente a falta de fundamento da causa principal, não se pode afirmar a existência de qualquer interesse legítimo do requerente<sup>(135)</sup>, pelo que a providência não deverá ser decretada, ainda que nenhum prejuízo causasse ao requerido. Ora, o apuramento da existência de interesse legítimo por parte do requerente leva, incontornavelmente, a uma apreciação perfunctória das probabilidades de sucesso na causa principal. Acresce que, como referido no ponto II.4. *supra*, o juízo de probabilidade relativo aos danos pressupõe o juízo de probabi-

---

*mais que obstem ao conhecimento do pedido, será sempre recusada qualquer providência, mesmo que meramente conservatória. Portanto, nos casos de evidência da ilegalidade ou da legalidade, o fumus boni iuris funciona como fundamento determinante da concessão ou da recusa da providência*" ("Tutela...", p. 48).

<sup>(134)</sup> Na verdade, nestes casos de antecipação do juízo de mérito o processo começa por ser cautelar, o que faz supor que, inicialmente, o requerente pretendia apenas uma regulação provisória. Se assim não fosse, deveria o interessado socorrer-se do processo urgente previsto nos artigos 100.º e seguintes.

<sup>(135)</sup> Referindo-se à suspensão da eficácia de actos administrativos em matéria de relações jurídicas poligonais, ISABEL CELESTE FONSECA afirma que "a ponderação só fará sentido (...) se o balanço de interesses (...) atender à aparente existência desses interesses".

lidade relativamente ao sucesso da pretensão formulada ou a formular no processo principal, na medida em que a magnitude dos danos variará em função do que se venha a decidir no processo principal <sup>(136)</sup>.

O que está afastado é, pois, o regime geral de preenchimento do critério do *fumus boni iuris*, não a consideração da aparência de direito, em si mesma considerada: não obstante a exclusão das regras das alíneas *b)* e *c)* do n.º 1 do artigo 120.º, o juiz deve pesar a aparência de juridicidade, quer no sentido de favorecer a adopção da providência quando o *fumus* é intenso (não chegando, porém, à evidência), quer para obstar à concessão quando aponta claramente no sentido contrário <sup>(137)</sup>.

Não parece que milite contra esta interpretação o argumento da intenção inequívoca do legislador no sentido de rejeitar neste domínio a aplicação das regras gerais de procedência do CPTA, na medida em que acaba por conduzir a idênticos resultados práticos. Assinale-se que a cognição da aparência de direito por parte do juiz não poderá deixar de ser ainda mais ligeira do que a que tem lugar segundo o regime geral. E tal apreciação aligeirada tem lugar, tanto quando esteja em causa uma providência de conteúdo conservatório, como de conteúdo antecipatório; sendo certo

<sup>(136)</sup> A aplicação, neste campo específico, dos comentários acima tecidos justifica-se pela semelhança entre a regra de ponderação prevista no n.º 2 do artigo 120.º e a prevista neste n.º 6 do artigo 132.º (cfr. MÁRIO AROSO DE ALMEIDA, *O novo...*, 275): em ambos os preceitos é estabelecida uma ponderação relativa que tem por base os danos verificados em dois cenários: no caso de adopção da providência e no caso da sua recusa; acresce que, também em ambos os preceitos, são contrapostos todos os interesses que militam a favor da providência e todos os interesses que se perfilam contra a sua adopção. Muito diferente é o regime previsto no Decreto-Lei n.º 134/98, em que o juízo de proporcionalidade é feito com base no cenário de decretamento da providência e em que apenas se contrapõem o interesse público e o interesse do requerente. O regime de ponderação de interesses é, pois, no CPTA, bem diferente do adoptado pelo Decreto-Lei n.º 134/98, o que traz consequências práticas diversas, algumas delas óbvias. Não é esta a opinião de ANA CUNHA, que entende que o critério da ponderação de interesses previsto no artigo 132.º do CPTA "é configurado exactamente nos mesmos termos" em que o era no Decreto-Lei n.º 134/98 (cit., p. 58).

<sup>(137)</sup> Neste sentido, ANA CUNHA, para quem o disposto no artigo 132.º "não pode significar que o tribunal esteja adstrito a conceder a providência requerida, ainda que seja notória a improcedência da pretensão formulada no processo principal, caso se verifiquem os outros requisitos" (cit., p. 456).

que, neste caso de providência antecipatória, não pode o juiz recusar a providência com base na falta de probabilidade da pretensão<sup>(138)</sup>.

Nem parece que a interpretação feita leve à equivalência entre este regime específico e o regime geral das providências conservatórias, na medida em que apenas se identificam na (formal) circunstância de, para efeitos de recusa da providência, a manifesta falta de fundamento relevar no âmbito da ponderação de interesses, em lugar de ser autonomamente considerada. Não estando o *fumus boni iuris* previsto como critério autónomo, não deverá o juiz ir além de uma apreciação inicial e muito superficial da matéria controvertida na causa principal, apenas com o intuito de apurar a existência de um interesse legítimo por parte do requerente, para depois o confrontar com os demais interesses. Como tal, o juiz dedicará a este elemento uma menor atenção à que lhe dedica

---

(138) Não é esta a interpretação de ANA CUNHA. A autora entende que “*se deve, de forma análoga ao disposto no artigo 120.º do CPTA, distinguir entre uma formulação positiva ou negativa (...) consoante esteja em causa a concessão de uma providência antecipatória ou conservatória*”, solução que, no seu entender, “*decorre da própria natureza das coisas, fundando-se numa repartição do risco do processo principal vir a ser desfavorável à pretensão do requerente da providência. Na verdade, enquanto o requerente de uma providência antecipatória pretende uma alteração do statu quo ante, fazendo sentido que lhe caiba o ónus de demonstrar a conformidade dessa modificação com o Direito, o requerente de uma providência conservatória limita-se a reagir contra uma modificação do estado de coisas até aí existente efectivada pela administração, pelo que se justifica que seja suficiente a não manifesta falta de fundamento da pretensão formulada pelo requerente, ou a existência de circunstâncias que obstem ao seu conhecimento de mérito, para que o requisito do fumus boni iuris se tenha por verificado*” (cit., p. 457). Sem prejuízo de, como referi no ponto II.3., entender que a distinção operada no regime geral entre providências conservatórias e antecipatórias faz sentido, não me parece que a interpretação da autora esteja correcta. Desde logo, e como também referido, não parece que aquela distinção seja um imperativo lógico, incontornável — a ponderação de interesses equilibra, por si só, as diferenças práticas que possam existir, nomeadamente no que se refere à lesão da esfera do requerido. Acresce que existem, a meu ver, elementos interpretativos vários no sentido de afastar tal interpretação, parecendo evidente que o legislador quis, efectivamente, distinguir este critério relativamente ao regime geral ou comum. Por fim, é determinante a circunstância de essa interpretação levar à adopção de um critério mais restritivo de concessão das providências antecipatórias, nessa medida se desviando significativamente das directivas comunitárias — note-se, com efeito, que as providências antecipatórias seriam nesse caso, independentemente da ponderação, autonomamente recusadas nos casos em que, também do lado do requerido, houvesse uma aparência de direito (o que não é raro, de resto).

aquando da averiguação da providência conservatória no regime geral <sup>(139)</sup>.

A considerações e resultados semelhantes se chega no que respeita ao requisito *periculum in mora*, pois também nesta matéria a circunstância de a lei afastar o requisito relativo ao fundado receio da constituição de uma situação de facto consumado ou da produção de prejuízos de difícil reparação não equivale a afirmar que se deva prescindir da verificação de tal *periculum*.

Vale, aqui, o que se escreveu em II.1. e II.2. *supra* a propósito da influência incontornável do *periculum in mora*. O preenchimento legal desse conceito pode ser moldado consoante a política legislativa, mas existirá sempre um limite inferior imposto pela própria função da tutela cautelar: a plena utilidade ou eficácia da sentença há-de estar em perigo; o mesmo é dizer que, sendo este elemento parte integrante da definição da tutela cautelar, não há verdadeiras providências cautelares sem *periculum in mora*. E, nessa medida, as providências relativas aos procedimentos de formação de contratos disciplinadas no artigo 132.º não fogem à regra.

O que sucede, neste caso, é que o legislador, também aqui conduzido pela preocupação de não restringir a concessão das medidas para além dos estritos termos das directivas comunitárias, prescinde da especial qualificação do prejuízo como dificilmente reparável e da necessidade de constituição de situação de facto consumado, bastando-se com a existência de um prejuízo que seja suficientemente sério para afirmar que o requerente tem um interesse em agir.

No mais, os elementos que normalmente integram o *periculum in mora* — prejuízo e urgência — estão, expressa ou implicitamente, presentes na regulação destas providências. O prejuízo está, evidentemente, insito no critério do juízo de probabilidade: manda a lei que haja interesses susceptíveis de serem lesados, nomeadamente os prejuízos que podem resultar para a esfera do requerente da não adopção da providência (artigo 132.º, n.º 6);

---

<sup>(139)</sup> Mesmo a “contaminação” positiva da ponderação pelo *fumus boni iuris* só ocorre se, logo nessa averiguação muito sumária, o juiz sentir que, não sendo a procedência da causa principal manifesta, ela é bastante provável.

simplesmente, não é necessário que esse prejuízo seja grave, ou sério, ou dificilmente reparável <sup>(140)</sup>.

Com efeito, como se referiu em II.4., a urgência na regulação provisória da questão em juízo também faz parte do critério do juízo de probabilidade: ao referir-se aos prejuízos que podem resultar da não adopção da providência (artigo 132.º, n.º 6), a lei pressupõe a ocorrência de um prejuízo para o requerente caso, não sendo a providência decretada, ele tenha que esperar pela definição do direito no processo principal. Da forma como está redigido o preceito do n.º 6 do artigo 132.º resulta que o interesse só releva se associado à urgência. Com efeito, se analisado o preceito apenas do ponto de vista do interesse do requerente, conclui-se que o interesse susceptível de ser lesado está associado aos prejuízos que podem resultar da recusa da providência.

O que significa que não deve conceder-se a providência caso se conclua não ser provável que o requerente venha a ser prejudicado (independentemente de os prejuízos serem ou não facilmente reparáveis, note-se) no decurso do processo principal, ou seja, que o requerente pode aguardar pela prolação da decisão de fundo <sup>(141)</sup>. E assim será, mesmo que a adopção da providência nenhuns prejuízos pudesse causar ao requerido.

## 2. REGULAÇÃO PROVISÓRIA DO PAGAMENTO DE QUANTIAS

De acordo com o n.º 1 do artigo 133.º, quem esteja em situação de grave carência económica <sup>(142)</sup> pode requerer ao tribunal a

<sup>(140)</sup> “É patente que a lei se basta com um prejuízo, uma lesão de direitos ou de interesses dos particulares, sem que lhe acrescente qualquer qualificativo ou faça depender a sua relevância da sua gravidade e difícil reparação” (ANA CUNHA, cit., p. 449).

<sup>(141)</sup> Assim sendo, e porque o *periculum in mora* está expressamente incluído no critério da ponderação de interesses, não há que falar em presunção legal, quer no que respeita ao interesse do requerente, quer no que respeita à urgência. A respeito dessa presunção, cfr. ANA CUNHA, cit., pp. 450 a 456, onde dá conta das posições e da jurisprudência nesse sentido.

<sup>(142)</sup> Não serve, assim, a providência o propósito de assegurar uma qualidade de vida idêntica à existente anteriormente, como propugnava FAUSTO DE QUADROS, cit., p. 165.



intimação de entidade administrativa no sentido de prestar as quantias indispensáveis (143) a evitar essa situação de carência, desde que tal situação tenha sido provocada por alegado incumprimento do dever de essa entidade realizar prestações pecuniárias (144).

Veio, assim, o legislador do CPTA consagrar expressamente a providência cautelar de regulação provisória do pagamento de quantias, consagração essa que revestirá “*grande alcance prático*” (145), não só pela abertura que confere à adopção desta providência (146), mas também pela tradicional relutância da Administração Pública, no nosso país, relativamente à realização de prestações pecuniárias até à definição do direito, como, ainda, pela demora dessa definição pelos tribunais administrativos (147). Esta

(143) Mais uma vez presta o CPTA tributo ao princípio da proporcionalidade, aqui na vertente da necessidade ou da indispensabilidade.

(144) A lei não restringe a providência às situações individuais ou físicas, pelo que se admite a adopção desta providência para assegurar a sobrevivência económica de pessoa colectiva, nomeadamente em caso de iminência de falência — o que faz todo o sentido. A este respeito, como referia CARLA AMADO GOMES a respeito da providência prevista no artigo 403.º do CPC, o alargamento de tal providência “*aos danos económicos justifica-se em função dos amplos poderes de intervenção das entidades administrativas*”, dando como exemplos os actos de recusa de renovação de uma licença de exploração ou de decretamento do fecho de um estabelecimento; “*se o requerente tiver outros empreendimentos e a sua sobrevivência comercial ficar ameaçada, o juiz terá à sua disposição uma providência cautelar que lhe permitirá obstar à provocação de danos irreversíveis na esfera jurídica do particular*” (*Contributo...* p. 497).

(145) J. C. VIEIRA DE ANDRADE, “*Tutela...*”, p. 52.

(146) A abertura do sistema cautelar instituído pelo CPTA, nomeadamente no artigo 112.º, seria já suficiente para afirmar a admissibilidade desta providência, em termos genéricos. Simplesmente, dada a tradicional timidez da justiça administrativa e a conveniência em disciplinar os termos da concessão de tal providência, bem andou o legislador ao consagrar expressamente e disciplinar a figura, com o que não deixa espaço para dúvidas quanto à sua admissibilidade e “*facilita o trabalho do juiz*” (FAUSTO DE QUADROS, cit., p. 166). A doutrina vinha já, de resto, apelando à previsão expressa desta providência, a que não seria estranha a jurisprudência do TJCE nessa matéria, a partir do caso Antonissen; cfr. CARLA AMADO GOMES, *Contributo...*, pp. 496 e 497; ISABEL CELESTE FONSECA, em *Introdução...*, p. 148, e, no âmbito da discussão pública da reforma, em “*A urgência na reforma do processo administrativo*”, *O debate universitário*, p. 271; e, sobretudo, também na discussão pública sobre a reforma, FAUSTO DE QUADROS, cit., pp. 164 e ss.

(147) Como refere MÁRIO AROSO DE ALMEIDA (*O novo...*, p. 277), este preceito vem acolher a sugestão formulada por FAUSTO DE QUADROS no sentido da consagração expressa de providências antecipatórias, apontando como exemplo a providência prevista no artigo 119.º do Projecto do Estatuto de Aposentação e das Pensões de Sobrevivência,

providência pode depender de qualquer processo principal em que esteja em causa a efectivação de prestações pecuniárias pela Administração, no âmbito da jurisdição administrativa <sup>(148)</sup>, tendo como domínio de eleição as acções de responsabilidade extra-contratual da Administração Pública.

É de assinalar que, diferentemente do que sucede quanto às demais providências relativamente às quais se prevêem disposições especiais, a estrutura do artigo 133.º é a tipicamente adoptada no domínio das providências especificadas ou nominadas no CPC: a norma identifica clara e expressamente o *periculum in mora* que se visa remover, estabelece um modo específico de combate a esse *periculum*, fixando rigorosamente o conteúdo da providência e dando-lhe um nome (por isso é nominada), e estabelece as condições específicas e peculiares para que a providência seja decretada <sup>(149)</sup>. A adopção desta estrutura tem, evidentemente, reflexos no domínio das condições de procedência da providência.

---

em que notoriamente se filia a estrutura do artigo 133.º do CPTA. Ora, FAUSTO DE QUADROS apontara nessa altura como elemento favorável à admissão das providências antecipatórias o facto de estarem "*destinadas a obter grande importância em Portugal devido ao longo período de tempo em que o particular vai, em regra, ter de esperar pela sentença transitada em julgado no meio contencioso principal*", demora que poderia "*inviabilizar ou esvaziar definitivamente de conteúdo útil o seu direito substantivo*" (cit., p. 165).

<sup>(148)</sup> Não será, pois, a providência cautelar adequada para acautelar a decisão relativa à justa indemnização no âmbito de uma expropriação de utilidade pública, abandonada que foi a solução de estender à jurisdição administrativa as questões relativas às indemnizações devidas por actos ablativos relacionados com a imposição de sacrifícios devidos por interesse público; sobre o abandono desta solução, que constava das propostas de lei que o Governo apresentou à Assembleia da República, veja-se o que escrevem DIOGO FREITAS DO AMARAL e MÁRIO AROSO DE ALMEIDA em *Grandes linhas da reforma do contencioso administrativo*, Almedina, 2002, pp. 24 e 25.

<sup>(149)</sup> Por isso me parece que esta providência é a única, das previstas no CPTA, que merece rigorosamente a qualificação de "nominada" ou "especificada", com o sentido que estas expressões recebem no processo civil. E, também por isso, é possível afirmar, relativamente a esta providência, a sua prevalência face às demais, como sucedia no domínio do processo civil antes da consagração da regra prevista no artigo 381.º, n.º 3, do CPC, em que a jurisprudência concluía pela subsidiariedade das providências não especificadas relativamente às especificadas, mesmo na ausência de norma expressa nesse sentido. Deste modo, a providência prevista no artigo 133.º do CPTA aproxima-se da regra da subsidiariedade formal, diversamente das outras providências com regime particular, relativamente às quais se não se pode sustentar essa regra, mas uma regra de adequação e, no caso das providências abrangidas pelo artigo 132.º, de uma regra de subsidiariedade material.

O *periculum in mora*, específico desta providência, desdobra-se em dois aspectos: a constatação de uma situação de grave carência económica (alínea *a*) do n.º 2 do artigo 133.º); e a previsão de que o prolongamento dessa situação possa acarretar consequências graves e dificilmente reparáveis (alínea *b*)).

Relativamente ao primeiro aspecto, parece ser de interpretar a lei no sentido de se exigir que o interessado no decretamento da providência esteja já, aquando do requerimento, em situação de grave carência económica, o que impede a adopção da providência quando tal situação esteja iminente, mas não se verifique. É, pelo menos, o que resulta da letra da lei, quando exige comprovação adequada dessa situação na alínea *a*) do n.º 2) e se refere ao prolongamento dessa situação na seguinte alínea *b*)). A providência não tem, pois, o escopo de prevenir o início da ocorrência da situação de grave carência económica, mas apenas o de evitar o prolongamento dessa situação, quando ela se verifique. Assim se compreende o juízo de certeza para que remete o teor da alínea *a*) do n.º 2 do artigo 133.º.

Quanto ao segundo aspecto, reveste a providência função verdadeiramente preventiva, residindo aqui, em rigor, o *periculum in mora*: a providência visa remover o perigo de que a prolação de sentença no processo principal não encontre já uma situação de facto relativamente à qual possa produzir os seus efeitos, em virtude do prolongamento da situação de grave carência económica. Para tanto, exige-se que seja *de prever* que o prolongamento da situação possa acarretar consequências graves e dificilmente reparáveis. A aferição do *periculum in mora* não é diversa da prevista, em geral, no artigo 120.º: apenas é exigido um nexo de causalidade, assente na probabilidade, entre o prolongamento da situação e as consequências temidas. Já quanto ao conceito, o regime difere do regime geral: a lei não se basta com a dificuldade da reparação do prejuízo, exigindo que este seja grave — o que bem se compreende e pouco acrescenta relativamente ao disposto no n.º 1 do artigo 133.º, na medida em que dele se intuía já que as situações cobertas pelo regime do artigo 133.º são, necessariamente, situações de extrema gravidade, tanto mais que a própria situação de carência é ela própria, por definição normativa, grave.

O requisito do *fumus boni iuris*, em coerência com o regime geral e dada a natureza inegavelmente antecipatória da providência<sup>(150)</sup>, vem formulado na sua vertente positiva: exige-se a probabilidade de que a pretensão deduzida a título principal venha a ser julgada procedente. Também neste domínio o preenchimento do *fumus boni iuris* pressupõe uma actuação ilícita da Administração, tendo em conta que no n.º 1 do artigo 133.º se estabelece um nexo de causalidade entre a situação de grave carência económica e um incumprimento da Administração no sentido de realizar prestações pecuniárias<sup>(151)</sup>.

À semelhança do que se verifica nas providências especificadas do CPC, a ponderação de interesses foi já feita pelo legislador, o qual, em face da determinabilidade dos elementos de que dispunha, se sentiu à vontade para estabelecer uma estrutura que dispense o juízo de ponderação por parte do tribunal. Assim evita o legislador — aqui, onde foi possível — a concessão de uma larga margem de discricionariedade ao juiz, facilitando do mesmo passo a tarefa das partes e do tribunal.

---

(150) Além de ser este um domínio em que se manifesta com especial intensidade a possibilidade de, na sequência da adopção da providência, produzirem-se efeitos irreversíveis de facto; assim sucederá se, em caso de improcedência da pretensão do requerente no processo principal, não for possível, por falta de capacidade económica do requerente, exigir a restituição das quantias entregues a título provisório. Note-se que os efeitos irreversíveis não são provocados pela providência, sendo efeitos meramente contingentes.

(151) ANA CUNHA defende uma “flexibilização da apreciação” deste requisito, por forma a dá-lo por verificado quando “esteja indiciada a existência da obrigação de indemnizar a cargo do requerido” (como no artigo 403.º, n.º 2, do CPC, que prevê providência similar à do artigo 133.º do CPTA e que não está, a meu ver, abrangida pela remissão feita no n.º 2 do artigo 112.º do CPTA para as providências especificadas do CPC, pela prevalência da norma específica daquele artigo 133.º), nos casos em que as situações das normas coincidam, pelo “valor hermenêutico” da providência de processo civil e pela necessidade de evitar as desigualdades de tratamento entre as relações administrativas e as civis (cit., p. 298).



Jurisprudência  
dos Tribunais

**Tribunal Europeu dos Direitos do Homem**

**3.ª Secção**

Decisão sobre a Admissibilidade da Queixa n.º 65305/01,  
apresentada por: *Maria de Lourdes Gouveia da Silva Torrado*  
contra Portugal

\*

O Tribunal Europeu dos Direitos do Homem (terceira secção),  
reunido nos dias 27 de Março e 22 de Maio de 2003, em secção  
composta por:

G. Ress, *presidente*,  
L. Caflisch,  
R. Türmen,  
B. Zupan  
H.S. Greve,  
K. Traja, *juizes*,  
V.M. Gonçalves Gomes, *juiz ad-hoc* e  
V. Berger, *escrivão da secção*,

Vista a queixa acima mencionada, apresentada a 22 de Janeiro  
de 2001, Vistas as observações submetidas pelo Governo e em res-  
posta pela requerente, Vistas as observações apresentadas oral-  
mente pelas partes na audiência de 27 de Março de 2003,

Depois de ter deliberado, toma a decisão seguinte:

**OS FACTOS**

A requerente, Maria de Lourdes Gouveia da Silva Torrado é  
uma cidadã portuguesa, nascida em 1923 e residente em Cascais

(Portugal). Está representada por J. Pires de Lima, advogado em Cascais. Na audiência de 27 de Março de 2003, a queixosa foi também representada por J. T. Silveira, conselheiro. O Governo foi representado pelo seu Agente, J. Miguel, procurador-geral adjunto, assistido por M. M. Flores Ferreira, também procuradora-geral adjunta e coordenadora da secção do contencioso administrativo do Tribunal Central Administrativo.

### **A. As circunstâncias do caso**

Os factos, tal como estão expostos pelas partes, podem resumir-se como segue:

A 28 de Novembro de 1987, a queixosa instaurou uma acção executiva contra P.O. no Tribunal de Cascais, alegando que P.O. não tinha procedido ao pagamento do valor de 302.400\$00, ou seja € 1508, contrariamente ao que ficara acordado no quadro da transacção estabelecida num outro processo. Pediu, por isso, ao Tribunal para proceder à penhora das contas bancárias do devedor.

A 15 de Dezembro de 1997, o juiz ordenou a penhora. Todavia, a 2 de Fevereiro de 1998, o banco informou o Tribunal de que o crédito da conta era apenas de 6.861\$00. Esta informação foi levada ao conhecimento da requerente em 30 de Setembro de 1998.

Em 19 de Outubro de 1998, a requerente requereu a penhora dos bens do devedor.

Por despacho de 21 de Outubro de 1998, o juiz ordenou a remessa de carta rogatória à comarca de Lisboa, para o efeito.

Todavia, a 8 de Fevereiro de 1999, o Tribunal de Lisboa informou não ter podido proceder à penhora, por o devedor não residir na morada indicada pela requerente.

Por despacho de 14 de Outubro de 1999, o juiz determinou que fosse solicitada informação acerca da morada do devedor à Polícia de Segurança Pública. Esta respondeu em 27 de Dezembro de 1999, informando o tribunal da morada do devedor.

A 27 de Janeiro de 2000, a exequente renovou o pedido de penhora de bens do devedor.

A 1 de Fevereiro de 2000, o juiz ordenou a penhora. A 2 de Fevereiro foi expedida carta rogatória ao tribunal de Lisboa para o

efeito. Este último devolveu, sem cumprimento, a carta rogatória ao tribunal de Cascais a 20 de Novembro de 2000, informando que na diligência para penhora levada a efeito no dia 25 de Fevereiro de 2000, a mulher do executado se opusera, de modo que a penhora não se pudera efectuar.

A exequente requereu a intervenção da Polícia de Segurança Pública para proceder à penhora. A polícia deslocou-se à morada em causa a 7 de Dezembro de 2000 e constatou que o executado já aí não residia.

Por despacho de 23 de Maio de 2001, o Tribunal de Cascais ordenou a penhora das contas bancárias de que o executado fosse titular.

Entre 5 de Junho e 15 de Setembro, quinze bancos informaram não ter nenhuma conta em nome do executado.

A 31 de Outubro de 2001, a exequente requereu a penhora de uma parte da remuneração paga ao executado como administrador de uma sociedade comercial. Em 15 de Fevereiro de 2002, o juiz deferiu o pedido.

A 24 de Abril de 2002, a sociedade em causa informou o Tribunal que o executado não pertencia ao seu conselho de administração desde 25 de Maio de 2001.

Esta informação foi levada ao conhecimento da exequente a 29 de Abril de 2002.

O processo continua pendente no tribunal de Cascais.

## **B. O direito e a prática internas pertinentes**

### *1. A Constituição*

O artigo 20.º, n.º 4, da Constituição da República de 1976 consagra o direito a “decisão judicial em prazo razoável”.

O artigo 22.º, por outro lado, define a responsabilidade civil do Estado e os seus órgãos e agentes nos termos seguintes:

“O Estado e as demais entidades públicas são civilmente responsáveis, em forma solidária com os titulares dos seus órgãos, funcionários ou agentes, por acções ou omissões praticadas no exercício das suas funções e por causa desse exer-



cício, de que resulte violação dos direitos, liberdades e garantias ou prejuízo para outrem.”

2. *O Decreto-Lei n.º 48051, de 21 de Novembro de 1967*

Este Decreto-Lei regula a responsabilidade civil extra-contratual do Estado. As normas deste diploma com interesse para o presente processo, lêem-se como segue:

Artigo 2.º, n.º 2 (1)

“1. O Estado e demais pessoas colectivas públicas respondem civilmente perante terceiros pelas ofensas dos direitos destes ou das disposições legais destinadas a proteger os seus interesses, resultantes de actos ilícitos culposamente praticados pelos respectivos órgãos ou agentes administrativos no exercício das suas funções e por causa desse exercício.”

Artigo 6.º

“Para efeitos deste diploma, consideram-se ilícitos os actos jurídicos que violem as normas legais e regulamentares ou os princípios gerais aplicáveis e os actos materiais que infrinjam estas normas e princípios ou ainda as regras de ordem técnica e de prudência comum que devam ser tidas em consideração.”

Artigo 7.º

“O dever de indemnização, por parte do Estado e demais pessoas colectivas públicas, dos titulares dos seus órgãos e dos seus agentes, não depende do exercício pelos lesados do seu direito de recorrer dos actos causadores do dano; mas o direito destes à reparação só subsistirá na medida em que tal dano se não possa imputar à falta de interposição de recurso ou a negligente conduta processual na sua parte no recurso interposto.”

---

(1) N.T.: Trata-se do lapso. Quer-se dizer n.º 1 como resulta do texto transcrito.

De acordo com a jurisprudência sobre responsabilidade civil extra-contratual do Estado, para que haja obrigação de indemnização a cargo do Estado, é preciso que tenha havido um acto ilícito, cometido com culpa, e um nexo de causalidade entre esse acto e o prejuízo dele resultante.

De acordo com o artigo 498.º do Código Civil, o direito a indemnização prescreve no prazo de três anos a contar da data em que o lesado teve ou podia ter tido conhecimento da possibilidade de exercer esse direito.

### 3. *A jurisprudência dos tribunais portugueses sobre a matéria*

Durante muito tempo, a única decisão dos tribunais portugueses que aplicou o Decreto-Lei n.º 48051 à duração de um processo foi o acórdão do Supremo Tribunal Administrativo, proferido em 7 de Março de 1989, no processo *Garagens Pintosinho, Ld.ª*. O Supremo Tribunal, referindo-se aos acórdãos do TEDJI *Guincho c. Portugal* (acórdão de 10 de Julho de 1984, série A n.º 81), *Baraona c. Portugal* (acórdão de 8 de Julho de 1987, série-A n.º 122) e *Martins Moreira c. Portugal* (acórdão de 26 de Outubro de 1988, série-A n.º 143), considerou que a duração excessiva constituía um acto ilícito, justificando reparação.

Neste processo estava em causa, sobretudo, o atraso de cinco anos na produção de sentença pelo Tribunal de Trabalho de Lisboa, quando a Lei impunha um prazo de três dias para esse efeito.

Em 15 de Outubro de 1998, o Supremo Tribunal Administrativo proferiu um acórdão no processo *Pires Neno*, relativo a um processo cível, em que a sua duração na primeira instância foi de sete anos. Por isso, os autores nesta acção tinham apresentado, queixa na Comissão Europeia dos Direitos do Homem pela duração do mesmo. Na sequência desta queixa e por Resolução do Comité de Ministros do Conselho da Europa receberam uma indemnização de 540.000\$00. O Supremo Tribunal Administrativo julgou a acção parcialmente procedente e condenou o Estado a pagar uma indemnização de 900.000\$00, menos os 540.000\$00 já recebidos no âmbito do processo que correu termos perante os órgãos da Convenção. O Supremo Tribunal Administrativo consi-

derou, nomeadamente, referindo-se á jurisprudência do Tribunal de Estrasburgo, que o Estado constituía-se em responsabilidade civil extra-contratual por danos materiais e morais, causados pelo mau funcionamento dos serviços da justiça, por violação ilícita e culposa dos artigos 20.º da Constituição da República e 6.º, n.º 1, da Convenção Europeia. Este acórdão foi publicado e comentado na revista *Cadernos da Justiça Administrativa*, n.º 17, de Setembro/Outubro de 1999.

Uma decisão similar foi proferida pelo Supremo Tribunal Administrativo, em 1 de Fevereiro de 2001, no processo *Alecarpeças, Ld.ª*, relativo a atraso no cumprimento de uma carta rogatória no âmbito de um processo de execução. O Supremo Tribunal Administrativo sublinhou que o esgotamento dos prazos não constituía, em si mesmo, um acto ilícito, mas que nisso se transformava se ocorresse, ao mesmo tempo, violação do artigo 6.º, n.º 1, da Convenção Europeia.

Por último, o Tribunal Administrativo de Círculo de Coimbra, por sentença de 14 de Julho de 1999, transitada em julgado, julgou procedente um pedido de indemnização fundado em responsabilidade civil extra-contratual do Estado, por duração excessiva de um processo de oposição à execução já terminada.

De acordo com um quadro estatístico apresentado pelo Governo, foram instauradas nos tribunais administrativos, vinte e cinco acções fundadas em responsabilidade extra-contratual do Estado, por duração excessiva do processo. O Estado foi condenado em quatro dessas acções e os autores não viram as suas pretensões atendidas em quatro daqueles processos. Dezassete acções continuam pendentes; em duas destas, o Estado foi condenado em primeira instância, mas recorreu para o Supremo Tribunal Administrativo.

#### 4. *Os projectos de Lei n.º 95/VIII e n.º 148/IX*

Em Julho de 2001, o Governo apresentou no Parlamento a proposta de lei n.º 95/VIII, relativa à responsabilidade civil extra-contratual do Estado e á revogação do Decreto-Lei n.º 48051.

A exposição de motivos da proposta de lei indica nomeadamente que “pela primeira vez na ordem jurídica portuguesa”, um

texto legislativo regula de maneira global a responsabilidade extra-contratual do Estado por danos resultantes do exercício das funções política, legislativa, administrativa e, “pela primeira vez em Portugal”, jurisdicional. Neste contexto, a exposição de motivos destaca que foi “considerado útil incorporar na lei as soluções encontradas ao longo do tempo pela jurisprudência”.

Os artigos 7.º e 10.º da proposta regulam a responsabilidade do Estado pelos danos causados no exercício das suas funções administrativas. O artigo 7.º, n.ºs 2 e 3, introduz de maneira explícita a noção de “falta de serviço” ou “falta funcional”.

O artigo 12.º da proposta prevê nomeadamente:

“(…) as normas em matéria de responsabilidade por factos ilícitos praticados no exercício da função administrativa são aplicáveis aos danos ilícitos causados pela administração da justiça, nomeadamente por violação do direito a uma decisão judicial em prazo razoável.”

Esta proposta de lei caducou pela dissolução do Parlamento.

Entretanto, a 21 de Novembro de 2002, o novo Parlamento aprovou na generalidade o projecto de lei n.º 148/IX, apresentado pelos membros do Partido Socialista, que retoma integralmente a exposição de motivos e o texto da proposta de lei n.º 95/VIII.

Este texto deve ainda ser aprovado na especialidade.

##### *5. A Circular n.º 11/2002, da Procuradoria-Geral da República*

A 20 de Dezembro de 2002, o Procurador-Geral da República dirigiu uma Circular a todos os magistrados do Ministério Público, recomendando-lhes abster-se de contestar a competência *ratione materiae* dos tribunais administrativos para conhecer das acções fundadas em responsabilidade extra-contratual do Estado por duração excessiva do processo.

De acordo com o artigo 76.º do Estatuto do Ministério Público, todos os magistrados e agentes do Ministério Público estão vinculados a seguir esta Circular.

## FUNDAMENTOS

Invocando o artigo 6.º, n.º 1, da Convenção, a requerente queixa-se da duração do processo.

## DO DIREITO

Queixando-se da duração do processo, a requerente invoca o artigo 6.º, n.º 1, da Convenção, que dispõe, nomeadamente, o seguinte:

“Qualquer pessoa tem direito a que a sua causa seja apreciada (...) em prazo razoável, por um tribunal (...), que decidirá (...) da contestação sobre os seus direitos e obrigações de natureza civil (...).”

O Governo suscita preliminarmente a excepção decorrente do não esgotamento dos meios de recurso internos. Para ele, decorre claramente da jurisprudência do Supremo Tribunal Administrativo que a violação do direito a uma decisão em prazo razoável gera responsabilidade civil extra-contratual do Estado e, por consequência, o dever de indemnizar os lesados.

O Governo sustenta que a acção fundada em responsabilidade extra-contratual, prevista no Decreto-Lei n.º 48051, de 21 de Dezembro de 1967, constitui um meio acessível, adequado e eficaz para reparar a situação suscitada pela requerente. Segundo ele, não se deverá contestar a eficácia deste meio apenas na base de critérios estatísticos.

O Governo realça que é necessário distinguir os meios de prevenção, tal como os pedidos tendentes à aceleração dos processos, que visam, no essencial, prevenir uma violação ou a pôr-lhe fim imediatamente, dos meios de reparação, relativos a uma violação que já ocorreu. No caso, tendo a alegada violação já ocorrido, a única questão que se coloca é a de saber se a requerente tinha à sua disposição um meio eficaz para ser reparada. Para o Governo, era esse o caso. Ele menciona, em especial, o acórdão do Supremo Tribunal Administrativo de 15 de Outubro de 1998 (*processo Pires Neno*), de onde claramente decorre que este Alto Tribunal seguiu integralmente os princípios e critérios do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem em matéria de “prazo razoável”.

O Governo refere-se, igualmente, à decisão *Giumarra c. França* (n.º 61166/00, de 12 de Junho de 2001, não publicada), na qual o actual tribunal considerou que a acção baseada no artigo L. 781-1 do Código francês de organização judiciária é um recurso a esgotar por quem quer queixar-se da duração excessiva de um processo. Para o Governo, a mesma situação prevalece em Portugal, não podendo as diferenças entre as duas disposições legais justificar soluções diferentes.

A queixosa contesta estes argumentos.

Alega que continua válida a jurisprudência constante dos órgãos da Convenção nos termos da qual não constitui meio eficaz a acção indicada pelo Governo.

De acordo com a requerente, é facto público e notório que a justiça em Portugal é muito lenta. Se os cidadãos fossem obrigados a recorrer aos tribunais administrativos antes de se dirigir ao Tribunal Europeu, agravar-se-ia a violação do seu direito a verem decidida a sua causa em prazo razoável, na medida em que, para reagir contra a duração excessiva do processo, ver-se-iam confrontados com uma segunda possibilidade de violação do mesmo direito. A requerente acrescenta que uma tal situação poderia persistir por tempo indeterminado.

Para a requerente, os elementos jurisprudenciais apresentados pelo Governo não mudavam nada, posto que os tribunais portugueses continuariam a discutir a questão prévia da sua competência para apreciar este tipo de acções. Tal competência tem sido, aliás, sistematicamente contestada pelo Ministério Público, agindo em representação do Estado.

A redacção da proposta de Lei n.º 95/VIII e do projecto de Lei n.º 1481/IX demonstraria que não é possível, nos termos da lei actual, obter uma indemnização por duração excessiva do processo. As decisões do Supremo Tribunal Administrativo nesse sentido, designadamente a proferida no processo *Pires Neno*, seriam excepcionais e isoladas — o Governo não teria, com efeito, citado senão quatro decisões, enquanto o Decreto-Lei n.º 48051 está em vigor há mais de 35 anos — e apenas respeitantes a processos já concluídos, enquanto que a requerente se queixa da duração excessiva de um processo que continua pendente.

O recurso em causa não deveria, assim, ser considerado adequado e eficaz.

O Tribunal relembra que, nos termos do artigo 35.º, n.º 1, da Convenção, não pode conhecer da causa senão depois de esgotadas as vias de recurso internas. Coloca-se, pois, em primeiro lugar, a questão de saber se neste caso, se mostra fundada a excepção suscitada pelo Governo. A este propósito, o Tribunal sublinha que qualquer requerente dever ter concedido aos tribunais nacionais a ocasião que esta disposição tem, em princípio, por finalidade de conceder aos Estados contratantes: evitar ou reparar as alegadas violações contra eles (v., por exemplo, *Cardot c. França*, acórdão de 19 de Março de 1991, série A, n.º 200, § 36). Esta norma funda-se na hipótese, objecto do artigo 13.º da Convenção — com a qual apresenta estreita afinidade —, que o ordenamento jurídico interno oferece um recurso efectivo quanto à adequada violação (v. por exemplo, *Selmouni c. França* [GC], N.º 25803/94, §74, CEDH 1999-V).

No artigo 35.º da Convenção só se prescreve o esgotamento dos recursos, que sejam diponíveis e adequados, sobre as alegadas violações. Estes recursos devem existir com um grau suficiente de certeza, não somente em teoria como na prática, sem o que lhes falecem a efectividade e a acessibilidade requeridas; incumbe ao Estado requerido demonstrar que estas exigências se encontram preenchidas (v., entre muitos outros, os acórdãos *Vernillo c. França*, de 20 de Fevereiro de 1991, Série-A, n.º 198, §27, e *Dalia c. França*, de 19 de Fevereiro de 1998, *Recueil des arrêts et décisions* 1998-I, §38).

O Tribunal relembra que o Governo Português fez já valer no passado, diante dos órgãos da Convenção, a excepção do não esgotamento dos meios de recurso internos, alegando que a acção de responsabilidade civil, prevista no Decreto-Lei n.º 48051, representava um meio eficaz para se queixar da duração de um processo. Ao tempo, a Comissão rejeitou a excepção por diversas vezes. Considerou, designadamente, no processo *Gama da Costa c. Portugal* (n.º 12659/87, decisão de 5 de Março de 1990, *Décisions et rapports* (DR) 65, p. 136):

“(…) o Governo não mostrou que o Decreto-Lei n.º 48051, de 21 de Novembro de 1967, relativo à responsa-

bilidade extra-contratual do Estado, se aplica aos casos de duração de processos pendentes ou concluídos, perante os tribunais portugueses competentes. O Governo não citou, a este propósito, um único exemplo retirado da jurisprudência, demonstrando que uma tal violação tinha hipóteses reais de sucesso, enquanto que o texto legislativo em apreço está em vigor desde há mais de 25 anos;

Agora, o Governo suscita, de novo, esta excepção baseando-se, designadamente, na evolução da jurisprudência dos tribunais administrativos. Teria havido, assim, um número crescente de decisões concedendo indemnização em razão da duração excessiva do processo.

Em face dos exemplos apresentados pelo Governo, o Tribunal constata que esse é efectivamente o caso.

Na verdade, durante muito tempo a única decisão do Supremo Tribunal Administrativo foi o acórdão das *Garagens Pintosinho, Ld.<sup>a</sup>*, de 7 de Março de 1989. Torna-se claro que a partir de 15 de Outubro de 1998, data do acórdão *Pires Neno*, a jurisprudência do Supremo Tribunal Administrativo admite que a duração excessiva de um processo pode gerar responsabilidade do Estado por violação do artigo 6.º da Convenção. Este último acórdão, como os que se seguiram, refere-se expressamente à jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem e baseia-se nos critérios seguidos por este último para apreciar o carácter razoável da duração do processo judicial.

A requerente alegou que esta jurisprudência não apresentava um grau suficiente de certeza jurídica. Alegou, a este respeito, que o Ministério Público contesta a competência dos tribunais administrativos para apreciar este tipo de acções e que a proposta e projecto de lei apresentados no Parlamento provam que o texto actual é, pelo menos, incerto.

Estes argumentos não são convincentes. O Tribunal sublinha, em primeiro lugar, que pela Circular n.º 11/2002, de 20 de Dezembro de 2002, o Procurador-Geral da República recomendou a todos os magistrados e agentes do Ministério Público que se abstenham de contestar a competência *ratione materiae* dos tribunais administrativos. Em todo o caso, a questão parece estar resolvida, acei-



tando os tribunais administrativos actualmente a competência para julgar as acções de responsabilidade do Estado por duração excessiva do processo.

Relativamente aos projectos de lei apresentados no Parlamento, visando substituir o Decreto-Lei n.º 4805 1, o Tribunal considera que a exposição de motivos desses projectos estabelece que foi “considerado útil incorporar na legislação soluções já encontradas ao longo do tempo pela jurisprudência”. Esta fase parece visar a evolução relativamente recente da jurisprudência em matéria de recursos contra a duração excessiva do processo. Não se poderá pois apoiar sobre o conteúdo destes Decretos-Leis para negar ao Decreto-Lei n.º 48051, tal como interpretado actualmente pelos tribunais administrativos, um suficiente grau de certeza jurídica. Dito isto, o Tribunal sublinha que a situação melhorará e clarificar-se-á em Portugal quando os projectos de leis em causa forem adoptados pelo Parlamento.

O Tribunal considera assim que, pelo menos a partir de Outubro de 1999, data em que o acórdão *Pires Neno* foi publicado e comentado na Revista jurídica *Cadernos da Justiça Administrativa*, a acção fundada em responsabilidade extra-contratual do Estado adquiriu um grau de certeza jurídico suficiente para poder e dever ser utilizado para os efeitos do artigo 35.º, n.º 1, da Convenção (ver, a este propósito, a decisão *Giumarra c. França* antes citada).

Esta conclusão vale não só para os processos concluídos como para aqueles que, à semelhança do presente, continuam pendentes. Com efeito, decorre dos acórdãos e sentenças apresentados pelo Governo que nem o direito positivo nem a jurisprudência distinguem os processos pendentes daqueles que foram decididos.

A circunstância de a acção em causa, exclusivamente indemnizatória, não permitir acelerar o curso de um processo não é determinante. A este propósito, o Tribunal relembra que julgou que são “efectivos” os recursos que os cidadãos dispõem no direito interno para se queixar da duração de um processo, no sentido do artigo 13.º da Convenção, logo que eles permitem “impedir a ocorrência ou a continuação da alegada violação, ou [de] dar ao interessado uma reparação apropriada em relação a qualquer violação já ocorrida” (*Kudla c. Polónia* [GC], n.º 30210/96, § 158, CEDH 2000-XI).

O artigo 13.º abre pois uma opção na matéria: um meio e efectivo” quando permitir não só acelerar a decisão do tribunal respectivo como também fornecer às partes uma reparação adequada para os atrasos já ocorridos (*Kudla* supra, § 159). De acordo com o Tribunal, tendo em vista as “estreitas afinidades” que apresentam os artigos 13.º e 35.º, § 1, da Convenção (v. também *Kudla*, § 152), ocorre necessariamente o mesmo à noção de recurso “efectivo” no quadro desta segunda disposição legal (*Mifsud c. França* (déc.) [GC], n.º 57220/00, CEDH 2002-VIII).

O Tribunal deve precisar, no entanto, que esta conclusão só é válida nos casos em que a acção fundada em responsabilidade extra-contratual do Estado constitui, ela própria, um meio eficaz, adequado e acessível para sancionar a duração excessiva de um processo judicial. É por isso que será desejável que os tribunais administrativos dispensem uma particular atenção a estas acções, nomeadamente no que se refere ao prazo razoável para a sua decisão. O Tribunal relembra, por fim, que a natureza adequada depende igualmente do nível de indemnização (*Scordino c. Itália* (déc.), n.º 36813/97, CEDH 2003).

Nesta queixa, o Tribunal constata que a requerente não instaurou nos tribunais administrativos acção fundada em responsabilidade extra-contratual do Estado. Decorre que, desde a apresentação desta queixa em 22 de Janeiro de 2001, tal acção tinha já carácter de um recurso, devendo ter sido exercido para esgotar as vias de recurso internas, nos termos do artigo 35.º, n.º 1, da Convenção. A requerente não esgotou, assim, as vias de recurso internas. O facto de o processo judicial continuar pendente não obsta a que a requerente use este meio perante os tribunais administrativos.

A queixa deve, assim, ser rejeitada, nos termos dos n.ºs 1 e 4 do artigo 35.º da Convenção.

Com tais fundamentos, o Tribunal, por unanimidade *declara* a queixa inadmissível.

Georg RESS  
(Président)

Vincent BERGER  
(Escrivão)



## COMENTÁRIO

*Pelo Dr. Joaquim Pires de Lima*

### **O exercício do direito de queixa perante o Tribunal Europeu e o esgotamento dos meios internos**

1.1 — O direito de queixa individual previsto no artigo 34.º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem está subordinado ao esgotamento dos meios de defesa internos contra a violação dos direitos, nos termos do artigo 35.º da Convenção, o que significa que, para além de outras condições de admissibilidade, a queixa ao Tribunal Europeu só é admissível se o queixoso usou sem êxito os recursos da lei interna para pôr termo à violação do seu direito e obter a justa compensação pelo dano resultante dessa violação.

1.2 — Relativamente às violações do direito à justiça em prazo razoável, mais vulgarmente referidas como atrasos da justiça, o T.E. vinha considerando, na sua jurisprudência, relativamente ao Estado português, que não havia vias de recurso internas a esgotar, pelo que, qualquer queixa individual podia ser directamente apresentada no Tribunal Europeu contra o Estado, logo que fosse imputável às autoridades a ofensa daquele direito, consagrado no artigo 6.º (§ 1.º) da Convenção.

Efectivamente, desde o caso “Guincho”, em que Portugal sofreu a primeira condenação no T.E., ao longo de quase vinte anos, a jurisprudência do T.E. tem sido constante no sentido de considerar que não há meios internos eficazes e não temerários que

permitam ao cidadão português reagir contra o deficiente funcionamento da administração da justiça.

Esta posição do Tribunal Europeu, que já era assumida na extinta Comissão Europeia dos Direitos do Homem, significava que, para as instâncias judiciais do Conselho da Europa, a lei portuguesa, na sua aplicação pelos tribunais, e mesmo na mais corrente interpretação doutrinal, não garantia o reconhecimento da responsabilidade civil extracontratual do Estado em termos objectivos, traduzida na “faute de service” e também não assegurava ao cidadão uma indemnização por violação do direito à justiça em prazo razoável.

Não havendo meios idóneos de responsabilizar o Estado pelos atrasos da justiça resultantes do deficiente funcionamento da administração, e sendo os juízes irresponsáveis, o T.E. sempre acolheu as queixas individuais directamente contra Portugal, sem exigir sequer aos queixosos que tentassem demandar o Estado nos tribunais internos, antes de formularem as queixas internacionais.

### **O significado da decisão do T.E. para o Estado português**

2.1 — Esta regra jurisprudencial não valia só para o direito à justiça em prazo razoável, nem valia apenas contra o Estado português.

Todos os direitos que integram o artigo 6.º (§ 1.º) da Convenção Europeia dos Direitos do Homem e que se traduzem no direito de acesso à justiça, como o direito ao processo equitativo (igualdade de armas) ou ao tribunal independente, tinham o mesmo tratamento jurisprudencial já referido.

Por outro lado, o Tribunal Europeu (tal como a extinta Comissão) considerava, até há pouco tempo que nenhum Estado do Conselho da Europa garantia meios internos idóneos aos seus cidadãos para responsabilizarem os próprios Estados por atrasos da justiça.

Curiosamente, foi a França o primeiro Estado que foi reconhecido pelo Tribunal Europeu como garantindo aos cidadãos meios legais válidos e adequados, com relativa eficácia comprovada nos tribunais internos e com grande certeza teórica (sem dis-

cussão doutrinal) para responsabilizarem o seu Estado por atraso não razoável da justiça.

Isto só sucedeu em 12 de Junho de 2001, com a decisão do Caso Giummarra.

Mesmo essa decisão comprova que só a partir de 1999 é que os tribunais Franceses começaram a condenar o próprio Estado por violação do direito à justiça em prazo razoável.

Hoje, no conjunto dos quarenta e cinco Estados do Conselho da Europa, Portugal deverá ser o quarto Estado (depois da França, Espanha e Croácia) que o Tribunal Europeu considerou ter um sistema legal e uma prática jurisprudencial susceptíveis de garantirem aos cidadãos meios de responsabilizar o Estado nos seus próprios tribunais internos pelos atrasos não razoáveis da justiça.

2.2 — Isto permite afirmar que a decisão do T.E. que julgou inadmissível a queixa de Maria de Lurdes Torrado contra Portugal, por não terem sido esgotados os meios internos, significa uma “viragem” na jurisprudência do T.E. em relação a Portugal, que credibiliza a legislação e os tribunais portugueses, prestigiando-os internacionalmente e considerando-os aptos a garantirem aos cidadãos o efectivo e completo exercício do direito de acesso à justiça, através da responsabilização do próprio Estado pelos atrasos não razoáveis de justiça.

O Tribunal Europeu reconhece que o Estado português está em condições de se auto-censurar ou auto-responsabilizar perante os cidadãos que forem vítimas de violação do direito à justiça em prazo razoável.

O Tribunal Europeu, com base em quatro decisões dos tribunais administrativos, condenatórias do Estado português por atrasos da justiça, e em dezassete processos judiciais pendentes contra o Estado com o mesmo fundamento, considerou que a prática recente permite confiar aos tribunais administrativos portugueses o julgamento do Estado, mesmo com base em legislação obsoleta.

Para o Tribunal Europeu basta a tendência jurisprudencial, a existência de uma Constituição da República que consagra o direito de acesso à justiça e a responsabilidade do Estado por ofensa dos direitos fundamentais (artigos 20.º e 22.º) e a vontade legislativa que aponta para o esclarecimento expresso e a curto

prazo das dúvidas sobre a responsabilidade do Estado pelo deficiente funcionamento da administração, para que os cidadãos devam confiar nos tribunais internos, a partir de agora e em primeira mão, as questões relativas à responsabilidade por atraso da justiça.

Mas o Tribunal Europeu não dá crédito ilimitado ao Estado português e aos tribunais internos e, numa atitude pedagógica, previne que a acção de responsabilidade (meio interno a esgotar) para ser meio idóneo e eficaz, deve processar-se em prazo razoável...

### **O significado da decisão para o funcionamento do T.E.**

3 — Se a decisão do T.E. em análise tem o mérito de reconhecer a maturidade do nosso sistema legal e jurisdicional, e permite pôr à prova a eficácia dos tribunais internos e a sua independência e capacidade de auto-censura, seríamos ingénuos se aceitássemos que esta decisão do T.E. assenta apenas no crédito que lhe merecem as leis e os tribunais portugueses.

O Tribunal Europeu dos Direitos do Homem não funciona como instância de recurso destinada a reapreciar, alterar ou revogar as decisões internas, sendo certo que, em muitos casos, pode pôr termo a situações geradas por decisões judiciais ou administrativas internas ofensivas dos direitos da Convenção.

Por via de regra as decisões do Tribunal Europeu que reconhecem a violação de um direito protegido pela Convenção são proferidas quando já se consumou a violação e, além de valerem como censura ao Estado violador, visam condenar o Estado a compensar, muitas vezes simbolicamente, o dano causado ao queixoso.

A função do T.E. não se esgota aqui, já que a sua jurisprudência vem contribuindo decisivamente para o aperfeiçoamento das leis e da justiça de cada Estado membro do Conselho da Europa, no que respeita à protecção dos direitos e garantias fundamentais dos cidadãos.

Em termos processuais, até 1998, todas as queixas individuais passavam por uma Comissão (Comissão Europeia dos Direitos do Homem), que decidia da admissibilidade e que fazia a rigorosa triagem das que mereciam ser decididas pelo Tribunal Europeu.

Quando a Comissão foi extinta, o Tribunal Europeu passou a receber directamente todas as queixas e a decidir a questão prévia da admissibilidade.

Esta inovação, acrescida do aumento do número dos Estados membros do Conselho da Europa e do aumento subsequente do número de queixas individuais, levou o Tribunal Europeu à contingência de violar, ele próprio, constantemente, o direito à justiça em prazo razoável.

Vinte e oito meses foi o tempo que o T.E. tardou a proferir a decisão sobre a questão prévia da admissibilidade no caso *Torrado* (caso em análise).

Quer isto dizer que, por razões de quase sobrevivência, o Tribunal Europeu tem necessidade de confiar aos Estados (a cada Estado do Conselho da Europa) certas funções da extinta Comissão Europeia, delegando neles a missão de decidirem a existência das violações da Convenção e de “se condenarem”, quando responsáveis por tais violações.

Esta manifestação de confiança do T.E. na justiça interna portuguesa não é só ditada pelo mérito do Estado português e dos tribunais internos.

Há na decisão em apreciação um meio de aliviar as tarefas do Tribunal Europeu, cujos processos por atraso da justiça representam mais de 80% do total das queixas individuais.

Mesmo assim, a decisão tem a vantagem de permitir ao Tribunal Europeu dedicar a sua atenção a casos mais graves de violação dos direitos humanos, sem que, como adiante se verá, deixe de poder vir a condenar os Estados, v.g. o Estado português, por violação do direito à justiça em prazo razoável.

### **Aspectos negativos da decisão do T.E.**

4 — Do que ficou exposto e do teor da própria decisão transcrita resultam alguns aspectos menos positivos e até inconvenientes para a defesa do direito de acesso à justiça do cidadão português, mais especificamente, do direito à justiça em prazo razoável.



4.1.1 — Desde logo, a fundamentação da decisão merece alguma crítica no que respeita ao juízo emitido sobre a actual legislação portuguesa e a solução que nela têm as questões da responsabilidade civil extracontratual do Estado e da jurisdição materialmente competente para julgar o Estado pelos atrasos da justiça.

Com efeito, a decisão louva-se no facto de, a partir de 1989, os tribunais administrativos portugueses terem proferido quatro decisões condenatórias do Estado português, por violação do direito à justiça em prazo razoável, com base no Decreto Lei n.º 48.051, de 21.11.1967.

E evidente que nenhuma decisão interna, das quatro que se conhecem e que o T.E. refere, fundamenta a condenação do Estado apenas no diploma legal de 1967, mas no artigo 6.º da Convenção Europeia e na própria Constituição e na doutrina.

Mas o T.E. sabe que a lei ordinária vigente não garante de modo indiscutível a responsabilidade objectiva do Estado por mau funcionamento da Administração, nem consagra expressamente a responsabilidade do Estado por actos de jurisdição.

Tanto assim é que o projecto de lei n.º 148/IX, de 21 de Novembro de 2002, reproduzindo a proposta de lei n.º 95/VIII, de Julho de 2001, além de revogar o Dec.-Lei n.º 48.051, de 1967, afirma no seu preâmbulo que é a primeira vez que se consagra na lei a responsabilidade do Estado por acto jurisdicional e por “faute de service”.

Ora, o projecto de lei em causa, citado na decisão do T.E., embora aprovado na generalidade pela A.R., não está em vigor, nem se sabe quando será publicado e em que versão.

Por outro lado, ainda não está em vigor a Lei n.º 13/2000, que aprovou o novo Estatuto dos Tribunais Administrativos e Fiscais e que só entrará em vigor em Janeiro de 2004, o que vale por dizer que só então é que a questão da competência material dos tribunais para julgarem o Estado ficará esclarecida.

Até lá, vale a prática, a doutrina e certo compromisso recente assumido pela magistratura do M.º P.º, que deixou de contestar a competência dos tribunais administrativos.

Bastará que se suscite em concreto a dúvida sobre se o atraso de justiça resulta da má gestão ou se traduz em acto de jurisdição,

para que se possa questionar qual o tribunal competente para julgar o Estado.

Por outro lado, o artigo 22.º da C.R.P., ao consagrar a responsabilidade solidária do Estado com os funcionários, permite que se lancem dúvidas sobre se aquela responsabilidade implica o acto ilícito e culposo do titular do órgão do Estado.

Em suma: a lei interna actual não dá ao cidadão um meio seguro de exercer o seu direito de acesso à justiça e, menos ainda, de responsabilizar o Estado, mas estão à vista “melhores dias” e o T.E., com esta decisão, deu coragem aos nossos tribunais para condenarem o Estado, quando for justo, seguindo o exemplo da jurisprudência do próprio Tribunal Europeu.

4.1.2 — Mais fraca terá sido a fundamentação da decisão do T.E. quando aponta para os exemplos práticos da nossa jurisprudência.

Nesse ponto, fazendo um balanço muito resumido do material analisado no processo perante o Tribunal Europeu, pode afirmar-se que desde 1989 (não há qualquer decisão judicial interna anterior) houve 25 acções movidas por cidadãos contra o Estado, nos tribunais administrativos de Círculo, por alegada violação do direito à justiça em prazo razoável.

Dessas 25 acções sabe-se o resultado de 8 processos, que tiveram decisão definitiva e se saldaram por 4 condenações e outras tantas absolvições do Estado.

Dos 17 processos pendentes, um é de 1995, um de 1997, um de 1999, cinco de 2000, quatro de 2001 e cinco de 2002.

Se tomarmos em conta que um dos quatro casos de condenação do Estado findou na primeira instância sem contestação do réu, parece evidente que há falta de experiência em relação à idoneidade ou eficácia das vias de recurso internas, ao dispor do cidadão, vítima de ofensa do seu direito à justiça em prazo razoável.

Dito de outro modo, os meios existem, mas são poucos ou não foram suficientemente testados.

Do que conhecemos das decisões internas condenatórias do Estado, elas parecem resultar muito mais da coragem e do excepcional espírito de justiça dos magistrados, do que de uma relativamente indiscutível base legal e doutrinária.

4.2.1 — Na sequência da crítica formulada no ponto anterior, podemos afirmar que não estamos seguros de que a decisão do T.E. sob análise não possa conduzir a uma certa “regionalização” da Convenção Europeia dos Direitos do Homem, em função dos tribunais internos que aplicam as suas normas, interpretam os seus conceitos e fazem valer os seus próprios critérios na definição dos direitos convencionais.

Com efeito, o conceito de “direito à justiça em prazo razoável” adoptado há 53 anos pelo T.E. supõe que todo o cidadão têm direito a ver julgada a sua causa em prazo razoável, ainda que a decisão lhe seja desfavorável.

Temos as maiores dúvidas de que algum tribunal interno aceite este conceito para condenar o Estado, se, por exemplo, um cidadão tiver aguardado cinco, dez ou quinze anos por uma decisão desfavorável do tribunal português.

De resto, até hoje, nenhum cidadão português teve a “ousadia” de pedir uma indemnização ao Estado por ter perdido uma acção judicial em prazo excessivo.

Mas, a verdade é que essa ousadia se impõe e que os tribunais têm que estar preparados para perceber que o artigo 6.º (§ 1.º) da Convenção consagra o direito a uma decisão, seja ela favorável ou desfavorável, em prazo razoável.

4.2.2 — Uma das questões colocadas pelo T.E. às partes no julgamento do caso *Torrado*, que determinou a decisão em apreciação, foi a de saber se em Portugal os tribunais aceitavam que, em processo pendente, um cidadão instaurasse acção contra o Estado por excessiva morosidade.

Os casos (25) que se conhecem nos nossos tribunais referem-se apenas a acções de responsabilidade propostas contra o Estado após decisão definitiva da causa em que foi alegadamente violado o direito à justiça em prazo razoável.

Não há notícia de uma só acção fundada em demora excessiva de processo pendente, embora haja notícia de saneadores que tardaram dois e três anos e de sentenças proferidas dois anos após a leitura das respostas aos quesitos...

O T.E. confiou que, apesar da ausência de uma experiência jurisprudencial interna, o exemplo da jurisprudência europeia e a

cultura daí resultante eram garantias de que os tribunais internos acolhiam o direito à justiça em prazo razoável, mesmo em processos não findos.

Contudo, o Estado português já sustentou no T.E. a distinção entre prazo e ritmo do processo, considerando que só poderia aferir-se a violação do direito à justiça em prazo razoável em processo findo.

Na tese do então representante do Governo português (Caso Guincho), se um processo levasse em média a ser julgado quatro anos na Comarca de Lisboa, podia estar parado dois ou três anos e recuperar num só ano o tempo perdido.

Esta tese não foi nunca levada a sério pelas instâncias de Estrasburgo e foi abandonada mais tarde, já que, com ela, se admitia como critério da “razoabilidade” do prazo da justiça um factor regional — o tempo médio de um processo em certo tribunal — que levaria à regionalização da Convenção Europeia.

4.3 — O tribunal Europeu, na sua decisão de 22.5.2003, no caso *Torrado*, preveniu que as acções internas de responsabilidade, instauradas contra o Estado, por violação do direito à justiça em prazo razoável, não podiam ser demoradas, sob pena de se tornarem meios ineficazes e, portanto, inexigíveis.

Também aqui o T.E. deu um voto de esperança na justiça interna de Portugal, mas fê-lo sem fundamento e, ainda por cima, contrariando a realidade demonstrada no próprio processo de Estrasburgo.

Na verdade, nos quatro processos internos que terminaram com a condenação do Estado foi sempre ultrapassado o prazo do processo que deu causa à acção de responsabilidade e nos dezasseis processos de responsabilização ainda pendentes, embora não se conheça a causa, não há um só que tenha andamento razoável, de acordo com os critérios da jurisprudência do Tribunal Europeu.

Há acções de responsabilidade contra o Estado, determinadas por ofensa do direito à justiça em prazo razoável, que estão pendentes há 8 anos, em recurso no S.T.A., mas também as há que aguardam há 3 anos o saneador, e que esperam o julgamento há 6 anos na 1.ª instância.

Não é impossível que a decisão do T.E. tenha efeitos benéficos para a justiça interna e para os cidadãos e permita corrigir os vícios apontados; a questão que se coloca é a de saber se os tribunais têm os meios para corrigir tudo o que está mal na Justiça e, sobretudo, o que determina os atrasos não razoáveis dos processos.

4.4 — Um inconveniente que resulta da decisão do T.E. é a natureza e a avaliação do dano causado pela violação do direito à justiça em prazo razoável.

Em regra, o Tribunal Europeu dá particular relevo nestes casos ao dano moral e resulta da sua jurisprudência mais recente que, mesmo quando é estabelecido um acordo entre o queixoso e o Estado, as indemnizações nunca ficam aquém dos 2.000 euros e, por via de regra atingem os 5.000 e 6.000 euros.

Do que sabemos da jurisprudência interna, é dado especial relevo ao dano material, que nem sempre é de prova fácil, sobretudo se atendermos às exigências da teoria da causalidade adequada.

Quanto ao dano moral, toda a gente sabe que tem um valor reduzido para os nossos tribunais e não há uma cultura jurídica que permita acreditar que os tribunais internos vão dar particular dignidade ao direito à justiça em prazo razoável.

A única decisão interna que conhecemos nesta matéria, atribuiu uma indemnização de 500 euros por dano moral ao cidadão queixoso.

É possível que as coisas evoluam, mas por agora temos que considerar que esta decisão do T.E. sê traduziu em elevada poupança de despesas para o Estado português.

4.5 — Mais inconveniente, ainda, para o cidadão português é a decisão em análise, se considerarmos que os processos por atrasos de justiça no Tribunal Europeu são gratuitos e decorrem normalmente através de correspondência, sem audiência pública e sem a presença das partes.

A partir de agora, o cidadão que se considerar ofendido no seu direito à justiça em prazo razoável terá que instaurar uma acção judicial nos tribunais administrativos de círculo, constituindo advogado e suportando custas judiciais.

Quem conheça as normas do Apoio Judiciário, a tramitação do respectivo processo e a entidade que decide em primeira instância tal matéria, sabe bem que são limitadas as condições de acesso a tal benefício.

Tanto basta para desmotivar os cidadãos a reagir no foro interno contra os atrasos da justiça.

Contudo, uma vez que o Tribunal Europeu confiou na justiça portuguesa, bem podia o Estado, que está isento de custas, dispensar os cidadãos de custas nestes casos, nem que fosse em nome do princípio da igualdade de armas.

4.6 — Não podemos deixar de referir um último inconveniente do recurso aos meios internos, não já decorrente da decisão do T.E., mas da própria orgânica dos nossos tribunais e do funcionamento deficiente da justiça.

É, sabido que os tribunais administrativos de círculo são aqueles onde é mais frequente e quase crónica a violação do direito à justiça em prazo razoável.

Sendo eles competentes para julgar o Estado por alegadas violações deste direito, será normal que ao violador venha a ser distribuída a acção de violação.

Até aqui não há nenhum alarme, pois as garantias processuais permitem resolver a questão.

Mas reconhecemos que é difícil á missão de um juiz que, ao julgar o Estado, está implicitamente a julgar a acção ou omissão de um colega do mesmo tribunal, eventualmente a censurá-lo e a censurar o funcionamento de todo o órgão de que é titular e co-responsável.

Formalmente, nada disto põe em causa a independência dos tribunais, mas será certamente pouco estimulante para o cidadão que se sinta com razão para demandar o Estado.

### **Esgotados os meios internos, Quid Juris?**

5 — Esgotadas as vias de recurso internas, i.é, instaurada acção de responsabilidade civil extracontratual contra o Estado por violação do direito à justiça em prazo razoável, uma vez verificados os demais pressupostos de admissibilidade da queixa individual perante o Tribunal Europeu previstos no artigo 35.º da Con-

venção, ainda é possível ao cidadão vítima de violação queixar-se ao T.E.?

Em nosso entender, e parece ser esse o entendimento que resulta da parte final da própria decisão em análise, se a acção de responsabilidade tiver uma duração não razoável ou estiver sem andamento normal, i.é, se houver no processo interno de responsabilização do Estado nova violação do direito à justiça em prazo razoável, se o cidadão-autor não for culpado do atraso, pode apresentar queixa directa ao Tribunal Europeu e, neste caso, a queixa não terá por objecto uma, mas duas violações sucessivas do artigo 6.º (§ 1.º) da Convenção.

Entretanto, a propositura da acção de responsabilidade contra o Estado, ou o uso da via de recurso interno, suspende o prazo de seis meses previsto no artigo 35.º da Convenção.

Neste caso, o meio interno veio a revelar-se ineficaz ou inidóneo para garantir a defesa do queixoso.

Em nossa opinião, é sempre possível a queixa individual perante o Tribunal Europeu por atraso excessivo da justiça, se a decisão interna da acção de responsabilidade contra o Estado foi proferida com preterição dos princípios e critérios adoptados pela jurisprudência do Tribunal Europeu na aplicação da norma do artigo 6.º (§ 1.º) da Convenção.

Assim, será admissível a queixa ao Tribunal Europeu se o tribunal interno apreciar a razoabilidade do prazo em função de outros critérios, que não sejam a complexidade da causa, a conduta das autoridades e a conduta do cidadão/queixoso, e adoptar critérios desculpabilizantes do mau funcionamento dos tribunais, como a acumulação de serviço ou a falta de juizes ou funcionários.

Será ainda admissível a queixa ao Tribunal Europeu, se a decisão da acção de responsabilidade se saldar pela violação grosseira dos princípios e das normas da Convenção, ou se traduzir numa indemnização manifestamente irrisória, equivalente ao desrespeito pela vítima da violação do direito à justiça.

Neste último caso, contudo, será preciso que a decisão interna revele escandalosa desconformidade com as normas e a jurisprudência da Convenção, já que o Tribunal Europeu não deve funcionar como instância de recurso na hierarquia dos nossos tribunais,

e, em princípio, não tem que censurar a decisão interna que avalia o dano resultante do atraso excessivo de um processo.

6 — Como conclusão, deverá salientar-se que, apesar das críticas à decisão do T. E., ela representa um válido compromisso entre o Tribunal Europeu e o Estado português, que obriga o Estado a garantir a maior funcionalidade dos tribunais e obriga os tribunais internos a exercerem efectiva censura sobre todos os responsáveis pela administração da Justiça.

Se o compromisso for respeitado, daí resultarão vantagens, não só para o Tribunal Europeu e para o Estado português, mas também para os cidadãos.

Cascais, 8 de Junho de 2003.





NO UNIVERSO  
DA JURISPRUDÊNCIA DOS CONSELHOS

Pelo Dr. Alberto Luís

1. No número anterior da *Revista*, sondámos a natureza e o alcance jurídico das deliberações dos órgãos colectivos da Ordem. Aí dissemos que, na jurisprudência burocrática, “a orientação da Ordem varia consoante os bastonatos e a disposição de espírito dos decisores”. Acrescentámos que a “diversidade das convicções que participam no processo de formação da vontade supra-individual do grupo” cria situações “que legitimam a criação de regras de lei que limitem o poder decisório dos órgãos dos entes colectivos”.

Mas uma tal construção, que eliminaria, sem mais, as dificuldades resultantes da faculdade de escolha que é concedida pelo legislador à Administração, dentre as medidas a adoptar para satisfação da necessidade tutelada, causaria o risco de produzir um *Estado de direito máximo* “que aboliria ao mesmo tempo toda a liberdade do indivíduo, o qual, enquanto pessoa física, é igualmente um órgão habilitado a exercer escolhas” (Otto Pfersmann, *Prolégomènes pour une théorie normativiste de l'État de droit*, in *Figures de l'État de droit*, Presses Universitaires de Strasbourg, 2001, p. 71).

Ora, uma norma que concede à Administração a permissão de escolher entre vários comportamentos possíveis denota à evidência a escolha política de reputar a Administração “melhor colocada para apreciar qual, dentre várias, é a medida óptima para a satisfa-

ção das necessidades tuteladas” (A. Queiró, *O Poder Discricionário da Administração*, 1948, p. 233).

Contudo, a esfera de liberdade concedida satisfaz simultaneamente a exigência de exclusão do arbitrário, na medida em que o problema do poder discricionário “deve ser posto e resolvido em conexão com o problema da interpretação das leis administrativas”. Considerada, pois, toda a questão do poder discricionário “uma questão de pura interpretação”, “assim se compreende que, antes de agir, a Administração tenha de interpretar a lei e confrontar os factos com a mesma lei. Só depois a pode aplicar correctamente” (A. Queiró, *ob cit.*, pp. 44 e 265).

2. A questão da interpretação põe-se com especial acuidade nos casos em que a espécie concreta a resolver envolve um problema de conflito ou colisão de direitos. Tal é o caso, já sucedido no âmbito do apoio judiciário, de a Ordem indeferir o pedido de escusa do advogado nomeado para patrocinar o divórcio de mulher casada catolicamente, que ele protestou não poder tratar sem afronta da sua consciência e da sua liberdade de religião.

A hipótese foi objecto de Acórdão do Conselho Superior de 30 de Abril de 1999, publicado nesta *Revista*, Ano 59 — Dez. 1999, p. 1025 ss. É sem dúvida um caso de colisão de direitos fundamentais, cuja harmonização se impunha, porquanto, por um lado, “todos” têm direito, “nos termos da lei”, ao patrocínio judiciário (art. 20.º/2 Const.); por outro lado, “a liberdade de consciência, de religião e de culto é inviolável” (art. 41.º/1).

No confronto dos dois direitos, a Ordem decidiu-se pelo sacrifício do direito do advogado. Dos considerandos do Acórdão destacamos as seguintes proposições:

“O exercício do *patrocínio officioso* está, pela sua vertente pública, sujeito a um tratamento diverso do restante patrocínio forense.

“Com efeito, o advogado quando investido no exercício do patrocínio officioso está a prestar um verdadeiro serviço público à comunidade [,] o que restringe a sua liberdade de actuação.

“Assim, face aos interesses em confronto, entendemos que as convicções religiosas do recorrente não podem pôr em causa o dever de prestar o seu patrocínio officioso no caso ‘sub judice’”.

A este desfecho foi possível chegar mercê do peso morto do alheamento, primeiro, em relação à transcendência do sentido religioso, depois, ao tratamento que o ordenamento jurídico lhe dá.

3. Como escreve o Prof. Gerhard Lenski, no prefácio à sua obra *The Religious Factor*, “a religião é algo demasiado importante para que seja ignorada ou tratada superficialmente”.

Começemos, pois, por nos interrogar sobre qual é o peso do factor religioso na determinação das atitudes mentais e sociais do homem.

Como observou George Simmel, “o homem tem necessidade da religião para atenuar a desunião entre as suas necessidades e a satisfação delas, entre o que ele deve fazer e o que ele faz, entre a sua concepção ideal do mundo e a realidade”. No estudo intitulado *A Religião*, ao analisar a religião como acontecimento que se produz na consciência humana, Simmel escreve:

“Atendendo a que existe uma relação entre Deus e a alma individual, é, contudo, apenas o lado constituído por esta que nos é dado. A religião não é esta relação pensada como um todo, como a unidade que contém em si os respectivos elementos. Quer se trate da relação contratual do Antigo Testamento, ou da relação filial do Novo Testamento, ou ainda duma fusão mística entre Deus e o homem, há sempre aqui um facto composto de duas direcções relativas, um acontecimento metafísico, que pode mesmo fundar ou implicar a religião, mas que, todavia, ainda não é a própria religião. Isso equivaleria a dizer que a rectidão como forma de agir individual coincide com o direito, como modo de união objectiva dos homens entre si. *A religião é, mais exactamente, apenas a atitude subjectiva do homem*, em virtude da qual ele constitui uma face deste conjunto de relações ou talvez a reacção subjectiva sobre a realidade deste conjunto; toda ela é uma maneira humana de sentir, de crer, de agir, pouco importa o termo pelo qual alternativamente se designe a função que, desenvolvendo-se exclusivamente

no homem, constitui ou exprime a sua parte na relação com Deus. A única coisa que nos é dada como facto primeiro e seguro, são ainda aqui certos estados ou certos acontecimentos na nossa alma, que nós designamos, na medida em que lhes chamamos religião, como o lado que nos é imanente numa relação com um princípio superior. Para chegar a uma análise científica do *facto religioso*, é preciso partir desta proposição, evidente mas que se mantém obscura em muitos espíritos: o facto de que um Deus criou e dirige o mundo, de que ele faz justiça por meio de recompensas e de penas, de que dele provêm a redenção e a santificação, tudo isso não constitui a religião, quando muito isso constituiria a matéria das nossas crenças, dos nossos sentimentos, das nossas acções religiosas. Tal como nós devemos distinguir do processo do pensamento o mundo objectivo que constitui o seu conteúdo, do mesmo modo é preciso distinguir o conteúdo religioso, na sua existência e no seu valor objectivo, da religião considerada como uma *função subjectiva e humana*" (*La Religion*, Ed. Circé, 1998, pp. 107-108).

Num posfácio à edição francesa do estudo de Simmel, Patrick Watier refere-se à possibilidade de as instituições religiosas serem criticadas deixando intacta a disposição da alma para acreditar, para procurar uma plenitude sem relação a conteúdos teológicos e doutrinários particulares. "Pode-se ao mesmo tempo ser dubitativo quanto à realidade duma relação entre um crente e uma divindade, não partilhar esta crença, *sem apesar disso querer reduzir tal relação a uma pura ilusão, nem querer considerá-la como um erro.*"

Ora, esta possibilidade não só está fora dos horizontes culturais do Acórdão do Conselho Superior, como é mesmo considerada uma mera escapatória à razão e à realidade objectiva, num livro do alto magistrado Salvador da Costa, *O Apoio Judiciário*, Almedina, 2002, p. 166, onde se lê:

"O princípio essencial a considerar nesta sede é o de que deve ser o causídico em causa a ajuizar se poderá ou não exercer o patrocínio sem afronta da sua consciência ou das regras de deontologia profissional.

"É claro que esse juízo tem de ser razoável e objectivo, o que não acontecerá, por exemplo, no caso de o causídico pedir escusa de patrocínio para uma acção de divórcio pelo simples facto de professar a religião católica".

Perante este vazio, seria como pregar no deserto tentarmos desenvolver a ideia de que, sem um elemento de transcendência, nenhuma concepção de vida ganha em riqueza, e passarmos a sustentar que o bem supremo não é a razão, mas o espírito.

Vamos, por isso, recorrer ao factor normativo, à crueza das leis e aos princípios jurídicos, que também andam tão perigosamente desprezados.

4. Começemos por observar que a *intelligentsia* dominante está confinada à receita corriqueira de que o patrocínio officioso logra alcançar a superação da dualidade de interesses em jogo. Com efeito, o princípio a venerar é o de que o verdadeiro equilíbrio entre o interesse privado da parte e o interesse público da justiça só é alcançado no ordenamento do patrocínio como profissão livre.

Tal equilíbrio encontra-se, porém, modificado no caso do patrocínio gratuito das pessoas carecidas de meios económicos, com a nomeação do defensor de officio.

Na verdade, segundo a análise inalterável de Calamandrei, “fácil é compreender que no ‘defensor de officio’ vêm a desaparecer os mais típicos caracteres da profissão livre: falta entre o patrocinador e o patrocinado a relação de confiança baseada na livre escolha e na aceitação livre; falta ao defensor a liberdade de não aceitar o patrocínio. Desaparece o contrato de ‘prestação de obra intelectual’, e só resta o exercício da função pública, ao qual o patrocinador está obrigado em virtude de um dever público” (*Istituzioni di Diritto Processuale Civile*, II, Cedam, Padova, 1944).

Mas nesta coabitação resignada entre a profissão livre e o patrocínio officioso, a *intelligentsia* acomoda-se evolutivamente à ideia de que o carácter obrigatório do patrocínio officioso constitui “uma das mais significativas vertentes da função social do advogado”. São estes os termos em que se exprime o Acórdão do Conselho Superior da Ordem de 31 de Janeiro de 2002, adiante publicado. Este Acórdão tem o mérito de fundamentar a interpretação agora consolidada, detendo-se em cada estação do percurso político-legislativo do aproveitamento do patrocínio officioso, até se chegar à perpétua sujeição da classe profissional ao expediente da

mobilização civil, em nome duma “função social” com que se doura a missão do advogado.

Embora no contexto de uma apreciação crítica da Lei 30-E/2000, ainda nos é dado ouvir uma voz autorizada da Ordem a proclamar a profissão liberal como arquétipo da advocacia: é o caso do Dr. João Correia, quando apresenta como proposta dignificadora do Apoio Judiciário “aproximar o paradigma do mandato judicial do Patrocínio Oficioso” (*Boletim da OA*, n.º 26, Mai-Jun 2003, p. 10).

Se bem que a afirmação possa resultar ambígua por falta de desenvolvimento, o certo é que, mesmo que ela se consumisse numa atitude idílica em relação à profissão (que aliás vemos expressa muitas vezes na retórica que lhe é própria), sempre embeleza a paisagem intelectual da Justiça.

5. Vejamos qual o conteúdo dos dois direitos fundamentais em conflito.

Temos, de um lado, uma mulher casada catolicamente, desprovida de meios económicos suficientes para instaurar a acção de divórcio, e portanto com direito ao patrocínio judiciário previsto no art. 20.º/2 Const.

Para tanto, a interessada requereu a concessão do respectivo apoio, tendo-lhe sido nomeado patrono que, por seu turno, pediu escusa com fundamento na sua liberdade de religião enquanto católico e no seu respeito pela prescrição da Igreja segundo a qual o matrimónio não pode ser dissolvido por nenhuma causa além da morte.

A nomeação de patrono não consome na pessoa dele o direito ao patrocínio: tal direito existe perante o Estado, a quem cabe a responsabilidade de assegurar os adequados dispositivos de cooperação com a Ordem dos Advogados. O direito do interessado mantém-se naturalmente intocável em caso de concessão de escusa do patrono nomeado, ou até em caso de morte.

Quer isto significar que o requerente do apoio judiciário conta sempre com a possibilidade de ter um defensor dentre os vinte mil advogados inscritos na Ordem, em nada sendo afectado o seu direito se ao nomeado foi concedida escusa.

Por outro lado, no caso concreto, a requerente ficaria mal servida com um advogado a quem a defesa da causa repugnasse — circunstância que seria lógico ter repercussão negativa na condução e no desfecho da lide. E isto em resultado de um acto de intolerância da Ordem, na pior das suas manifestações: a intolerância teológica.

6. Pelo seu lado, o advogado nomeado, sendo católico, tem a obrigação de, “com o seu modo de proceder”, manter sempre a comunhão com a Igreja (cânone 209, § 1 do Cód. de Dir. Canónico):

- “O matrimónio rato e consumado não pode ser dissolvido por nenhum poder humano nem por nenhuma causa além da morte” (CDC, cân. 1141).
- “A Santa Sé, reafirmando a doutrina da Igreja Católica sobre a indissolubilidade do vínculo matrimonial, recorda aos cônjuges que contraem matrimónio canónico, o grave dever que lhes incumbe de se não valerem da faculdade civil de requerer o divórcio” (Protocolo Adicional à Concordata de 7 de Maio de 1940, assinado na Cidade do Vaticano, em 15 de Fevereiro de 1975, por Giovanni Card. Villot e Francisco Salgado Zenha).
- “O divórcio é uma ofensa grave à lei natural. Ele pretende romper o contrato livremente aceite pelos cônjuges de viver juntos até à morte. O divórcio faz injúria à aliança de salvação de que o casamento sacramental é o sinal” (Catecismo da Igreja Católica, n.º 2384).

O Catecismo enumera os *Deveres das autoridades civis*. Eis alguns extractos:

- “Ninguém pode ordenar ou instituir o que é contrário à dignidade das pessoas e à lei natural” (n.º 2235);
- “O exercício da autoridade visa tornar manifesta uma justa hierarquia dos valores, a fim de facilitar o exercício da liberdade e da responsabilidade de todos” (n.º 2236);
- “Os *poderes políticos* são obrigados a respeitar os direitos fundamentais da pessoa humana” (n.º 2237).



7. O Prof. Gomes Canotilho reconhece que a colisão de direitos fundamentais encerra uma “complexa e pouco estudada problemática”. Todavia, na falta de um padrão ou critério válido em termos gerais e abstractos, preconiza, com vista à harmonização dos direitos em conflito, o recurso ao “princípio da concórdância prática” e à “ideia do melhor equilíbrio possível entre os direitos colidentes”. Na explanação do problema, admite a “necessidade de as regras do *direito constitucional de conflitos* deverem construir-se com base na harmonização de direitos, e, no caso de isso ser necessário, na *prevalência* (ou relação de *prevalência*) de um direito ou bem em relação a outro. Todavia, uma eventual relação de prevalência só em face das circunstâncias concretas e depois de um *juízo de ponderação* se poderá determinar, pois só nestas condições é legítimo dizer que um direito tem mais peso do que outro, ou seja, um direito prefere outro em face das circunstâncias do caso” (*Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 6.<sup>a</sup> ed., 2002, pp. 1255, 1258 e 1259).

Ora, se atentarmos que a nomeação de um patrono officioso não tem a dimensão catastrófica duma declaração do estado de sítio ou do estado de emergência, não há a mais pequena dúvida de que o direito à liberdade de consciência e de religião do nomeado tem absoluta prevalência sobre tal nomeação, para a qual estão disponíveis os restantes 19.999 advogados inscritos na Ordem — com excepção, claro está, do número daqueles que, por motivos que temos a inocência de ignorar e nos termos do art. 22.<sup>o</sup> do EOA, gozam da “honra e tratamento” de estarem *isentos de prestar quaisquer serviços de nomeação officiosa*.

Jorge Miranda, no *Manual de Direito Constitucional*, tomo IV, 3.<sup>a</sup> ed., 2000, p. 155, dá testemunho científico desta afirmação, quando apresenta o elenco dos direitos fundamentais “por ordem decrescente de consistência e protecção jurídica”, e coloca em *primeiro lugar* os direitos, liberdades e garantias mencionados no art. 19.<sup>o</sup>, n.º 6 *Const.*, assim redigido:

“A declaração do estado de sítio ou do estado de emergência em nenhum caso pode afectar os direitos à vida, à integridade pessoal, à identidade pessoal, à capacidade civil e à cidadania, a não retroactividade da lei criminal, o direito de defesa dos arguidos e a *liberdade de consciência e de religião*”.

A esta *prevalência*, acrescente-se o preceito constitucional que declara “*inviolável*” a liberdade de consciência e de religião (art. 41.º/1). Sobre a inconsistência que pôde contaminar esta inviolabilidade, nada nos é adiantado pelo Parecer.

Mas o que não podemos distrair do nosso conhecimento é o princípio de regulação consagrado no art. 16.º/2 da Constituição, segundo o qual “os preceitos constitucionais devem ser interpretados e integrados de harmonia com a Declaração Universal dos Direitos do Homem”.

Ora, o art. 18.º da Declaração dispõe que “toda a pessoa tem direito à liberdade de pensamento, de consciência e de religião”, e o art. 30.º preceitua que “nenhuma disposição da presente Declaração pode ser interpretada de maneira a envolver para qualquer Estado, agrupamento ou indivíduo o direito de se entregar a alguma actividade ou de praticar algum acto destinado a destruir os direitos e liberdades aqui enunciados”.

Salientámos no início deste apontamento que o poder discricionário só pode aplicar correctamente a lei após um trabalho de interpretação. Em matéria de direitos fundamentais, como acaba de ver-se, um princípio constitucional regulador da actividade interpretativa interdita ao intérprete a destruição desses direitos. No entanto, o Conselho Superior fê-lo, convictamente e sem comentários, em 1999.

(Parenteticamente, informa-se que, no processo judicial, deixou de haver interesse no patrocínio, em virtude de a interessada ter constituído advogado.)



## PATROCÍNIO OFICIOSO — MOTIVO DE ESCUSA

**Acórdão do Conselho Superior  
de 1 de Março de 2002**

*Relator:* Dr. Abílio Neto

*Num juízo razoável e objectivo, a mera invocação de falta de tempo para estudar a matéria e fazer o adequado acompanhamento do processo é insusceptível de alicerçar, só por si, um pedido de escusa, sob pena de se retirar ao patrocínio oficioso o carácter obrigatório que hoje tem e de o submeter a um mero regime de voluntariado, postergando uma das mais significativas vertentes da função social do advogado.*

1. Tendo sido nomeada patrono oficioso no Proc. n.º ... da 8.ª Vara Cível de Lisboa, 3.ª Secção, a Sr.ª Dr.ª ..., titular da C. P. n.º ..., com domicílio profissional na ..., em Lisboa, dirigiu ao Presidente do C. D. de Lisboa pedido de escusa, sob a invocação de não reunir as condições necessárias ao exercício do mandato com o cuidado e zelo impostos pela al. d) do n.º 1 do art. 83.º do E.O.A., atento quer o volume de trabalho que tem a seu cargo no escritório, quer o número de processos em que intervém por nomeação oficiosa, quer a sua falta de experiência no tratamento da matéria em que fôra agora chamada a intervir.

O pedido de escusa foi rejeitado por despacho do C. D. L. de 13-07-2001, com fundamento na insubsistência das invocadas

razões, as quais cederiam perante os deveres de colaboração no acesso ao direito e de aceitação de nomeações oficiosas, impostas pela al. d) do art. 78.º do E.O.A..

Inconformada com esta decisão, a Sr.<sup>a</sup> Advogada dela interpôs recurso hierárquico facultativo, em cujas alegações reiterou e desenvolveu a argumentação inicialmente aduzida, sem acrescentar nenhum elemento novo, cumprindo agora decidir.

2. Embora os sucessivos regimes da Assistência/Apoio Judiciário sempre hajam previsto a possibilidade de o patrono nomeado pedir escusa, o certo é que o legislador nunca foi ao ponto de elencar, ainda que a título meramente exemplificativo, quais os motivos relevantes para esse efeito, e, em passado recente, foi mesmo mais longe, ao suprimir uma réstea de critério que chegou a ter assento no diploma de 1970.

Com efeito, o DL n.º 33 548, de 23-2-1944, regulador da Assistência Judiciária, limitava-se a remeter (n.º 2 do art. 22.º) para o disposto na 2.ª alínea do art. 44.º do CPC (de 1939), o qual, por seu turno, permitia ao advogado nomeado oficiosamente “alegar escusa”, que podia não ser “julgada legítima por quem fez a nomeação”.

O Decreto n.º 562/70, de 18-11, foi um pouco mais longe ao prescrever, no n.º 1 do seu art. 20.º, que “pode o patrono nomeado ao assistido ou ao interessado na obtenção da assistência pedir escusa mediante compromisso de honra de lhe não ser possível exercer o patrocínio *sem quebra das regras deontológicas dos mandatários forenses (...)*”, acrescentando o n.º 1 do art. 21.º do mesmo diploma que “o patrono nomeado (...) pode pedir escusa ocorrendo *outro motivo justificado*”.

Com a entrada em vigor do DL n.º 387-B/87, de 29-12, que aprovou o novo regime do Apoio Judiciário, foi mantida a possibilidade de o patrono nomeado pedir escusa (cf. art. 35.º), mas foi suprimida a referência à deontologia profissional como critério orientador da decisão relativa a tal pedido, quiçá por se ter entendido que nem toda a invocação de regras deontológicas era susceptível de fundamentar um pedido de escusa, sério e credível, e assim, para evitar abusos interpretativos, era preferível eliminar tal referência, sem prejuízo, obviamente, da sua relevância casuística.

Regime idêntico é o que consta, no presente, do art. 35.º da Lei n.º 30-E/2000, de 20-12, reguladora do Acesso ao Direito e aos Tribunais, que, também ela, não expressa minimamente os fundamentos do pedido de escusa fora do âmbito do processo penal, embora referencie como tal a “manifesta inviabilidade da pretensão” (n.º 5 do cit. art. 35.º), mas para a sujeitar a um regime especial.

3. Embora convenhamos que a ausência de critérios legais é susceptível de gerar alguma “insegurança jurídica, na medida em que facilita o aumento dos casos de pedido de escusa e facilita o arbítrio da decisão” (Salvador da Costa, *O Apoio Judiciário*, 3.ª ed., 2001, pág. 156), num juízo razoável e objectivo, entendemos que a mera invocação de falta de tempo para estudar a matéria e fazer o adequado acompanhamento do processo é insusceptível de alicerçar, só por si, um pedido de escusa, sob pena de se retirar ao patrocínio oficioso o carácter obrigatório que hoje tem e de o submeter a um mero regime de voluntariado, postergando uma das mais significativas vertentes da função social do advogado.

Estaria, sem dúvida, encontrada a forma ideal e simples de recusar todo e qualquer patrocínio oficioso, que não se compaginasse inteiramente com os interesses próprios do nomeado.

Somos, pois, de parecer que deve ser confirmada a decisão recorrida, negando-se provimento ao recurso.

Lisboa, 31 de Janeiro de 2002









## Temas e Referências

M. Dupin Aîné: "APOLOGIA DOS ADVOGADOS". Pág. 405

Tiago Meireles de Amorim: "APONTAMENTOS SOBRE AS CONDIÇÕES DE PROCEDÊNCIA DAS PROVIDÊNCIAS CAUTELARES NO NOVO PROCESSO ADMINISTRATIVO". Pág. 415

## Jurisprudência dos Tribunais

- Tribunal Europeu dos Direitos do Homem — 3.ª Secção: Decisão de 22 de Maio de 2003 sobre a Admissibilidade da Queixa n.º 65305/01, apresentada por *Maria de Lourdes Gouveia da Silva Torrado* contra Portugal. Pág. 481
- COMENTÁRIO do Dr. Joaquim Pires de Lima. Pág. 495

## Jurisprudência dos Conselhos

- Alberto Luís: "NO UNIVERSO DA JURISPRUDÊNCIA DOS CONSELHOS" Pág. 509
- Acórdão do Conselho Superior de 31 de Janeiro de 2002: "PATROCÍNIO OFICIOSO — MOTIVO DE ESCUSA" Pág. 519

ISBN 0870-8118



9 789725 200827