REVISTA
da Ordem dos Advogados

ANO 83
2 0 2 3

L I S B O A

Renato Lopes Militão
Editorial p. 427

III Jornadas a Sul do Direito Civil e Processual Civil

Maria Adelaide Domingos
Algumas temáticas específicas dos recursos da Relação de Évora na área do Direito Civil e Processual Civil p. 429

A propósito da comemoração dos 50 anos da criação do Tribunal da Relação de Évora, ensaia-se neste texto um percurso por algumas das temáticas que a jurisprudência desta Relação tem analisado no âmbito do Direito Civil e Direito Processual Civil.

António Barroso Rodrigues
O juiz como legislador? Três momentos jurisprudenciais do concurso de responsabilidade civil p. 443

O concurso de responsabilidade civil, enquadrado que seja como um conflito positivo entre várias formas de tutela (delitual e obrigacional), constitui um inexorável desafio de qualquer sistema de responsabilidade civil. A jurisprudência tem tido um papel fundamental no enquadramento da matéria vis-à-vis a sua incontornável complexidade. Em rigor, esta tende a acolher uma de duas soluções, a saber: por um lado, a aplicação exclusiva de uma forma de responsabilidade (teoria do não cúmulo); por outro, a admissibilidade da coexistência das várias modalidades (teoria do cúmulo). Contribuindo emblematicamente para desvendar o nevoeiro dogmático que paira sobre a matéria, são de destacar três decisões judiciais, as quais comprovam, dúvidas não haja, o papel fundamental da jurisprudência no desenvolvimento do Direito e permitem melhor compreender a figura do concurso de responsabilidade civil em todo o seu esplendor.

Francisco Andrade
A Proposta de Regulamento Europeu para a Inteligência Artificial p. 489

Partindo da necessidade de um conceito uniforme de Inteligência Artificial, iremos analisar a proposta de Regulamento para a Inteligência Artificial, a qualidade dos dados que sustentam o funcionamento da IA, os estados cognitivos e intencionais da IA e os riscos e responsabilidades que têm que ser encarados relativamente à utilização desta tecnologia. Ou seja, questionaremos a necessidade de um enquadramento jurídico do funcionamento da Inteli-

gência Artificial mas também a necessidade de um quadro claro relativamente às regras da responsabilidade extra-contratual por danos causados por IA.

João Vaz Rodrigues
Proteção de Dados e Judicialização: o Solilóquio da Tarambola p. 501

Este texto percorre os *terrenos* onde se forma a necessidade das soluções jurídicas perante a vertigem das inovações tecnológicas. Trata-se de uma persistente *quimera* em materialização continua que coloca desafios axiológicos universais, éticos, jurídicos, regulamentares e jurisprudenciais. Novo esquisso da *História do Futuro*. Essencial será que a humanidade consiga afastar a predação anunciada que se percebe inevitável (os *eixos da mudança*). O desafio é mundial, assenta no reconhecimento da faculdade individual de recusar, na proteção da proteção dos dados (especialmente dos dados pessoais), mercê do construto de filtros de certificação, na seleção das vulnerabilidades, na regulamentação possível e no reforço da jurisprudência (judicial também). As duas últimas soluções ou são universais ou são insuficientes.

João Pedro Pinto-Ferreira
Gestão processual e adequação formal na jurisprudência dos tribunais superiores p. 533

O presente texto resulta da análise da jurisprudência dos tribunais superiores em matéria de gestão processual entre outubro de 2019 e setembro de 2023. Nele pretende dar-se especial destaque à uma das dimensões da gestão processual — a adequação formal (arts. 6.º e 547.º do CPC). A análise incidirá sobre quatro temas recorrentes na jurisprudência: a rejeição de diligências probatórias com base na sua inutilidade ou caráter dilatório, o articulado de resposta a exceções, a dispensa da audiência prévia quando o juiz projete conhecer de mérito no despacho saneador e a dedução de pedido reconvencional na AECOP.

António Pedro Pinto Monteiro
Garantias processuais e prova digital p. 551

O presente texto versa sobre o conceito de prova digital, fazendo o enquadramento normativo da prova digital (ou a falta dele). Nele identificamos as fragilidades, os problemas e os desafios da prova digital: a importância das garantias processuais, assim como as possíveis formas de superação das fragilidades da prova digital: a *blockchain*.

Sandra dos Reis Luís
Conclusões das III Jornadas a Sul do Direito Civil e Processual Civil p. 569

Doutrina

António Pereira de Almeida
Os Sistemas de Negociação Multilateral p. 575

O objetivo deste artigo é precisamente divulgar os mercados alternativos ao mercado regulamentado, a funcionar em Portugal, nomeadamente os Sistemas de Negociação Multilateral, geralmente designados na Europa por Mutual Trade Facilities (MTFs), os quais funcionam com êxito na Europa, nomeadamente, através, das plataformas Euronext, Chi-x, UBS, Goldman Sachs, etc.

Daniel Bessa de Melo
Sobre a Axiologia da Responsabilidade Contratual, a Poupança de Despesas e o Lucro Ilícito p. 595

Através do presente estudo pretende-se abordar alguns aspetos controvertidos da responsabilidade contratual. Começa-se por uma abordagem da natureza axiologicamente fundada da responsabilidade contratual e a sua influência sobre o método de circunscrição e cálculo dos danos sofridos. Seguidamente, expõe-se a inadequação da teoria da diferença para lidar com cenários em que o incumprimento contratual não se repercutiu negativamente sobre o património do lesado. Por fim, questiona-se a influência que o lucro obtido pela parte inadimplente pode ter na determinação do quantum indemnizatório.

Diogo Leite de Campos [*et al*]
O dever do credor de minimizar ou de não deixar aumentar o dano p. 625

Iniciou-se tal movimento na fase de criação ou execução do contrato, através da boa-fé. Mas diversos ordenamentos jurídicos estrangeiros tratam da própria fase do incumprimento como mera fase de cooperação. Fazemos um relato destes ordenamentos e das técnicas jurídicas usadas. Propomos a criação em direito português de um instituto autónomo, o dever do credor de minimizar ou não deixar aumentar o seu dano, expondo os seus fundamentos: a boa fé e a relação de causalidade (ou não) entre o facto e o dano e a dignidade da pessoa (art. 1.º da CRP).

Luís de Lima Pinheiro
Novas reflexões sobre o Contrato Internacional de Empreendimento Comum (*Joint Venture*) p. 661

O presente artigo sintetiza e atualiza a tese de Doutoramento que concluí, em 1996, sobre o Contrato de Empreendimento Comum (Joint Venture) em Direito Internacional Privado. Estas novas reflexões incidem principalmente sobre a regulação do contrato internacional de empreendimento comum pelo Direito autónomo do comércio internacional e pela ordem jurídica portuguesa, mas também incluem breves notas sobre o seu conceito e tipologia e a sua conformação por sistemas nacionais selecionados.

Manuel Carneiro da Frada
A dignidade da pessoa e as formas básicas da tutela da personalidade p. 705

Desenvolve-se no presente estudo uma reflexão sobre a dignidade da pessoa humana que constitui o princípio e o fim do ordenamento jurídico português, propondo-se um entendi-

mento forte dessa dignidade, por forma a dar pleno cumprimento ao desiderato constitucional. Expõem-se a seguir as formas principais de protecção da personalidade, com a preocupação de as aproximar e integrar na dogmática geral das modalidades básicas da (tríplice) tutela dos direitos subjectivos — negatória, indemnizatória e restitutória —, propondo-se uma leitura correspondente do art. 70.º, n.os 1 e 2, do Código Civil.

M. Nogueira Serens
Funções sócio-económicas da Marca p. 725

O comportamento-de-consumo, mesmo o de um consumidor o "mais normal", assume uma óbvia dimensão sociológica: a preferência por um determinado produto (ou serviço), reflectindo uma decisão pessoal, e sem que agora importe quão *embotado* foi o discernimento que lhe subjaz, traduz o desejo de identificação ou de contraste com um determinado grupo social (com uma determinada "classe", também poderíamos dizer).

Informação Institucional

- Jurisprudência dos Conselhos p. 787
- Pareceres sobre as Iniciativas Legislativas p. 787
- Vida Interna p. 787

EDITORIAL

Com a publicação do presente volume da Revista da Ordem dos Advogados (ROA), que integra os números III e IV de 2023, completa-se o 83.º ano de vida desta Revista.

A ROA já conheceu tempos bem mais difíceis do que aqueles por que passamos hoje. Afinal nasceu e viveu os seus primeiros 33 anos sob um regime ditatorial, de inspiração fascista.

Todavia, parece-nos incontornável que nos últimos tempos se assiste a um retrocesso em diversas dimensões do sistema de justiça, desde logo no domínio dos direitos fundamentais. Os próprios direitos, liberdades e garantias pessoais têm sido fortemente comprimidos, quer pelo legislador, quer, porventura sobretudo, pelo aplicador da lei, designadamente pelos atores estaduais do sistema judiciário, mormente o Ministério Público e os Tribunais.

Em recente entrevista ao canal televisivo *RTP3*, disse o Senhor Professor Doutor Paulo da Mota Pinto: "Nós temos situações que simplesmente bradam aos céus. Eu não percebo como é que qualquer jurista não se revolta com isto. Como é possível ter uma pessoa 4 anos em escuta, sem ser sequer constituída arguida, sem ser ouvida …? Mas não há Juízes em Lisboa? Não há Procuradores em Lisboa? Acham que isto é aceitável? Isto é um procedimento caraterístico nas polícias secretas". Com a devida vénia, ousamos ampliar tais interrogações, perguntando se já não há Magistrados em Portugal. E ousamo-lo porquanto a degradação de direitos fundamentais de sujeitos e participantes processuais não se verifica somente em processos mediáticos, que normalmente correm na capital. Porventura até se mostra mais frequente e intensa em processos nos quais apenas intervêm cidadãos anónimos, tramitados longe dos holofotes da comunicação social, pelo país fora.

Neste quadro, a ROA pode e deve exercer um papel da maior importância, com vista a que o sistema de justiça português reflita uma conceção

humanista e democrática, que é, iniludivelmente, a conceção que a Constituição da República Portuguesa assume. No entanto, a concretização desta função está sobretudo nas mãos dos nossos autores. Apelamos, por isso, a que nos façam chegar propostas de publicação de textos que a persigam.

*

O volume da ROA que agora se publica integra alguns textos correspondentes a comunicações apresentadas nas *"Terceiras Jornadas a Sul do Direito Civil e Processual Civil"*, organizadas conjuntamente pelo Tribunal da Relação de Évora e pelo Conselho Regional de Évora da Ordem dos Advogados, que tiveram lugar em novembro de 2023. Eventos deste jaez igualmente concorrem para o aperfeiçoamento do sistema de justiça, o que vale por dizer, segundo cremos, porque somos otimistas, para um sistema de justiça mais humanista e democrático. E, não menos importante, contribuem grandemente para que os atores desse sistema, ou pelo menos alguns deles, melhor se conheçam e compreendam mutuamente, facilitando a concretização das respetivas funções processuais. São, por isso, bem-vindas propostas de publicação pela ROA de textos apresentados em eventos desse tipo.

Lisboa, 10 de maio de 2024

Renato Lopes Militão
Doutor em Direito — Ciências Jurídico-Criminais

Subdiretor da ROA

ALGUMAS TEMÁTICAS ESPECÍFICAS DOS RECURSOS DA RELAÇÃO DE ÉVORA NA ÁREA DO DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL

Pela D.ra Maria Adelaide Domingos

Sumário:

I. A criação do TRE. **II.** Especificidades de algumas temáticas. **III.** Conclusão.

I. A criação do TRE

1. Em maio de 1973, nas vésperas de uma Revolução que havia de mudar o país incluindo o país judiciário, o então Ministro da Justiça, o Prof. Doutor Mário Júlio de Almeida Costa, fez publicar o Decreto-Lei n.º 202/73, de 04 de Maio, que procedeu a uma reorganização judicial do território.

Consta do preâmbulo do diploma que a ideia central que sempre tinha presidido à divisão judiciária do país era a de dar voz ao ensejo secular dos povos terem «a justiça ao pé da porta» e que a evolução demográfica e económica do país, aliada a outros fenómenos como o urbanismo em zonas mais desenvolvidas, exigia medidas contra o congestionamento dos tribunais superiores, sobretudo, do Tribunal da Relação de Lisboa.

E, assim, para além da criação de novas comarcas, da ampliação dos quadros do Supremo Tribunal de Justiça e das Relações do Porto, de Lisboa e de Coimbra, as existentes àquela data, o diploma criou um «novo distrito judicial, assente sobretudo na área que o de Lisboa abrangia», e

uma nova Relação, com sede em Évora, que veio a ser instalada em 01 de outubro de 1973.

O diploma não indica a razão da escolha ter recaído sobre a cidade de Évora.

Nem tal era necessário, dada a importância história e a origem milenar desta cidade.

Foi romana, visigótica, moura, um bastião muralhado, cristã, medieval, renascentista e palaciana.

Atualmente, e desde longa data, também é cidade universitária e tem sido abrigo de muitos artistas, eruditos e pensadores.

É desde 1986, Património Mundial da Humanidade pela Unesco e, em breve, em 2027, Cidade Europeia da Cultura.

O seu património arquitetónico e artístico, os diversos estilos e correstes estéticas que foi acolhendo, fazem da cidade de Évora um testemunho vivo da sua importância ao longo de milénios.

Assim, a sede de um Tribunal Superior abrangendo a zona mais a sul do país, em pleno Alentejo, não podia ser outra senão Évora.

2. Começou a funcionar com um quadro de seis Desembargadores, um Presidente e um Procurador da República.

Atualmente, o quadro de Desembargadores é de 53 a 61, repartidos por duas Secções Cíveis, uma Secção Criminal, uma subsecção Criminal e uma Secção Social.

A primeira decisão inscrita no Livro de Registo de Acórdãos do Tribunal da Relação de Évora, aberto em 01 de outubro de 1973, é um despacho do Presidente da Relação, o Juiz Desembargador, Dr. António Pedro Sameiro, datado de 29-10-1973, que julgou procedente uma reclamação sobre a não admissão de um recurso num processo de inventário obrigatório.

Seguem-se muitos e muitos mais Acórdãos de natureza cível e criminal, escritos magistralmente, de forma singela, clara e sintética.

3. A Relação de Évora, embora criada no final do antigo regime, podemos dizer, que cresceu, evoluiu e tornou-se adulta, a par e passo, com o crescimento e evolução do Portugal Democrático.

Os seus Acórdãos e decisões têm a marca histórica dessa evolução. Legislativa, económica, social, mas também cultural.

Não cabe na economia desta intervenção entrar por esse domínio, por mais aliciante que seja, pois o mesmo deve ser reservado aos historiadores e não àqueles que, num determinado momento histórico, têm a honra de fazer parte dos Julgadores dos pleitos que aqui são decididos em sede de recurso.

De qualquer modo, há caraterísticas que se evidenciam por as mesmas estarem relacionados com o espetro geográfico, económico e social dos locais e das gentes que vivem nos Distritos abrangidos pela Relação de Évora.

Veja-se que, na atualidade, a sua área de jurisdição estende-se por significativa parte do território nacional, abrangendo as Comarcas de Santarém, Portalegre, Évora, Setúbal, Beja e Faro, cada uma com as suas especificidades sociais, económicas e culturais.

Temos, assim, sob a alçada da Relação de Évora, como instância de recurso, decisões proferidas por tribunais situados em zonas urbanas de relevo significativo (como é caso de Setúbal, Santarém, Évora e Faro), zonas rurais mais ou menos povoadas e com maior ou menor relevo económico, zonas ribeirinhas e portuárias, zonas serranas, zonas turísticas, algumas com intensa atividade nesse domínio, sendo a zona litoral algarvia o exponente máximo nesse campo.

O que nos leva ao âmago desta intervenção e cuja demanda é a seguinte: na atualidade, existem temáticas específicas dos recursos da Relação de Évora na área do direito civil e processual civil que resultam de tal diversidade?

II. Especificidades de algumas temáticas

1. Em 2022, o mapa estatístico publicado no *site* da Relação de Évora mostra que foram findos 9585 processos (incluindo recursos e outras decisões), abrangendo todas as matérias sujeitas à sua jurisdição.

No campo do direito civil e processo civil, pela vastidão das temáticas, não é fácil identificar e caracterizar especificidades.

Descartar o acessório, que se esvai como a espuma dos dias, e encontrar o essencial, uma linha condutora, é um desafio.

Que aceitamos, tentando lançar um olhar abrangente sobre algumas áreas procurando encontrar traços que evidenciem uma diferenciação.

2. Em termos genéricos, podemos, desde já avançar, com a seguinte ideia:

Os recursos que chegam à Relação de Évora, na área cível, em termos temáticos, mormente na área da responsabilidade civil contratual e extracontratual, das execuções e oposições, inventários, direito da família, direito comercial e insolvencial, comungam, em regra, das características típicas deste tipo de dissídios.

Verifica-se, contudo, um número significativo de recursos na área dos direitos reais, revelando que o direito de propriedade e a posse continuam a ser uma grande fonte de controvérsias judiciais nesta área do território nacional.

Umas, mais ligadas aos arrendamentos rurais; outras relacionadas com a utilização de espaços que secularmente foram usados pelas populações (por exemplo, um forno comunitário que deixou de ser usado; um caminho em terra batida que beneficia de uma servidão que deixou de ser utilizada por ter sido construída uma estrada alcatroada alternativa; o corte do acesso a uma Capela no Parque Natural da Serra da Arrábida, dedicada à devoção de um santo serrano, que se encontra inserida numa propriedade privada com novos proprietários); outras, ainda, relacionadas com os limites das propriedades urbanas e rústicas, por nas matrizes e inscrições prediais, as áreas e confrontações dos imóveis conterem imprecisões, às vezes, sobreposições, uma vez que o sistema se baseia nas declarações dos interessados, sem suporte documental([1]); outras, estão relacionadas com a divisão e fracionamento de terrenos, ou com a reivindicação de espaços do domínio público hídrico.

São algumas destas matérias, que não tendo uma especificidade única no nosso país, ainda assim, conferem uma identidade singular a muitas das decisões proferidas pelos tribunais abrangidos pelo Tribunal da Relação de Évora.

3. Concretizando e afinando um pouco mais o diapasão das temáticas, no campo da responsabilidade civil contratual ou extracontratual verifica-se que as razões do incumprimento ou do cumprimento defeituoso, como sucede, por exemplo, no contrato de empreitada ou no de compra e venda, se prendem com questões que não diferem das que, em regra, são apanágio destes litígios.

Porém, em termos de contratos não se pode deixar de sublinhar que os recursos provindos de tribunais da zona do Algarve, muitos se repor-

---

([1]) Foi instituído o *Grupo de Trabalho para a Propriedade Rústica (GTPR)* pelo Despacho n.º 7722/2021, de 21 de julho, dos Secretários de Estado Adjunto e dos Assuntos Fiscais, da Justiça, da Conservação da Natureza, das Florestas e do Ordenamento do Território e da Agricultura e do Desenvolvimento Rural, publicado no Diário da República, 2.ª Série, n.º 152, de 6 de agosto de 2021 (Anexo I), que tem como missão *«desenvolver recomendações e propostas de atuação tendentes a promover a concentração e facilitar a gestão de prédios rústicos, designadamente para concretização das medidas n.os II.9 e II.10 da Resolução do Conselho de Ministros n.º 13/2019, de 21 de janeiro».* Cf. *Relatório da 1.ª Fase Diagnóstico fev 2022 do Grupo de Trabalho para a Propriedade Rústica*, em <https://www.portugal.gov.pt/download-ficheiros/ficheiro.aspx?v=%3D%3DBQAAAB%2BLCAAAAAAABAAzNDawMAAAo1jQrQUAAAA%3D> [Consultado em 03-11-2023].

tando a conflitos relativos a transações e outros negócios imobiliários, apresentam uma nota diferenciadora por estarem em causa negócios que envolvem quantias elevadas, com uma clausulado negociado complexo e com a particularidade de, em muitos desses contratos, haver intervenção de estrangeiros ou sociedades sedeados no estrangeiro.

Surgindo, ainda, alguns litígios relacionados com o direito real de habitação periódica, mormente com incumprimentos de contratos-promessa celebrados há muitos anos, altura em que as questões relacionadas com esta matéria geraram inúmeros processos e correspondentes recursos.

4. No campo do incumprimento contratual, há litígios que decorrem das dificuldades de cumprimento por variadas razões e, de um modo geral, são transversais a todo o país.

Assim, os embargos de executado ou oposições à execução ou mesmo as insolvências, têm em comum as mesmas razões.

Crises económicas, instabilidades financeiras, negócios que se perdem por má gestão, por desmandos daqueles que as gerem, por perda de clientela devida à implementação de grandes áreas comerciais que fazem investimentos incomensuráveis para a dimensão das pequenas e médias empresas ou de empresários em nome individual, que caraterizam, em regra, o nosso tecido empresarial.

Neste campo, para além do processo de insolvência, ganha especial relevo o processo executivo, cabendo destacar que têm chegado à Relação de Évora, ainda que de tribunais circunscritos, mormente da Comarca de Santarém, muitas questões relacionadas com o PERSI (Procedimento Extrajudicial de Regularização de Situações de Incumprimento, instituído pelo Decreto-Lei n.º 227/2012 de 25-10).

Questões que abrangem um leque variado de situações, mas que, normalmente, se encontram relacionadas com a instauração de processos executivos a clientes bancários consumidores que se encontram em incumprimento, sem previamente serem cumpridos, ou o serem de forma deficiente, os requisitos de comunicação da instauração e extinção do PERSI([2]).

([2]) Se for consultada a página da dgsi.pt, referente à Relação de Évora, colocando no motor de busca «PERSI», em 14-10-2023, encontravam-se publicados, 79 Acórdãos proferidos entre 19-05--2016 e 28-09-2023 (<http://www.dgsi.pt/jtre.nsf/3d2a49955a5bf67080256879006d6595?CreateDocument>). Sublinhando-se que muitos já nem são publicados por a jurisprudência sobre esta questão se encontrar bastante sedimentada nas duas Secções Cíveis. [Consultado em 03-11-2023].

Mas também surgem muitas outras situações relacionadas com a aplicação deste regime, por exemplo, sobre a aplicação da lei no tempo e sobre a aplicação do PERSI aos garantes (fiadores e avalistas)([3]).

Sendo que, em relação aos garantes, esta realidade tem a montante uma outra problemática que se liga com o comércio cambiário e com a responsabilidade decorrente da prestação de garantias pessoais em empréstimos destinados a sociedades, cuja solvabilidade se encontra já muito comprometida.

5. O que, por sua vez, despoleta mais tarde processos de recuperação de empresa e processos de insolvência.

Ainda no campo dos processos executivos, e provindos da zona do Algarve, o Tribunal da Relação de Évora tem sido confrontado com inúmeros recursos sobre litígios relacionados com a propriedade horizontal.

Não me refiro à típica formulação da propriedade horizontal, referente a frações inseridas em prédios, mas sim a uma outra realidade muito própria dos empreendimentos turísticos de luxo, em que convive a propriedade privada com zonas comuns que servem todas ou quase todas as moradias, regidos por Regulamentos, ditos Regulamentos do Condomínio, criados na altura do Loteamento e que estabelecem a repartição dos encargos comuns em determinadas áreas.

A questão que se coloca é a da obrigatoriedade das deliberações aprovadas em assembleias de proprietários dos Lotes, nomeadamente se as respetivas atas constituem título executivo, nos termos do art. 6.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 268/94, de 25-10.

A Relação de Évora tem proferido inúmeros acórdãos sobre essa temática e, em regra, tem considerado que tais atas constituem título executivo para a cobrança de fundos e despesas de condomínio([4]).

6. Onde se nos afigura que, efetivamente, há uma matriz identificadora de temáticas mais específicas, é no domínio dos direitos reais, onde o direito de propriedade sobre a terra ou sobre imóveis urbanos revela a

---

([3]) Ac. RE, de 16-12-2021, proc. 2612/19.0T8ENT.E1 (Maria Adelaide Domingos); Ac. RE, de 15-04-2021, proc. 992/19.6T8PTG-A.E1 (Conceição Ferreira), disponíveis em <www.dgsi.pt>. [Consultado em 03-11-2023].

([4]) Cf., entre outros, Acs. RE, de 12-01-2023, proc. 1277/20.0T8LLE-A.E1 (José Manuel Barata); de 09-06-2022, proc. 1370/20.0T8LLE-A.E1 (Maria Adelaide Domingos); de 28-04-2022, proc. 1276/20.2T8LLE-A.E1 (José Lúcio); de 10-03-2022, proc. 1368/20.8T8LLE-A.E1 (Manuel Bargado); e de 24-02-2022, proc. 1372720.6T8LLE-A.E1 (Anabela Luna de Carvalho), todos disponíveis em <www.dgsi.pt>. [Consultado em 03-11-2023].

existência de uma estrutura económica e social muito arreigada no domínio e na posse.

Cabe destacar, desde logo, sobretudo na zona do Alentejo, as questões relacionadas com o arrendamento rural (por exemplo, requisitos para a celebração dos contratos, prazos de duração, renovação e extinção, direitos de preferência em casos de alienação, bem como aplicação no tempo do atual regime em vigor desde janeiro de 2010([5]), aplicável aos contratos celebrados após essa data, mas também aos que se renovaram a partir da mesma), sobretudo de grandes propriedades, outrora muito ligadas à agropecuária e exploração florestal, revelando a atualidade uma realidade diferente.

A exploração da terra diretamente pelos proprietários ou por terceiros, alargou-se ao turismo em espaço rural, com especial enfoque no enoturismo, como forma de viabilizar empresas agrícolas, mas também explorações agrícolas de grande dimensão de tipo intensivo, bem como projetos no campo das energias renováveis.

É, assim, fácil de perceber que os litígios, sobretudo quanto está em causa a extinção dos contratos de arrendamento rural, ou outros contratos que incidam sobre este tipo de imóveis, denotam elevada litigiosidade gerando recursos de igual cariz.

7. Outra área a destacar em termos de direitos reais são os recursos de sentenças proferidas em ações onde é invocada a usucapião.

A aquisição originária do direito de propriedade por virtude do instituto da usucapião tem por base a apresentação de um título justificativo (seja uma sentença judicial, uma escritura pública de justificação notarial, um processo de justificação ou a apresentação de títulos previstos em leis especiais, como seja a Lei n.º 65/2019, de 23-08([6]), ou a Lei n.º 111/2015, de 27-08)([7]).

([5]) Decreto-Lei n.º 294/2009, de 13-10, que aprovou o Novo Regime de Arrendamento Rural, com entrada em vigor em 11-01-2010, aplicável aos contratos celebrados depois dessa data, bem como aos que se renovarem a partir da mesma.

([6]) Mantém em vigor e generaliza a aplicação do sistema de informação cadastral simplificada instituído pela Lei n.º 78/2017, de 17 de agosto, regulando o procedimento estabelecendo o procedimento especial de justificação de prédio rústico e misto omisso, aplicável aos *«prédios não descritos ou registo ou descritos sem inscrição de aquisição ou reconhecimento de direito de propriedade ou de mera posse em vigor»*. (n.º 1 do art. 9.º).

([7]) Regime Jurídico da Estruturação Fundiária (RJEF) que, no seu art. 1.º define o seu objeto como visando a *«intervenção na configuração, dimensão, qualificação e utilização produtiva das parcelas e prédios rústicos.»,* estabelecendo normas sobre emparcelamento rural.

Todos sabemos que em todas as zonas do país há este tipo de ações([8]).

Decorrem da necessidade de regularização de partilhas que não se fizeram([9]), de doações e negócios de compra e venda informais, de costumes e práticas consensuais que se foram enraizando em relação à utilização de determinado terreno.

A atual valorização do bens imóveis, sobretudo se situados em determinada zona do território, por exemplo, mais vocacionadas ao turismo rural ou mais perto de zonas ribeirinhas ou marítimas, tem fomentado a instauração de ações reais baseadas na invocação dos requisitos da usucapião com vista à obtenção de título justificativo para efeitos de registo da aquisição da dominialidade.

Mas também a instauração de processos de inventário ou de divisão de coisa comum.

Como também tem determinado a realização de escrituras de justificação notarial ou de processos de justificação notarial com vista ao estabelecimento do trato sucessivo ou novo trato sucessivo em termos de registo predial.

Ora, sucede que, por vezes, a aquisição do direito de propriedade por invocação, com êxito, da usucapião, implica a violação da proibição de fracionamento dos prédios rústicos por a área da parcela ser inferior à unidade de cultura para a zona em causa (situação que o Código Civil, aliás, comina com a nulidade do ato — cf. arts. 1376.º a 1379.º do Código Civil, este último na redação dada pelo art. 59.º da Lei n.º 111/2015, de 27-98 —, ou, noutros caso, com a anulabilidade do ato de fracionamento), ou por violação de outras regras, como as decorrentes do Regime Jurídico da Urbanização e Edificação (RJUE — Decreto-Lei n.º 555/99, de 16-12) ou do Regime Jurídico dos Instrumentos de Gestão Territorial (RJGIT), apro-

---

([8]) Como é referido na p. 15 do *Relatório da 1.ª Fase Diagnóstico fev 2022 do Grupo de Trabalho para a Propriedade Rústica*, *supra* citado, *«O peso significativo da usucapião pode indiciar diversas causas, entre as quais a permanência de contratos de transmissão dos imóveis rústicos sem a forma legalmente exigida, impedindo os interessados de obterem títulos para o registo a seu favor, bem como, de certo modo, o abandono da propriedade rústica pelos titulares, as dificuldades em gerir os bens da sucessão hereditária ou em compropriedade. Também parece concorrer para esta realidade o uso do instituto da usucapião como forma de obviar ao controlo administrativo das operações urbanísticas subjacentes ao fracionamento de prédios que se destinam a fins urbanísticos e que estão sujeitos ao cumprimento dos planos territoriais e demais normas legais e regulamentares em vigor, ou para possibilitar o fracionamento de prédios rústicos sem observância da unidade de cultura aplicável».*

([9]) *«Segundo os dados da AT analisados, em 11 515 368 prédios rústicos, 3 403 148 encontram-se em situação de herança indivisa, o que corresponde a uma percentagem de 30%, muito superior às percentagens de compropriedade com três ou mais comproprietários, abaixo referidas».* — p. 12 do *Relatório da 1.ª Fase Diagnóstico fev 2022 do Grupo de Trabalho para a Propriedade Rústica*.

vado pelo Decreto-Lei n.º 380/99, de 22-098, e revisto pelo Decreto-Lei n.º 8072015, de 14-05) referentes às normas de planeamento territorial ou de gestão urbanística.

O que tem originado, ações de anulação, algumas delas intentadas pelo Ministério Público, ou ações de mera apreciação negativa, e subsequentes recursos das sentenças nelas proferidas, que têm sido analisados e decididos na Relação de Évora([10]).

Nestes recursos, em regra, a questão que se coloca é de compatibilização de normas([11]).

Por um lado, as normas referentes à aquisição originária do direito de propriedade através das regras da usucapião e, por outro lado, as normas de direito civil ou administrativo, imperativas, de proibição do fracionamento ilegal dos prédios rústicos, por constituição de parcelas com área inferior à unidade de cultura, ou por violação do regime dos loteamentos e de destaque de prédios para fins urbanísticos.

Como sabemos, a jurisprudência dos Tribunais Superiores tem, em regra, entendido que verificados os pressupostos da usucapião, a aquisição originária prevalece.

A Relação de Évora, segundo cremos, de forma muito consensual sobretudo nos arestos mais recentes, também tem seguido este entendimento([12]), embora se reconheça que a solução desta questão exige unifor-

---

([10]) O Relatório do *Grupo de Trabalho para a Propriedade Rústica*, *Relatório da 3.ª Fase Volume I Medidas*, Julho 2023, disponível em <https://www.portugal.gov.pt/download-ficheiros/ficheiro.aspx?v=%3d%3dBQAAAB%2bLCAAAAAAABAAzNLawNAQAzAjfzQUAAAA%3d>, propõe alterações legislativas para os problemas que identifica de forma a *«contrariar a tendência de elevado fracionamento da propriedade rústica, a reduzir as dificuldades que surgem na gestão desta mesma propriedade, e o imobilismo proporcionado pelo regime sucessório»* (p. 12), nomeadamente do Código Civil, lendo-se nesse Relatório (p. 13): *«No âmbito do quadro de resposta aos problemas identificados, iniciando pelo do fracionamento, enquadram-se as seguintes modificações: alterações respeitantes à definição de coisas indivisíveis, à clarificação de normas sobre aquisição do direito de propriedade por usucapião e à permissão legal da divisibilidade do prédio; a introdução de uma norma que, quanto ao fracionamento de prédios, para finalidades urbanísticas e de edificação, remete para o procedimento previsto em legislação especial; a introdução de outra norma que obsta claramente à invocação da usucapião quando desta resulte prédio com área inferior à unidade de cultura; a revisão das exceções à proibição de fracionamento; a consagração de norma que impede a divisão ou fracionamento de prédios rústicos ou mistos em compropriedade que tenham áreas inferiores à unidade de cultura. E também se contempla o incentivo ao aumento dos prédios, mediante alteração que alarga o direito de preferência entre proprietários de terrenos confinantes a partes de prédios.»*

([11]) Cf. Ac. STJ, de 26-02-2026, proc. 5434/09.2TVLRS.L1.S1 (Sebastião Póvoas), disponível em <www.dgsi.pt>. [Consultado em 03-11-2023].

([12]) Veja-se, exemplificativamente, no *site da* <www.dgsi.pt>, Acs. RE, de 15-12-2022, proc. n.º 681/20.9T8TMR.E1 (Maria Adelaide Domingos); de 25-11-2021, proc. 374/17.4T8FAR.E1 (Elisabete Valente); de 14-02-2019, proc. 1113/18.8T8STB.E1 (Cristina Dá Mesquita); de 20-12-2018, proc. 357/

mização de jurisprudência, senão mesmo uma intervenção legislativa, que, aliás, se encontra proposta no já referido 3.º Relatório do Grupo de Trabalho para a Propriedade Rústica([13]).

8. Ainda ano âmbito do direito civil, cabe fazer uma menção aos recursos relacionados com o Domínio Público Hídrico([14]).

De acordo com a Constituição da República Portuguesa pertencem ao domínio público as águas territoriais com o seu leito e os fundos marinhos contíguos, bem como os lagos, lagoas e cursos de água navegáveis e flutuáveis, com os respetivos leitos (art. 84.º, n.º 1).

A Lei n.º 54/2005, de 15-11, pormenoriza quais os recursos hídricos que integram o domínio público e aqueles que, pelo contrário, pertencem aos particulares (arts. 2.º a 8.º).

Os particulares que detenham imóveis localizados numa faixa, em regra de 50 metros, contíguos ao mar ou a quaisquer águas «navegáveis ou flutuáveis» podem obter o reconhecimento judicial dessa propriedade desde que provem que as suas parcelas já eram propriedade particular antes de 1864 ou de 1868, conforme os locais, ilidindo, assim, a presunção *juris tantum* de domínio público a favor do Estado.

É evidente que a expansão do turismo em zonas ligadas ao mar ou a outros recursos hídricos, caso seja obtido este reconhecimento, determina um acrescido valor económico das mesmas, o que justifica a instauração das correspondentes ações judiciais.

Sendo que, no Algarve, muitas das zonas junto ao mar em locais como Albufeira, Quarteira, Lagos, Lagoa, etc., ficam abrangidas por esse perímetro.

Para além de haver muitas zonas do Algarve em que grandes empreendimentos turísticos se encontram à beira das arribas.

Outro alvo dessas ações, têm sido as zonas situadas nas chamadas Ilhas-Barreira da Ria Formosa, nomeadamente a Ilha da Culatra.

/18.7T8STB.E1 (José Manuel Barata); de 22-11-2018, proc. 916718.8T8STB.E1 (Mata Ribeiro); de 07-06-2018, proc. 145/16.5T8CH.E1 (Maria Domingas Simões); de 26-04-2018, proc. 418/ /15.4T8ALR.E1 (Manuel Bargado); de 25-01-2018, proc. 7601/16.3T8STB.E1 (Ana Margarida Leite); de 25-01-2018, proc. 7651/16.0T8STB.E1 (Isabel Peixoto Imaginário); de 26-10-2017, proc. 7895/15.5T8STB.E1 (Canelas Brás), com voto de vencido; de 08-06-2017, proc. 1011/ /16.0T8STB.E1 (Mário Serrano); de 25-05-2017, proc. 1214/16.7T8STB.E1 (Tomé Ramião), no sentido de não prevalência das regras da usucapião se daí resultar fracionamento do prédio em área inferior de cultura. [Consultado em 03-11-2023].

([13]) Cf. *supra* notas 8 e 10.

([14]) O Domínio Público Hídrico engloba o domínio público marítimo, o domínio público lacustre e fluvial e o domínio público das restantes águas e refere-se às águas públicas que podem pertencer ao Estado, Regiões Autónomas, Municípios ou Freguesias.

As questões que os recursos colocam, em regra, reportam-se à prova e ao acatamento de ónus de prova por parte dos particulares sobre a utilização secular das parcelas que se situam junto desses recursos.

Prova, assaz difícil, por remontar a factos ocorridos antes de 1864 ou de 1868, no caso das arribas alcantiladas.

Se analisarmos os vários acórdãos proferidos pela Relação de Évora sobre esta matéria, disponíveis no *site* da dgsi.pt, verificamos que a questão do ónus de prova faz claudicar muitas daquelas ações.

9. Não poderia deixar de incluir nesta intervenção uma breve alusão às matérias laborais, destacando duas áreas.

Em primeiro lugar, a dos acidentes de trabalho.

A Relação de Évora é muitas vezes confrontada com recursos onde está em causa a descaraterização do acidente como de trabalho por violação das regras de segurança pela entidade empregadora, mas também por parte do trabalhador.

Com a particularidade de os acidentes decorrerem da execução de tarefas agrícolas, muitas de natureza sazonal, típicas de certas zonas rurais e florestais, realizadas por trabalhadores independentes, sem formação específica na área da segurança no trabalho, como seja, o abate de árvores e recolha de lenha no solo([15]), a apanha da pinha([16]) e a extração de cortiça([17]).

Em segundo lugar, cabe destacar, pelo caráter inovador e progressista da jurisprudência da Secção Social da Relação de Évora, os vários acórdãos proferidos sobe a interpretação da noção «unidade económica» para efeitos de transmissão de empresa ou de estabelecimento, nos termos do art. 285.º do Código do Trabalho, e consequente manutenção dos contratos de trabalho, em situações em que empresas no setor dos serviços de vigilância e segurança, mas também noutros, como o da prestação de serviços de telecomunicações ou de limpeza, sucedem, sem interrupções, a outra entidade económica do mesmo ramo de negócio, realizando-se a prestação ao mesmo cliente, nos mesmos moldes, no mesmo local e com os mesmos trabalhadores([18]).

([15]) Ac. RE, de 25-05-2023, proc. 138/20.8T8SNS.E1 (Mário Branco Coelho), disponível em <www.dgsi.pt>. [Consultado em 03-11-2023].

([16]) Ac. RE, de 15-06-2023, proc. 316/21.2T8SNS.E1 (Paula do Paço), disponível em <www.dgsi.pt>. [Consultado em 03-11-2023].

([17]) Veja-se, o Ac. 28-09-2023, proc. 1565/21.9T8EVR.E1 (Mário Branco Coelho), disponível em <www.dgsi.pt>. [Consultado em 03-11-2023].

([18]) Cf., entre outros, Acs. RE, de 12-07-2023, proc. 1759/18.4T8STB.E1 (Mário Branco Coelho), de 20-04-2023, proc. 1999/20.6T8FAR.E1 (Mário Branco Coelho); de 30-03-2023,

10. Finalmente, na área do processo civil, a maioria dos recursos versam sobre questões estritamente processuais, relativas a exceções, nulidades e incidentes surgidos durante a tramitação do processo, muitas delas conexionadas com a produção de prova, com o princípio da adequação, com violações do princípio do contraditório e da proibição da emissão de decisões surpresa.

Também se evidencia uma tendência crescente para a impugnação da decisão de facto, que não é, de todo, específica dos recursos da Relação de Évora, mas, antes, transversal aos recursos em todas as Relações.

O que importa sublinhar nesse campo, e muito sinteticamente, é que o cumprimento dos ónus da impugnação são em, regra, muito mal executados por parte dos recorrentes, o que dificulta sobremaneira a reapreciação da decisão de facto e, até cremos, que, nalguns casos, determina menor celeridade na prolação do respetivo Acórdão, que poderia ser evitada.

Questões carecidas de resolução pelo legislador, seguramente.

11. Por fim, é de salientar que, ultimamente, têm surgido para apreciação vários recursos de decisões proferidas em processos de inventário, verificando-se que, as alterações legislativas dos últimos anos em relação a este processo, porventura aliadas ao menor investimento na formação de magistrados e funcionários sobre esta matéria, têm gerado dificuldades acrescidas na compreensão e tramitação dos processos de inventário que, aliás, se nos afigura que voltaram em força aos tribunais.

III. Conclusão

Após 50 anos da criação e implementação do Tribunal da Relação de Évora, este Tribunal Superior ganhou um lugar próprio no panorama judiciário português.

No site da DGSI estão publicados mais 14 mil acórdãos, correspondendo apenas a parte dos proferidos, que evidenciam um labor imenso de todos os magistrados e funcionários que exercem funções neste Tribunal Superior.

---

proc. 3369/21.0T8STR.E1 (Mário Branco Coelho); de 30-06-2022, proc. 2082/20.0T8FAR.E1 (Paula do Paço); de 28-06-2023, proc. 1932/21.8T8FAR.E1 (Emília Ramos Costa), disponíveis em <www.dgsi.pt>. [Consultado em 03-11-2023].

Exercendo-as de forma nobre e devotada, ao serviço da causa pública, em prol da aplicação da Justiça, e sempre na defesa dos direitos dos seus concidadãos.

Évora, 03-11-2023

O JUIZ COMO LEGISLADOR?

Três momentos jurisprudenciais do concurso de responsabilidade civil(*)

Pelo Dr. António Barroso Rodrigues(**)

Sumário:

§1. Sobre o papel da jurisprudência no desenvolvimento do Direito; *a*) Impedimento ao conflito de jurisprudência; *b*) Liberdade reconhecida ao julgador na aplicação do Direito. **1.2.** O método de desenvolvimento judicial do Direito. **§2. O lugar do concurso no sistema de responsabilidade civil; breve enquadramento. 2.1.** Polissemia do conceito de concurso e a terminologia operante; *a*) Os dois passos metodológicos inerentes: do concurso formal ao efetivo; *b*) O objeto do concurso: a decomposição necessária do direito subjetivo nas pretensões que enforma. **§3. Contributo histórico: breve apontamento. §4. As soluções bipolarizadas no Direito moderno. 4.1.** O primeiro momento histórico: o julgamento emble-

---

(*) Texto preparado em resultado da nossa intervenção nas Jornadas a Sul do Direito Civil e Processual Civil Especial, a convite do Tribunal da Relação de Évora, no dia 03 de novembro de 2003, por ocasião dos cinquenta anos da Relação de Évora, subordinada ao tema «[o] concurso de responsabilidade civil: estado actual e tendências evolutivas». À Dr.ª Juiz Sandra dos Reis Luís deixamos o nosso penhorado agradecimento pela coordenação do evento e inexcedível disponibilidade. Outro agradecimento é devido ao Ilustre Professor Doutor João P. Charters Marchante pela permanente orientação quanto à (melhor) metodologia na interpretação dos enunciados, assim como no inestimável auxílio na recuperação dos ensinamentos dos antigos Mestres. Naturalmente que as incontornáveis insuficiências deste estudo nos são exclusivamente imputáveis.

Quando preparávamos este texto, recebemos a notícia do súbito falecimento do Professor Doutor Pedro Romano Martinez. Com profundo pesar, não podemos deixar de recordar a memória do nosso Mestre, cuja lição — expressa tanto na sua tese de Doutoramento como no seu mais recente manual de Introdução ao Estudo do Direito — recuperamos neste texto. Estamos penhoradamente gratos pelo privilégio de ter conhecido o seu exemplo, o qual guardamos para sempre como nosso referencial.

(**) Assistente convidado na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Investigador e Bolseiro do Centro de Investigação de Direito Privado. Doutorando em Ciências Jurídicas. Advogado e jurisconsulto. *E-mail:* <antoniorodrigues@fd.ulisboa.pt>.

mático da *Cour de Cassation* de 11 de janeiro de 1922 (teoria do *non-cumul*). **4.2.** O segundo momento histórico: a decisão simbólica do Tribunal do *Reich* de 13 de outubro de 1916 (teoria do cúmulo). **4.3.** O terceiro momento: o ponto de viragem do entendimento jurisprudencial português. **§5. Ensaio conclusivo.**

Resumo

O concurso de responsabilidade civil, enquadrado que seja como um conflito positivo entre várias formas de tutela (delitual e obrigacional), constitui um inexorável desafio de qualquer sistema de responsabilidade civil. A jurisprudência tem tido um papel fundamental no enquadramento da matéria *vis-à-vis* a sua incontornável complexidade. Em rigor, esta tende a acolher uma de duas soluções, a saber: por um lado, a aplicação exclusiva de uma forma de responsabilidade (teoria do não cúmulo); por outro, a admissibilidade da coexistência das várias modalidades (teoria do cúmulo). Contribuindo para desvendar o nevoeiro dogmático que paira sobre a matéria, são de destacar três decisões judiciais emblemáticas, as quais comprovam, dúvidas não haja, o papel fundamental da jurisprudência no desenvolvimento do Direito e permitem melhor compreender a figura do concurso de responsabilidade civil em todo o seu esplendor.

Palavras-chave

Concurso de responsabilidade | responsabilidade civil | jurisprudência | concurso de pretensões | obrigação de indemnização.

«A jurisprudência está portanto, desta maneira, ao serviço da lei,
mas num sentido de obediência pensante,
que atende menos à letra que mata do que ao espírito que vivifica»

Manuel de Andrade, *Sentido e valor da jurisprudência* (1953)

§1. Sobre o papel da jurisprudência no desenvolvimento do Direito

I. O debate sobre o papel último da *jurisprudência*(1) na descoberta do Direito é antigo e ainda muito aceso. Não se trata tão-só de a conside-

(1) Entendemo-la enquanto jurisprudência *judicial*, despida de outros sentidos (cf., com crítica à leitura redutora do termo, Castro Mendes, *Introdução ao Estudo do Direito*, 3.ª ed., Pedro Ferreira: Lisboa, 2010, p. 111). Se for apenas definida como o conjunto das decisões judiciais — é precisamente essa a nossa proposta — não ignoramos a proximidade do conceito com o *costume*, numa lógica de *costume jurisprudencial* (v. J. Dias Marques, *Introdução ao Estudo do Direito*, 2.ª ed., Pedro

rar, de forma redutora, na primária e aparente capacidade de *fonte de Direito*, ou, melhor, não é *apenas* nesse plano que a questão se coloca. O problema também reside — ou, principalmente reside — no seu contributo último, em termos latos, para a evolução do sistema jurídico.

Se a participação da *jurisprudência* — definida que seja como o conjunto heterogéneo de decisões provindas dos tribunais — no processo evolutivo dos quadros do sistema é inegável([2]), também não deixa de ser verdade que sobre toda esta matéria paira um espesso nevoeiro dogmático, hostil à precisão dos seus contornos e, consequentemente, à identificação da sua concreta mais-valia. Identificação essa que a boa compreensão desta matéria continua a exigir.

Entre nós, juristas de tradição Romano-Germânica, esta discussão situada ao nível das fontes do Direito, embora não encerrada([3]), foi provisoriamente solucionada pelo punho do legislador. Entendeu-se conferir hegemonia total à lei, em sentido formal: a jurisprudência (*Rechtsprechung*), segundo a *communis opinio*, *não é* fonte imediata de Direito, contrariamente, por sinal, à solução romana de outrora. Aliás, é fácil constatar que, nessa rejeição, Portugal acompanhou, a par e passo, a generalidade dos sistema jurídicos continentais, seus congéneres. Essa opção resulta clarividente, quando perscrutamos *à grand vitesse* as principais codificações (e Além-Reno, a respetiva *Lei Fundamental*)([4]): a jurisprudência não consta do cardápio das *fuentes del Derecho,* (art. 1.º/1 e 6 CC espanhol de 1889), *fonti del Diritto* (art. 1.º CC italiano de 1942), *sources du Droit* (art. 5.º CC francês de 1804), *Rechts-*

Ferreira: Lisboa, 1994, pp. 91-92). Quanto a essa crítica, cumpre retorquir que (*i*) o costume jurisprudencial, tal como (*ii*) a jurisprudência uniformizada, (*iii*) os assentos (revogados) e, por fim, (*iv*) o precedente, convivem com a jurisprudência, em sentido lato, numa relação de género-espécie, sendo desta partes integrantes (com uma proposta similar, v., entre nós, Oliveira Ascensão, *A Tipicidade dos Direitos Reis*, Petrony: Lisboa, 1968, p. 48, ss.; O *Direito. Introdução e Teoria Geral*, 13.ª ed., Almedina: Coimbra, 2005, reimp., *maxime* p. 323, ss.; recentemente, Miguel Nogueira de Brito, *Introdução ao Estudo do Direito*, 2.ª ed., AAFDL: Lisboa, 2021, reimp., p. 145, ss., embora este último A. negue a admissibilidade deste costume por falta de espontaneidade). Sobre o papel do *costume jurisprudencial*, entre nós, v., ainda, Romano Martinez, *Introdução ao Estudo do Direito*, 3.ª ed., Imprensa FDUL: Lisboa, 2022, reimp., p. 171; para Miguel Teixeira de Sousa este costume é fonte do Direito (*Introdução ao Direito*, Almedina: Coimbra, 2018, p. 160). No sentido de jurisprudência como o conjunto de decisões dos tribunais, pelo menos enquanto uma segunda possível definição, cf. Pires de Lima/Antunes Varela, *Noções Fundamentais de Direito Civil*, Vol. I, 4.ª ed., Coimbra Editora: Coimbra (1957), p. 83.

([2]) Ralph J. Christensen afirma expressivamente que o valor da jurisprudência, neste contexto, não implica discutir o "se" (*das* "*Ob*"), mas tão-só o "como" (*das* "*Wie"*); em *Das Problem des Richterrechts aus der Sicht der Strukturierenden Rechtslehre*, ARSP, Vol. 73, n.º 01 (1987), pp. 75-92 (75).

([3]) São vários os AA. que recuperam o papel da jurisprudência enquanto fonte *mediata* do Direito, conquanto, embora não vincule o intérprete (além das partes, claro), assume-se um elemento coadjuvante na revelação do Direito (neste sentido, P. Romano Martinez, *Introdução*, p. 170).

([4]) Rejeitamos a tradução de Lei Fundamental (*Grundgesetz*) para Constituição (*Verfassung*) alemã; cf. Claus-Wilhelm Canaris, *Estruturas básicas do Direito delitual alemão* (trad. António Barroso Rodrigues/Manuel de Albuquerque), *Revista de Direito Civil*, I, 2024, 1, pp. 169-190, nota de tradução 3.

quellen (§20 (2) *GG*). Ora, essa preferência não implica uma despedida eterna das vantagens — e são várias — apresentadas pelo sistema de *Common Law*, onde o *precedente* judicial — tal como configurado por Sir Edward Coke no séc. XVII e Sir William Blackstone no séc. XVIII — confere, ao lado da lei (*Estatue Law*), um papel determinante, senão mesmo prioritário, à jurisprudência (*Case Law*).

Vejamos apenas uma dessas vantagens, dada a economia limitada deste momento. Desde logo, o sistema de precedente consagrado pela *Case Law* assenta na mais-valia da *ratio* de proximidade: a justiça do *novo* caso apenas é atingida, diz-se, se este for decidido de forma igual ao caso idêntico *anterior*. Não haverá lugar num sistema coeso, a duas decisões *diferentes* defronte a mesma *ratio decidendi*([5]). O resultado é claro: a decisão anterior tem uma força vinculativa (*binding authority*) para as posteriores (com exclusão dos meros *obiter dicta*). Descontado e reconhecido o espaço necessário para a modificação dos enunciados e, enfim, para a evolução natural do sistema jurídico, a justeza deste critério de simples paridade, entre o caso atual e um anterior, *idênticos*, *mutatis mutandis*, é mais do que evidente. Assim o reconheceria qualquer leigo em Direito: a analogia do particular para o particular seduz, numa vertente mais terra-à-terra da aplicação prática do princípio da igualdade na justiça do caso. Difícil (embora possível) é, por sua vez, justificar como pode um tribunal inferior contrariar a decisão de outro tribunal do mesmo nível hierárquico ou, mais grave, de um superior (ou até o seu próprio entendimento expresso numa decisão anterior!). Defronte desta questão, o jurista mais cauteloso, recentrará a discussão (e bem) para a identificação precisa dos critérios que permitam estabelecer a tal *paridade entre os casos*, paridade essa pressuposta pela construção do sistema de *precedentes*. Ora, se inexistem materialmente dois casos iguais, é na condensação dogmática dos denominadores comuns que esse esforço hermenêutico se tende a concentrar.

Recentremos a questão enunciada. O juiz dirime o litígio que lhe foi cometido. *Julgar* é aplicar o Direito vigente ao caso concreto. Nessa (aparentemente) simples tarefa esconde-se um processo metodológico complexo, o qual não pode ser reduzido à simples subsunção.

Ora, vencidos os imponderáveis, é possível perfilhar, *prima facie* e em termos práticos, que o valor último da jurisprudência resulta, a dois momentos, tanto (*i*) no plano de autonomia reconhecido ao juiz na decisão do caso, *vis-à-vis* o cumprimento da tarefa de interpretação e aplicação dos enunciados normativos relevantes (*intra muros*), como (*ii*) na extrapolação do valor desta sua decisão singular, no caso em apreço, para outras, especialmente aquelas provindas de um tribunal com a mesma autoridade (*extra muros*, portanto)([6]).

([5]) George P. Fletcher/Steve Sheppard, *American Law in a Global Context: The Basics*, Oxford University Press: Oxford (2005), p. 80.

([6]) Cf., o revogado, §12 ABGB, o qual limitava o valor da decisão ao caso individual; com a análise desta solução, v. Franz Bydlinski, *Hauptpositionen zum Richterrecht*, JZ, Ano 40, n.º 4 (15-Fev-1985), pp. 149-155 (pp. 149-150).

A negação desse papel, ou melhor, a equiparação do julgador a outro jurista, enquanto simples intérprete, falha, desde logo, no plano prático: quem julga, decide e, se o faz em última instância, decide *definitivamente* — aí ocorre um inevitável *stare decisis* (*et non quieta movere*); "a decisão é fixada". Nos limites do sistema, *i. e.*, esgotadas as vias jurisdicionais de recurso, a *interpretação autêntica*, a ocorrer, é assumida como um risco inevitável, suportado pelo visado, defronte a inexistência de nova instância de reapreciação do caso. Bem vistas as coisas, a própria força do *trânsito em julgado* de uma decisão, enquanto decisão final provinda de um órgão de soberania — recorde-se: são os tribunais constitucionalmente incumbidos de *administrar a justiça em nome do povo* (202.º CRP e art. 2.º/1 LOSJ) — reside na *definitividade* da decisão e, por arrastamento, da interpretação das regras jurídicas que nela foram consideradas, independentemente — e este é o ponto fundamental a considerar — da sua validade, bondade e, até, da respetiva adequação.

1.1. A valorização do papel do julgador (*intra muros*) e da sua decisão (*extra muros*)

II. Neste contexto, toda a querela quanto ao *valor* da jurisprudência, pode (e deve) ser recentrado, num plano superior de abstração, para a avaliação do papel da jurisprudência no *desenvolvimento do Direito*. Perguntar-se-á, no fim de contas, qual o vero papel do julgador no nosso sistema? Haverá lugar a um, chamemos-lhe assim, *Direito jurisprudencial* (*Richterrecht*; à letra *Direito do juiz*)? A resposta a esta questão constitui ensejo adequado, numa primeira fase, desta nossa reflexão.

Ora, antecipando as nossas conclusões, a resposta a esta questão é, por nós, negativa. Determinantemente negativa, mas com as nuances carreadas pela complexidade da matéria. A fundamentação da nossa resposta principia pelo facto de qualquer proposta, neste campo, não poder atentar contra o princípio da separação de poderes, na tríade clássica proposta por Montesquieu (1689-1755)([7]). Mas também não se prende por uma leitura

---

([7]) Charles-Louis de Secondat, Barão de La Brède e de Montesquieu: *Il y a dans chaque État trois sortes de pouvoirs: la puissance législative, la puissance exécutrice des choses qui dépendent du droit des gens, et la puissance exécutrice de celles qui dépendent du droit civil. Par la première, le prince ou le magistrat fait des lois pour un temps ou pour toujours, et corrige ou abroge celles qui sont*

rígida daquele princípio (essoutra visão seria adversa, p. ex., à possibilidade, atual e incontestada, de o *Executivo* legislar, através dos *Decretos-Leis*) ou, por outro lado, ao papel reconhecidamente desempenhado pelo juiz na *revelação* do Direito (*law in books*) e, nessa medida, de *aperfeiçoamento* dinâmico do enunciado normativo (*law in action*)([8]). Deste último aspeto, é paradigmático o papel determinante (e digno de enaltecimento) desempenhado pela jurisprudência administrativa num sentido geral de orientação da Administração Pública, quanto à melhor interpretação e aplicação da lei.

Numa leitura mais aprofundada, se realizada uma radiografia ao nosso sistema, saltam à vista vários motivos favoráveis ao reconhecimento de um papel *ativo* à jurisprudência no plano do desenvolvimento do Direito, embora não enquanto uma fonte de Direito *tout court*. Ora, estes fatores podem ser condensados, numa primeira proposta, a dois níveis ou propósitos, numa dualidade que comprova a valorização do papel da decisão judicial, a saber:

i) no impedimento da *contradição de julgados*; e

ii) na liberdade reconhecida ao julgador na aplicação do Direito.

Primeiramente, (*i*) impedir a *contradição de julgados* é valorizar a decisão judicial individual, uniformizando as demais pelo sentido inicial imposto por outra, anterior, quanto à mesma questão. Ao se evitar o *conflito de jurisprudência*, salvaguarda-se a segurança e certeza jurídicas e, em simultâneo, valoriza-se *externamente* a decisão (ainda que não formalmente); em segundo lugar, (*ii*) na *liberdade reconhecida ao julgador* recentra-se o papel do juiz como intérprete no processo aplicativo. Reconhece-se ao juiz um papel destacado no desenvolvimento da *Ciência Jurídica*, extravasando, portanto, o de mero autómato e agente acrítico na sub-

---

faites. Par la seconde, il fait la paix ou la guerre, envoie ou reçoit des ambassades, établit la sûreté, prévient les invasions. Par la troisième, il punit les crimes, ou juge les différends des particuliers. On appellera cette dernière la puissance de juger, et l'autre simplement la puissance exécutrice de l'État (*De l'esprit des lois*, 1748, revisto por Laurent Versini, Gallimard: Paris, 1995, p. 112). Cumpre notar que, sem prejuízo da preocupação francesa inicial, ao tempo da Revolução de 1789, com os *arrêts de règlement* dos tribunais reais — os quais, durante o Antigo Regime era precisamente de fonte de enorme iniquidade, tanto por se fundarem em pura arbitrariedade como pela defesa incessante da aristocracia —, ainda hoje a *Cour de Cassation* pode proferir *arrêts de principe*, numa linha equivalente aos nossos atuais acórdãos de uniformização de jurisprudência (sobre a evolução desta matéria, v., com referências, entre nós, Dário Moura Vicente, *Direito Comparado*, 5.ª, Vol. I, Almedina: Coimbra, 2022, pp. 171-174).

([8]) Neste sentido, para Larenz/Canaris a primeira interpretação de uma norma, ao considerar um dos significados de entre os vários possíveis, elimina uma incerteza anteriormente existente e é, em si, um *desenvolvimento* da norma (*Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, 3.ª ed., Springer: Berlim, Heidelberg, 1995, p. 188).

sunção jurídica, na anacrónica proposta da Escola da Exegese([9]). Com isto, valoriza-se *internamente* o papel do julgador na decisão do caso. Vejamos cada um destes fatores em maior detalhe.

a) Impedimento ao conflito de jurisprudência

III. É costume afirmar-se que os Tribunais são órgãos independentes, independência essa inclusivamente exercida na relação estabelecida entre si. Mais: a autonomia dos Tribunais não é posta em causa pelo facto de se encontrarem organizados, por motivos de competência, numa *relação hierárquica*, ou seja, ordenados por *instâncias* (209.º/1 CRP): essa relação hierárquica esgota-se no dever de acatamento pelo Tribunal *a quo* da decisão proferida pelo Tribunal superior por via de recurso, sem concomitantemente lhe reconhecer qualquer relação de *subordinação*([10]). Todavia, as decisões judiciais, especialmente aquelas que incidam sobre a mesma questão de Direito, não convivem em espaços de dicotomia, de plena autonomia, enquanto ilhas isoladas de entendimentos inconciliáveis: como vimos, a unidade do sistema é adversa a decisões substancialmente diferentes sobre a mesma situação jurídica, ainda para mais no domínio e durante a vigência da mesma legislação. Neste contexto, *profetiza-se*, seja-nos permitido o termo, no Código Civil, o dever de o julgador tomar em consideração todos os casos que mereçam tratamento análogo, a fim — atente-se a este aspeto — de obter uma *interpretação e aplicação uniformes do direito* (8.º/3 CC, *in fine*)([11]). Ora, a *praxis* acompanhou o repto: na

---

([9]) Nas palavras de Oliveira Ascensão: [q]uando um código é publicado, o facto de trazer a solução dos problemas mais debatidos conduz a confundir lei e direito: a tendência é cair-se na exegese» (*A Tipicidade*, p. 233). A competência reconhecida ao julgador neste campo pode ser configurada gradativamente, entre os polos do simples autómato de execução das prescrições legais ao reconhecimento de um papel de *juiz-legislador*: o sistema jurídico convive com a atuação do juiz em diferentes capacidades. Para reputados A., como Vaz Serra, para quem o juiz «não é senão o executor da lei», devendo prescrever a lei injusta — ou seja, para os defensores de um papel mais restrito da jurisprudência no desenvolvimento do Direito — reconhece-se, concomitantemente, um considerável «campo de acção» na interpretação da lei e do domínio da lacunas (Vaz Serra, *O papel do juiz na interpretação da lei*, Discurso do Ministério da Justiça, BMJ, de 26 de novembro de 1940, pp. 5-12).

([10]) Cf. o art. 4.º/1 do Estatuto dos Magistrados Judiciais, aprovado pela Lei n.º 21/85, de 30 de julho, na sua redação atual. Contrariamente, a Magistratura do Ministério Público é hierarquizada; cf. o art. 97.º/1 do Estatuto do Ministério Público, aprovado pela Lei n.º 68/2019, de 27 de agosto, na sua redação atual, e o art. 9.º/2 da Lei da Organização do Sistema Judiciário, aprovado pela Lei n.º 62/2016, de 26 de agosto, na sua redação atual.

([11]) Daí que Neuner aponte a existência de um fonte de Direito factual, à luz da conduta assumida pelas pelos Tribunais nas decisões judiciais subsequentes àquela inicial (Neuner, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, 12.ª ed., C.H.Beck: Munique, 2020, §4, Nm. 13, pp. 24-25).

prática, os tribunais inferiores e, bem assim, os demais operadores jurídicos, guiam-se pela jurisprudência dos tribunais em casos comparáveis, especialmente a dos tribunais superiores. O sentido de decisão não é, todavia, vinculado([12]). O que se acaba de dizer acarreta várias consequências. Uma delas — talvez a mais insuspeita — é a de que o legislador não ignora a possível verificação espontânea de uma *contradição de julgados*. Este é um subproduto, tão inevitável como indesejado, de um sistema judiciário verdadeiramente livre (*quot capita, tot sensus*; "quantas cabeças, tantas sentenças")([13]). Todavia, consciente dos efeitos nefastos desse efeito (o tal conflito de jurisprudência) tenta-se (1) *preveni-lo* e, quando ocorre, (2) *corrigi-lo*. Vejamos em que termos.

[1. Prevenção do conflito de jurisprudência] Em primeiro lugar, a título *preventivo* de contradição de julgados, perante uma demanda em curso, emerge (*i*) a possibilidade de invocação das exceções de *litispendência* e de *caso julgado* (580.º/2 CPC), impedindo-se que o tribunal conheça o mérito da causa (576.º/1 CPC); no caso julgado concorre ainda uma vertente positiva, de *autoridade de caso julgado*([14]). Todas as figuras visam, em suma, evitar que o tribunal *contradiga* uma decisão anterior ou uma parte fundamental desta. Por outro lado, a própria contradição de julgados, perante uma decisão já tomada, mas não transitada, também é prevenida pelo facto de esta (*ii*) ser um dos fundamentos da admissibilidade do recurso ordinário, independentemente do valor da causa e da sucumbência, *i. e.*, quando essa contradição, ao nível de acórdãos da Relação, se centrar «no domínio da mesma legislação e sobre a mesma questão fundamental de direito» [629.º/1, *d*) CPC]; por acréscimo, a contradição de julgados, nos termos já descritos, é também (*iii*) um dos fundamentos para a ampliação da revista, caso em que o julgamento do recurso ordinário de revista para o Supremo Tribunal de Justiça se faz com a intervenção do pleno das secções cíveis (686.º CPC) e, bem assim, (*iv*) da admissibilidade

---

([12]) Pese embora a liberdade do julgador de entender de forma diametralmente diversa, essa alteração de sentido fundamental afecta de forma considerável o princípio da segurança jurídica: assim o entendeu expressamente o TEDH (proc. n.º 30123/10, de 30 de julho de 2015), num caso de contradição de julgados.

([13]) Para Thomas Sowell, «[o]s Tribunais são as instituições menos aptas a monitorizar continuamente as ramificações das suas decisões e a menos incentivadas a admitir estar erradas, muito menos a contrariar o seu próprio precedente e mudar»; *Judicial Activism Reconsidered*, Hoover Institution, Stanford University, pp. 1-38 (21).

([14]) Cf. Rui Pinto, *Exceção e autoridade de caso julgado: algumas notas provisórias*, ROA, Ano 78, n.º 1-2 (Jan-Jun 2018), pp. 377-414; Lebre de Freitas, *Um polvo chamado autoridade do caso julgado*, ROA, Ano 79, n.º 3-4 (Jul-Dez. 2019), pp. 691-722.

da revista excecional para o Supremo Tribunal de Justiça, superando, neste último caso, a famosa regra da *dupla conforme* [671.º/3, 672.º/1, *c*) CPC].

[2. Correcção da contradição de julgados] Em segundo lugar, para se nulificar a contradição de julgados, entretanto verificada, o legislador estabelece (*i*) uma ordem de prioridade entre as decisões, à razão da sua antiguidade, preferindo aquela que haja transitado em julgado em primeiro lugar (625.º/1 CPC). Fundamentalmente — devemos destacar este aspeto — as partes podem (*ii*) interpor recurso para uniformização de jurisprudência, julgado pelo pleno das secções cíveis, quando a contradição de julgados, naturalmente, se verificar entre acórdãos proferidos pelo Supremo Tribunal de Justiça (688.º/1 CPC) — solução estendida a outros domínios, nomeadamente no Ramo Penal([15]), o Administrativo([16]) e o Laboral([17]). Não se trata de uma prerrogativa *preventiva* da contradição de julgados *per se*, conquanto este recurso (extraordinário), contrariamente aos de apelação e de revista (ordinários, 627.º/2 CPC), supõem o trânsito em julgado da decisão recorrida (689.º/1 CPC). Afinal, cumpre recordar, o trânsito em julgado ocorre somente quando a decisão não seja suscetível de recurso *ordinário* ou de reclamação (itálico nosso; 628.º CPC).

Acolhida a proposta de Castanheira Neves([18]), pôs-se termo, num primeiro momento, aos antigos assentos do STJ, com força obrigatória geral (tendo sido revogado o art. 2.º CC)([19]), e, posteriormente, através da reforma de 1995 ao Código de

---

([15]) Assim se prevê no art. 437.º CPP.

([16]) Cf. o disposto no artigo no art. 152.º CPTA. Cumpre distinguir estas decisões do STA daquelas mediante as quais se declara a ilegalidade de normas que violem disposições genéricas do Direito Administrativo (72.º, 73.º/3 e 76.º CPTA).

([17]) Atendendo à remissão constante do art. 1.º/2, *a*) CPT. Romano Martinez dá-nos nota de uma outra especificidade, nomeadamente a do acórdão do STJ que se pronuncie sobre questões de anulação ou de interpretação de cláusulas de convenções coletivas de trabalhão, ao qual foi conferido o valor de jurisprudência uniformizada (186.º CPT; *Introdução*, p. 168, com referências na respetivas nr. 200).

([18]) Castanheira Neves, *O instituto dos assentos e a função jurídica dos supremos tribunais*, Coimbra Editora: Coimbra (2014, reimp.), *passim*. Do Ilustre Professor destaca-se uma famosa anotação de uma primeira decisão do TC quanto à inconstitucionalidade da força dos assentos — acórdão esse que Romano Martinez considerou "inconclusivo" (*Introdução*, p. 155, nr. 169) —, intitulado «[o] *problema da constitucionalidade dos assentos: comentário ao acordão n.810/93 do Tribunal Constitucional*» (Coimbra Editora: Coimbra, 1994).

([19]) Uma breve nota para o caso português, onde é longa a tradição jurídica que os assentos carreavam desde o tempo das Ordenações Manuelinas (livro V, tít. 58, §1) e Filipinas (livro I, tít. 4, §5). Após um vazio legislativo, a figura é recuperada em 1926 pela belíssima reforma processual conduzida por José Alberto dos Reis (vejam-se os assentos da Casa da Suplicação, no reinado de D. Manuel I; cf., Martim de Albuquerque, *Para a história da legislação e jurisprudência em Portugal: os livros de registo de leis e assentos dos antigos tribunais superiores*, Estudos em Homenagem ao Profs. Doutores M. Paulo Merêa e G. Braga da Cruz, Vol. II, Universidade de Coimbra: Coimbra, 1982, pp. 623-653;

Processo Civil([20]), criaram-se os *acórdãos de uniformização de jurisprudência*. Ora, o valor acrescido dos acórdãos de uniformização de jurisprudência é indiscutível e deve ser considerado: esta decisão judicial *qualificada permite* (e até, por vezes, *obriga*)([21]) o recurso das decisões tomadas contra si e impede o recurso extraordinário das decisões conformes à orientação fixada([22]). O custo da revisão de um entendimento fixado é também elevado para o próprio Supremo Tribunal de Justiça: o nosso Tribunal Supremo sujeita-se, quando decida de forma contrária a uma decisão "fixada" nos termos *supra* descritos, a julgamentos ampliados de revista (686.º CPC) e a recursos extraordinários para uniformização de jurisprudência (688.º/1 CPC).

b) Liberdade reconhecida ao julgador na aplicação do Direito

IV. O labor dogmático implicado na aplicação diária dos quadros do sistema exige tanto a repartição de competências como a especialização dos operadores jurídicos. Daí que seja possível, com alcance prático, distinguir entre lei formal, provinda do Parlamento ou do Governo, e a *Ciência do Direito*, enquanto estudo do Direito com vista à sua aplicação.

Galvão Telles, *Introdução ao Estudo do Direito*, Vol. I, 11.ª ed., Coimbra Editora: Coimbra, 2020, pp. 85-95; Bronze, *Lições de Introdução ao Direito*, 3.ª ed.,Gestlegal: Coimbra, *maxime* pp. 703-713). Entre nós e entre os apologistas do sistema atual, contrários à repristinação os antigos *assentos* — estamos em crer que a mais-valia desse modelo em muito supera as suas desvantagens —, é clara a convergência quanto ao reconhecimento de um papel secundário à jurisprudência na Ciência Jurídica. Todavia, não foi este o caminho que se entendeu percorrer. Na verdade, o Tribunal Constitucional, em 1996 (cf. ac. TC n.º 743/96, de 28 de maio), declarou a inconstitucionalidade, com força obrigatória geral, da leitura do artigo 2.º do Código Civil, quando este preceito permitia ao tribunais fixar doutrina com força obrigatória geral. Todavia, nessa decisão o Tribunal Constitucional permitiu, a dois momentos, (*i*) ao Supremo fixar uma orientação vinculativa para os demais tribunais e (*ii*) a conversão do valor dos *assentos* para os atuais *acórdãos de uniformização de jurisprudência*. Entre nós, são vários os AA. críticos à revogação dos assentos: do lado dos jusprivatistas, veja-se, por todos, António Menezes Cordeiro, em anot. ao ac. STJ de 31-Jan-1996, ROA 56 (1996), 307, ss., bem como Miguel Teixeira de Sousa, *Sobre a constitucionalidade da conversão do valor dos assentos*, pp. 707-718); da bancada dos juspublicistas, destaca-se Freitas do Amaral (*Introdução ao Estudo do Direito*, I, 464). A questão fundamental reside na compatibilidade do valor dos assentos, atendendo ao texto constitucional (em concreto ao art. 112.º/5 CRP, produto da reforma constitucional de 1982; note-se que, para Menezes Cordeiro, este preceito não tem efetiva substância, *Tratado*, Vol. I, p. 667).

([20]) Cf. o preâmbulo do Decreto-Lei n.º 329-A/95, de 12 de dezembro, onde consta a identificação do problema: «[q]uestão de particular complexidade é a que decorre da criação dos mecanismos processuais adequados à fixação de jurisprudência na área do processo civil, face às dúvidas reiteradamente afirmadas pela doutrina sobre a natureza «legislativa» — e a constitucionalidade — dos assentos e à necessidade de harmonizar o regime do actual recurso para o tribunal pleno com o decidido pela jurisprudência constitucional no Acórdão 810/93, de 7 de Dezembro».

([21]) Cf. o disposto no art. 691.º CPC. O mesmo sucede no domínio penal, quanto ao recurso extraordinário para fixação de jurisprudência do acórdão proferido em último lugar, o qual, quanto à mesma questão de Direito, assentem em soluções opostas (437.º/5 CPP).

([22]) Menezes Cordeiro, *Tratado*, Vol. I, p. 666.

> No exemplo expressivo de Menezes Cordeiro — cuja ilação somos levados, novamente, a concordar —: «[n]inguém se lembraria de pedir ao Parlamento uma lei a explicar a natureza ética ou puramente psicológica da boa-fé na acessão»([23]).

Aqui chegados, são vários os fatores que permitem atribuir um *papel qualificado* ao julgador; no fundo o reconhecimento de um espaço de autonomia judicial na aplicação do Direito. Essa liberdade pode melhor ser ilustrada a dois momentos:

i) no poder de controlo da validade dos enunciados normativos;

ii) na competência discricionária reconhecida ao julgador.

Em rigor, os Tribunais judiciais podem recusar-se a aplicar uma dada norma com fundamento na respetiva *inconstitucionalidade* (204.º CRP)([24]). Isto não significa que os fundamentos dessa recusa sejam livres, ou seja, provenham de critérios *à margem* do sistema. Todavia, cumpre reconhecer que esta competência (a de recusa da aplicação de determinada norma com base na sua inconstitucionalidade) atesta o facto de os tribunais não serem um instrumento mecânico subjuntivo de uma aplicação "acrítica" dos enunciados normativos; essa conclusão só se atinge com uma leitura manifestamente superficial do dever de sujeição dos tribunais à lei (203.º CRP, 8.º/2 CC). Por outro lado, (*ii*) não é possível, por motivos vários e em todas as situações, ao legislador antecipar os critérios concretos e rígidos pelo qual o julgador se deve guiar na ponderação inerente à decisão do caso. Por vezes, o interesse circunstancial é precisamente oposto a uma tal fixação rígida do critério de decisão: isso resulta clarividente, a três momentos, a saber: (*a*) do crescendo de poderes de composição da instância reconhecidos ao tribunal ao abrigo da *jurisdição voluntária* — onde o tribunal não está sujeito a critérios de legalidade estrita (987.º CPC) —, bem como, quanto ao critério de decisão, quanto o tribunal é chamado a decidir, *glo-*

([23]) Menezes Cordeiro, *Tratado*, Vol. I, p. 663.

([24]) Esta prerrogativa deve ser completada com aquela reconhecida ao Tribunal Constitucional de declarar, com força obrigatória geral, a inconstitucionalidade ou a ilegalidade de *normas*, em processo de *fiscalização abstrata preventiva* (278.º e 279.º CRP), de *fiscalização abstrata sucessiva* [281.º/1, *a*) CRP], ao fim de três casos concretos em que a norma tenha sido julgada inconstitucional (281.º/3 CRP). Num sentido claramente marcante, esta decisão pode revelar a regra em vigor, tal como por via da repristinação da anterior (Romano Martinez, *Introdução*, p. 169); com interesse e quanto ao efetivo objeto de controlo (entre normas ou também, em especial, as decisões judiciais), v., por todos, Afonso Brás, *O conceito funcional de norma na jurisprudência do Tribunal Constitucional: a fronteira entre o controlo de norma e o controlo de decisão*, Almedina: Coimbra (2023), *passim*.

balmente, através (*b*) da *equidade*([25]) ou, *no particular*, mediante o recurso a instrumentos como a (*c*) *mobilidade do sistema*([26]).

Acima de tudo, (*iii*) a criatividade do julgador é chamada determinantemente à colação, quanto o tribunal é obrigado a decidir mesmo que não exista, em concreto, uma regra jurídica aplicável: a proibição do *non liquet*, obriga-o a integrar a lacuna mediante a analogia ou, caso falte o caso análogo — e este é precisamente o caso mais expressivo — a assumir o papel de *juiz-legislador*([27]), gizando *a norma que o próprio intérprete criaria* (10.º/3 CC) — curiosamente foi esta a luz da solução preconizada há mais de um século pelo Código Civil suíço de 1907 [§1 (2) ZGB]([28]).

Nestes termos, ficam abertas as comportas para a distinção pertinente entre aquilo que possa ser considerado o desenvolvimento *implícito* do Direito — ou seja, quando o juiz gera *concretiza*, *matiza*, *desenvolve* a norma positivada, em resultado do processo interpretativo — dos casos, porventura mais graves, em que não existe norma positivada alguma, a qual sirva de referencial último à interpretação, e o juiz é chamado a desenvolver *explicitamente* o Direito([29]). Neste último caso, resta determinar os parâmetros, balizas, enfim, os limites do método erigido, especificamente se estamos ainda dentro dos quadros do sistema ou noutra ordem valorativa superior (p. ex., de *Direito Natural*)([30]), sob pena de trespasse indevido para um método permeável às conceções morais de quem julga([31]); situação essa tão indesejada como iníqua.

([25]) Especialmente a equidade *autónoma* ou *substitutiva* da lei, contrariamente à meramente *complementar*; cf., por todos, a anot. recente ao art. 4.º CC por Pedro Múrias (*Comentário ao Código Civil*, 2.ª ed., UCP Editora: Lisboa, 2023, p. 33, Nm. 4). Reservamos o aprofundamento desta matéria para um momento posterior.

([26]) A defesa da mobilidade foi famosamente defendida por Walter Wilburg em 1950 (*Entwicklung eines beweglichen Systems im bürgerlichen Recht*). Contrariamente ao postulado por vários AA., Canaris rejeita a sua importação acrítica para o domínio da responsabilidade civil (*Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do Direito*, 3.ª ed., tradução de António Menezes Cordeiro, Fundação Calouste Gulbenkian: Lisboa, pp. 137-138; *Die Vertrauenshaftung im deutschen Privatrecht*, C. H. Beck: Munique, 1971, *maxime* p. 302, ss.).

([27]) José H. Saraiva, *Apostilha crítica ao Projeto de Código Civil*, Separata da ROA (1966), pp. 141-144.

([28]) Determina o preceito: [s]e não puder ser inferida nenhuma disposição da lei, o tribunal deve decidir com base no direito consuetudinário e, na ausência deste, segundo a regra que estabeleceria como legislador («*Kann dem Gesetz keine Vorschrift entnommen werden, so soll das Gericht nach Gewohnheitsrecht und, wo auch ein solches fehlt, nach der Regel entscheiden, die es als Gesetzgeber aufstellen würde*»; tradução nossa). Encontramos rudimentos desta nossa solução no Código Civil português de Seabra de 1867 (art. 16.º); cf., a propósito, Vaz Serra, *O papel do juiz na interpretação da lei*, Discurso do Ministério da Justiça, BMJ, de 26 de novembro de 1940, pp. 5-12.

([29]) Fundamental, quanto a este aspeto, Friedrich Müller, *Richterrecht*, p. 78.

([30]) Oliveira Ascensão, *Tipicidade*, p. 239.

([31]) Ehrlich, *Freie Rechtsfindung und Freie Rechtswissenschaft*, Hierscfeld: Leipzig (1903), p. 13, ss.

1.2. O método de desenvolvimento judicial do Direito

V. Karl Larenz, num escrito de 1974, provocatoriamente intitulado na interrogativa de "[o] Juiz como legislador?" (*Der Richter als Gesetzgeber?*)([32]) — inspiração direta deste estudo e cujo título replicamos — investigou precisamente o papel do juiz no desenvolvimento do Direito (*richterliche Rechtsfortbildung*)([33]) e concluí expressivamente da seguinte forma: «[q]uando não se trata realmente de problemas jurídicos — isto é, de problemas que decorrem precisamente da ideia de Direito e da base da ordem jurídica em vigor —, mas de problemas factuais de natureza diferente, só o legislador é chamado a decidir. Tanto quanto me é dado ver, este limite não foi, de qualquer modo, ultrapassado pelos tribunais. Deve continuar assim»([34]). Não vemos senão como concordar. Vejamos agora o *porquê*.

Nos sistemas de *Civil Law*, a tarefa do jurista fica geralmente concentrada na identificação do *enunciado normativo* aplicável ao caso, enfim, a "*norma do caso*"([35]) (aquilo que a doutrina tedesca designa por *Rechtssatz*)([36]). Esse caminho tenebroso percorre-se pela análise das soluções vigentes, nas leis positivas (seja pelos Códigos ou por legislação avulsa); nesse campo, *Direito* e *legalidade* tornam-se realidades indissociáveis([37]). Ora, toda esta questão pode ser recentrada, num grau superior de abstração, quanto

---

([32]) V. o estudo inicial de Meier-hayoz, *Der Richter als Gesetzgeber*, Rurich (1951). De Larenz, como bons exemplos dos desenvolvimento judicial do Direito, cf. *Kennzeichen geglückter richterlicher Rechtsfortbildungen*, Juristische Studiengesellschaft Karlsruhe, Vol. 64, C.F. Müller: Karlsruhe (1965), *passim*. Cf., ainda, Gschnitzer, *Schaffi Gerichtsgebrauch Recht?*, FS zur Hundertjahrfeier des Österreichischen Obersten Gerichtshofes 1850-1950 (1950), pp. 41-54 (40); Wieacker, *Gesetz und Richterkunst*: *zum Problem der aussergesetzlichen Rechtsordnung*, C.F.Müller: Karlsruhe (1958); Flume, *Richter und Recht* (*Verhandlungen des 46. Deutschenjuristentage*), C.H.Beck: Munique (1967); Esser, *Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts*, Mohr Siebeck: Tubinga (2022, reimp.); H. Köhler, *Gesetzesauslegung und „gefestigte höchstrichterliche Rechtsprechung"*, Juristische Rundschau, 2 (1984), pp. 45-48 (45).

([33]) Com menor adesão, são conhecidas as expressões tedescas equivalentes de "*schöpferische Rechtsfindung*" e de "*gesetzesfreie richterliche Tätigkeit*" (Meier-Hayoz, *Der Richter als Gesetzgeber*, 1951, p. 38; Friedrich Müller, *Richterrecht*, Schriften zur Rechtstheorie, Vol. 119, Duncker & Humblot: Berlim, p. 9, nr. 1).

([34]) «*Wo es nicht eigentlich um Rechtsprobleme geht — d. h. um Probleme, die sich gerade vom Gedanken des Rechts und vom Boden der geltenden Rechtsordnung her stellen —, sondern um Sachprobleme sonstiger Art, ist der Gesetzgeber allein zur Entscheidung berufen. Diese Grenze ist von den Gerichten, soweit ich sehe, bisher in keinem Fall überschritten worden. Dabei sollte es bleiben*». (*ob. cit*., p. 45).

([35]) Expressamente favorável a esta metodologia, v., entre nós, Nogueira de Brito, *Introdução*, p. 142.

([36]) Num sentido próximo, mas não inteiramente coincidente, v. o conceito de *máxima de decisão* (cf., com críticas, Oliveira Ascensão, *O Direito. Introdução e Teoria Geral*, 13.ª ed., Almedina: Coimbra, 2005, reimp., pp. 318, 498).

([37]) Cf., a propósito, o texto da conferência proferido na Ordem de Advogados por Marcelo Caetano, dedicado ao tema «[o] *respeito da legalidade e a justiça das leis*», (*o Direito*, n.º 1, Ano 81, pp. 5-23).

ao papel a reconhecer ao julgador no *plano interpretativo*, ou seja, na fixação última *do sentido* dos enunciados normativos. Suscita seríssimas reservas — ou, pelo menos, uma tal leitura extremada tem-se por ultrapassada — ser possível o julgador decidir validamente *contra legem*, ao abrigo de uma qualquer concepção corretiva do espírito positivista, tal como fora defendido por Kantorowicz, um dos mais fevrosos adeptos da Escola de Direito Livre([38]). Todavia, a realidade, mais uma vez, é prova rainha do inverso.

Desde logo, é difícil conceber como pode uma extensão da norma excecional não ser, em si, a criação material de uma nova norma. Outros casos, não são tão evidentes mas partilham da mesma *ratio*, tal como a *redução teleológica* do enunciado. Em todo o caso, estamos perante operações de *aperfeiçoamento* dos enunciados normativos, numa fase *dinâmica* de aplicação do Direito.

No domínio da responsabilidade civil, várias figuras ganham concretização jurídica pelo punho direto do julgador. Haveria aqui, aliás, uma correlação a explorar, entre a antiguidade da lei e uma necessidade proporcional de maior ativismo judicial, no sentido de que quanto maior for a desatualização do texto legal, maior se tornam as necessidades do trafego jurídico relativamente a uma solução não tipificada([39]).

Em França, a responsabilidade objetiva do condutor por acidente automóvel é afirmada, pela primeira vez, em 1930, *na falta de uma previsão expressa* (o Código Civil francês de 1804 previa apenas responsabilidade pessoal e por factos imputáveis a pessoas ao cuidado do lesado ou por coisa à sua guarda; à data, os arts. 1382 a 1386 CCfr)([40]); o mesmo se diga quanto à figura do abuso do direito([41]).

([38]) O movimento do Direito Livre teve a sua génese na Alemanha por volta do ano de 1903. Desde a sua concepção, esta Escola visou combater o positivismo cerrado, apelando, entre outros aspetos, à insuficiência da lei enquanto fonte única de Direito. O A. mencionado, Hermann Kantorowicz, pertence a uma terceira fase desse movimento (v., deste A., *Der Kampf um die Rechtswissenschaft*, Nomos: Baden-Baden, 2002, reimp. da obra de 1906); cf., com críticas a este movimento, Engisch, *Introdução ao Pensamento Jurídico*, 11.ª ed. (trad. Baptista Machado), Fundação Calouste Gulbenkian: Lisboa, 2014, p. 364. A moderação desta proposta — motivada precisamente por violenta discordância quanto à possibilidade de decisões judiciais *contra legem* — surge através da ponderação (*Abwägung*) do *interesse* em conflito para suprir as insuficiências do modelo preconizado pelos positivistas radicais; recorde-se, numa das posições mais estremadas, o positivismo assentaria num pensamento lógico dedutivo puro, mediante o apelo a fórmulas matemáticas; pensamento esse difícil de compreender e, quanto ao resultado útil, mais difícil ainda de justificar. No rescaldo da querela surgiria um meritório contramovimento, mais moderado, por certo, conhecido, entre nós, por *jurisprudência dos interesses* (cf., por todos, a obra fundamental de Philipp Heck, *Das Problem der Rechtsgewinnung*, 2.ª ed., Mohr: Tubinga, 1932, *passim*). Com um esplêndido apanhado sobre a evolução da matéria, v., entre nós, Galvão Telles, *Introdução ao Estudo do Direito*, Vol. II, 10.ª ed., Coimbra Editora: Coimbra (2010, reimp.), pp. 247-258.

([39]) Dário Moura Vicente, *Direito Comparado*, I, p. 177.

([40]) Cf. a decisão da *Cour de Cassation*, de 13 de fevereiro de 1930 (*Veuve Jan'heur c. Les Galeries Belfortaises*). Com a análise desta decisão, entre nós, cf. Dário Moura Vicente, *Direito Comparado*, I, pp. 171-172.

([41]) A conclusão é de Dário Moura Vicente, *Direito Comparado*, I, p. 173 (com referências na nr. 572).

Na Alemanha, a paternidade pela consagração — ainda que não pela concepção — de institutos como a responsabilidade por *culpa in contrahendo*, pela *violação positiva do contrato* ou, ainda, pela violação dos deveres de segurança no tráfego (*Verkehrssicherungspflichten*) é também atribuída à jurisprudência alemã(42).

Mais tenebroso é constatar os vários desenvolvimentos do Direito que tiveram lugar inteiramente fora do perímetro dos quadros do sistema legal vigente, ou seja, inteiramente *contra legem* (ainda que não *contra ius*).

Assim se passou, p. ex., em França, com a consagração da solidariedade dos codevedores nas obrigações comerciais, em derrogação direta do disposto no Código Civil francês (art. 1310 CCfr). Além-Reno, o Tribunal Constitucional Federal alemão (*Bundesverfassungsgericht*) foi chamado a pronunciar-se sobre a competência dos tribunais para o desenvolvimento do Direito além do sentido literal das leis, incluindo para criar normas "novas" e instituições jurídicas, válidas enquanto "Direito judicial" (*Richterrecht*). Estava em causa uma decisão do BGH, na qual este tribunal havia admitido indemnizar os danos não patrimoniais sofridos pelo lesado, por violação do seu direito geral de personalidade (*allgemeine Persönlichkeitsrecht*), *contrariando* (note-se) a exigência legal de norma expressa que permitisse essa tutela (§253 (1) BGB)(43). A decisão foi juridicamente boa, embora *contra legem*. Outro exemplo — apontado por E. Picker(44) — provém da consagração na Alemanha da *doutrina do risco operacional* (*Betriebsrisikolehre*): se o empregador suportava o risco de perturbação relacionadas com acidentes, já o prejuízo inerente à perda de remuneração oriunda de uma greve que afetara o fornecimento de energia à cidade e impedira *outros* trabalhadores de comparecer, seria suportado pelos próprios trabalhadores (os quais não se encontram em greve). Neste caso, entendeu o *Reichsgericht*(45) afastar as regras do Código Civil e isso sujeitou-o a pesadas críticas, entre as quais a famosa indignação de Oppermann perante a emergência da Escola do Direito Livre: «[o] Código Civil está a morrer e o Tribunal do Império é o seu coveiro»(46).

Portugal, por seu turno, não é alheio a decisões corretivas do texto legal. Entre os vários exemplos possíveis de chamar à colação, veja-se, apenas no contexto do nosso Código Civil, a possibilidade de o cônjuge provar (note-se) *após* a aquisição que o bem adquirido na comunhão conjugal o foi com dinheiro ou bens próprios, por forma a que este adquira a qualidade de bem próprio. Isto, quando o Código Civil exige expressamente essa menção no título aquisitivo [1723.º, *c*) CC, *in fine*](47);

---

(42) Friedrich Müller, *Richterrecht*, p. 9. Sobre os deveres no tráfego, fundamental, entre nós e por todos, Rui Ataíde, *Responsabilidade civil por violação dos deveres no tráfego*, Almedina: Coimbra (2015), p. 13, ss.

(43) NJW 73, 1221.

(44) Eduard Picker, *Richterrecht oder Rechtdogmatik*, pp. 62-63.

(45) RGZ 106, 272, ss.

(46) «*Das BGB stirbt und das Reichsgericht ist sein Totengräber*»; Oppermann, *Arbeitsrecht*, 1925, p. 262.

(47) Cf. a decisão constante do ac. STJ, n.º 12/2015, de 13 de outubro: «[e]stando em causa apenas os interesses dos cônjuges, que não os de terceiros, a omissão no título aquisitivo das menções constantes do art. 1723º, *c*) do Código Civil, não impede que o cônjuge, dono exclusivo dos meios utilizados na aquisição de outros bens na constância do casamento no regime supletivo da comunhão de adquiridos, e

outro exemplo, no domínio da responsabilidade civil, decorre da possibilidade de ser concedida uma indemnização direta ao cônjuge do lesado (note-se) *sobrevivo*, isto quando a Código Civil, mais uma vez, faz depender expressamente essa tutela reflexa da *morte* do lesado (496.º/4, 2.ª parte, quando se refere «no caso de morte»)([48]).

Neste contexto, se a interpretação é a *tarefa imediata* (*nächste Aufgabe*)([49]) da jurisprudência, ela não deixa de ser, esgotadas as vias de recurso, uma fonte de consolidação de entendimentos e, quando além do texto legal ou num sentido divergente com o enunciado, de criação *material* de lei. Se disto resulta (ainda) a aplicação da norma legal (*Rechtsnorm*) ou, ao invés, a criação de uma outra norma, provinda da decisão e nesta esgotada (uma tal *norma de decisão*, *Entscheidungsnorm*), sem força obrigatória geral, portanto, é matéria a aprofundar([50]). Por outro lado, defronte de *cláusulas gerais* e *conceitos indeterminados* (ou seja, de normas com conteúdo indefinido), de *lacunas* do sistema (*i. e.*, na ausência de norma legal) ou, enfim, de *normas injustas*([51]), não deixa de ser reconhecido um papel *ativo* à jurisprudência neste âmbito do desenvolvimento do Direito([52]).

---

ainda que não tenha intervindo no documento aquisitivo, prove por qualquer meio, que o bem adquirido o foi apenas com dinheiro ou seus bens próprios; feita essa prova, o bem adquirido é próprio, não integrando a comunhão conjugal».

([48]) Ac. STJ n.º 6/2014, de 22 de maio: «[o]s arts. 483.º, n.º 1 e 496.º, n.º 1 do Código Civil devem ser interpretados no sentido de abrangerem os danos não patrimoniais, particularmente graves, sofridos por cônjuge de vítima sobrevivente, atingida de modo particularmente grave».

([49]) Larenz/Canaris, *Mehodenlehre der Rechtswissensschaft*, 2.ª ed., Springer: Berlim, Heildelberga (1995), p. 187.

([50]) Friedrich Müller, *Richterrecht*, p. 6 (na nota prévia). Entre nós, v. João P. Charters Marchante, *Interpretação historicista e método jurídico, na obra de Menezes Cordeiro*, O pensamento Jurídico de Menezes Cordeiro, Almedina: Coimbra (2023), pp. 101-132 (111, 116-117).

([51]) Esta prerrogativa é altamente debatida: pelo menos, a recusa da aplicação da norma com fundamento na respetiva inconstitucionalidade é admitida, sem grandes querelas, nos quadros do nosso sistema.

([52]) Fundamental, entre nós e por todos, João P. Charters Marchante, *Das lacunas da lei, no Direito português, maxime, do disposto no art. 2023.º da CRP ("Os Tribunais […] apenas estão sujeitos à lei.")*, inédito, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa: Lisboa (2017), *passim*. Nas palavras de Menezes Cordeiro, «desde o momento em que existam conceitos indeterminados e se reconheça a possibilidade de lacunas, de princípios em contradição e de normas injustas por contrariedade ao sistema, não mais de pode negar o poder judicial legítimo de criar Direito» (*Tratado de Direito civil*, Vol. I, 4.ª ed., Almedina: Coimbra, p. 662). À luz do Código Civil de 1867, v. Cabral de Moncada, *Integração de lacunas e interpretação da lei*, Revista de Direito e de Estudos Sociais, Ano 7, n.º 3, pp. 159-195 (183). Cf., ainda, quanto à rejeição da aplicabilidade de um simples mecanismo de subsunção no preenchimento de um conceito indeterminado, António Barroso Rodrigues, *Recensão ao estudo Entwicklungstendenzen der heutigen Zivilrechtsdogmatik* de Karl Larenz (JuristenZeitung, 1962), RDC, Ano VII (1, 2023), pp. 167-173.

VI. Aqui chegados, não será excessivo reconhecer, que o valor da jurisprudência em muito extravasa o simples poder persuasivo da fundamentação aduzida num caso singelo. Da nossa parte, o seu valor vai mais longe e alcança, de uma forma peculiar (porquanto não vinculativa *per se*), os demais casos onde a mesma questão de Direito se suscite. Doutro prisma, o valor da jurisprudência também não se reduz a uma função *reveladora do Direito* no caso, perante a insuprível incapacidade de o método jurídico se esgotar na *exegese* da lei escrita, nomeadamente em silogismos conclusivos. Bem vistas as coisas, a jurisprudência auxilia de igual forma a determinação do sentido da regra jurídica e no modo da sua aplicação em todas as situações *materialmente equivalentes*.

> Neste contexto, não é despiciendo recordar que as decisões de uniformização de jurisprudência não deixaram de ser, desde o tempo dos antigos assentos, publicadas na 1.ª série do Diário da República, nos vários domínios onde são proferidas (687.º/5, 695.º/1 CPC, 444.º/1 CPP, 152.º CPTA, 186.º CPT).

Outras propostas são de rejeitar, especialmente aquelas que impliquem um "deificação" do legislador, conferindo-lhe uma omnisciência (inexistente), vencida pelo inevitável teste da realidade: o sistema jurídico, à imagem de qualquer fenómeno natural, evolui, e essa transformação contraria uma tal leitura redutora da capacidade do legislador em antever todos os problemas *quando* legisla. Mais: como prova da sua imperfeição, adentro da proliferação legislativa, verdadeiramente inabarcável, encontramos vários exemplos de clamorosa contradição ao nível das soluções tecidas (as regras de conflitos normativos são chamadas necessariamente à colação([53]), cuja existência, aliás, confessa a existência do problema). Em suma, a interpretação dos enunciados normativos não se esgota, *rectius*, nunca se esgotou no sentido literal do texto legal. A tarefa hermenêutica é complexa e produz entendimentos *diversos* sobre o *mesmo* conjunto de palavras, como se sabe.

Ora, quando existe uma convergência de entendimento por parte de vários juízes — em especial, quando sejam formalmente convidados a pronunciarem-se sobre uma mesma questão de Direito (assim sucede no julgamento alargado ao pleno das secções), ou, mais raro, quando essa harmonização ocorre espontaneamente entre decisões individuais — aquilo que seriam decisões singulares "convergentes", transforma-se em algo

---

([53]) Sobre a tipologia dos critérios de solução dos conflitos de normas intrasistemáticos, v. Joaquim Freitas Rocha, *Constituição, ordenamento e conflitos normativos*, Coimbra Editora: Coimbra (2008), 295, ss.

maior, num verdadeiro entendimento *jurisprudencial constante* (*ständige Rechtsprechung*, *jurisprudence constante*)([54]). Há aqui, pelo prisma da estabilidade aplicativa do Direito, uma proximidade inevitável com a confiança que os operadores depositam na legislação vigente, de um certa *universalidade* (*Allgemeingültigkeit*). A proximidade com o *costume* é manifesta, no sentido de cada decisão atestar e enformar o processo normativo. Mais do que isto, emerge, estamos em crer, uma verdadeira *vinculação presumptiva* (*präsumtive Verbindlichkeit*)([55]), de que Kriele falava, no sentido de *agravamento* do dever de fundamentação das decisões futuras, quando contrárias a um entendimento entretanto estabelecido([56/57]).

Claro está: ambas (a lei e a jurisprudência) estão sujeitas às mesmas vicissitudes transformativas que animam qualquer norma, podendo ser revistas e alteradas ao sabor dos tempos. A própria necessidade — sempre sentida — de criação de mecanismos orientados para a uniformização de jurisprudência atesta-o.

Por tudo isto, não deixa de ser curioso constatar que a porta se encontra aberta para uma revisão da solução tecida: a própria Constituição assume a possibilidade de ser conferida força obrigatória geral a decisões *de outros tribunais*, além do Tribunal Constitucional [119.º/1, *g*) CRP, *in fine*].

([54]) Nessa constância, Oliveira Ascensão reconhecia uma presunção da validade da orientação que lhe subjaz (*A Tipicidade*, p. 248; *O Direito*, p. 322), embora a distinga do *costume jurisprudencial* (este último, para o Ilustre Professor, como vera fonte de Direito; *A Tipicidade*, pp. 250-252; *O Direito*, p. 324).

([55]) O conceito aproxima-se da presunção de vinculação de Castanheira Neves, embora num sentido não inteiramente coincidente: este último, se bem o entendemos, onera o Tribunal quando decide inicialmente (o qual sabe que a sua decisão fixará um sentido, para futuro); já no texto, a tal obrigação presuntiva, vincular o Tribunal que decida contrariamente a um sentido, entretanto, fixado horizontalmente (i. e., por si, ou por outro Tribunal da instância) ou verticalmente (por um Tribunal superior); Castanheira Neves, *Fontes do direito: contributo para a revisão do seu problema*, Estudos em Homenagem ao Profs. Doutores M. Paulo Merêa e G. Braga da Cruz, Vol. II, Universidade de Coimbra: Coimbra (1982), pp. 169-285.

([56]) Kriele, *Theorie der Rechtsgewinnung*, Schriften zum Öffentlichen Recht, Vol. 41 (1976), Dunckler & Humbolt: Berlim (1976), p. 240, ss. Criticamente, Friedrich Müller, *Richterrecht*, p. 14; Larenz/Canaris, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, p. 254 (nr. 165), embora criticando um sentido de *dever* na proposta de Kriele, cujo conceito de "vinculação" procura precisamente evitar.

([57]) Num entendimento de síntese, face à tese (do *precedente persuasivo*, típico dos países de *Common Law*) e à antítese (o do *precedente presuntivo*, expresso, por nós, no texto), existiria lugar ao *precedente subsidiário*. Nessa terceira via (*Dritte Spur*), defendida por Larenz/Canaris — e entre nós, por Nogueira de Brito (*Introdução*, p. 154) — reside uma obrigação de fundamentação *adicional* e *melhor*, se contrária ao sentido estabelecido, por força do princípio da igualdade e da segurança jurídica. Contra à eficácia vinculativa do precente, v., por todos, Eduard Picker, *Richterrecht oder Rechtsdogmatik — Alternativen der Rechtsgewinnung?*, JZ, Ano 43, Parte I, n.º 1 (15 de Jan-1988), pp. 1-12, Parte II, n.º 2 (29 de Jan-1988), pp. 62-75 (74).

VII. Da nossa parte, o ponto nevrálgico de toda esta matéria encontra-se — na proposta de Karl Larenz — no aprofundamento da legitimidade do desenvolvimento judicial do Direito *extra legem* e, em simultâneo*, intra ius*([58]), em concreto na distância que medeia a *norma aplicável ao caso*, oriunda do processo metodológico próprio de decisão judicial do caso, face à mera subsunção jurídica de um simples enunciado normativo de fonte legal. Estamos em crer que é nesse espaço (e apenas nele) — embora gradativo, no qual a decisão por analogia ou mediante norma criada, *ad hoc*, pelo *juiz-legislador* (10.º/3 CC), condicionadas pelos ditames do Direito positivado, se reportam a uma fase inicial do espectro a considerar — que residirá o vero desenvolvimento *judicial* do Direito, liberto das amarras da lei, em sentido formal.

§2. O lugar do concurso no sistema de responsabilidade civil; breve enquadramento

I. Aqui chegados, somos convidados a debruçar-nos, novamente, sobre o interessante e desafiante tema do *concurso de responsabilidade civil*([59]); figura esta que tem historicamente beneficiado de um tratamento jurisprudencial impar, atestando o contributo da mesma para o seu desenvolvimento. Iremos, para tal, focar-nos nas respetivas modalidades *delitual* (dita *extracontratual*) e *obrigacional* (em vez de *contratual*), reportadas genericamente às respetivas normas-padrão de responsabilidade (483.º/1 e 798.º CC, respetivamente).

II. Num primeiro momento, podemos recordar que o concurso ocorre quando *uma mesma* situação de responsabilidade, opondo a pluralidade mínima de sujeitos (ou seja, um lesante e um lesado), se reconduz a

---

([58]) Karl Larenz, *Der Richter als Gesetzgeber?*, p. 43; Larenz/Canaris, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft,* p. 232. Para este A. é perfeitamente desrazoável conceber o sistema jurídico sem tomar em consideração o papel que a jurisprudência nele desempenha (Karl Larenz, *Richterliche Rechtsfortbildung als methodisches Problem*, NJW 1965, p. 6).

([59]) As reflexões inerentes a este estudo encontram-se desenvolvidas no nosso *Concurso da responsabilidade civil. Ensaio sobre as modalidades delitual e obrigacional de responsabilidade civil*, Almedina: Coimbra (2024), para o qual se remete para maiores desenvolvimentos. Por outro lado, devemos dar justa nota de que esta nossa monografia foi recentemente objeto de recensão por Ana Isabel Afonso (cf. o texto disponível em *Católica Law Review*, 7, II, 2023, pp. 121-128).

ambas as modalidades de responsabilidade civil consideradas. Este é, chamemos-lhe assim, o nosso *ponto de partida* e o fenómeno verifica-se com uma frequência superior àquela que seria de esperar.

Quanto a esta matéria, o legislador não gizou qualquer critério expresso, rejeitando a proposta concreta de Adriano Vaz Serra no anteprojeto do Código Civil de 1966 — uma excelente proposta, acrescente-se — quanto à inclusão de um único artigo sobre este tema. A dificuldade acentua-se, aliás, por um outro motivo: bem vistas as coisas, o regime jurídico não apresenta qualquer solução para a questão, pelo menos expressamente. As normas-padrão de cada modalidade estão numa relação *paridade*. Mais: a aplicação dos critérios existentes, destinados à prevenção de um conflito *positivo* de enunciados normativos (*hierárquico*, *espacial*, *temporal* ou de *competência*), não resolvem satisfatoriamente a questão, porquanto, simplesmente, esta questão lhe escapa, *rectius* não se subsume à respetiva previsão normativa.

Cumpre não esquecer um outro aspeto: a própria existência do *concurso* resulta, desde logo, de uma assumida *imperfeição* do sistema de responsabilidade; *imperfeição* essa que não advém da incontornável incapacidade de antevisão de todas as situações de responsabilidade, dignas de formação de um *título de imputação* de danos *tout court* (*i. e.*, de mera lacuna de previsão de dada situação de responsabilidade), antes decorrem de uma falha de *categorização*. A categorização anunciada comprova-se imperfeita quando se (potencialmente) reconduz uma *mesma situação de responsabilidade* simultaneamente a *ambas as modalidades de responsabilidade civil*; algo que nunca foi pretendido. Pois bem, isto é especialmente problemático, ou *apenas o é*, uma vez que existe, como sabemos, um regime distinto associado a cada uma dessas modalidades (recordando, a delitual e obrigacional)([60]), incompatível ao

---

([60]) A cada modalidade encontra-se associado um regime jurídico distinto, motivo da utilidade da respetiva cisão. Sem pretensões de exaustividade, vejamos algumas diferenças: (*i*) quanto à ilicitude, as categorias dicotómicas de ilicitude delitual, por violação *de direito de outrem* ou da *norma de proteção* (483.º/1), de tipo germânico, opõem-se à unitária, *de falta de cumprimento*, na de tipo obrigacional (798.º), própria do modelo francês — embora não enquadrável no conceito aglutinador de *faute*; (*ii*) aos deveres genéricos inerentes aos delitos, acrescem os deveres do tráfego, de natureza específica, equiparáveis, *mutatis mutandis*, aos deveres acessórios na responsabilidade obrigacional; (*iii*) a culpa do lesante não se presume, por regra, na responsabilidade delitual (487.º/1), contrariamente à responsabilidade obrigacional (799.º/1); (*iv*) A prestação indemnizatória corresponde à via de tutela *prioritária* para o lesado em resultado da verificação do delito, contrariamente à responsabilidade obrigacional, na qual o credor conta também, e em primeira linha, com outros meios, designadamente a *ação de cumprimento*, solicitando judicialmente a condenação do devedor inadimplente ao cumprimento (817.º/1); (*v*) A pluralidade de responsáveis pela obrigação de indemnizar conduz, em regra, ao regime de solidariedade na responsabilidade delitual (490.º e 497.º), contrariamente ao de parciariedade na via obrigacional (513.º); (*vi*) O montante indemnizatório pode ser *legalmente* limi-

nível das soluções concretas (pergunta-se, p. ex., qual o prazo prescricional concretamente aplicável?).

Em rigor, estamos na presença — e cumpre não esquecer que isto escapa à melhor técnica legislativa —, de um *conflito positivo normativo* (ou de uma *antinomia*) conquanto várias normas *concorrem* à sua aplicação; normas essas gizadas com vista a uma aplicação dicotómica, sem qualquer zona de *sobreposição*, portanto. Tudo isto, pode (e deve) ser conceptualizado por referência às respetivas normas-padrão de responsabilidade (483.º/1 e 798.º CC).

> Podem-se apontar vários exemplos deste fenómeno, especialmente aqueles paradigmáticos nos quais coexiste uma lesão do *interesse de cumprimento* do credor e do seu *interesse de integridade*. Assim sucede, p. ex., quando o transportador falta ao cumprimento da obrigação, provocando prejuízos na coisa transportada ou na pessoa do transportado. O mesmo se diga quanto à responsabilidade do locatário, depositário, comodatário, bem como do empreiteiro, pelos danos causados no locado, na coisa depositada, emprestada e confiada. Um outro foco importante desta matéria reporta-se, por fim, à responsabilidade médica.

III. O fenómeno do concurso foi, no entanto, trabalhado pela doutrina mais avisada, especialmente a estrangeira. Sem prejuízo, a generalidade das referências existentes são, com honrosas exceções, laterais às investigações em curso. Na verdade, são poucos os casos em que a matéria é abordada a título *primário* pelos Autores portugueses. Existem felizmente exceções, tanto a nível monográfico, como nos períodos nacionais de referência. Em resumo, podemos destacar, desde logo, o importante estudo de Vaz Serra (1959), antes da vigência do atual Código Civil. Posteriormente, surge o relatório de Ferreira Pinto (1986), a que se seguiu a tese de doutoramento de Teixeira de Sousa (1988). Finalmente, reunindo (ainda) grande adesão por parte da nossa jurisprudência, destaca-se o estudo de Almeida Costa (1998)([61]).

---

tado em caso de *mera culpa* (vulgo, negligência) na responsabilidade delitual (494.º), prerrogativa não extensível à responsabilidade obrigacional107; (*vii*) A mora no cumprimento da *obrigação pecuniária* (550.º, ss.) tem um regime distinto nas modalidades consideradas, atendendo ao respetivo facto determinante de responsabilidade; (*viii*) a responsabilidade de tipo delitual prescreve no prazo de três anos, por oposição à obrigacional, sujeita ao prazo ordinário de vinte anos (cf. 498.º e 309.º, respetivamente), sendo também distinto o *momento* em que se inicia a sua contagem; (*ix*) A competência judicial *relativa* em razão do território é disjunta para as modalidades consideradas (71.º CPC); por fim, (*x*) o pedido de indemnização civil enxertado em ação penal (71.º, ss. CPP) é restrito ao fundamento *extraobrigacional*. Mencionámos outras diferenças, em *Concurso*, pp. 64-72.

([61]) Cf., pela ordem referida no texto, Vaz Serra, *responsabilidade contratual e responsabilidade extracontratual*, BMJ, n.º 85 (Abril), 1959, pp. 115-239; Fernando A. Ferreira Pinto, *O Concurso*

IV. Uma breve nota. Focamo-nos nestas modalidades, na vertente *subjetiva* (ou seja, dependente de culpa), por um motivo muito simples: estas modalidades são elevadas ao estatuto máximo, enquanto as variáveis a considerar, na *grande divisão* (*summa divisio*) do sistema de responsabilidade civil português; realidades esta que respeita o repto histórico do fenómeno indemnizatório e é, por acréscimo, transversal aos vários ordenamentos jurídicos, não apenas os nossos congéneres.

A cisão é, desde logo, histórica e trabalhada conceptualmente deste o tempo dos Romanos. Embora este ponto não seja consensual, a primeira referência a ambas modalidades remonta ao século II a.C., mais concretamente às *Institutas* do jurisconsulto Gaio. Isto não significa que ambas as modalidades hajam surgido ao mesmo tempo. Muito pelo contrário: a responsabilidade delitual, por um lado, deriva da *Lex Aquilia de damno* (século III a.C.), já a responsabilidade obrigacional é, por sua vez, anterior, sendo reconduzida à Lei das XII Tábuas (*Lex Duodecim Tabularum*), no século V a.C.

Atualmente, na Família Romano-Germânica, a distinção entre estas modalidades é sistematicamente inultrapassável ao nível das principais codificações europeias. Também a Família de *Common Law*, trabalha conceptualmente a responsabilidade civil no suposto da distinção entre a vertente *contratual* (especialmente o *breach of contract*) e a *delitual* (no domínio dos *torts*).

A *summo divisio* ganha, ainda, expressão no Direito das Obrigações ao nível supranacional(62): resulta ínsita nos principais instrumentos, tal como do *Draft Common Frame of Reference* (DCFR) de 2009, nos *Principles of European Tort Law* (PETL) de 2004, dos *Principles Of European Contract Law* de 2002 (PECL) e, por fim, do UNIDROIT *Principles of Internacional Commercial Contracts*.

V. Toda esta problemática pode (e deve) ser reconfigurada pela bitola da respetiva utilidade prática, medida concreta do valor de qualquer dogmática, segundo cremos(63). Para tal, devemos perguntar: qual a *tutela* predisposta ao lesado numa situação de concurso de responsabilidade civil? Ora, existem, desde logo, duas vias possíveis de solução desta matéria além-fronteiras, as quais correspondem às soluções tradicionalmente praticadas entre nós: por um lado, o sistema mais antigo de inspiração fran-

---

Entre a Responsabilidade Contratual e a Responsabilidade Extracontratual, *in* RDC, edição liber amicorum, publicada em 20/11/2020, pp. 1945-2018 — damos nota de que este estudo corresponde ao relatório apresentado pelo Autor em 1986, atualizado quanto à doutrina e jurisprudência portuguesas (*idem*, nota 1); Miguel Teixeira de Sousa, *O Concurso de Títulos de Aquisição da Prestação*, Almedina: Coimbra (1988); e, por fim, Almeida Costa, *O concurso da responsabilidade contratual e da extracontratual*, AB VNO AD OMNES — 75 anos da Coimbra Editora, pp. 555-566.

(62) Dário Moura Vicente, *Direito Comparado*, II, Almedina: Coimbra (2019), p. 665, ss.

(63) A propósito, Georgiades deixa-nos uma elegante lição, a qual recuperamos: «o valor de uma doutrina pode ser medido se esta vence o julgamento e teste a que se sujeita no tratamento jurídico de questões individuais» (*Die Anspruchskonkurrenz im Zivilrecht und Zivilprozessrecht,* C.H.Beck: Munique, 1968, p. 81).

cesa, adepto da prevalência de uma via (a *obrigacional* sobre a *delitual*), designado de *teoria do não-cúmulo* (no francês: *non-cumul*); por outro, a solução alemã, de índole liberal, a qual pugna pela concorrência efetiva de ambas as vias de responsabilidade, num modelo adaptado e por si designado de *concurso de pretensões* (no tedesco: *Anspruchskonkurrenz*).

Para melhor compreensão das soluções inerentes, podemos contemplar três momentos fundamentais no enquadramento dogmático da matéria. Esses momentos marcam, a par e passo, o tratamento possível do fenómeno e constituem ensejo adequado para aprofundarmos a nossa reflexão. Antes de mais, cumpre fazer uma breve ressalva terminológica. É o que faremos de seguida, ainda que em traços gerais.

2.1. Polissemia do conceito de concurso e a terminologia operante

a) Os dois passos metodológicos inerentes: do concurso formal ao efetivo

I. Somos da opinião de que não é possível compreender condignamente o fenómeno do concurso sem decompor metodologicamente as operações que lhe são inerentes. Uma das operações deste tipo mais relevantes reporta-se à distinção necessária entre o (*i*) *concurso formal* (ou *aparente* de normas) e (*ii*) o *concurso efetivo*. Vejamos, sucintamente, cada um destes passos.

i. [*concurso formal de normas*] A primeira operação, correspondente aqui a primeiro passo metodológico indicado, reconduz-se a um problema de interpretação, puramente *hermenêutico*, portanto. No fundo, importa saber se a situação de responsabilidade se reconduz *simultaneamente* a ambas as modalidades de responsabilidade civil, ou não. Importa, p. ex., saber se a conduta do depositário que haja destruído a coisa depositada tem relevância delitual e consubstancia uma falta de cumprimento a este imputável (483.º/1 e 798.º CC). Nesta fase um setor importante da nossa doutrina, apologistas da teoria do *não-cúmulo*, defendem a subsistência de apenas uma das modalidades (geralmente a obrigacional sobre a delitual, seja por *especialidade*, seja por *consumação*). Para os apologistas desta solução, o concurso é, note-se, puramente *aparente* já que, a final, apenas uma via prevalece. O concurso formal de normas, este primeiro passo, foi resolvido a favor de uma delas. Existe, como vimos, um enquadramento

alternativo. Se nenhuma via prevalece neste momento sobre as demais (é precisamente esta a solução que defendemos) então, ambas as normas permanecem *potencialmente* aplicáveis). Neste caso, transitamos para o segundo passo metodológico.

ii. [*concurso efetivo de normas*] O segundo passo implica uma superação daquele primeiro momento num sentido claro: depende da inexistência de uma norma que prevaleça sobre as demais. Por outras palavras, este segundo momento pressupõe o *concurso efetivo de normas*. Uma segunda ideia é operante: transitamos da avaliação da compatibilidade normativa ao nível das *previsões* normativas para o da respetiva *estatuição normativa*, ou seja, para o nível dos respetivos *efeitos*. Se fizermos o paralelismo com o que sucede no Direito Penal, apuramos, nesta segunda fase, a relação entre os vários crimes cuja existência foi admitida, pressupondo, insiste-se, novamente, o concurso *efetivo* de crimes. Aqui chegados, quanto à relação gerada entre as normas que permanecem em concurso, detetam-se três grandes grupos de soluções, socorrendo-nos da tripartição clássica de Enneccerus/ /Nipperdey([64]): os efeitos podem ser (*i*) *cumulativos*, (*ii*) *alternativos* ou, por fim, (*iii*) *conflituantes*.

b) O objeto do concurso: a decomposição necessária do direito subjetivo nas pretensões que enforma

II. No enquadramento do concurso, quanto ao seu objeto, deve ser abandonada a proposta mais antiga, historicamente apologista de um foco *processual* ou *adjetivo* da matéria. Em vigor, foi este o enquadramento da matéria no Direito Romano, como veremos: numa perspetiva adjetiva, apelava-se à existência de um *concurso de ações* (*Klagenkonkurrenz*), especialmente quando as *actionem* visavam o *mesmo efeito.* Atualmente, a natureza instrumental moderna do direito processual perante o direito substantivo (*ius*), incluindo o direito de crédito indemnizatório, é adversa a um tal enquadramento. O Direito processual ficou reduzido a uma capacidade anciliar e a primazia é dada, ao invés, ao Direito substantivo([65]).

([64]) *Allgemeiner Teil des Bürgerlicher Rechts*, I, 15.ª ed., Mohr: Tubinga (1959), §60, pp. 349-351.

([65]) Sobre a natureza instrumental do Direito Processual Civil atualmente, v. o nosso estudo com Manuel de Albuquerque, *O pacto de não exigir (pactum de non petendo) e a responsabilidade civil,* RDC, 6, 2024 pp. 126-187 (e respetiva nota de rodapé 1).

Nesta linha, transitamos do enquadramento do concurso, numa vertente processual, para um de *normas* ou de *leis* (*Gesetzeskonkurrenz*)([66]): resumidamente, o concurso é entendido como a possibilidade abstrata de aplicação de várias soluções legais à *mesma* situação de facto. Podemos, neste momento, avançar uma noção conceptual operante: o *concurso de normas em sentido estrito* pressupõe tão-só a verificação simultânea, total ou parcial, da estatuição normativa de duas ou mais estipulações legais (p. ex., as norma-padrão de responsabilidade civil, 483.º/1 e 798.º CC).

III. Noutra vertente, é necessário identificar a *posição jurídica ativa* que emerge das *normas* que previamente determinámos serem *formal e simultaneamente* aplicáveis, ou seja, a posição emergente do *concurso* que determinámos, num primeiro passo metodológico, ser *efetivo*.

A questão deve ser recentrada para a determinação da posição jurídica *relacional* resultante. Podíamos ser levados à errada conclusão de que a verificação simultânea de duas normas de responsabilidade civil, *rectius* a emergência de dois títulos de imputação de danos reportados disjuntamente a cada modalidade de responsabilidade — pensemos, novamente, no exemplo do inquilino que danifica o locado, incumprindo o contrato que o vincula e lesando a propriedade do seu senhorio — conduziria à emergência, não de uma, mas de *duas obrigações* de indemnizar. Por outras palavras, seríamos levados a crer que se geraria um *concurso de direitos*. Todavia, esta conclusão é tão *desnecessária* como *indesejada*. *Desnecessária* porque, como veremos, o conceito de direito subjetivo não esgota atomisticamente a posição jurídica em causa, sendo possível trabalhar dogmaticamente a riqueza associada a cada modalidade de responsabilidade *sem desmultiplicar os créditos indemnizatórios.* Indesejada, por sua vez, porquanto tal proposta cria várias entropias, tal como (*i*) toda aquelas relativas à (aparente) possibilidade de *transmissão* (gratuita ou onerosa), de cada pretensão, (*ii*) de sujeição a outras formas de extinção além do cumprimento (tal como a remissão), bem como (*iii*) quanto ao seu exercício em juízo.

IV. Importa, primeiro, decompor o conceito de *direito subjetivo* (em especial, o direito de crédito indemnizatório) nas realidades que o

---

([66]) *Inter alia*, cf., além-Reno, Friedrich Lent, *Die Gesetzeskonkurrenz im bürgerlichen Recht und Zivilprozeß*, A. Deichertsche: Leipzig (1912), *passim*; Ulrich Klug, *Zum Begriff der Gesetzeskonkurrenz*, Zeitschrift für die Gesamte Strafrechtswissenschaft, 68 (1956) pp. 399-416; e Rudolf Schmidt, *Die Gesetzeskonkurrenz im bürgerlichen Recht* (1915), *passim*.

integram. Ora, quanto a este ponto, a doutrina alemã ocupou a vanguarda no ímpeto reformista: pela proposta de Windscheid, o conceito de *direito subjetivo* foi decomposto, adentro da sua faceta de exigibilidade, ao nível da *pretensão* (*Anspruch*) que o integra. A proposta vingou e foi incluída no próprio código civil alemão [§194 (1) BGB]. A ideia central é esta: o direito subjetivo (incluindo o crédito indemnizatório) pode integrar várias *pretensões*; se estas pretensões se reportam, por outro lado, a modalidades distintas de responsabilidade, formam-se, deste modo, títulos distintos de imputação de danos, ainda que ao abrigo *do mesmo direito de crédito indemnizatório*.

Como vimos, o direito subjetivo não é a unidade final a considerar, na decomposição dogmática de uma determinada posição jurídica ativa. Na verdade, na maior parte das definições que lhe são apontadas, o direito subjetivo pode ser decomposto num novo grau, desta vez referente aos poderes (*gozo*, *garantia*, *potestativos*)([67]) e às faculdades que o integram. Entre os poderes, destaca-se o *de exigir uma conduta a terceiro*, com vista à satisfação do interesse do seu titular. Ora, no contexto dos direitos de crédito (subjetivos), é usual o apelo, neste contexto, à existência de um *poder de crédito* ou *de pretender*([68]).

Devemos notar um outro aspeto. A doutrina pós-clássica da pretensão veio a acrescentar um novo elemento a esta figura, deixando de ser circunscrita à vertente de exigibilidade([69]): adicionou-se a *causa de aquisição* ou a *competência de aquisição* do objeto da exigibilidade. Ambas as vertentes (a causa de aquisição e a exigibilidade) compõem estruturalmente a pretensão e permitem modelar a situação de responsabilidade.

Por conta deste aspeto, a *mesma pretensão* admite ser fundamentada *uma única vez* ou, por outro lado, por *múltiplas causas*. Neste último caso (e apenas neste), é possível gerar-se um *concurso de fundamentos à mesma pretensão* (*Ans-*

([67]) Seguimos de perto a proposta de Menezes Cordeiro, *Tratado de Direito Civil*, I, 4.ª ed., 2014, Almedina: Coimbra (reimp. 2019), p. 904.

([68]) Neste sentido, v. Carlos Mota Pinto/António Pinto Monteiro/Paulo Mota Pinto, *Teoria Geral do Direito Civil*, 5.ª ed., Gestlegal: Coimbra, p. 182, na esteira do conceito funcional de direito subjetivo de Manuel de Andrade, *Teoria Geral da Relação Jurídica*, Vol. II, Facto Jurídico, em especial Negócio Jurídico, Almedina: Coimbra (1983), p. 3.

([69]) Fundamental, por todos, a investigação de Miguel Teixeira de Sousa, *O concurso*, p. 37, ss. O ilustre Professor defende a existência de um concurso de títulos de aquisição da prestação indemnizatória. No fundo, para este A., nalguns casos de concurso de responsabilidade civil, estaremos perante uma única pretensão, concorrendo as modalidades enquanto títulos de aquisição de uma única prestação, indemnizatória — um entendimento próximo do *Anspruchgrundlagenkonkurrenz* (*ob. cit.*, pp. 150-151, 159, 216, 330); noutros casos de concurso de responsabilidade civil, a pluralidade de pretensões afirma-se (*ob. cit.*, p. 330). Devemos notar, na importação daquele primeiro entendimento tedesco, os contributos anteriores de Vaz Serra e de António Baião do Nascimento, em *Responsabilidade contratual e responsabilidade extracontratual*, BMJ, n.º 85 (abril), 1959, pp. 115-239 e em *Do concurso de normas*, Cadernos de ciência e de técnica fiscal, n.os 136 e 137 (Abril e Maio de 1970), Lisboa, pp. 80-81, respetivamente.

pruchgrundlagenkonkurrenz) ou de normas da mesma pretensão (*Anspruchsnormenkonkurrenz*). É o que sucede quando concorrem *vários fundamentos* no âmbito de uma mesma modalidade de responsabilidade para a mesma consequência normativa. Socorremo-nos de um exemplo, ao nível da ilicitude delitual: se o responsável pelo furto do carro, circula acima do limite legal de velocidade, e vem a provocar um acidente de viação, com a sua conduta, violou tanto o *direito de propriedade* do titular do veículo, como a *norma de proteção* decorrente do Código da Estrada que proíbe a circulação em excesso de velocidade (ambas as formas de ilicitude delitual previstas no art. 483.º/1). A pretensão emergente é *uma* (tal como o crédito indemnizatório a que esta se reporta), apenas, embora concorram vários fundamentos delituais.

Na esmagadora maioria das situações, o concurso heterogéneo de responsabilidade (delitual e obrigacional, aqui em estudo), a existir, é um de *pretensões* (*Anspruchskonkurrenz*). O enquadramento, atribuível ao jurista alemão Lent([70]), veio a ganhar tração posteriormente na obra de Dietz, em 1934([71]), e deve ser, por nós, seguido. Em nossa proposta, o concurso de pretensões significa que relativamente ao *mesmo crédito indemnizatório*, existe um regime diferentemente associado à *exigibilidade* de cada pretensão delitual e obrigacional. Por outras palavras, quando varia o *conteúdo da pretensão em causa* (pense-se, p. ex., nos distintos prazos prescricionais de cada pretensão), a *pluralidade* de pretensões impõe-se.

§3. Contributo histórico; breve apontamento

I. A ciência jurídica não dispensa metodologicamente o contributo histórico. Estamos em crer que a vera dogmática, dirigida que seja à busca incessante da *melhor* solução do caso, pressupõe também, numa das suas etapas essenciais e indispensáveis, a *observação*. *Observação* essa realizada sempre num sentido *vetorial*, tanto para o prisma interno (ou seja, no sistema jurídico interno *tout-court*), como "fora" dele, seja pela comparação dos quadros atuais de outros sistemas jurídicos, à luz de um método comparatístico, seja por se revisitar o *passado*. Quanto a este último aspeto: a *historicidade do direito* impõe-se([72]). Claro está, na lição histórica somos

---

([70]) F. Lent, *Die Gesetzeskonkurrenz im bürgerlichen Recht und Zivilprozess*, 1, Leipzig (1912).

([71]) Dietz, *Anspruchskonkurrenz bei Vertragsverletzung und Delikt*, Röhrscheid: Bonna (1934).

([72]) Em crítica a «orientações positivistas e conceptualistas», v., por todos, José Duarte

confrontados com vários obstáculos, desde logo a *diferença* e *distância* quanto aos quadros de Direito Objetivo, no fundo, com a presença de um sistema jurídico distinto.

> As primeiras referências ao problema do concurso de responsabilidade — pelo menos aquelas que reputamos fidedignas — remontam ao tempo dos Romanos, embora numa configuração *processual*, como vimos. Na verdade, à *competição de ações civis* derivadas de responsabilidade delitual e obrigacional encontram-se dedicadas várias passagens pertinentes no Digesto; passagens essas atribuídas a Gaio, Ulpiano e a Modestino. Inexistiu, todavia, uma dogmática própria do concurso das *actiones*, cujas soluções ficaram desorganizadas no plano casuístico([73]). Houve quem houvesse tentado condensar os critérios inerentes àquelas soluções: uma das propostas principais proveio de Savigny, A. que procurou atender à finalidade perseguida por cada *actio* e considerar, a final, duas alternativas ainda hoje em voga, sincreticamente condensadas nas posições de cúmulo ou não-cúmulo das responsabilidades([74]).

II. De resto, teríamos de voltar ao período das codificações para o tratamento dogmático do concurso da responsabilidade civil ser retomado. Em rigor, no período anterior, fora o contributo romano, as fontes escasseiam e não permitem formular um enquadramento condigno da matéria, além da mera casuística.

Neste período e no caso português, destaca-se, desde logo, a importante investigação de Jaime Gouveia (1934), inspirado na solução francesa([75]), bem como o comentário, também de inspiração francófona, de Cunha Gonçalves (1937) ao art. 2393.º do Código Civil do Visconde de Seabra (1867)([76]).

Um dos melhores *apports* proveio de Vaz Serra, nas vésperas da aprovação do atual Código Civil: o seu contributo pode ser encontrado no estudo «*responsabilidade contratual e responsabilidade extracontratual*», publicado em 1959. Neste artigo, o ilustre A. propõe um artigo (767.º) a ser incluído do futuro código de 1966([77]). Uma breve nota, apenas: esta sua pro-

---

Nogueira, *Objeto e Método na História do Direito*, Separata de Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Raúl Ventura, Coimbra Editora: Coimbra (2003), pp. 241-261 (249).

([73]) Johannes Merkel, *Über den Konkurs der Aktionen nach romeischem Privatrecht*, Niemeyer: Munique (1877), p. 31.

([74]) Savigny, *System des heutigen römischen Rechts*, V. 5, Veit und comp.: Berlim (1841), p. 219.

([75]) *Da responsabilidade contratual*, Edição do Autor: Coimbra (1932), p. 216; o capítulo III desta obra é precisamente dedicado ao «problema da concorrência das responsabilidades contratual e delitual».

([76]) *Tratado de direito civil: em comentário ao Código Civil Português*, XII, pp. 720-734.

([77]) Artigo 767.º

(*Concurso de responsabilidade contratual e de responsabilidade extracontratual*)

1. Se um facto representar, ao mesmo tempo, uma violação de contrato e um facto ilícito extracontratual, são aplicáveis as regras de ambas as responsabilidades, à escolha do prejudicado, que pode inclusivamente escolher parte de umas e parte de outras.

posta viria a ser incluída no *Anteprojeto relativo ao Direito das Obrigações*, também da sua autoria, publicado no ano seguinte, em 1960([78]). Infelizmente, a história não foi favorável ao intentos do famoso jurista: a sua proposta cairia nas revisões ministeriais, conduzidas pelo então Ministro da Justiça, João de Matos Antunes Varela. Com esta lacuna *voluntária*([79]), acompanhou-se a omissão da matéria nas grandes codificações europeias do século XIX.

§4. As soluções bipolarizadas no Direito moderno

4.1. O primeiro momento histórico: o julgamento emblemático da *Cour de Cassation* de 11 de janeiro de 1922 (teoria do *non-cumul*)

I. Numa decisão emblemática, de 11 de janeiro de 1922, a *Cour de Cassation* (*civile*) francesa foi chamada a decidir sobre uma disputa relacionada com a construção de uma fossa de saneamento ao longo da parede divisória de duas propriedades pertencentes aos irmãos *Pelletier* e a *Bourdeaux* na comuna francesa *Creusot*.

Durante o processo inicial, as partes chegaram a acordo e confiaram a três peritos, nomeados por um juiz de paz, a redação da transação. A transação foi assinada pelos irmãos *Pelletier*, confiantes de que este pacto não implicava uma renúncia a quaisquer direitos reais relativamente à referida

---

2. O disposto no parágrafo anterior não tem lugar quando a responsabilidade contratual for atenuada pela lei, na medida dessa atenuação, ou quando do contrato se concluir terem querido as partes excluir a responsabilidade extracontratual, salvo se esta convenção for nula.

3. A satisfação do credor por uma das vias exclui a satisfação pela outra, na medida em que coincidirem.

4. O credor pode ceder o crédito derivado da violação do contrato e conservar o outro, ou inversamente, salvo se isso agravar, contra a boa fé, a situação do devedor. Pode também remitir um e conservar o outro.

5. Se a lei estabelecer prazos de prescrição diferentes para dois créditos, aplica-se a cada um destes o prazo respectivo, excepto se a razão de ser da lei impuser a extensão a ambos de um dos prazos de prescrição nela estabelecidos.

([78]) *Anteprojeto relativo ao Direito das Obrigações*, BMJ, n.º 101, (1960), p. 145.

([79]) Pinto Monteiro, *Cláusulas limitativas e de exclusão de responsabilidade civil*, Almedina: Coimbra (reimp. 2020), p. 714. No direito alemão, invocou-se a falta de estabilidade para a consagração de uma qualquer solução perante uma discussão que se considerava encontrar em aberto; cf. *Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich*, Vol. I, Allgemeiner Teil, J. Guttentag: Berlim e Leipzig (1888), p. 278.

parede-divisória. No entanto, uma decisão judicial posterior, de 19 de dezembro de 1911, declarou que o acordo implicava, de facto, uma renúncia a certos direitos. Os irmãos *Pelletier* procuraram, então, responsabilizar os peritos civilmente (delitual e contratualmente) e foi sobre este litígio que se pronunciou a última instância francesa. Naquilo que se reputa essencial para o tema em mãos, a *Cour de Cassation* afirmou pela primeira vez([80]): «[a]penas em matéria de delitos ou de quase-delitos qualquer [grau de] culpa obriga o seu autor a reparar os danos provocados; os arts. 1382.º e seguintes do Código Civil não são aplicáveis quando a *faute* é cometida no cumprimento de uma obrigação resultante de um contrato»([81]). O douto Tribunal negou a relevância do fundamento delitual da responsabilidade dos peritos, *consumido* que fora, no seu entender, pelo contratual. Consagrava-se, assim, a tese do não-cúmulo de responsabilidades (*thèse de non-cumul*)([82]); entendimento esse sucessivamente reiterado pelo mesmo tribunal em decisões futuras.

Veja-se a manutenção daquele entendimento pela *Cour de Cassation* no contexto da responsabilidade de um empreiteiro por defeitos na obra encomendada (9-Jun-1993)([83]); pelo ferimento de uma criança numa vedação de um parque infantil (28-Jan-2012)([84]); e, ainda, pela resolução infundada de um contrato de utilização de *software* (26-Jun-2019)([85]).

A doutrina francesa apoiou este enquadramento, favorável à natureza *aparente* do concurso, uma vez que, a final, prevalece a via contratual (entre nós, obrigacional). O primado é o da responsabilidade obrigacional (*primauté de la responsabilité contractuelle*).

Foi este o entendimento de Autores clássicos tais como, Josserand (1910), Saleilles (1914), Demongue (1925), Lalou (1928), Rodière (1950), Carbonnier (1955--1956), e os irmãos Mazeaud (1957)([86]).

([80]) Encontramos alusões na doutrina francesa a um entendimento anterior desta mesma instância, datado 21-Jan-1880. O ponto é dúbio; cf., a propósito desta matéria, Ruben de Graaff e Benjamin Moron-Puech, *Le concours des responsabilités contractuelle et délictuelle*, Revue de la Recherche Juridique, XLII — 166, 2017-1, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, pp. 71-89 (78-79).

([81]) DP 1922, 1, 16. Tradução livre de «*C'est seulement en matière de délit ou de quasi-délit que toute faute quelconque oblige son auteur à réparer le dommage*; *les articles 1382 et suivants du Code Civil sont sans application lorsque la faute a été commise dans l'exécution d'une obligation résultant d'un contrat*».

([82]) A terminologia é variável no espaço francês: encontramos também referências, com o mesmo sentido e propósito, à teoria da incompatibilidade (*incompatibilité*), à regra do não cúmulo (*règle du non-cumul*) ou ao princípio da não interferência (*principe de non-immixtion*).

([83]) Proc. n.º 91-21.650, Bulletin 1993, II, n.º 204.

([84]) Proc. n.º 10-28.492, Bulletin 2012, I, n ° 147.

([85]) Proc. n.º 17-26.738 (não publicado).

([86]) Por ordem, Josserand, *Les transports*, Livraria Arthur Rousseau: Paris (1910), §628,

II. A *thèse de non-cumul* invoca vários argumentos a seu favor e contra a coexistência das responsabilidades consideradas.

Em primeiro lugar, a norma-padrão da responsabilidade delitual francesa (1240 CCfr), com a sua referência excessivamente englobante ao conceito indeterminado de *faute*, poderia, numa situação de cúmulo, consumir todo e qualquer incumprimento contratual.

Em segundo lugar, afirma-se a *especialidade* da responsabilidade contratual é o entendimento mais conforme com o respeito da vontade (expressa ou tácita) dos contraentes na regulação dos seus interesses.

Em terceiro lugar, a admissibilidade de um concurso efetivo atenta contra a sistemática do Código Civil francês: ninguém pode ser considerado *contraente* e simultaneamente *terceiro* numa determinada situação de responsabilidade, na medida em que este considera duas formas distintas de responsabilidade civil, com regimes também distintos.

Por fim, faz-se geralmente menção ao substrato axiológico das modalidades de responsabilidade: a responsabilidade obrigacional regula *interesses privados*, contrariamente à via delitual, onde se envolvem *interesses públicos*. A miscigenação de ambas as vias, atentaria, defendem, a axiologia inerente à *summo divisio*, aliás, sujeita à indeterminação do regime aplicável, conquanto a modalidade aplicável dependeria geralmente da escolha do lesado.

III. A tese do não cúmulo, quando propõe o afastamento da existência de um *concurso real* entre as responsabilidades, pode ser desdobrada em duas vertentes principais, consoante o fundamento que determina a prioridade concedida à via por si eleita. Podemos, neste momento, destacar o não-cúmulo de responsabilidade (*i*) por *especialidade* e, noutro

---

pp. 521-522; Saleilles, *Étude sur la théorie générale de l'obligation*, 3.ª ed., Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence: Paris (1914), pp. 428-429; Demongue, *Traité des Obligations*, V, Arthur Rousseau: Paris (1925), pp. 523-544; Lalou, *Responsabilité civile: principes élémentaires et applications pratiques*, Dalloz: Paris (1928) §264, 166 e *Traité pratique de la responsabilité civile*, 6.ª ed., Dalloz: Paris (1962), p. 135, ss.; Rodière, *Etudes sur la dualité des régimes de responsabilité*, X, Juris-Classeur périodique, Paris (1950), p. 868; Carbonnier, *Droit civil*, II, Quadrige: Paris (1955-1956, reimp. 2004), §§1207-1210, pp. 2406-2415; Mazeaud, com André Tunc, em *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile, délictuelle et contractuelle*, I, 5.ª ed., Montchrestien: Paris (1957), (§§173-207), pp. 224-261. Nas obras mais recentes, a teoria continua a recolher a adesão de um setor considerável da doutrina francesa. Cf., por todos, Bacache-Gibeili, *Les obligations, la responsabilité civile extracontractuelle*, 3.ª ed., Economica: Paris (2016), §110, Philippe Brun, *Responsabilité civile extracontractuelle*, 5.ª ed., LexisNexis: Paris (2018), §105, Terré, Simler, Lequette e Chénedé, *Droit civil, Les obligations*, 12.ª ed., Dalloz: Paris (2018), §875, Geneviève Viney, *Introduction à la responsabilité*, 4.ª ed., L.G.D.J.: Paris (2019), §216 e (com Patrice Jourdain e Suzanne Carval) em *Les Effets de la Responsabilité*, 4.ª ed., L.G.D.J.: Paris (2017), p. 481.

passo, (*ii*) por *consumpção*. Já conhecemos o primeiro entendimento, no qual se integra a proposta francesa *tout-court*. Vejamos agora o segundo (referente à *consumpção*), tal como foi acolhida entre nós.

> Um breve apontamento quando ao funcionamento desta modalidade de *conflito de normas*: a consunção determina, muito simplesmente, a prioridade aplicativa de determinada *norma* uma vez que esta contém o interesse tutelado pela(s) preterida(s) (*lex consumens derogat lex consumate*).

Entre nós, deve-se a Almeida Costa a importação do entendimento francês. Foi, no entanto, ajustado — e este aspeto é muito importante —, o respetivo fundamento, tendo o ilustre Professor optado pela *consumpção* (da via obrigacional perante a delitual), ao invés da via francesa da *especialidade*([87]). A adesão jurisprudencial a este entendimento foi rápida, especialmente no contexto da responsabilidade médica.

> O Supremo Tribunal de Justiça tem defendido a prevalência da via obrigacional em várias das suas decisões. Vejamos algumas, na impossibilidade de as mencionar a todas([88]): assim se decidiu no contexto de um médico não especialista recomendar e realizar defeituosamente cirurgias plásticas([89]), pela má execução de uma intervenção cirúrgica à coluna do paciente([90]), por uma intervenção estética não consentida([91]), pelas complicações decorrentes da má realização de um exame de colonoscopia([92]), pela má execução de uma intervenção cirúrgica ortopédica na qual resultou a paralisia do pé([93]).

IV. A seu favor e na esteira da doutrina francesa, Almeida Costa apela fundamentalmente a três argumentos. Em primeiro lugar, ao *princípio da autonomia privada*, o qual permite, argui, o afastamento da tutela

---

([87]) Almeida Costa, *Direito das Obrigações*, 12.ª ed. (7.ª reimp), Almedina: Coimbra (2019), p. 546, ss. e em *O concurso de responsabilidade*, p. 563 (neste estudo consta uma referência à relação de especialidade, naquilo que consideramos um lapso, conquanto corrigido nas lições do ilustre Professor). O entendimento de Almeida Costa tem sido seguido por um sector reputado da nossa doutrina. Cf., por todos, João Cura Mariano, *Responsabilidade contratual do empreiteiro pelos defeitos da obra*, 7.ª ed., Almedina: Lisboa, 2020, pp. 81-84 (*maxime* 83); Januário da Costa Gomes, *Sobre o sistema próprio de responsabilidade do transportador*, Temas de Direito dos Transportes IV, pp. 449-510 (507-510), numa posição restrita aos Direitos dos Transportes; Cláudia Madaleno, *responsabilidade obrigacional objetiva por fato de outrem* (2015), pp. 883-886 (*maxime* 885 e respetiva nota 3725); e, por fim, Sónia Moreira, *Da responsabilidade pré-contratual por violação dos deveres de informação*, Almedina: Coimbra (2003), pp. 73-75 (e respetiva nota de rodapé 8).

([88]) Com a análise de outras decisões, v. o nosso *Concurso*, pp. 620-626.

([89]) 17-Dez-2009, Pires da Rosa, proc. 544/09.9YFLSB.

([90]) 15-Dez-2011, Gregório Silva Jesus, proc. 209/06.3TVPRT.Pl.S1.

([91]) 02-Jun-2015, Maria Clara Sottomayor, proc.1263/06.3TVPRT.Pl.Sl.

([92]) 01-Out-2015, Maria dos Prazeres Beleza, proc. 2104/05.4TBPVZ.P.Sl.

([93]) 28-Jan-2016, Maria da Graça Trigo, proc. 1952/13.6TBPVZ.Pl.Sl.

delitual por vontade das partes. Em segundo lugar, invoca a capacidade compreensiva da via obrigacional em tutelar todos os interesses salvaguardados pela via concorrente, a delitual, apelando neste contexto aos papel dos *deveres acessórios*. A via obrigacional, para o ilustre Autor, é, aliás, a *mais favorável ao lesado.*

Devemos notar um outro aspeto fundamental, ignorado por um sector reputado da nossa doutrina e jurisprudência: a proposta de Almeida Costa não é *absoluta*; não é absoluta no sentido em que o próprio Autor admite a existência de um cúmulo de responsabilidade em determinadas circunstâncias, principalmente quando o *mesmo* facto produza *dois danos* distintos, reportados disjuntamente a cada modalidade de responsabilidade([94]).

> Esta ideia, não totalizante, explica, por sinal, o decaimento da tese do *non-cumul* em França; experiência essa reforçada pelo mais recente ímpeto reformista do Direito das Obrigações num sentido de um progressivo abandono do primado da via obrigacional. Mas retomemos o enquadramento da matéria do concurso de responsabilidade civil. Na verdade, a teoria do cúmulo tem ganho um espaço fundamental de aplicação, não enquanto um entendimento *globalmente alternativo* à *thèse de non-cumul*, mas por lhe encontrar zonas de exceção, onde floresce. Em especial e num elenco não exaustivo, a teoria do cúmulo ganha o seu espaço em França quando (*i*) o incumprimento contratual consubstancia a prática de um crime; também (*ii*) se permite ao lesado recorrer à via delitual perante o incumprimento *doloso* ou com *negligência grosseira* do seu devedor. De forma mais clara, a teoria do não-cúmulo é afastada (*iii*) perante a aplicação de tipos delituais específicos (por ex., a responsabilidade dos pais, do proprietário do animal ou do edifício pelos prejuízos causados, pelo menor, animal ou pela ruína do prédio, respetivamente). Veja-se, também, (*iv*) a responsabilidade civil profissional (*faute professionelle*). Neste campo, o incumprimento das obrigações estatutárias, as quais decorrem diretamente da lei (*obligations professionelles*) — tal como sucede perante a responsabilidade do advogado, notário, solicitador, médico, arquiteto, empreiteiro, mecânico, armeiro e armazenista — justificam o recurso ao cúmulo de responsabilidades([95]). Por fim, também *exceciona* o âmbito de aplicação da teoria do *non-cumul* (*vii*) o incumprimento contratual que cause danos a terceiros([96]).

([94]) *O concurso de responsabilidade*, p. 560.

([95]) Madeleine Van Rossum, *Concurrency of contractual and delictual liability in a European perspective,* European Review of Private Law 4 (1995), pp. 539-560 (547).

([96]) E. Byron Hilley, *The Interrelationship of Tort and Contract in French Law,* Journal of Public Law, 4, n.º 1 (1956), pp. 116-147 (140). Em 2002, a *Cour de Cassation* determinou, relativamente à responsabilidade do transportador perante pelos danos nos bens que lhe foram confiadas, que «a regra do não cúmulo das responsabilidades contratual e delitual só é aplicável nas relações entre as partes contratantes»; decisão de 9-Jul-2002, proc. n.º 99-19.156.

4.2. O segundo momento histórico: a decisão simbólica do Tribunal do *Reich* de 13 de outubro de 1916 (teoria do cúmulo)

I. Noutro caso, é emblemática a decisão do Tribunal do *Reich* de 13 de outubro de 1916.

No caso em questão, o lesado sofreu um acidente enquanto jogava uma partida de *bowling* (*Kegelspiel*), ao ar livre, nas instalações do lesante. Em concreto, o lesado escorregou numa zona da pista, perto do local de onde a bola do jogo é lançada, a qual se encontrava, nesse momento, perigosamente escorregadia. Em resultado, fraturou a respetiva tíbia. Veio posteriormente peticionar a devida indemnização, tanto a nível contratual como delitual. O Tribunal do *Reich*, aceitou a concorrência da tutela contratual e delitual. Admitiu, no essencial, que o dever de cuidado do lesante não nega o dever geral de cuidado, mas, antes, o reforça (cf. §823 BGB)([97]). A propósito, afirmou: «[o] contrato reforça o dever geral legal, mas não o elimina. O dever geral de cuidado foi apenas individualizado e reforçado pelo contrato»([98]). O momento corresponde à consagração jurisprudencial do *princípio do cúmulo* (*Kumulationsprinzip*).

II. A decisão enquadra-se no caminho realizado pela doutrina tedesca no tratamento da matéria do concurso da responsabilidade, em especial ao tempo da Pandetística. Em clara inspiração pelas fontes romanas, a matéria é encarada enquanto um *concurso de ações* (*Klagenkonkurrenz*)([99]), até à transição para o primado do direito subjetivo, tal como preconizado por Windscheid e seguido, posteriormente, pela generalidade da doutrina germânica. Aliás, com a aprovação do Código Civil alemão a consolidação desta solução é clara e manifesta: o concurso é manifestamente um *de normas*, por

---

([97]) RGZ 88, 433.

([98]) «*Der Vertrag verstärkt die allgemeine Rechtspflicht, nicht aber beseitigt er sie. Die allgemeine Sorgfaltspflicht wurde durch den Vertrag nur indivualisiert und vestärkt*». (tradução nossa).

([99]) São, neste ponto, incontornáveis as obras de Thibaut, *Grundzuge einer Darstellung der Lehre der Concurrenz der Civil-Klagen*, Mohr und Zimmer: Heidelberg (1814); Kleinschrod, *Zur Lehre von der Conkurrenz der Klagen*, C.H.Beck: Munique (1849); Ernst Bekker, *Zur Lehre von der Conkurrenz der Klagen*, C.H.Beck: Munique (1849); Savigny, *Zur Lehre von der Conkurrenz der Klagen*, C.H.Beck: Munique (1849); Wilhelm Martens, *Über Concurrenz und Collision der römischen Civilklagen*, Bernhard Tauchnitz Verlag: Lípsia (1856); Johannes Merkel, *Über den Konkurs der Aktionen nach romeischem Privatrecht*, Niemeyer: Munique (1877); Hugo Heinemann, *Die Lehre von der Idealkonkurrenz*, Otto Liebmanns Verlag: Berlim (1893); Rudolf Helssig, *Zur Lehre von der Konkurrenz der Klagen nach römischem Rechte*, Friedrich Frommanns Verlag: Estugarda (1887); Eisele, *Zur Lehre von der Klagenkonkurrenz*, AcP, 1892, B. 79 (1892); Ernst Levy, *Die Konkurrenz der Aktionen und Personen Im Klassischen Romischen Recht*, Franz Vahlen: Berlim (1918); e, ainda, Detlef Liebs, *Die Klagenkonkurrenz um römischen Recht — Zur Geschicte der Scheidung von Schadenerstatz und Privatstrafe*,Vandenhoeck & Ruprecht: Gotinga (1972).

vezes designado de *concurso de leis* (*Gesetzeskonkurrenz*). Pouco tempo se demorou na transição para o prisma de *competição* ou de *concurso de pretensões* (*Anspruchskonkurrenz*). Por outras palavras, a relação normativa gerada entre as modalidades consideradas é uma de pura *compatibilidade*. O concurso em causa — dúvidas não haja — é *efetivo*.

As obras mais emblemáticas sobre a matéria são alemãs, tanto pela profundidade dogmática da análise, como pelo apuramento conceptual inerente. A seu favor joga também um lastro histórico considerável. Na verdade, contam-se várias obras antigas dedicadas em exclusivo ao tema, num sentido globalmente favorável à teoria do cúmulo. Num elenco não exaustivo, podemos considerar, desde logo, a investigação de Eduard Prym (1906), Friedrich Lent (1912), Rudofl Schmidt (1915), Rolf Dietz (1934) e, ainda, de Apostolos Georgiades (1968)([100]).

Este entendimento — o da existência de um concurso de pretensões (*Anspruchskonkurrenz*) — permanece maioritário, tanto a nível doutrinário como jurisprudencial([101]).

Quanto à doutrina alemã, a generalidade dos posicionou-se de acordo com a proposta de Dietz([102]). É também este, devemos notar, o entendimento globalmente expresso ao nível dos grandes comentários ao Código Civil alemão([103]).

([100]) Destacamos, neste momento e como referido, apenas algumas das principais obras especializadas que se debruçaram sobre o tema além-Reno: E. Prym, *Die Konkurrenz des Anspruchs aus dem Vertrage mit dem Anspruche aus unerlaubter Handlung, Nach dem Rechte des Bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich*, De Gruyter (1906); F. Lent, Die Gesetzeskonkurrenz im bürgerlichen. Recht und Zivilprozess, 1, Leipzig (1912); R. Schmidt, *Die Gesetzeskonkurrenz im bürgerlichen Recht* (1915), Rolf Dietz, *Anspruchskonkurrenz bei Vertragsverletzung und Delikt*, Röhrscheid: Bonna (1934) — v. o Autor também *em Das Problem der Konkurrenz von Shadensersatzansprüchen bei Vertragverletzung und Delikt*, Deutsche Landesreferate zum VI. Internationalen Kongreß für Rechtsvergleichung in Hamburg, Hamburgo (1962), pp. 181-206 (203, ss.) —; e Apostolos Georgiades, *Die Anspruchskonkurrenz im Zivilrecht und Zivilprozessrecht*, C.H.Beck: Munique (1968).

([101]) Para um elenco ao nível das decisões dos tribunais alemães, v. o nosso *O concurso*, p. 639.

([102]) Philipp Heck, *Grundriss des Schuldrechts*, Mohr: Tübingen (1929), §147, pp. 447-448; Enneccerus-Lehmann, *Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts*, II, NG Elwert: Hesse (1928), §232, p. 183; Enneccerus-Nipperdey, *Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts*, I, 14.ª ed., Mohr (1952), p. 987; Rudolf Schmidt, *Bürgerliches Recht — Ein Lehrbuch seiner Grundzüge*, Vol. II, Das Schuldrecht, 8.ª ed., Duncker Humblot: Berlim (1953), p. 183; Peter Schlechtriem, *Vertragsordnung und außervertragliche Haftung — einerechtsvergleichende Untersuchungzur KonkurrenzvonAnsprüchen aus Vertragund Delikt ím franzosischen, amerikanischen und deutschen Recht*, Metzner: Frankfurt (1972), p. 45, ss.; Peter Arens, *Zur Anspruchskonkurrenz bei mehreren Haftunggründen,* AcP 170, 1970, p. 420, ss.; Erwin Deutsch/Hans-Jürgen Ahrens, *Deliktrecht*, 6.ª ed., Vahlen: Munique (2014), §44, p. 260; Dirk Looschelders, *Schuldrecht, Allgemeiner Teil*, 22.ª ed., Franz Vahlen: Munique (2022), p. 9, Nm. 23; Martin Franzen, *Haftung für Produktionsschäden*, JuristenZeitung, 16-Jul.-1999, 54, n.º 14, pp. 702-711; Gert Brüggemeier, *Haftungsrecht — Struktur, Prinzipien, Schutzbereich*, Springer: Berlim (2006), §2, 116, §5, b, 337, §9, B, p. 563; Medicus/Lorenz, *Schuldrecht* I, AT, §33, I, II, pp. 176-178 (177); Claudia Haack, *Schuldrecht*, BT 4, *Unerlaubte Handlungen und Allgemeines Schadensrecht*, Alpmann Schmidtt: Monastério, 20.ª ed. (2017), p. 13, 19, 106; Marco Stacke, *Gesetzliche Schuldverhältnisse*, Springer: Berlim (2014), §7, VIII, Rn. 26, p. 167; Andreias Klein, *Konkurrenz und Auslegung, Der deliktsrechliche Gehlat vertragrechlicher Normen*, BR, 197, Duncker Humblot: Berlim

III. Concentremo-nos sumariamente nos dois principais argumentos invocados além-Reno. A doutrina tedesca invoca, desde logo, uma *paridade hierárquica* entre as modalidades de responsabilidade, cujas pretensões coexistem harmoniosamente (*beide Ansprüche bestehen nebeneinander*). Em segundo lugar, apelam ao facto de o dever geral de respeito delitual não poder ser afastado por mera vontade das partes na criação de um dever especial.

No final e quanto ao objeto, cada uma modalidades de responsabilidade (delitual e obrigacional) gera um pretensão autónoma, sujeita a um regime substantivo próprio, ainda que sejam todas reportadas *ao mesmo crédito indemnizatório.* Ao lesado recai, propõem, a *escolha* quanto à modalidade a ser considerada pelo Tribunal.

As consequências processuais inerente à *unidade* do crédito — aspeto ignorado por vários AA. — são operantes e devem ser consideradas. Desde logo, devemos notar que o lesante fica impedido de invocar a exceção da litispendência e do caso julgado entre as ações intentadas com fundamento disjunto, ou seja, com base em modalidades concorrentes.

Por não terem considerado a possibilidade de coexistência da unidade do crédito, com uma pluralidade de pretensões, vários AA., tentam inutilizar as tais exceções da litispendência (*Rechtshängigkeite*) e do caso julgado (*entgegenstehende Rechtskraft*). Para este outro entendimento — do qual já demos, anteriormente, conta — não existem várias pretensões *per se*, mas apenas uma única, conquanto multiplamente fundamentada: o concurso é *de fundamentos de uma mesma pretensão* (*Anspruchsgrundlagenkonkurrez*) ou, noutra proposta, *de normas de uma mesma pretensão* (*Anspruchsnormenkonkurrenz*). Este entendimento, no contexto do concurso de responsabilidades, foi emblematicamente exposto por Georgiades, apologista da unidade da pretensão processual e da (note-se) *substantiva*([104]). Afirma o Autor: «[e]m rigor, se a pretensão for idêntica, trata-se de uma pretensão com dois fundamentos e não de duas pretensões distintas([105])». Pois bem, a complexidade adicional é introduzida, como

---

(1997), p. 44, 96; Dieter Leipold, *BGB I, Einführung und Allgemeiner Teil*, 10.ª ed., Mohr: Tübingen (2019), §9, p. 93; e, ainda, Helmut Köhler, *BGB, Allgemeiner Teil*, 44.ª ed., C.H. Beck: Munique (2020), §18, p. 262.

([103]) Sem prejuízo de inevitáveis desvios pontuais; cf., para uma indicação completa, o nosso *O Concurso*, v. pp. 638-639.

([104]) Cf., também, Ekkehard Hofmann, *Grundrechtskonkurrenz oder Schutzbereichsverstärkung?*, AcP, (Dez., 2008), 133, pp. 523-555 (535).

([105]) «*Genau genommen handelt es sich, wenn der Anspruch auf dasselbe geht, um einen Anspruch mit zwei Begründungen, nicht um zwei getrennte Anspruch*» (tradução livre). A proposta de Georgiades foi seguida por vários AA., entre os quais, Larenz, *Lehrbuch,* I, AT, §27, II, 428.; Nikisch, *Zur Lehre vom Streitgegenstand im Zivilprozeß*, AcP 154 (1955), 271-299 (282); Hermann Eichler *Die Konkurrenz der vertraglzchen und deliktischen Haftung im deutschen Recht,* AcP, 162 (1963), p. 417, 420; Brox/Walker, *Allgemeines Schuldrecht,* 45.ª ed., C.H.Beck: Munique (2021), §3, pp. 27-28 e em *Allgememer Teil des BGB,* 44.ª ed., Vahlen: Munique (2020), §30, p. 296; Esser/Schmidt, *Schuldrecht,* AT, I, 8.ª ed., C.F. Müller: Heidelberg (1995), §4, I, pp. 70-71, §7, II, pp. 120-223; e, por fim, Fikentscher/Heinemann. *Schuldrecht,* §106, V, pp. 752-756.

visto, ao nível dos fundamentos, o que permite resolver várias questões associadas à pluralidade de pretensões, nomeadamente a matéria da respetiva *transmissão*(106) e *extinção*(107) autónoma; fenómeno esse nunca pretendido.

Quanto ao destino das pretensões concorrentes, uma vez que se encontre realizada uma das pretensões indemnizatórias é de fácil apreensão: tal como soberbamente explicado por Dietz(108), uma vez satisfeita uma qualquer pretensão, o dano, pressuposto do título de imputação de danos das demais pretensões, não satisfeitas, é eliminado. A influência recíproca das pretensões opera, portanto, a este nível: satisfeita uma delas, as demais extinguem-se, conquanto tutelem o mesmo dano.

IV. Domina atualmente o plano internacional a *tese do cúmulo*, verdadeira réplica do abalo dogmático provocado pelo entendimento alemão(109). Na verdade, também é este o entendimento que impera no panorama helvético, sendo, por acréscimo, a solução maioritariamente seguida em Espanha e em Itália(110). No plano do direito internacional, detetam-se várias tentativas de padronização do regime aplicável, através de *instrumentos concretos*, tal como na *Convenção das Nações Unidas sobre Contratos para Venda Internacional de Mercadorias* (CISG — *United Nation Convention on Contracts for the International Sale of Goods*), no *direito da União Europeia*, em especial na Diretiva em matéria de responsabilidade decorrente de produtos defeituosos, sendo esta a solução constante de regras de *soft law* (p. ex., no *Draft Common Frame of Reference*, DCFR).

Idêntico fenómeno é sentido nos principais sistemas jurídicos pertencentes à *Common Law*, embora não seja possível, fora de um plano casuístico, identificar uma dogmática geral de enquadramento do problema (dito de *concurrency of liability*). Embora a solução inicial haja sido a francesa(111), é, hoje, a inflexão do entendimento favorável à admissibilidade de um *concurso efetivo* de ambas as formas de responsabilidade. Vários fatores contribuem para tal, a começar pela tendência expansiva a ofensas

---

(106) Ficam superadas — e isso é mérito desta proposta — outras soluções, tal como a exigência de consentimento do lesante para a cessão daquele crédito; cf., Roth/Kieninger, em anot. ao §398 BGB, em MüKoBGB (8.ª ed., de 2019), n.os 88-90.

(107) Peter Arens, *Zur Anspruchskonkurrenz bei mehreren Haftungsgründens*, p. 394, 413, Peter Schlechtriem, *Vertragsordnung und außervertragliche Haftung*, p. 54, ss.

(108) Dietz, *Anspruchskonkurrenz bei Vertragsverletzung und Delikt*, pp. 163-165.

(109) Acompanha esta conclusão, Dário Moura Vicente, *Direito Comparado*, II, p. 529.

(110) Para uma exposição completa quanto a esta matéria, v. o nosso *O concurso*, *maxime* pp. 653-663.

(111) Cf., *inter alia*, *Bean* v. *Wade* (1885) 2 T.L.R.

negligentes (*tort of negligence*), bem como pela tutela conferida à pura perda económica (*pure economic loss*)([112]). Aliás, a evolução do enquadramento do concurso de responsabilidade civil encontra-se melhor explicada no emblemático discurso de Lord Goff of Chieveley sobre o famoso caso *Henderson* v. *Merrett Syndicates*, o qual teve lugar em 1994([113]).

4.3. O terceiro momento: o ponto de viragem do entendimento jurisprudencial português

I. Feito o enquadramento no panorama internacional, voltamos ao caso português. Ora, também entre os adeptos da teoria do cúmulo, e no que respeita aos seus *efeitos*, cumpre destacar um outro ponto de discórdia, o qual pode ser melhor sumariado em duas linhas fundamentais: (*i*) *quanto ao objeto* do concurso e (*ii*) *quanto aos efeitos* implicados. Vejamos cada um destes aspetos, em maior detalhe.

i. [*objeto do concurso*] Na esteira do entendimento de Vaz Serra, acérrimo defensor da autonomia das pretensões indemnizatórias reconhecidas ao lesado, o concurso a considerar é um de *pretensões*, por vezes, referido com um *concurso de normas*.

Esta proposta foi seguida, entre outros, por Pessoa Jorge, Antunes Varela, Santos Júnior, Figueiredo Dias e Sinde Monteiro, Maria Graça Trigo, Dário Moura Vicente, Rui Ataíde e Catarina Monteiro Pires([114]).

([112]) Madeleine Van Rossum, *Concorrency*, p. 541, ss.

([113]) (1994) UKHL 5 (25-Jul-1994).

([114]) Por ordem, Pessoa Jorge, *Direito das Obrigações,* AAFDL: Lisboa (1968), pp. 66, 205, 365, *Ensaio sobre os pressupostos da responsabilidade civil,* Centro de Estudos Fiscais da Direcção-Geral das Contribuições e Impostos, Ministério das Finanças: Lisboa (1968), p. 41, 149, 365; Antunes Varela, *Das Obrigações em Geral,* Vol. I (10.ª ed., 2006), Almedina: Coimbra, pp. 522, 636-637, 939-941; Santos Júnior, *Direito das Obrigações*, 3.ª ed., AAFDL Editora: Lisboa (2014), pp. 281-282; Figueiredo Dias/Sinde Monteiro, *Responsabilidade médica em Portugal*, BMJ 332 (1984), pp. 21-79 (39-40); Maria Graça Trigo, *Responsabilidade Civil por Facto de Terceiro,* Coimbra Editora: Coimbra (2009), pp. 238, 257-259; Dário Moura Vicente, *Da responsabilidade pré-contratual em Direito Internacional Privado,* Almedina: Coimbra (2001), pp. 232, 712 e em *Direito Comparado*, II, pp. 524-525; Rui Ataíde, *Responsabilidade Civil por Violação dos Deveres no Tráfego,* Almedina: Coimbra (2015), pp. 1003-1004, *Poder paternal, direitos de personalidade e responsabilidade civil. A vigência dos direitos fundamentais na ordem jurídica privada,* em Estudos de Direito Privado, AAFDL: Lisboa (2020), pp. 406-408, *Direito dos Contratos II*, *Contrato de depósito*, AAFDL: Lisboa (2021), p. 31 e respetiva nota de rodapé 26; e, por fim, Catarina Monteiro Pires, *Aquisições de empresas e de participações acionistas,* Almedina: Coimbra (2014), pp. 103-104. Com desenvolvimentos, relativamente ao entendimento de cada um dos referidos AA., v. o nosso *O concurso*, pp. 676-680.

Devemos notar, contudo um outro entendimento — claramente maioritário, entre nós, acolhido, por sinal, em várias decisões jurisprudenciais([115]) — o qual nega a coexistência de *várias* pretensões: o concurso, a existir, é um de *concurso de fundamentos de uma mesma pretensão* (*Anspruchsgrundlagenkonkurrenz*) ou de *normas* (*Anspruchsnormenkonkurrenz*), como vimos.

Favoráveis a este entendimento figuram, entre outros, Baião do Nascimento, Carlos Mota Pinto, Rui de Alarcão, António Pinto Monteiro, Ferreira Pinto, Sinde Monteiro, João Álvaro Dias, Pedro Romano Martinez, Mafalda Miranda Barbosa e Nuno Pinto de Oliveira([116]).

Existem, claro, outras posições, as quais não se reduzem à bipartição enunciada de concurso de pretensões ou de fundamentos de uma mesma pretensão. De entre estas, destacamos, desde logo, a proposta de Miguel Teixeira de Sousa. O enquadramento do ilustre Professor é próprio: em linha com o conceito de pretensão de Rimmelspache e numa decomposição própria da figura, o A. sugere a presença de um *concurso de títulos de aquisição da prestação indemnizatória*, adaptando aquele segundo entendimento([117]).

O entendimento de Teixeira de Sousa reúne, na escola de Lisboa, vários adeptos, ainda que com adaptações à sua proposta, entre os quais Menezes Cordeiro([118]), Rui Soares Pereira([119]) e, se bem confiamos, Pedro Múrias([120]).

([115]) Cf., por todos, a decisão do STJ, de 30-Jan-2019 (Maria Graça Trigo), proc. 3843/ /15.7T8CSC.Ll.Sl, no qual se afirmou existir um «*concurso de fundamentos para a mesma pretensão indemnizatória*», quando um paciente de reabilitação física sofre uma queda dentro das instalações da clínica que havia contratado.

([116]) Cf., respetivamente, Baião do Nascimento, *Do Concurso de normas*, Cadernos de ciência e de técnica fiscal, n.os 136 e 137 (Abril e Maio de 1970), Lisboa (1970), pp. 41, 75-77, 80-81; Carlos Mota Pinto, *Cessão da Posição Contratual,* reimp., Almedina: Coimbra (1982), pp. 411-412 (nota 2 da p. 411); Rui de Alarcão, *Direito das Obrigações,* (J. Sousa Ribeiro, J. Sinde Monteiro, Almeno de Sá, J. C. Proença), Universidade de Coimbra: Coimbra (1983), pp. 177-181; António Pinto Monteiro, *Cláusulas limitativas e de exclusão de responsabilidade civil,* Almedina: Coimbra (2020), p. 429; Ferreira Pinto, *O concurso*, pp. 2014-2015; Sinde Monteiro, *Rudimentos da responsabilidade civil,* Revista da FDUP, Ano 2 (2005), 349-390 (353); João Álvaro Dias, *Procriação assistida e responsabilidade médica,* Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Stvdia Iuridica, 21, Coimbra, 1996, pp. 228-236; Pedro Romano Martinez, *Cumprimento Defeituoso,* Almedina: Coimbra (2001), pp. 223-235, *Direito das Obrigações*, 5.ª ed., AAFDL Editora: Lisboa (2017), pp. 81-85 (*idem*, 84); Mafalda Miranda Barbosa, *Lições de Responsabilidade,* Princípia: Lisboa (2017), p. 20; e Nuno Pinto de Oliveira, *Ilicitude e culpa na responsabilidade médica,* Materiais para o Direito da Saúde n.º 1, Instituto Jurídico da FDUC/Centro de Direito Biomédico, Coimbra (2019), p. 23. Para desenvolvimentos relativos à posição de cada um dos mencionados AA., v. o nosso *O concurso*, pp. 680-684.

([117]) *O Concurso*, pp. 150-151, 159, 216, 330, 313, ss.

([118]) Menezes Cordeiro, *Da Boa Fé no Direito Civil*, Almedina: Coimbra (1984), 7.ª reimp. (2017), p. 639 — atualmente, o ilustre Professor entende que os deveres acessórios de segurança são o *único* espaço de existência de um *concurso real* com a tutela aquiliana, uma vez que o incumprimento

ii. [*efeitos*]. Sabemos que o resultado normativo da concorrência de várias pretensões não obedece, nem pode, à regra de uma mera operação aritmética de adição, *i.e.*, de *soma de efeitos.* Se assim fosse, recairíamos num *excesso de ressarcimento*, conquanto se "compensaria" multiplamente o mesmo dano. No fundo, a teoria do cúmulo não pode conduzir a uma *cúmulo em sentido estrito* dos efeitos implicados.

Aqui chegados, surgem duas propostas para compatibilizar os efeitos implicados pela teoria do cúmulo: por um lado, a alternatividade das pretensões em causa, conferindo-se a opção em bloco pelo respetivo regime (*teoria da opção*) ou, por outro, considerar, por acréscimo àquela solução, a possibilidade de *combinação ad hoc dos efeitos*([121]) (*teoria híbrida*), muitas vezes considerada uma *cumulação* de efeitos em *sentido amplo*.

Um breve apontamento. A matéria, assim enquadrada, não resolve razoavelmente a questão prévia de saber *quando* se exerce essa escolha nem, por outro lado, *a quem* compete essa mesma escolha, ou seja, quem é o titular da faculdade de optar ou de escolher os aspetos do regime entre as entidades possíveis, se o *lesado*, o *tribunal* ou (por hipótese) o próprio *lesante*.

Quanto ao primeiro aspeto, o momento determinante para o exercício dessa escolha é o do primeiro exercício do poder de exigibilidade, *i.e.*, quando o credor apela ao devedor para cumprir, extrajudicialmente ou judicialmente (com a propositura da ação ou em pedido reconvencional).

Quanto ao segundo aspeto, a doutrina e a jurisprudência têm sido claras em avançar que essa escolha compete, em primeira linha, ao *lesado*. Concorda-se. A livre disponibilidade do crédito indemnizatório impõe esta solução. Não abrigo de um aforismo que o favoreça, enquanto vítima (*pro damnato*), o qual reputamos inexistir, mas por um outro motivo: se o lesado é livre de não responsabilizar o lesante, essa liberdade também existe quanto à opção pela modalidade de responsabilidade que melhor lhe convir. Todavia — e este aspeto é determinante — essa faculdade de escolha não pode bulir com a competência reconhecida ao julgado de qualificação dos factos carreados na demanda (*iura novit curia*).

---

do dever principal absorve (por *consumpção*) em sede obrigacional, as ofensas delituais; Rui Soares Pereira, *A responsabilidade por danos não patrimoniais — do Incumprimento das Obrigações no Direito Civil Português, Coimbra Editora: Coimbra (2009)*, p. 290; Pedro Múrias, *Por uma distribuição fundamentada do ónus da prova*, Lisboa (1998), p. 50 (nota de rodapé 207), p. 70 (nota de rodapé 278), e em *A responsabilidade por actos de auxiliares e o entendimento dualista da responsabilidade civil*, RFDUL, Vol. 37, n.º 1 (1996), pp. 171-217 (179 e respetivas notas de rodapé 46 e 47).

([119]) Rui Soares Pereira, *A Responsabilidade por danos não patrimoniais*, Coimbra Editora: Coimbra (2009), p. 290.

([120]) Pedro Múrias, *Por uma distribuição fundamentada do ónus da prova*, Lex: Lisboa (2000), p. 50 (nr 207), p. 70 (nr. 278) e em *A responsabilidade por actos de auxiliares e o entendimento dualista da responsabilidade civil*, RFDUL, Vol. 37, n.º 1 (1996), p. 179 (nr. 46 e 47).

([121]) Seguimos, por sinal, a qualificação de Baião do Nascimento, *Do concurso de normas*, p. 83.

II. [*teoria da opção*] Para a primeira proposta (a da opção), incumbe ao lesado a *escolha* (ainda que preferencial) quanto à pretensão a satisfazer pelo lesante ou quanto ao fundamento que subjaz quanto à pretensão única, segundo a teoria do concurso de fundamentos à mesma pretensão. Essa escolha é *global*, uma vez que o regime associado à modalidade de responsabilidade civil é avocado de forma completa, sem cisões.

Favoráveis à teoria da opção, contam-se, entre nós e entre outros, Antunes Varela, C. Mota Pinto, Pinto Monteiro, Pedro Romano Martinez, Maria de Graça Trigo e Ana Taveira da Fonseca([122]).

Optamos fundamentadamente por este entendimento, enquadrado que seja no modelo do *concurso de pretensões*. Rejeitamos, por outro lado, os argumentos tecidos pela teoria do não-cúmulo, embora cumpre reconhecer que ambos os entendimentos, a final, a que prevaleça apenas *uma* das responsabilidades. A diferença no resultado almejado radica no facto de a teoria do cúmulo permitir que essa escolha seja feita pelo lesado, *i. e.*, não se trata de uma heteroimposição, de uma qualquer imposição feita em momento anterior pelo próprio sistema legal.

Vejamos agora os argumentos a favor deste entendimento.

Em primeiro lugar, o ressarcimento dos danos sofrido pelo lesado deve ser *pleno*, *total* ou *absoluto* e a relação obrigacional não é apenas um *plus* relativamente à proteção delitual. Antes, afigura-se uma ordem de tutela paralela e com dignidade equivalente, a qual não pode ser afastada por mera vontade das partes (a liberdade de estipulação não é ilimitada). A propósito, considerar ambas as modalidades em simultâneo, ou seja, no âmbito de um concurso efetivo, não implica qualificar o lesado como *credor* a título obrigacional e simultaneamente *terceiro* para efeitos delituais. Isto é impreciso. Notamos que o título delitual visa *qualquer pessoa* e não *outra pessoa* além da do credor ou devedor.

Em segundo lugar, é forçoso rever na *vontade* das partes um tal intento, de exclusão da vertente delitual, dada a *imprevisibilidade* do dano e considerando os *interesses do lesado* (agente que certamente não prescindirá da sua tutela delitual).

([122]) Cf., respetivamente, Antunes Varela, *Das Obrigações*, I, pp. 636-637; C. mota pinto, *Cessão*, p. 411; Pinto Monteiro, *Cláusulas*, pp. 430-431 (e respetiva nota de rodapé 988); Pedro Romano Martinez, *Cumprimento*, p. 235; Maria de Graça Trigo, *Responsabilidade civil delitual por facto de terceiro*, pp. 238, 257-259; e, ainda, se bem confiamos, Ana Taveira da Fonseca, *Responsabilidade civil pelos danos causados pela ruína de edifícios ou outras obras*, p. 136 (nota 137).

Em terceiro lugar, invocar que a via obrigacional é a mais favorável e, que portanto, é aquela que deva prevalecer, baseia-se em duas premissas que rejeitamos: primeiro, as diferenças de regime não permitem aferir de antemão qual a via mais vantajosa para o lesado (pode, p. ex., o lesado ter interesse em responsabilizar solidariamente os co-lesantes, 490.º, em vez de confiar no regime da parciariedade, regime-regra da responsabilidade dos condevedores, 513.º); segundo, esta baseia-se numa máxima que rejeitamos (a do *pro damnato*).

III. [*modelo híbrido*]. Noutra proposta, o lesado poderá *combinar*, *escolher*, *optar* (parcialmente) por vários aspetos de cada modalidade de responsabilidade civil, tal como proposto inicialmente por Adriano Vaz Serra. O que está em causa, nestoutra teoria, é a possibilidade de uma combinação *ad hoc* de aspetos de regime de acordo com o seu interesse, num verdadeiro *cherry picking* ou *remedy-shopping* dos elementos do regime de cada modalidade.

A favor deste teoria figuram, entre outros, Baião do Nascimento, Ferreira Pinto, Dário Moura Vicente, Mafalda Miranda Barbosa e Rui Ataíde([123]).

Da nossa parte, este entendimento não pode prevalecer. Para tal, contribuem vários fatores, a começar pelo divergência axiológica insanável entre as modalidades consideradas. A *summo divisio* é, a final, adversa a uma tal miscigenação de regime inerente à criação de regras que, bem vistas as coisas, não existem (não se reputa, p. ex., exemplo admissível que o lesado escolha presumir a culpa do lesante pela prática de um delito, quando a lei não o preveja). O ponto fundamental é este: se o lesado não pode ficar, em resultado da existência de um concurso de responsabilidade civil, numa posição *pior*, também nada justifica que fique *numa posição melhor*. O interesse do lesando e do tráfego jurídico, especialmente *vis-à--vis* ao risco da imprevisibilidade e da incerteza jurídica quanto ao regime aplicável, são também operantes e devem ser atendidos.

([123]) Em linha com a proposta de Vaz Serra, v. Baião do Nascimento, *Do concurso*, p. 85; Ferreira Pinto, *O concurso*, p. 2013; Dário Moura Vicente, *Da responsabilidade pré*-contratual, pp. 232, 712 e em *Direito Comparado*, II, p. 525; Mafalda Miranda Barbosa, *Lições*, p. 20; Rui Ataíde, *Responsabilidade*, 1003-1004, em *Poder paternal*, 406-408. Recentemente, *Direito dos Contratos II*, *Contrato de depósito*, p. 31 e respetiva nota 26. Novamente, para a análise da posição de cada um destes AA., v. o nosso *O concurso*, pp. 694-696. Na jurisprudência v., a título exemplificativo, cf. o entendimento expresso pelo STJ em 25-Fev-2015 (Armindo Monteiro), proc. 804/03.2TAALM.L.Sl, no contexto da responsabilidade civil médica.

IV. A teoria do cúmulo, em sentido lato, vai notoriamente ganhando espaço nos nossos tribunais. Este *momento de inflexão* (no anglicismo: *turning point*), acompanha o declínio da teoria do não-cúmulo em França, onde tem as suas raízes. Isto corresponde, suspeitamos, à evolução natural do enquadramento juscientífico desta matéria.

Não é possível precisar no grau aqui mais-do-que-devido a decisão, ou conjunto delas, que atestam de forma final onde se situa essa *mudança de paradigma*. Mas esta ocorreu, *rectius* está em curso, neste preciso momento. Vejamos algumas das nossas decisões, favoráveis a esta leitura.

Ao nível das nossas Relações, assim de decidiu, *inter alia*, na responsabilidade emergente (*i*) pelo rebentamento de um cilindro([124]), (*ii*) pelo incumprimento da obrigação médica([125]), (*iii*) pelo aparecimento súbito de um cão na via controlada pela concessionária([126]), (*iv*) pelo erro médico([127]), (*v*) pelo acidente durante uma aula de condução([128]), (*vi*) pela falta de cuidado na extração de um dente([129]), (*vii*) pela atuação de uma funcionário num lar de terceira idade([130]) e, por fim, (*viii*) pela realização de um sutura incorreta do paciente([131]).

Do Supremo Tribunal de Justiça provém um conjunto de decisões antigas, favoráveis ao cúmulo da responsabilidade. Assim foi decidido (*i*) quando os médicos se esquecem de uma gaze no interior do corpo da paciente([132]), (*ii*) pela privação do uso do locado pelo senhorio([133]), (*iii*) pelos prejuízos causados pela ruína de um muro([134]), (*iv*) pela destruição do estabelecimento([135]), e, ainda, (*v*) a responsabilidade do infantário pela vigilância de um menor pelo incêndio ocorrido nas suas instalações([136]). Nas decisões mais recentes, foi também este entendimento inerente (*vi*) à responsabilidade do médico e da clínica pelas informações prestadas num contexto de gravidez([137]), (*vii*) pela cirurgia mal-executada([138]), (*viii*) pelos danos causados por um doente a outro([139]), (*ix*) pela remoção desnecessária da próstata do lesado([140]) e,

---

([124]) TRP, 20-Fev-1992 (Sampaio da Nóvoa), proc. 9140452.
([125]) TRC, 4-Abr-1995 (Francisco Lourenço), CJ, II (1995).
([126]) TRC, 10-Jan-2006 (Jorge Arcanjo), proc. 2554/05.
([127]) TRL, 20-Abr-2006 (Fátima Galante), CJ, 190, II (2006).
([128]) TRC, 16-Dez-2009 (Jorge Arcanjo), proc. 5/05.5TBOHP.Cl.
([129]) TRP, 24-Fev-2011 (Filipe Caroço), proc. 674/2001.Pl.
([130]) TRE, 20-Out-2011 (Mário Serrano), CJ, n.º 223, N (2011).
([131]) TRL, 18-Mai-2017 (Luís Mendonça), proc. 5489/09.0TVLSB.Ll-8.
([132]) STJ de 26-Nov-1980, Furtado dos Santos; BMJ, n.º 301 (1980) pp. 404-411.
([133]) STJ de 6-Nov-1986, Lima Cluny; BMJ, n.º 370 (1987), pp. 529-535.
([134]) STJ de 22-Out-1987, Lima Cluny; BMJ, n.º 370 (1987), pp. 529-535.
([135]) STJ de 23-Mai-1995, Ramiro Vidigal; CJ/Supremo, III (1995), 2, pp. 103-106.
([136]) STJ de 25-Nov-1998, Herculano Lima; BMJ 481 (1998), pp. 470-483.
([137]) STJ, 19-Jun-2001 (Pinto Monteiro), proc. 01Al008.
([138]) STJ, 05-Jul-2001 (Ferreira de Almeida), CJ, II, 2001.
([139]) STJ, 22-Set-2005 (Lucas Coelho), proc. 03B2668.
([140]) STJ, 04-Mar-2008 (Fonseca Ramos); CJ, n.º 206, I (2008).

por fim, (*x*) pelo acidente ocorrido quando uma enfermeira foi atingida pela queda de uma máquina instalada no teto na sala de operações([141]).

§5. Ensaio conclusivo. As tendências evolutivas do concurso de responsabilidade civil

I. Numa dada situação, na qual convirjam à aplicação as modalidades delitual e obrigacional de responsabilidade civil, o lesado tem ao seu dispor ambas as vias, podendo *optar* globalmente pelo regime que lhe seja mais favorável. No fundo, poderá *escolher* a pretensão indemnizatória que melhor lhe convir. Singra, entre nós e neste termos, o modelo do concurso de pretensões alemão (*Anspruchskonkurrenz*). Esta escolha detém, como vimos, várias particularidades e não é necessariamente incompatível com outro efeito, nomeadamente com o de *cumulação* do efeito ressarcitório inerente a pretensões concorrentes, desde que estas (frise-se) se destinem à tutela de *outros danos*.

Ora, a *coexistência* e *autonomia* das pretensões é, note-se, somente *horizontal*, ou seja, por comparação às demais pretensões. Quer isto dizer que a autonomia nunca é *vertical*, por referência ao direito de crédito indemnizatório, *único*, do qual dependem. Por outro lado, essa independência é geralmente posta em causa no momento da *satisfação* de uma delas. Como visto, o cumprimento de uma das pretensões em concurso, remove um dos pressupostos do título de imputação de danos das demais, nomeadamente o do *dano*. Em resultado, as demais pretensões, não satisfeitas, extinguem-se. Aliás, este momento poderá ser antecipado em resultado (*i*) dos efeitos (comunicantes) das causas de exclusão da ilicitude ou da culpa, (*ii*) perante o dano excedente da cláusula penal e, ainda, (*iii*) por efeito da regulação *convencional* ou *legal* da obrigação de indemnização.

II. A representar este processo vimos que a jurisprudência, nacional e estrangeira, tem tido um papel de destaque no enquadramento da figura. Três momentos históricos comprovam-no. O último corresponde, aliás, à tendência atual, claríssima na inflexão da doutrina mais antiga

---

([141]) STJ, 07-Fev-2017 (Hélder Roque), proc. 4444/03.8TBVIS.Cl.Sl.

(correspondente à teoria do não-cúmulo) a favor de um *concurso de pretensões* destinado à satisfação de todos os prejuízos sofridos pelo lesado. Estamos, dúvidas não haja, a percorrer o *caminho da jurisprudência*, definido que seja, tal como fez Larenz, como «o da paulatina progressão de caso para caso, através do qual os pontos individuais de um sistema de coordenadas são, por assim dizer, primeiramente definidos»([142]). E é este (e bem) o trilho a percorrer, reconhecendo, justamente, o papel fundamental da jurisprudência e, em si, o do juiz, no desenvolvimento do Direito.

([142]) Karl Larenz, *Entwicklungstendenzen der heutigen Zivilrechtsdogmatik*, *JuristenZeitung*, Ano 17, n.º 04 (16 de fevereiro de 1962), pp. 105-110; cf. a nossa tradução deste importante estudo em *Revista do Direito Civil*, I (2023), 1, pp. 174-190 (177).

A PROPOSTA DE REGULAMENTO EUROPEU PARA A INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL

Pelo Doutor Francisco ACP Andrade([1])

Sumário:

1. Inteligência Artificial. **2.** Qualidade dos Dados e Confiança. **3.** Risco e Responsabilidade. **4.** Conclusões.

Resumo

Partindo da necessidade de um conceito uniforme de Inteligência Artificial, iremos analisar a Proposta de Regulamento para a Inteligência Artificial, a qualidade dos dados que sustentam o funcionamento da IA, os estados cognitivos e intencionais da IA e os riscos e responsabilidades que têm que ser encarados relativamente à utilização desta tecnologia. Ou seja, questionaremos a necessidade de um enquadramento jurídico do funcionamento da Inteligência Artificial mas também a necessidade de um quadro claro relativamente às regras da responsabilidade extra-contratual por danos causados por IA.

Palavras-chave

Inteligência Artificial, estados cognitivos, estados intencionais, responsabilidade.

1. Inteligência Artificial

Inteligência Artificial, o que é? Há uma necessidade premente de chegarmos a um consenso sobre o que entendemos por Inteligência Artificial, da qual muito se fala mas nem sempre falamos das mesmas coisas. Neces-

---

([1]) Investigador integrado do JUSGOV — Centro de Investigação em Justiça e Governação (da Escola de Direito da Universidade do Minho) e investigador colaborador do Centro ALGORITMIi (da Escola de Engenharia da Universidade do Minho). <fandrade@direito.uminho.pt>.

sitamos de um conceito uniforme de Inteligência Artificial. Temos que partir da ideia de que há sistemas informacionais que têm uma determinada percepção do ambiente em que atuam, que interagem com esse ambiente, que têm determinados objetivos atribuídos e que definem (e redefinem) uma atuação estratégica para atingir esses objetivos. Características fundamentais dos sistemas de Inteligência Artificial são a sua autonomia (atuação sem intervenção humana), capacidade de aprendizagem e de adaptação às modificações no ambiente. São estas características que distinguem a Inteligência Artificial (paradigma de computação) do EDI — Intercâmbio Eletrónico de Dados (paradigma de programação) que atua de forma automatizada com base na premissa "se — então".

Na versão original da proposta de Regulamento Europeu para a Inteligência Artificial, no art. 3.º, n.º 1, podia-se ler a seguinte definição de Inteligência Artificial: "…programa informático desenvolvido com uma das várias técnicas e abordagens enumeradas no Anexo I, capaz de, tendo em vista um determinado conjunto de objetivos definidos por seres humanos, criar resultados, tais como conteúdos, previsões, recomendações ou decisões, que influenciam os ambientes com os quais interage". Esta é uma definição ampla (porventura demasiado ampla)([2]) e nela não se estabelece a distinção entre o paradigma de computação e o paradigma de programação. Por outro lado, refere-se a possibilidade de a Inteligência Artificial influenciar os ambientes com os quais interage mas não há nenhuma referência à possibilidade de a Inteligência Artificial afetar a esfera jurídica de terceiros.

Esta definição de Inteligência Artificial era manifestamente genérica, pouco clara e incompleta. Foi assim com agrado que verificámos que, a 9 de Maio de 2023, foi aprovada pelo Parlamento Europeu uma modificação da definição de Inteligência Artificial nos seguintes termos:

"A noção de sistema de IA no presente Regulamento deve ser claramente definida e estreitamente alinhada com o trabalho das organizações internacionais que trabalham no domínio da Inteligência Artificial a fim de garantir a segurança jurídica, a harmonização…". E acrescentando que o conceito "deve basear-se nas principais características da Inteligência Artificial([3]), como as

---

([2]) Cf. Ebbers, Martin/Hoch, Veronica/Rosenkranz, Franck/Ruschemeyer, Hannah/Steinrötter, Bjorn, *The European Commission's Proposal for an Artificial Intelligence Act — A critical assessment by members of the Robotics and AI Law Society,* (RAILS) 2021, 4, 589-603, p. 2. <https://doi.org/10.3390/j4040043>: "Such a broad approach may lead to legal uncertainty for developers, operators, and users of AI systems".

([3]) Ebbers, Martin e outros, referido, p. 2: "Many associate the term "Artificial Intelligence" primarily with "Machine Learning", and not with simple automation processes in which pre-programmed rules are executed according to logic based reasoning".

suas capacidades de aprendizagem, raciocínio ou modelação, de modo a distingui-la de sistemas de software ou abordagens de programação mais simples", finalizando com a afirmação de que os sistemas de Inteligência Artificial "são concebidos para funcionar com níveis variáveis de autonomia, o que significa que têm, pelo menos, um certo grau de independência das ações em relação aos controlos humanos e de capacidade para funcionar sem intervenção humana". Esta referência à autonomia([4]), à capacidade de atuação sem intervenção humana, é fundamental para que possamos falar de Inteligência Artificial([5]).

Aspeto muito discutível da proposta é a ideia de que os sistemas de Inteligência Artificial de risco elevado devem ser concebidos e desenvolvidos de modo "…que possam ser eficazmente supervisionados por pessoas singulares durante o período de utilização do sistema de IA" (art. 14.º da Proposta). A ideia de uma supervisão humana permanente parece algo irrealista.

Estes sistemas de IA vão ser utilizados para recolher e relacionar dados, partilhar dados e informação, funcionar com base em dados inferidos, usando informação incompleta, vão atuar com base na nossa pegada digital, podendo participar em processos de "descoberta eletrónica"([6]).

Importante a propósito da utilização de Inteligência Artificial nos Tribunais é ainda a distinção entre "Sistemas decisórios e sistemas de apoio à decisão". Nos Tribunais, a Inteligência Artificial tem que ser utilizada como Sistema de Apoio à decisão - a decisão final, sempre que afete a esfera jurídica de seres humanos (e, em particular os seus direitos fundamentais) tem que ser tomada por um juiz humano. A este respeito há que fazer uma referência ao art. 22.º do RGPD, que estabelece um principio importante, apesar de uma formulação não totalmente correta: "O titular dos dados tem o direito de não ficar sujeito a nenhuma decisão tomada exclusivamente com base no tratamento automatizado, incluindo a definição de perfis([7]), que

---

([4]) Cf. Novais, Paulo, "Teoria dos Processos de pré-negociação em ambientes de comércio electrónico", Universidade do Minho, Braga, 2003 (Tese de Doutoramento), p. 57.

([5]) A este respeito, cf. Jennings, N. R. e Wooldridge, M. J., "*Software Agent"s*, IEE Review, January, 1996.

([6]) A utilização de Inteligência Artificial vem ainda adensar mais as dificuldades relativas à descoberta eletrónica de prova. Cf. Andrade, Francisco C.P., "Descoberta Eletrónica de Prova", em obra coletiva derivada do Congresso Internacional "Derecho, Nuevas Tecnologias e Inteligencia Artificial" (Universidade de Santiago de Compostela), Editorial Dykinson S.L., 2023, pp. 37-42.

([7]) Relativamente aos riscos da definição de perfis pela Inteligência Artificial, veja-se a polémica envolvendo o sistema Compas nos Estados Unidos da América, a propósito de decisões entre aplicação de prisão preventiva e liberdade condicional, em que as decisões da máquina tendiam a determinar prisão preventiva para cidadãos de raça negra e de liberdade condicional para cidadãos de raça branca. Mas será que a IA pode tornar-se preconceituosa ou discriminatória? Claro que pode…

produza efeitos na sua esfera jurídica ou que o afete significativamente de forma similar". O defeito de redação é evidente pelo uso da expressão "tratamento automatizado". Obviamente, não foi tida em consideração a necessária distinção entre "paradigma de computação" (atuação inteligente da máquina) e "paradigma de programação" (atuação apenas automática da máquina)([8]). De todo o modo, fica assinalada a importância do "espírito" da norma: ninguém deve ser afetado nos seus direitos fundamentais por decisões tomadas exclusivamente por sistemas de Inteligência Artificial.

Há que ter também em particular atenção que os sistemas de Inteligência Artificial vão recolher, processar, e distribuir dados (eventualmente dados pessoais e até dados sensíveis) e vão interagir com seres humanos a até com outros sistemas de Inteligência Artificial([9]). Os sistemas de IA não vivem isolados do mundo e operam em redes abertas.

Aspeto muito relevante da proposta de Regulamento é a consagração de um princípio de Transparência, em especial nos arts. 52.º e 12.º. No art. 52.º estabelece-se o direito de as pessoas singulares serem informadas sobre a qualidade do seu interlocutor, o direito de saber se a pessoa está a interagir com outra pessoa ou com um sistema de IA: "Os fornecedores devem assegurar que os sistemas de IA destinados a interagir com pessoas singulares sejam concebidos e desenvolvidos de maneira que as pessoas singulares sejam informadas de que estão a interagir com um sistema de IA, salvo se tal se revelar óbvio dadas as circunstâncias e o contexto de utilização"([10]). Numa primeira leitura desta norma (em 2021) já havíamos ficado com a sensação de que o Teste de Turing, se não tinha ainda sido ultrapassado estaria muito próximo disso([11]).

Mas os preconceitos e discriminações da IA resultam em grande medida dos preconceitos e discriminações existentes na sociedade e, quantas vezes, refletidas nas decisões judiciais. A utilização do Raciocínio Baseado em Casos, pela IA, pode levar muito facilmente à emulação dos preconceitos humanos pela máquina. Cf. Brackey, Adrienne, "Analysis of racial bias in Northpointe's COMPAS algorithm", Master Dissertation, Tulane University 2019.

([8]) Sobre a distinção entre paradigma de programação e paradigma de computação cf. Brito, Luís e Neves, José, "A execução paralela em sistemas multiagente: comunicação, distribuição, coordenação e coligação", Grupo de Inteligência Artificial, Departamento de Informática, Universidade do Minho, 2003, p. 4. e Machado, José Manuel Ferreira, "Agentes Inteligentes como objetos dum sistema distribuído de Realidade Virtual", Universidade do Minho, Braga 2002 (Tese de Doutoramento).

([9]) Baseando a sua atuação em estados cognitivos e estados intencionais. Cf. Sartor, Giovanni, "Cognitive Automata and the Law: electronic contracting and the intentionality of software agents", in Artificial Intelligence and Law, 17, 2009, pp. 253-290.

([10]) Estabelece, no entanto, o art. 52.º da proposta uma importante excepção no âmbito penal: "Esta obrigação não se aplica a sistemas de IA legalmente autorizados para detetar, prevenir, investigar e reprimir infrações penais, salvo se esses sistemas estiverem disponíveis ao público para denunciar uma infração penal".

([11]) Esta percepção foi amplamente confirmada nos anos seguintes com o aparecimento do

Uma outra perspetiva deste princípio da transparência e talvez ainda mais relevante é o que se manifesta no art. 12.º da Proposta relativo à manutenção de registos: "Os sistemas de IA de risco elevado devem ser concebidos e desenvolvidos com capacidades que permitam o registo automático de eventos (registos) enquanto o sistema de IA de risco elevado estiver em atividade. Essas capacidades de registo devem estar em conformidade com normas reconhecidas ou especificações comuns". É fundamental que haja registos da atividade da máquina. A máquina atua sem intervenção humana e é importante saber em que momentos atuou, com quem ou com quê interagiu, de quem ou de quê recebeu informações.

2. Qualidade dos dados e confiança

Diz-nos o Prof. Giovanni Sartor([12]) que os "agentes" de software atuam com base em estados cognitivos (a partir de uma Base de Conhecimento permanentemente atualizável) e estados intencionais. A respeito dos estados cognitivos há que falar nos requisitos de qualidade dos dados e informação a que a máquina tem acesso. Será possível que a máquina possa receber dados isentos de erros? Certamente não.

Seria no entanto avisado estabelecermos uma distinção entre a fase de preparação / produção dos sistemas de Inteligência Artificial (com realização de testes, verificação de dados e resultados, verificação da qualidade dos dados e do seu funcionamento para os fins a que se destina)([13]) e a fase de lançamento no mercado, comercialização e utilização do sistema pelos detentores de direitos de utilização e por outros utilizadores. A partir da comercialização o produtor, em boa medida, perde o controlo sobre o produto([14]). Se a máquina estiver em perfeitas condições de funciona-

---

Chat GPT e de inúmeros outros produtos de Inteligência Artificial Generativa. A qualidade dos textos produzidos pelo Chat GPT é deveras impressionante e deixará qualquer um na dúvida quanto á procedência artificial ou humana dos respetivos textos.

([12]) Sartor, Giovanni, citado, 2009.

([13]) Eventualmente com intervenção de autoridades independentes que possam assegurar a qualidade do produto e do seu funcionamento para os objetivos para os quais está a ser criado, suscitando assim um ambiente de confiança (sistémica e individual) nos produtos lançados no mercado. Seria também importante a existência de um sistema de registo obrigatório para sistemas de IA de risco elevado.

([14]) Com eventuais excepções em caso de haver continuação de assistência do produtor e imposição ao utilizador de incorporar recomendações feitas pelo produtor.

mento (no momento em que é lançada no mercado), a responsabilidade do produtor terminará nesse momento([15]) e passarão a existir outras pessoas ou entidades eventualmente responsáveis. É que os sistemas de inteligência artificial não irão operar em circuito fechado, antes irão operar em redes abertas, interagindo com humanos ou com outros sistemas de inteligência artificial…([16]).

Da maior relevância é o art. 12.º da Proposta de Regulamento para a Inteligência Artificial que nos fala, no seu n.º 1, sobre uma necessidade de rastreamento do funcionamento da máquina (incluindo registo de acessos): "Os sistemas de Inteligência Artificial de risco elevado devem ser concebidos e desenvolvidos com capacidades que permitam o registo automático de eventos ("registos") enquanto o sistema de IA de risco elevado estiver em funcionamento", acrescentando-se no n.º 2 do mesmo artigo que "As capacidades de registo devem assegurar um nível de rastreabilidade do nível de funcionamento do sistema de IA ao longo do seu ciclo de vida que seja à finalidade prevista no sistema".

De todo o modo, estes sistemas de inteligência artificial irão utilizar dados inferidos, irão atuar com base em informação incompleta, e a certificação da tecnologia (que pode e deve existir) não será suficiente para assegurar um elevado nível de confiança na utilização do sistema.

([15]) Sendo aqui de aplicação muito residual as regras relativas a defeitos do produto, sobretudo se houver prévia certificação externa, por entidade independente, do bom funcionamento do sistema. A este respeito, cf. Antunes, Henrique Sousa, citado, p. 7: "A imputação de danos ao fabricante é, hoje, possível com o regime da responsabilidade civil do produtor. Trata-se de uma forma de responsabilidade objetiva, ou seja, sem culpa. Reconhece-se, porém, as limitações do seu alcance (nesse sentido se pronuncia, designadamente, o Parlamento Europeu — considerandos AH e AI). Desde logo, a exigência de um defeito de fabrico do robô. O produto que determina a responsabilidade do fabricante nos termos assinalados deve ser defeituoso".

([16]) Pode até dar-se o caso de um sistema de IA… poder andar em más companhias… o que aumenta ainda mais a enorme imprevisibilidade relativamente aos conhecimentos que o sistema adquire e aos comportamentos que poderá vir a adotar. E, dada a impossibilidade de permanente monitorização humana, torna-se de difícil aplicação qualquer responsabilidade fundada nos deveres de vigilância, no que concordamos com o que diz Antunes, Henrique Sousa, citado, a p. 9: "Enquanto ao robô faltar personalidade jurídica … Afigura-se, assim, desajustado configurar a responsabilidade do utilizador pelos danos causados por um robô no plano da responsabilidade das pessoas obrigadas à vigilância de outrem (art. 491.º do Código Civil português). Ainda a propósito dos riscos de utilização de IA no sistema financeiro, veja-se por exemplo o caso Knight Capital Group, no Estado de Nova York em 2012… <https://medium.com/dataseries/the-rise-and-fall-of-knight-capital-buy-high-sell-low-rinse-and-repeat-ae17fae780f6> (consultado 20 de Abril 2024).

3. Risco e responsabilidade([17])

A Inteligência Artificial necessariamente comporta riscos e questão é saber qual o nível de risco que estamos dispostos a aceitar e como encarar as questões de responsabilidade por danos decorrentes da atuação da IA([18]). A determinação das responsabilidades não é fácil. Como diz o Prof. Henrique Santos([19]) "Quem poderá ser responsável pelos atos de um sistema que que é tão complexo que ninguém sabe como ele funciona"? A questão poderá ainda tornar-se mais complexa se considerarmos os serviços em nuvem com prestadores de serviços utilizando IA a prestarem serviços a outras pessoas ou entidades que igualmente utilizam IA em rede aberta. Em qualquer situação, o que se verifica é um progressivo afastamento do produtor relativamente ao funcionamento da máquina. O que estará em causa será uma complexa cadeia de interações envolvendo Produtor, Proprietário ou Titular de Direitos de Utilização, utilizadores externos e, eventualmente, outros humanos ou sistemas de IA que interagem com a máquina. Haverá necessidade de considerar toda a cadeia de intervenientes e qualquer um desses intervenientes poderá, eventualmente, vir a ser considerado responsável pelo comportamento da máquina([20]).

Verifica-se a possibilidade de existência de um conjunto grande de intervenientes que têm interações com a IA e qualquer uma dessas pessoas

---

([17]) Sobre a temática da responsabilidade civil da Inteligência Artificial cf. Antunes, Henrique Sousa, "Inteligência Artificial e Responsabilidade Civil: Enquadramento", *in* "Revista de Direito da Responsabilidade", — ISSN 2184-4542 — GESTLEGAL 2019 <https://revistadireitoresponsabilidade.pt/2019/inteligencia-artificial-e-responsabilidade-civil-enquadramento/>.

([18]) A presente proposta de Regulamento não contém qualquer norma relativa à responsabilidade civil por atos praticados por Inteligência Artificial. Mas em 2022, a Comissão Europeia apresentou uma Proposta de Diretiva relativa à adaptação das regras de responsabilidade civil extracontratual à inteligência artificial (Diretiva Responsabilidade da IA). Estranhamos que a Comissão Europeia tenha adotado instrumentos diferentes para a Regulação da IA (um Regulamento, direta e imediatamente aplicável) e para a Responsabilidade dos atos da IA (uma diretiva que terá que ser transposta nos vários Estados Membros, previsivelmente no prazo de dois anos a partir da sua aprovação). Estes desfasamentos (entre instrumentos e também entre tempos de aprovação / transposição e entrada em vigor) constituem um evidente risco para produtores e utilizadores de IA, por falta de regras claras e uniformes sobre a responsabilidade civil dos atos praticados por IA. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/HTML/?uri=CELEX:52022PC0496> (consultado 20 Abril 2024).

([19]) Professor da Escola de Engenharia da Universidade do Minho, em Podcast gravado na Rádio Universidade do Minho: "Inteligência Artificial na União Europeia: segurança, responsabilidade e limites", edição de #Juniors2Seniors (Espaço UNIO, CitDig), no Canal Youtube da Escola de Direito da Universidade do Minho *in* <https://www.youtube.com/watch?v=5fYhJ2TFd1Q&t=1s> (consultado 20 de Abril 2024).

([20]) As interações entre IA de várias empresas podem conduzir a resultados surpreendentes. Por exemplo, podem ocorrer situações de cartelização entre máquinas sem qualquer intervenção humana.

podem eventualmente ser responsabilizadas em caso de ocorrência de danos causados a terceiros([21]). É claro que haverá que buscar um equilíbrio entre a satisfação dos direitos das vítimas dos danos causados por IA e o interesse da indústria em desenvolver produtos inovadores([22]).

É compreensível a abordagem que alguns autores têm tentado introduzir de considerar uma responsabilidade objetiva (pelo risco)([23]), mas há que não esquecer a questão da eventual (e desejável) rastreabilidade das interações da máquina com terceiros([24]).

Atentas estas especificidades da atuação da IA e a pretensa obrigatoriedade de manutenção de registos, ousamos propor um regime híbrido de responsabilidade para os atos da IA: nem uma total responsabilidade pela culpa([25]) nem uma responsabilidade apenas pelo risco. O que se propõe é um regime misto, com presunções de responsabilidade ilidíveis. Claro que há que assegurar que as vítimas de danos possam ser indemnizadas mas há questionar os limites da responsabilidade objetiva. Será que quem transmite informações erradas à máquina não deverá ser responsabilizado civil e, ou, penalmente([26])?

Tradicionalmente, a doutrina jurídica vem falando numa noção de atribuição([27]): o ato é praticado pela máquina mas a "intenção" tem que ser

---

([21]) É incompreensível a opção da Comissão Europeia de pretender aprovar um Regulamento Europeu para a Inteligência Artificial sem uma aprovação, em simultâneo, de um regime de responsabilidade extra-contratual para situações de ocorrência de danos provocados pela atuação da IA… E mais incompreensível resulta que se esteja a querer aprovar este regulamento para a IA quando, entretanto se tenciona aprovar (mais tarde) uma Diretiva relativa à Responsabilidade Civil Extracontratual dos danos causados por IA. É difícil compreender porquê num caso se opta por um Regulamento, diretamente e imediatamente aplicável em todos os Estados Membro enquanto, no outro caso, se opta por uma Diretiva que necessitará de uma transposição em cada Estado Membro com fixação de um determinado prazo para transposição. Na prática, iremos ter um Regulamento aprovado previsivelmente este ano mas as regras de responsabilidade civil, na melhor das hipóteses, poderão entrar em funcionamento, dentro de … dois anos??

([22]) E, no entanto, a falta de regras claras de responsabilidade civil extracontratual para os danos causados por IA poderá representar um travão à inovação e colocação no mercado destes produtos, por compreensível receio da indústria e dos potenciais utilizadores.

([23]) Quem utiliza a máquina em seu benefício deve responder pelos danos causados, independentemente de culpa…

([24]) Veja-se o disposto no art. 12.º da Proposta de Regulamento para a Inteligência Artificial.

([25]) Na maioria das situações será extremamente difícil, se não impossível, estabelecer o nexo de causalidade entre a intenção humana ou até os estados intencionais da máquina e o resultado da atuação da mesma, por um lado, e a eventual atribuição de responsabilidade a uma pessoa, singular ou coletiva. A propósito dos estados intencionais do software, cf. Sartor, Giovanni, citado, 2009.

([26]) A possibilidade de "fake news" intencionalmente transmitidas à IA tem necessariamente que ser equacionada. A transmissão de dados (ou informação) errados transmitidos à máquina levará o sistema de IA a atuar de modo totalmente errático e imprevisível… Alterando-se a Base de Conhecimento da máquina, alterado será o próprio comportamento da mesma.

([27]) Cf. Weitzenboeck, Emily, "Electronic Agents and the formation of contracts", ECLIP —

atribuída a um ser humano. Trata-se obviamente de uma ficção… com a Inteligência Artificial será muito difícil estabelecer a ligação entre uma intenção humana e a atuação da máquina (decorrente de um estado intencional do próprio software)([28]).

Questão que se coloca é a de saber se é ou não possível, e em que termos, uma regulação da Inteligência Artificial. A presente proposta de Regulamento para a IA tem aspetos muito positivos e outros talvez um pouco utópicos. Sempre se dirá no entanto que é preferível termos alguma regulação a não termos nenhuma regulação. No entanto haverá que estabelecer distinções. Na fase de criação, desenvolvimento e testes dos produtos de IA é importante que haja regras claras a serem seguidas pelos produtores e, eventualmente, a intervenção de entidades terceiras de confiança (entidades certificadoras de produtos de Inteligência Artificiial). É importante a verificação prévia de tudo aquilo que for necessário para que o sistema funcione corretamente de acordo com os objetivos para os quais está a ser criado. Será importante atentar em requisitos de segurança de funcionamento dos sistemas([29]), mas conseguindo um equilíbrio razoável entre a necessidade de proteger os utilizadores e terceiros, mas também de não cercear exageradamente as necessidades da inovação e da manutenção de um ambiente viável de negócio. A este respeito levanta-se ainda uma questão: será que vale a pena a criação de mais uma Autoridade Independente que possa ter uma atuação efetiva em matéria de regulação e fiscalização dos produtos de Inteligência Artificial introduzidos no mercado?([30]). De

---

Electronic Commerce Legal Issues Platform, International Journal of Law and Information Technology, 2001, 9(3): 204-234.

([28]) Falar dos estados intencionais do software leva-nos à eventual consideração dos vícios da vontade na atuação do software inteligente. A este respeito cf. Andrade, Francisco, "Vícios da vontade dos Agentes de Software? *in* "Revista da Faculdade de Direito de Lisboa — Homenagem ao Professor José de Oliveira Ascensão, Ano LXIV, 2023, Número 1, Tomo 2, pp. 753-771. Mais difícil será a consideração de eventuais graus de culpa na atuação do software. O que, no entanto, seria extremamente útil, mesmo aceitando a ideia de "atribuição" a uma determinada pessoa singular ou coletiva (que supostamente deveria ter o controlo sobre a máquina — que não tem nem pode ter…) — da responsabilidade decorrente da atuação da máquina. Haverá aqui trabalho difícil a realizar e que só poderia conduzir a resultados satisfatórios se fosse conduzido em estreita colaboração entre juristas e cientistas da computação.

([29]) Embora não possa nunca pretender-se conseguir atingir parâmetros de segurança máxima, que seria necessariamente caríssima e, talvez até, totalmente inviável. . E seria até contraproducente pensar que poderemos ter uma IA perfeita que não iria cometer erros. Cf. o comentário de Ebbers, Martin e outros, citado, p. 7: "The requirement in article 10 (3) AIA regarding the training, validation and testing data sets to be, inter alia, free of errors, is quite impossible to meet. Such a level of perfection is technically not feasible and might also hamper innovation".

([30]) Ficam muitas dúvidas, sobretudo em Portugal, desde logo pelo exemplo daquilo que têm sido as dificuldades de atuação da CNPD — Comissão Nacional de Proteção de Dados. Para poder ter

qualquer modo, será muito importante a existência de um regime de notificação de incidentes, sobretudo em relação aos sistemas de IA de risco elevado (art. 6.º e Anexo III da Proposta de Regulamento para a Inteligência Artificial), de acesso a documentação (informação, dados, registos de atividade), um enquadramento jurídico da Inteligência Artificial em matéria de cibersegurança, e uma necessidade de um regime alargado de responsabilização eventualmente até com recurso a novas sanções. Uma nota final para dizer que algumas questões que eram suscitadas nas Recomendações de 2016 e 2017 do Parlamento Europeu à Comissão de Direito Civil para a Robótica, (nomeadamente a relativa à existência de pagamentos anuais a realizar, durante o período útil de vida dos robots, para um fundo de compensação) não foram tidas em conta pela Comissão nesta Proposta de Regulamento.

4. Conclusões

Há uma evidente necessidade de operarmos a partir de um conceito uniforme de Inteligência Artificial, que reconheça e tenha em conta as características fundamentais da Inteligência Artificial. A este respeito saúda-se a alteração introduzida pelo Parlamento Europeu no dia 9 de Maio de 2023. Haverá também que reconhecer a importância determinante da qualidade dos dados e informação que irão integrar a Base de Conhecimento do sistema inteligente — elemento fundamental para o correto funcionamento do sistema. Há ainda uma necessidade urgente de regras claras num regime jurídico de responsabilidade pelos atos praticados pela Inteligência Artificial (através de uma abordagem mista, responsabilidade objetiva mas também pela culpa sempre que os registos de atuação da máquina permitam afastar a responsabilidade do titular de direitos sobre a máquina (aquele em benefício do qual a máquina atua) o que poderá conduzir a uma responsabilização de todas e qualquer pessoa (ou entidade detentora de direitos sobre sistemas de IA) de todas as pessoas que transmitem dados e informações erradas ao sistema !! Todos temos que ter consciência de que não podemos brincar com a Inteligência Artificial…

---

uma atuação efetiva e minimamente eficaz, um Autoridade Independente reguladora da Inteligência Artificial necessitaria de avultados recursos humanos, tecnológicos e financeiros.

Em conclusão, fica a necessidade de um novo enquadramento jurídico em termos de regulação da própria IA, da consideração de diferentes níveis de risco da IA, de consideração de um regime de responsabilidade pela atuação da IA e, até, de um enquadramento jurídico da ciber-segurança que tenha em conta a utilização deste novo "ator" que dá pelo nome de Inteligência Artificial…

PROTEÇÃO DE DADOS E JUDICIALIZAÇÃO: O SOLILÓQUIO DA TARAMBOLA

João Vaz Rodrigues(*)

Sumário:

1. O Solilóquio da tarambola. 2. Os tempos. 3. A economia dos dados. 4. Uma era de incertezas, certezas múltiplas e a necessidade de certificação. 5. A proteção da proteção dos dados. 6. As responsabilidades. 7. As Fontes. 7.1. Os eixos da mudança. **8. A pangeia das corporações empresariais. 9. Retomando os eixos (Suleyman): 9.1.** Impacto assimétrico. *9.1.1.* O reconhecimento facial. **9.2.** Omni utilidade. **9.3.** Hiper evolução. **9.4.** Autonomia. **10. Cautelas. 10.1.** Conclusão. Conclusões: incompletudes perseverantes!

Resumo

Este texto percorre os terrenos onde se forma a necessidade das soluções jurídicas perante a vertigem das inovações tecnológicas. Trata-se de uma persistente quimera em materialização continua que coloca desafios axiológicos universais, éticos, jurídicos, regulamentares e jurisprudenciais. Novo esquisso da História do Futuro. Essencial será que a humanidade consiga afastar a predação anunciada que se percebe inevitável (os eixos da mudança). O desafio é mundial, assenta no reconhecimento da faculdade individual de recusar, na proteção da proteção dos dados (especialmente dos dados pessoais), mercê do construto de filtros de certificação, na seleção das vulnerabilidades, na regulamentação possível e no reforço da jurisprudência (judicial também). As duas últimas soluções ou são universais ou são insuficientes.

(*) Professor Auxiliar na Universidade de Évora; Centro de Direito Biomédico da FDUC; Comissão de Ética do INSA Ricardo Jorge (IP); DPO UÉv. Exerceu cargos na OA e no CSM (1999-2020).

Palavras-chave

Vertigem tecnológica; Inteligência artificial; Direito dos dados; direito de recusa; proteção da proteção de dados; os eixos: impacto assimétrico, omni-utilidade, autonomia. Necessidade regulamentar, dispersão legislativa e soluções (jurisprudência)."

1. O Solilóquio da tarambola([1])

Impõe-se uma explicação para esta estranha «deambulação» que introduzi na exposição sobre dados (pessoais) e questões atinentes à respetiva tutela. A tarambola é uma ave (também conhecida como abibe) e os dados pessoais (as informações que identificam um ser humano e expõem a sua esfera de personalidade) situam-se como *fonte de energia* fulcral para a nova era: a Era Digital. Que ligação é esta?

As tarambolas são aves que nidificam no solo. As proteções dos ninhos levam-nas a adotar uma pletora de comportamentos agressivos que vão desde as manifestações ruidosas, bicadas, e, ao caso, uma estratégia de fingimento em que o progenitor simula uma asa aberta, ferida, mostrando-se ao predador e afastando-o do ninho até que as crias fiquem a salvo do ataque, momento em que esvoaça, escapulindo-se. No que concerne à evolução das espécies, traduz uma aprendizagem eficaz e a incorporação de uma estratégia de, como dizer? salvaguarda. De todo o modo, eis por aqui um pequeno pormenor que oferece esperança para detetar como não exclusiva de *aprendizagem hereditária*, conceito que uso por oposição ao conceito de *aprendizagem coletiva* de David Christian (o ser humano distingue-se dos outros animais pela capacidade de reter, guardar e processar os conhecimentos, ampliando a transmis-

---

([1]) Texto desenvolvido das III Jornadas a Sul do Direito Civil e Processual Civil: 03-11-2023, Universidade de Évora, no âmbito do 50.º aniversário do Tribunal da Relação de Évora, com o título *Proteção de Dados e Judicialização: o solilóquio da tarambola*. Grato à organização: Sr.ª Juiz, Dr.ª Sandra Luís, bem como ao Ex.mo Sr. Juiz Presidente do TRE, Dr. João Luís Nunes, tal como à Sr.ª Presidente do CRE da OA, Dr.ª Lurdes Évora. Por fim, menciono o filósofo Daniel Dennett, infelizmente falecido (19-04-2024). Os estudos de Daniel Dennett em torno da possibilidade (desde *Content and Consciousness*, 1969) da verificação de ações sofisticadas processadas sem que o cérebro seja necessariamente envolvido em termos de sustentação racional ou decorrência do misto entre um autorreconhecimento e/ou concomitante espelho recíproco de si e do entorno, são permanentemente funcionais (em função de necessidade ou vantagem). Algo de muito rico e, assim, necessariamente atual para o largo terreno futuro da construção com autonomia de plataformas de processamento de dados. O paralelo construo-o em torno da certificação dos *dados* (factos informativos) que *alimentam* todo o processo cultural (humano) e a regulamentação dogmática básica de garantia de uma tríade potestativa: proteção da privacidade, direito de recusa, ao esquecimento e respetivos corolários.

são, antes de falecer o *portador/coletor* da informação)([2]). Repito: a informação recolhida fica à disposição das gerações seguintes e amplia-se. No *umwelt*([3]) do abibe, o risco da abundância de sementes oriundas dos processos humanos próprios da revolução agrícola aumenta a possibilidade de sobrevivência da espécie e agudiza a sageza. Em paralelo e sumário, a questão com que nos deparamos no *espírito do tempo* cunhado ao presente texto reside exatamente no expoente fabuloso dos recursos tecnológicos, com utilidades infindáveis, que, com *autonomia*, manuseamos quotidianamente; e o vislumbre dos futuros recursos tecnológicos que são formatados para possuírem autonomia (um *novo* conceito quando integrado em *ferramentas*): em relação à qual se impõe discutir e determinar os redutos limitativos seja na conceção seja na utilização responsável. Ao ser humano não deverá ser desprezada a proteção da sua esfera de dignidade, especialmente para repudiar, revogar decisões sobre a exposição da sua intimidade ou demais interesses conexos viáveis. A Tecnologia de Inteligência Artificial Geral consome uma imensidão de dados, em verdade, todos os dados possíveis; estas parcelas de informação são importantes e acabam por suscitarem litígios, com novidade na controvérsia([4]). No que concerne à proteção dos dados pessoais, a axiologia, densificada em ética, talvez nem carecesse de ser positivada (Direito

---

([2]) David Christian, *Big History Project*: *Collective Learning* | 6.2, cf. <https://www.khanacademy.org/humanities/big-history-project/early-humans/collective-learning/a/collective-learning-part-1> acedido em 18 de abril de 2024. Ensino/aprendizagem coletiva significa uma conexão de aquisição de conhecimentos por intercâmbio criativo de experiências e informações, vocacionada para a improvisação, o aperfeiçoamento e o registo para reapreciação futura.

([3]) *Umwelt* (Jakob von Uexküll: *Umwelt und Innenwelt der Tiere, 1909*) designa a interação entre os seres vivos e o respetivo meio ambiente; enfim, significados significantes que explicam ajustes e reversos dos quadros dos percursos dos valores (a subjetividade que o entorno do organismo lhe determina: Heidegger, Merleau-Ponty, Deleuze, Guatari, Agamben). A ponto de sintetizar com objetividade, como quero aqui emprestar, um meio ambiente ágil, forçosamente atualista que remete a Ética para a interação *em curso:* a do ser humano e a sua projeção tecnológica no meio ambiente.

([4]) Cf. litígios judiciais (EUA): OpenAI, Microsoft, Anthropic, etc. (direitos de autor e conexos): Joe Pannetieri: 30-04-2024 in Sustaineble Tech Partner: *Generative AI Lawsuits Timeline: Legal Cases vs. OpenAI, Microsoft, Anthropic, Nvidia and mor*e; <https://sustainabletechpartner.com/topics/ai/generative-ai-lawsuit-timeline/> cf. Cade Mets, 08-01-2024: *OpenAI Says New York Times Lawsuit Against It Is 'Without Merit*'; cf. <https://www.nytimes.com/2024/01/08/technology/openai-new-york-times-lawsuit.html>; Ben Lutkevitch, 02-01-2024, in TechTarget: *AI lawsuits explained: Who's getting sued?* Cf. <https://www.techtarget.com/whatis/feature/AI-lawsuits-explained-Whos-getting-sued> 8500 escritores: Sheera Frankel e Stuart T. Thompson, NYT, 15|07|2023: *'Not for Machines to Harvest': Data Revolts Break Out Against A.I.,* cf. <https://www.nytimes.com/2023/07/15/techno logy/artificial-intelligence-models-chat-data.html>; 2022, november, 3: *We've filed a lawsuit challenging GitHub Copilot, an AI product that relies on unprecedented open-source software piracy.*, <https://githubcopilotlitigation.com/>. No campo da União Europeia, a expressividade da perspetiva Ética: 19-03-2024: EU: *Ombudsman asks Commission about AI use in its decision-making,* cf. <https:/ /www.dataguidance.com/news/eu-ombudsman-asks-commission-about-ai-use-its-decision>. É fácil prolongar a lista.

Natural); contudo, está registada no art. 12.º da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948([5]), tal como, em limite, decorre do rol de garantias consagrado no Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos de 1966 (cf. art. 17.º). Sem esgotar, em termos universais([6]).

Os Dados? São mais do que isto? Pois por ora: são as parcelas de informação que nos justificam, explicam e projetam. Adiante!

2. Os tempos

Não resisto a invocar aqui a felicidade de João Leal Amado em registar e citar um Relatório da 'Comissão Ad Hoc sobre a Tripla Revolução': «*Começou uma nova era produtiva. Os seus princípios organizativos são tão diferentes dos da era industrial como os da era industrial foram diferentes dos da era agrícola. A revolução cibernética foi causada pela combinação do computador com a máquina automatizada auto-regulável (...) A cibernética já está a reorganizar o sistema económico e social de acordo com as suas próprias necessidades*». — e prossegue o A.:— «A pergunta a fazer é: a que Presidente dos EUA foi este relatório entregue? A Donald Trump? A Barack Obama? A George Bush, pai ou filho? A Bill Clinton? Nada disso. O relatório foi apresentado ao Presidente Lyndon B. Johnson, em 22 de março de… 1964»([7]).

([5]) «Ninguém será sujeito à interferência na sua vida privada, na sua família, no seu lar ou na sua correspondência, nem a ataque à sua honra e reputação. Todo o ser humano tem direito à proteção da lei contra tais interferências ou ataques».

([6]) Para o espaço europeu cf. art. 8.º da Convenção Europeia dos Direitos Humanos de 1978; Portugal: cf. o art. 33.º da CRP de 1976 (respeito pela privacidade). EUA, V da Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem (1948) e arts. 11 e 13 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos ("Pacto de São José da Costa Rica") (1969). Na Ásia, Singapura possui legislação sobre proteção de dados pessoais desde 2013, no importante espaço chinês existe notícia de três leis fundamentais de proteção da privacidade — a Lei de Segurança Cibernética (CSL), a Lei de Segurança de Dados Pessoais (DSL) e a Lei de Proteção de Informações Pessoais (PIPL). A Índia anunciou um *Digital Personal Data Protection Act*, 2023-08. Russia: Lei Federal n.º 152-FZ de 2015. Perscrutando os Estados-Nação a nota cresceria significativamente com um sem-fim de confrontações contraditórias. Não olvido a Carta Portuguesa de Direitos Humanos na Era Digital, (Lei n.º 27/2021, de 17/05. Plano Europeu contra a Desinformação, 2018: dezembro, 5, cf. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/? uri=CELEX:52018JC0036> atualizado em 2022: junho, 22, cf. <https://digital-strategy.ec.europa. eu/en/library/2022-strengthened-code-practice-disinformation>).

([7]) Cf. João Leal Amado, *in* AAVV, *I Congresso Inteligência Artificial e Direito*, Atas (coord. Anabela Miranda Rodrigues e Susana Aires de Sousa), Almedina, 2023, p. 77, ss. O Relatório pode ser encontrado em <http://pinguet.free.fr/triplefac.pdf>.

Ponto prévio. Os receios com os melindres de uma Justiça desequilibrada, pouco equitativa, são engavetadas logo no armário ardiloso do lucro libertário acelerado; o argumento é o de que todas as inovações tecnológicas eficazes revelaram custos menores (submetidas a concorrência) e lucros florescentes ao serem disponibilizadas em mercados crescentes.

Não são estranhos entre nós os estudos sobre Direito de Informação nem, até, a constatação emergente disciplinar: um Direito dos Dados([8]). Posto isto, a este propósito, dou por adquirido que a eventual recusa científica do Antropoceno([9]) será algo similar ao *desabafo* de Galileu: *e pur si muove*. Além da 3.ª Vaga, de Alvin Toffler, que prenunciou a realidade do quotidiano de hoje, como sejam: a www, os dispositivos portáteis e o acesso global a *custo suportável* às quantidades crescentes de informação. Confessando a influência, Mustafá Suleyman, sintetizou a *Vindoura Vaga*([10]) com as suas três ondas: a Inteligência Artificial, a computação quântica; e o bio desenvolvimento genético: especialmente quando materializados em máquinas robóticas([11]). O novelo de entrelaçamentos está — mais e mais— em complexidade desmesurada, seja pela autonomia progressiva (ex.: *o problema do gorila*)([12]), seja pelos lucros da revolução

---

([8]) Fica registo (incompleto da doutrina portuguesa): Maria Eduarda Gonçalves, *Direito da Informação: Novos Direitos e Formas de Regulação na Sociedade da Informação,* Almedina, 2003; Graça Canto Moniz, *A Estratégia da UE para os Dados: que contributos para a regulação dos dados?* Almedina, 2024; ID, *Manual de Introdução à Proteção de Dados Pessoais,* Almedina, 2023; Paulo Mota Pinto, *O direito à reserva sobre a intimidade da vida privada*, BFDUC, 64 (1993: pp. 479-586); Helena Moniz, *Notas sobre a proteção de dados pessoais perante a informática: o caso especial dos dados pessoais relativos à saúde*, Revista Portuguesa de Ciência Criminal, (1997: 7/2, pp. 231-298); Catarina Sarmento e Castro, *Direito da informática, privacidade e dados pessoais*, Almedina 2005; Alexandre Sousa Pinheiro, *Privacy e proteção de dados pessoais: a construção dogmática do direito à identidade informacional*, AAFDL, 2015; António Barreto Menezes Cordeiro, *Direito da Proteção de Dados (RGPD e Lei n.º 58/2019*, Almedina, 2022 (reimp); ID, *Comentário ao RGPD e à Lei n.º 58/2019*, CIPD | FDUL, Almedina, 2022; AA.VV (coord Domingos Soares Farinho; Francisco Pires Marques, Tiago Fidalgo de Freitas: *Direito da Proteção de Dados: Perspetivas Públicas e Privadas*, Almedina, 2023; Alexandre Dias Pereira, *A proteção de dados pessoais na ótica do responsável pelo tratamento à luz do RGPD,* RLJ, 153.º (2024: pp. 168-187); AAVV (coord.: Manuel Curado / Ana Paula Monteiro), *Saúde e Cyborg: Cuidar na Era Biotecnológica*, Edições Esgotadas, 2019. Muitos ficam por citar; testemunhas da aspiração a um *chip* humanizável.

([9]) O início do Antropoceno consta da agenda do 37.º Congresso Geológico Internacional (Busan, Coreia do Norte, 2024: agosto).

([10]) Mustafá Suleyman (Bharskar, Michael): *The Coming Wave (Technology, Power and the XXI Century's Great Dillema*), Crown, NY, Penguim Random House, Ebook, Kindle.

([11]) A expressão nascerá do checo: 'robota' (trabalho forçado, escravo) cabe a Karel Kapek (peça teatral de ficção científica dos anos 20 do século passado).

([12]) O *problema do gorila*, Stuart Russell (cf. *Human Compatible: AI and the Problem of Control,* Allen Lane Ed.: Penguin Books: 2019, *apud* Suleyman, *cit.*, p. 150). Em comparação com os

tecnológica, seja pela competição canibal que desnuda. Está instalada a intuição de que o domínio destes recursos significará um mundo mais *pequeno* e mais frágil. A questão fulcral é o alarme ensurdecedor de que a característica fundamental da utilização da inteligência artificial reside na sua autonomia; no facto de as informações darem azo a processos de tratamento, interação, definição de perfis, difusão etc., que se *desligam* da mão humana. A IA deixa de ser uma ferramenta, para passar a poder *vaguear por aí,* já temo acrescentar: *a seu bel-prazer*; pior: ao *desprazer de mal--intencionados*.

Entre as vulnerabilidades, aponto já as que envolvem guerra. Os *drones*), a medicina, onde a perspetiva de uma atuação, alargada, eficaz, ando como de 'alfaiate'([13]) (personalizada: André Dias Pereira)([14]) constitui atração óbvia (cf. Carla Barbosa sobre dados pessoais)([15]) e os desafios disruptivos aflorados por Eduardo Figueiredo([16]), a mistificação das declarações todas (políticas, negociais), a privacidade, a desconsideração da dignidade no reduto mais querido, onto-axiológico da humanidade: o respeito pelo: não! pela circunstância cultural individual (*e se não a salvarmos, não nos salvamos*)([17]).

Sobre o que seja IA, ouvi o meu Colega de mesa, Francisco Andrade([18]), mencionar não ser pior encontrar um conceito comum (que explicite o

---

humanos, os gorilas são fisicamente mais desenvolvidos, todavia estão em desvantagem, em zoológicos ou ameaçados. Em suma: a força pode causar dano, mas ser reduzida, mesmo aniquilada, pela inteligência; mais do que a mensurabilidade bastará uma oportunidade eficaz. Sobra ainda a manipulação, e, claro, uma clara complexidade axiológica que reclama a eficácia de quadros regulamentares. Russell foi-se convencendo entre as previsões para o futuro humano seria a IA, a mais plausível.

([13]) Assim a apontei como escopo tecnológico e desejável para a relação entre os profissionais de saúde e os pacientes em *O Consentimento Informado…*, CDB 3, 2001, Coimbra Ed.

([14]) Cf. A. Dias Pereira, *Inteligência Artificial, Saúde e Direito: Considerações Jurídicas em torno da Medicina*, *in Julgar,* n.º 45, 2021, pp. 236 | 261. Cf. a bibliografia citada: «a crise da relação médico-paciente, que se subdivide nos seguintes desafios: (*i*) a proteção do laço social, (*ii*) a proteção de dados pessoais e (*iii*) a privacidade, incluindo das informações genéticas, bem como (*iv*) o direito de manter uma interface humana em situações de vulnerabilidade relacionadas com a doença, (*v*) a autonomia do doente face à possibilidade de ser tratado por um robô, e (*vi*) a própria autonomia , do médico no âmbito que uma recente submissão quase acrítica aos resultados informáticos.», p. 240. Outro tópico: Eduardo Figueiredo, *Saúde Digital e Direito (…)* I Congresso IA, *cit.*, pp. 85-101.

([15]) Carla Barbosa, cf. "*Health research using health data and the new European General Data Protection Regulation (GDPR)*", e Revista *Lex Medicinae* (cf. site CDB | FDUC). Cf. ainda Andreia da Costa Andrade.

([16]) Eduardo Figueiredo, *Saúde Digital e Direito*… AA.VV, *cit.*

([17]) Refiro-me a José Ortega y Gasset, *Meditaciones del Quijote* (1914), *fac simile* de *Publicaciones de la residência de estudantes*, serie II-Vol. I, Madrid | Kindle («Yo soy yo y mi circunstancia, y si no la salvo a ella no me salvo», p. 18.

([18]) Cf. <https://tre.tribunais.org.pt/galeria/eventos>.

mencionado no art. 3.º, n.º 1 do Regulamento UE sobre IA, entretanto aprovado)([19]). Inclui o A. aqui dois aspetos que sublinha (autonomia e aprendizagem). Aprendizagem profunda, objetiva, interminável, sem descanso, com percursos insondáveis, mas fundada em informação humana, em dados que lhe são fornecidos primeiro; e depois? O que sucede depois?

A questão incide exatamente sobre os dados (memes, etc.: entre estes, sobretudo, os dados pessoais), e, neste sentido, está estafada a expressão de Dennin Hirsch sobre *o novo petróleo* da Revolução em curso([20]), mas ninguém arrisca a deixar de propor que o caminho prossiga por uma *via do meio* (entre cautela e otimismo: Vera Lúcia Raposo); ou a apontar os desafios dos mecanismos de vigilância, dos desvios de influência indevida (eleitoral, pressão, assédio: Mateus Carvalho), etc.([21]). A verdade é que não devemos restringir-nos aos dados pessoais, mas recordar os dados não pessoais, i.e. dados científicos, sociais e económicos, dados geográficos, de consumo, etc. Com efeito, é possível arquitetar com relativa facilidade uma economia de dados que se revelará absolutamente essencial nos anos vindouros([22]). E existem reclamações sobre empecilhos ao progresso científico, sobre a impossibilidade de a dinâmica legislativa acompanhar as descobertas; até a lentidão de uma eventual rede de Mesas Éticas, da infrutífera rede de legislação internacional, sobre… a insuficiência humana frente ao desafio máximo da criação, recordando aqui o *Discurso* de Pico Della Mirandola: «(…) nascemos na condição de sermos o que quisermos, que o nosso dever é preocuparmo-nos sobretudo com isto: que não se diga de nós que estando em tal honra não nos demos conta de nos termos tornado semelhantes às bestas e aos estúpidos jumentos de carga (…)»([23]).

([19]) Cf. art. 3.º, n.º 1: «Sistema de inteligência artificial».

([20]) Cf. ID, *The Glass House Effect: Big Data, The New Oil and the Power of Analogy* | Dennis D. Hirsch, *The Glass House Effect: Big Data, The New Oil, and the Power of Analogy*, 66 Me. L. Rev. 373 (2014). acesso: <https://digitalcommons.mainelaw.maine.edu/mlr/vol66/iss2/3>.

([21]) Cf. depoimentos em CEDIS, Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa: <https://protecaodedadosue.cedis.fd.unl.pt/2023/01/27/dia-da-protecao-de-dados-2023/>.

([22]) A respeito, cf. G. Canto Moniz, *A estratégia da UE para os Dados, cit., passim.*

([23]) Mirandola (1463-1494), *Discurso Sobre a Dignidade do Homem*, Ed. Bilingue, Ed. 70, 2011, p. 61.

3. A economia dos dados

As informações sobre dados constituíram sempre fonte de riqueza e relevância para os mercados. Investigação científica. Saúde. Ambiente. Circulação de pessoas e mercadorias, alimentação, literacia, constituem temas fulcrais para o desenvolvimento humano e respetivo bem-estar. Para tanto, a liberdade, a partilha e a fidedignidade dos dados constituem uma fonte preciosa para o interesse público mundial. Em termos simplistas, é consabida uma tríplice visão geopolítica económica das áreas de influência dominadas pela perspetiva reguladora europeia, compósita com a perspetiva libertária norte-americana([24]) e a dirigista chinesa([25]). A perspetiva libertária, porém, não deve ser analisada de forma ingénua; outrossim, as várias empresas e instituições internacionais concentram-se em uma pangeia que parece ser a herdeira da globalização político económica que resultou do fim da guerra fria. É consabida a designação *big five* para multinacionais tecnológicas ocidentais: Amazon, Apple, Google (Alphabet), Meta (Facebook) e Microsoft. Pelo lado asiático: Tencent, Alibaba, etc. Em termos de aceleração tecnológica, Suleyman e Mo Gawdat([26]), mencionam com naturalidade que a tríade NVIDIA (processadores) TSMC (Taiwan Semiconductor Manufacturing Company) e a holandesa ASML Holding NV (Advanced Semiconductor Materials Lithography) assumem uma liderança no futuro breve da fusão entre recursos. Ponderando a dimensão destes aglomerados, e a respetiva voracidade e replicação (China, EUA, Índia e Rússia), é injusto esquecer outras *sugadoras* de unicórnios. E, sobretudo, sublinho o programa de crescimento tecnológico de Xi-Ji-Ping em 2013: «Our technology still generally lags that of developed countries and we must adopt an asymmetric strategy of catching up and overtaking». A inevitabilidade não surpreenderá tudo e todos em 2030, mas muitos, seguramente([27]). Teremos um sector do Mundo direcionado para soluções globais de regime, sob experimentação, com o signo da *autonomia*: uma sensação desconfortável, de pisar andurriais desregrados.

([24]) Escândalos como o da Cambridge Analytica /10-04-2018) que sentou Zuckenberg no Congresso americano: *Facebook CEO Mark Zuckerberg testifies before Congress on data scandal* cf. <https://www.youtube.com/live/u-FlWZ1BOcA?feature=shared>.

([25]) Cf. entre outros, G. Canto Moniz, *A Estratégia… cit.,* p. 10, ss. E o *podcast* Expresso IA, 12.º episódio: Arlindo Oliveira / Francisco Pinto Balsemão (abril 2024: <https://multimedia.expresso.pt/inteligenciaartificial2024/>).

([26]) Cf. Mo Gawdat, *Scary Smart: The Future of Artificial Intelligence and How You Can Save Our World*, ed. PanMacMillan, 2021.

([27]) Cf. Suleyman, *cit*, pp. 156 a 160.

Eis a razão por que tento não me apegar a cotejar normas, diplomas e instituições em uma perspetiva positivista analítica, que, antes de o ser, já era… redutora.

4. Uma era de incertezas, certezas múltiplas e a necessidade de certificação

A inovação tecnológica reage mal a medidas de constrição. As estruturas de poder não lidam serenamente com os efeitos que se lhes escapam. Dou exemplo: A prensa de Guttenberg não foi *feliz* no império Otomano([28]). A possibilidade de multiplicação da literatura, traduções, etc. foi malquista nas estruturas dos poderes religiosos do Islão, e o resultado foi e é o de mais uma cisão radical nas plataformas das comunidades mundiais. O desinteresse recíproco durou até ao séc. XVIII pelo lado oriental e até… 11 de setembro de 2001 pelo lado ocidental? Não! Infelizmente, todo o arco histórico revela um sem número de graves conflitos; e o primeiro quartil do corrente século corre pleno de problemas de guerra, da deslocação e integração dos refugiados; sem esgotar, tudo a sublinhar a persistência de enormes dificuldades. Mas a escolha de Gutenberg e da imprensa, não foi inocente. A informação recebeu nesse transe um impacto tecnológico com repercussões extraordinárias. Nada mais foi igual… e é desnecessário explicar o óbvio: o acesso a textos, traduções, facilidade de comentários e a facilidade de disseminar ciência foi exponencial. Pior, uma coisa é a computação clássica, e, como veremos adiante, o processamento autónomo de dados realizados por um Modelo Alargado de Linguagem, o mesmo é dizer, caso se confirme (e assim parece acontecer), que a IA, na sua autonomia, ultrapassa em muito, ou de forma não controlada (não controlável) o processamento automatizado de dados([29]).

O mero acaso, a imprevisibilidade pura, também é significativa: Stuart Russell relata o seguinte: em 11-09-1933, Lord Rutherford afirmou com ironia em uma palestra: 'alguém que busque na transformação do

---

([28]) Entre Maomé II, *O Conquistador* e Solimão: 1450 a 1560: enquanto a Europa se distraiu com o Novo Mundo e as guerras intestinas, que, intermináveis, assolaram a História do Mundo até… aos dias de hoje.

([29]) O processamento automatizado de dados (cf. art. 22.º RGPD).

átomo uma fonte de energia está a falar do luar'; no dia seguinte, Leo Szilard congeminou a reação em cadeia da indução nuclear por neutrões([30]); prosseguindo, Russell cita: «We demonstrate that, beyond its mastery of language, GPT-4 can solve novel and difficult tasks that span mathematics, coding, vision, medicine, law, psychology and more, without needing any special prompting. (…), we believe that (GPT-4) could reasonably be viewed as an early (yet still incomplete) version of an artificial general intelligence (AGI) system»([31]).

Perante isto, não resisti e usei um LLM([32]) neste texto. Assim, recorri a uma versão 3,5 NOVA (OpenAI) do *chat GPT* (grátis), inserindo o tema obtive: «proteção de dados é uma questão extremamente importante quando se trata de inteligência artificial. À medida que a IA se torna mais avançada e amplamente utilizada, é crucial garantir que os dados dos usuários sejam protegidos de maneira adequada. Isso inclui implementar práticas de segurança robustas, como criptografia, autenticação de acesso e conformidade com regulamentos de privacidade como o RGPD. Além disso, a transparência no uso de dados é essencial. Os usuários devem ter ciência de como as suas informações estão sendo coletadas, armazenadas e utilizadas pela IA. É fundamental garantir a privacidade e a segurança dos dados dos usuários em todas as etapas do desenvolvimento e implementação de soluções de IA».

Insatisfeito, insisti: «Proteção de dados e inteligência artificial são áreas interconectadas que levantam importantes considerações éticas e legais. Com o crescimento do uso de IA para processar e analisar grandes volumes de dados, é crucial garantir que a privacidade e a segurança dos dados dos usuários sejam protegidas. A conformidade com regulamentos da proteção de dados como o RGPD na União Europeia, é essencial para garantir que as organizações coletem, armazenem e processem dados de maneira ética e legal. Além disso, a implementação de práticas de segurança cibernética, como criptografia e autenticação forte, é fundamental para proteger os dados contra acessos não autorizados. As organizações que desenvolvem soluções de IA também devem considerar a transparência no uso de dados, permitindo que os usuários saibam como as suas

---

([30]) CITRIS and the Banatao Institute*How Not To Destroy the World With AI* — STUART RUSSELL (cf. 29m:30s <https://www.youtube.com/live/ISkAkiAkK7A?feature=shared>).

([31]) AA.VV: SÉBASTIEN BUBECK; VARUN CHANDRASEKARAN; RONEN ELDAN; JOHANNES GEHRKE; ERIC HORVITZ; ECE KAMAR; PETER LEE; YIN TAT LEE; YUANZHI LI; SCOTT LUNDBERG; HARSHA NORI; HAMID PALANGI; MARCO TULIO RIBEIRO; YI ZHANG: *Sparks of Artificial General Intelligence: Early experiments with GPT-4*; cf. <https://arxiv.org/pdf/2303.12712.pdf>.

([32]) *Large Language Model* (modelos de linguagem alargada).

informações são coletadas e usadas. A proteção de dados e ética da IA são áreas em evolução que exigem uma abordagem cuidadosa e responsável para garantir que os direitos e a privacidade dos indivíduos sejam respeitados».

Se, porventura, me aventurasse a adquirir a versão 4, talvez o texto obviasse esta tarefa. Onde fica a 'fronteira' entre a musculação dos recursos próprios do ser humano e a mera passividade perante a oferta enriquecida dos serviços das LLM's? Onde preconizou Stuart Russell? Bom! A utilização massiva de dados (megadados) oferece: A: questões prévias, B: algumas características comuns; e C: desafios — os três grandes temas deste programa.

Mas, reitero, o que desvela já a intencionalidade do tempo que vos gasto: os dados que «alimentam» as plataformas, tal qual os «desvios» em relação aos objetivos desejáveis (instrumentalização e, ou, multiplicação de alternativas executáveis viáveis), distorcem e fazem perigar as sequelas, seja quanto a 'generalidades' seja quanto a 'densidades', colocando os cientistas de IA em posição análoga à de Midas: toque de ouro (Midas falece por inanição)([33]). Restringindo as premissas à confiança, logo a inserção ética da dicotomia: beneficência / não maleficência na *satisfação de preferências humanas* (Stuart Russell) como verdadeira teoria de jogos (*assistance games*) com base em «soluções humanas» coletivamente desejáveis impõe regras prévias, cautelas necessárias para a voragem criativa. Filtro de prudência, logo após (e assim em cada fase e fase da fase), certificando o comportamento humano correspondente. Impõe-se afastar radicalmente os riscos, submetendo procedimentos a certificações éticas. Em suma, retirar *Tanatos* da equação. *Os LLM's não são mais do que circuitos programados para um objetivo que é o de imitar a linguagem e o comportamento humano, cujos objetivos, sendo humanos. Perante a interrogação sobre se os LLM's podem delinear objetos de imitação por si próprios*? A resposta é negativa (tem de ser). Os escopos não são iguais para humanos, plataformas e as suas *vestes úteis robots*: as indexações são diferentes. Logo, retomamos os filtros de áreas de risco elevado como ocorre no trânsito (transporte, energia atómica, experimentação etc.). Logo nas questões prévias a discussão que desperta é a que opõe sectários: da precaução *v.º* da investigação (com os matizes). Cá vai!

([33]) Cf. *Consequences of Misaligned AI*: Simon Zhuang, Dylan Hadfield-Menell (Neur-lIPS 2020), <https://doi.org/10.48550/arXiv.2102.03896>, <https://arxiv.org/pdf/2102.03896.pdf>.

5. A proteção da proteção dos dados

Menezes Cordeiro ensina que o carácter eminentemente universal do Regulamento Geral de Proteção de Dados (UE e a influenciar o Direito Norte americano ou o brasileiro, e.g.) revela "novidades» que *abalam* o cerne do Direito Civil (na formulação, direi «clássica», não obstante os estudos primevos, e.g., da doutrina Alemã). Com efeito, os estudos sobre a manifestação da vontade devem ser resgatados([34]).

Graça Canto Moniz cunha no ano de 2014 o ponto de viragem da União Europeia em matéria de proteção de dados como estímulo para uma economia digital. Neste sentido, aponta uma dicotomia a não esquecer: dados pessoais e dados não pessoais. Importa sublinhar os seguintes parâmetros: *a*) universalização; *b*) regulamentação; *c*) dificuldades (no que concerne e este último aspeto, avultam e dispersão normativa([35]), e, claro, a eterna dificuldade, própria do direito Internacional, da jurisdição judicial transnacional.

Exemplo muito vivo reside na *soft law* mundial, em constante evolução: no campo da saúde, desde 2021, o princípio de cautela tem merecido uma ênfase algo mais reduzida por parte da Organização Mundial da Saúde, mais otimista, leio, ao menos no sentido de que as plataformas LLM's aceleraram recursos e ampliaram objetivos com resultados cunhados em 18-01-2024([36]).

([34]) A.B. Menezes Cordeiro: *O Direito da Proteção de Dados… cit.*

([35]) Dispersão: RGPD (Regulamento UE 2016/679, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 27-04-2016 (proteção dados pessoais e livre circulação destes dados); Regulamento Cibersegurança: Regulamento UE 2018/1807, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 14/11/2018, (livre fluxo de dados não pessoais da UE); regulamento UE 2019/881 Do Parlamento Europeu e do Conselho, 17-04-2019 (agência da UE para a *cibersegurança*; Diretiva UE 2019/1024, (Diretiva Dados Abertos). A par existe normatização em importantes setores da atividade industrial, económica e de serviços (automóvel, pagamentos, rede elétrica e contadores inteligentes, transportes inteligentes). Canto Moniz, *cit.,* p. 10, ss. Cf. ainda o Regulamento sobre Inteligência Artificial, aprovado no Parlamento Europeu em sessão plenária (13-03-2024). ID, *cit.*, p. 95, ss.

([36]) «In 2021, WHO published guidance on the ethics and governance of AI for health. Consulted 20 leading experts in AI, who identified both potential benefits and potential risks of use of AI in health care and issued six principles: (1) protect autonomy; (2) promote human well-being, human safety and the public interest; (3) ensure transparency, "explainability" and intelligibility; (4) foster responsibility and accountability; (5) ensure inclusiveness and equity; and (6) promote AI that is responsive and sustainable»). 3 anos foram suficientes para aumentar significativamente a equipa e, assim, em *18|01|2024, WHO issued new guidance on the ethics of AI for health, focusing on LMMs.* cf. <https://www.bakermckenzie.com/en/insight/publications/2024/01/who-releases-ai-ethics-and-governance-guidance>. Atualizado em 01-2024 cf: <https://iris.who.int/bitstream/handle/10665/375579/9789240084759-eng.pdf?sequence=1>.

Mas retomo *o solilóquio*, este visa ilustrar as *patologias dos dados*, os desvios cognitivos e os vários vieses possíveis, designadamente no que se designa por desvios cognitivos, isto é, a inserção de dados que distorcem as conclusões. Em rigor, as dificuldades com que os humanos se confrontam na Revolução Digital em curso. Se os dados são a fonte de construção, como reagir perante desvios, vieses e danos? Que dados implicam riscos inaceitáveis? Como lidar com os dados que criam riscos elevados?

6. As responsabilidades

Interessa-me evidenciar mecanismos cautelares a montante, designadamente, os que decorrem das considerações Éticas e hermenêuticas sobre os dados que vão fornir as plataformas. Neste ponto, e na área de influência europeia, de acordo com o §85.º dos Considerandos do RGPD: «Se não forem adotadas medidas (…), a violação de dados pessoais pode causar danos físicos, materiais ou imateriais às pessoas singulares (…)».

Não esqueço evidentemente a última predição do pensador da Teoria de Gaia. Lovelock, com a sua visão de um Novaceno([37]), onde o humano se interpenetrará já não apenas com a maquinaria [vg. Rocatti: implantes elétricos na medula a restaurar instruções cerebrais: acidente rodoviário([38]): ou as previsões de Braidotti]([39]), aproveitando o processamento dos quadros possíveis consequentes que as informações de uma memória computorizada interna disponibilize, etc.). Problemas? Claro! Existiram sempre([40]).

Serve o que antecede para apontar os que acreditam na meta aprendizagem das plataformas, isto é, na aprendizagem sobre a aprendizagem que decorre da acumulação dos factos. Esta pode ser dirigida para a certificação inserida por defeito nas próprias plataformas. A questão reside ainda

---

([37]) James Lovelock, *Novaceno: O advento da era da hiperinteligência*, Ed 70, 2020.

([38]) Cf. <https://english.elpais.com/science-tech/2022-02-08/three-paralyzed-patients-walk-again-thanks-to-spinal-cord-implants.html#?rel=mas>.

([39]) Rosi Braidottti (coord.), *The Contested Posthumanities, in* AA.VV: *Conflicting Humanities,* Bloomsbury Academic, Kindle (Rosi Braidotti e Paul Gilroy), 2016. Várias contribuições em torno de Edward Said. ID, *The posthuman,* Polity Press, 2013, Kindle.

([40]) Joseph Cugnot, aproveitando a motorização a vapor de Thomas Newcomen, séc. XVII (bombar água das minas de carvão) construiu o 1.º veículo com motor a vapor em 1770. Cf. Automóveis no mundo em 2023? Hedges & Co, 2021: june. Cf. <https://hedgescompany.com/blog/2021/06/how-many-cars-are-there-in-the-world/> 1,474 mil milhões para 8 mil milhões).

nas virtudes Éticas, mas possui relevância extrema. Neste sentido, entre outras boas notícias sobre Centros para IA responsável([41]). Os objetivos são os de estabelecer fronteiras que minimizem riscos; identificar as melhores práticas relativas a segurança; partilha de informação e de investigação com *mesas* de regulação, academias, sociedade civil, etc., e condução da IA para o escopo de suportar e solucionar os desafios das novas tecnologias associadas para benefício social (clima, saúde, combate do cibercrime, etc).

Cabe aqui uma mera alusão a um tema que se me afigura suscetível de fazer correr tinta: o da personalidade digital ou personalidade eletrónica. Em termos muito simplistas, trata-se da linha em que a inserção progressiva de plataformas e *robots* revelem uma censurável desumanização, uma cesura que é fonte de reflexão necessária([42]).

([41]) Cf. registo 2023: julho, 26: Microsoft, Anthropic, Google, and OpenAI launch Frontier Model Forum <https://blogs.microsoft.com/on-the-issues/2023/07/26/anthropic-google-microsoft-openai-launch-frontier-model-forum/>.

([42]) Sintetizo ex.º de aula: se Vesálio retornasse hoje às dissecações nas suas aulas no teatro anatómico teria fortíssimas surpresas ao analisar os cadáveres disponíveis. Sem tempo, **reproduzo** a impressiva nota de A. Dias Pereira, *(IA, Saúde e Direito cit)*, nota: 63, sendo certo dos demais contributos para o *caminho* a percorrer a pretexto da ponderação a ter face ao: «(…) debate em torno da personalidade eletrónica. Muita doutrina mostra-se preocupada com a possível desumanização que esse caminho pode acarretar. Assim, Mafalda (Miranda) Barbosa, *Teoria Geral do Direito Civil*, Almedina, 2021, p. 538, ss. [2.ª ed., 2022:549-552], nega essa possibilidade. Pela nossa parte, sentimo-nos confortáveis com a apreciação de Henrique Sousa Antunes: "*Inteligência Artificial E Responsabilidade Civil*"; Luís Lopes Rocha / Rui Soares Pereira: *Direito e Inteligência artificial*, Almedina, 2020, pp. 31--32, que considera a questão da personalidade eletrónica, sublinhando que "*o reconhecimento da personalidade eletrónica pode (...) constituir um instrumento eficaz de tutela dos lesados, sem prejudicar a responsabilidade patrimonial dos sujeitos que controlem o sistema de inteligência artificial. Estabelece-se uma adição de responsabilidades, excluindo a subtração de imputações, através dos regimes da solidariedade e do direito de regresso*". — Nota pessoal: confesso não partilhar tanto conforto. Cf. ainda, A. Pinto Monteiro: "«*Qui facit per alium, facit per se*» — *será ainda assim na era da robótica?*", *Revista de Legislação e de Jurisprudência* 148 (2019) 200-211. Com Ana Elisabete Ferreira, "*Partilhar O Mundo Com Robôs Autónomos: A Responsabilidade Civil Extracontratual Por Danos. Introdução Ao Problema*", *Cuestiones de Interés Jurídico*, IDIBE, junio 2017 (<http://idibe.org/wp-content/uploads/2013/09/cj-2.pdf> [*acesso em 2024: maio, 02*]), recordamos que o conceito de personalidade jurídica já teve muitas utilizações, citando Ferrara, «*Divindades e santos, animais e plantas, o defunto e a alma foram em diversos períodos históricos reconhecidos como titulares de direitos*». Bensoussan, Alain/Bensoussan, Jérémy, IA, Robôs Et Droit, Bruylant, 2019, p. 139, citam, a favor da personalidade eletrónica, Autores como Ugo Pagallo, Patrick Lin, Olivier Sarre, Catherine Malabou, a RoboLaw e, claro, a Resolução do Parlamento Europeu de 2017. Os AA defendem a pessoa-robô, para que estes deixem de ser apenas objetos de direitos, mas ainda sujeitos de direitos, com vista a fazer face às exigências de responsabilidade, de rastreabilidade, e invocam a ideia de uma "*dignity by design*", como forma de evitar a escravatura tecnológica.». Para desenvolvimentos, bom seria que a obra de Mafalda Miranda Barbosa, *Inteligência Artificial. Entre a utopia e a distopia, alguns problemas jurídicos*; Geslegal, 2021, voltasse aos escaparates.

7. As Fontes

Os dados pessoais (a intimidade é valiosa ao ser humano desde os tempos do tempo) são o desígnio fulcral disciplinar do Direito da Proteção de Dados. Especialmente a autodeterminação informacional, todavia, importa sempre sublinhar que na génese da área disciplinar, querendo e devendo não olvidar o art. 1.º do RGPD, encontramos *a proteção da faculdade em viabilizar a livre circulação dos dados pessoais*. Sem desvalorizar a intenção de incentivar o que de melhor possa daí resultar em termos económicos.

Esta consciencialização da importância, do valor e da necessidade de permitir a satisfação, a um tempo, técnica, económica, e de desenvolvimento social, científico, etc. (tal qual o direito de personalidade) estará permanente e simultaneamente na mira da dogmática, da hermenêutica e da aplicação do Direito, na superação de eventuais litígios.

Os dados têm um significado económico importante, são essenciais para consubstanciar a alimentação energética dos fluxos de relações contratuais e sociais contemporâneas, e viabilizam a estruturação dos mecanismos que se avizinham disponíveis, preenchendo quatro características dos tsunamis anunciados, a saber:

7.1. Os eixos da mudança

A evolução tecnológica tal como a vertigem da velocidade de circulação de bens, pessoas e mercadorias conduziu a um processo que tem a designação comum (algo gasta, mas real) de globalização (e, por isso, preferível seria desenvolver o conceito mais abrangente: vg. o de Ulrich Beck: *cosmopolitização*, porque não é apenas externo, mas igualmente interno, no plano útil da identificação relacional, enquanto *ação* sobre a axiologia *desejavelmente sedimentar* do futuro ser humano).

Os dados pessoais, especialmente a partir de 1960, começaram a ter tratamento automatizado em larga escala e cedo se percebeu (como já apontei singelamente) que os megadados permitem condicionar comportamentos e essa «influência» não deixa de merecer a óbvia atenção do legislador. Vejamos. Este tratamento em massa (*definição algorítmica de perfis*) e as consequências quanto ao «equilíbrio» das partes (acautelando a discriminação dos contraentes, titulares dos dados) conduziu a mais recente doutrina (Pinto Monteiro / S. Passinhas) a proporem o cruzamento do regime previsto no art. 22.º do RGPD (onde não ultrapasse o indesejá-

vel desequilíbrio ou divergências doutrinais), com o reforço na ótica do consumidor, decorrente do «bloco» legislativo português sobre Proteção do Consumidor (a saber: Código da Publicidade: DL 330/90, 23/10 / / Regime Jurídico do Combate à Discriminação Racial, Étnica, Nacionalidade e Território de Origem: Lei n.º 93/2017, 23/08, Regime de proibição de discriminação em função do sexo no acesso a bens e serviços e seu fornecimento: Lei n.º 14/2008, de 12/03, e o Regime contra a Discriminação em razão de deficiência e da existência de risco agravado de saúde, Lei n.º 46/2006, de 28/08 (Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia: arts. 20.º (igualdade) e 21.º, n.º 1), com eventuais limitações ultrapassadas pela 'extensão' constitucional consagrada na nossa CRP, art. 13.º (articulado com o teor do art. 18.º), tal como, *a contrario sensu*, a não descriminação prevista no art. 35.º, n.º 3 da CRP quanto a tratamento de informático de dados pessoais([43]). Efetivamente, a gestão da transparência e os deveres de esclarecimento são dificilmente compatíveis com a dinâmica hodierna dos procedimentos (cf. arts. 13.º e 14.º v.º 22.º todos do RGPD). A quantidade de informações prévias é pesadíssima e a solução dos formulários *cegos* deixa um sabor amargo de grave insuficiência. Acresce a dúvida pertinentemente circunscrita pelos AA em referência sobre a inserção do tratamento automatizado pela inserção algorítmica de perfis ou inferências. O mesmo é perguntar: preenche o conceito de tratamento de dados pessoais a definição algorítmica de perfis? Claro que existirá a CONFIANÇA. Algo a complicar, não fora intervenção salvífica da não discriminação (em matéria de consumo). Enfim, um entre vários problemas com que se torna fácil esmiuçar o regime jurídico do RGPD e da LGPD, aqui meramente 'apontado'. O dique não comporta uma libertinagem não certificada nem certificável como já ficou consignado acima; e, em rigor, não deixa de ser de reter e sublinhar o alerta de Francisco Andrade sobre a distinção em que se insere a cautela do processamento de dados em massa e o processamento necessariamente incontrolável decorrente da faculdade de *investigação* livre nas fontes, sobre os dados a processar pela própria plataforma.

*

Indigna-se Yuval Harari (*Homo Deus*) perante o facto de uma análise competente dos seus dados pessoais poder antecipar *leituras* sobre a sua

---

([43]) Cf. António Pinto Monteiro e Sandra Passinhas: *Definição algorítmica de perfis e não discriminação dos consumidores*, in *Revista de Legislação e Jurisprudência*, Ano 152.º, n.º 4041 — julho/ago 2023, pp. 368-379.

esfera ético-axiológica, sobre as suas preferências no campo da identificação antes mesmo da consciencialização do próprio. Por esta última realidade se explica a área da autodeterminação (mas também a triste realidade inversa, a da alteração sobre alcance dos vícios da vontade)([44]). Da mesma sorte convive uma área que o Direito anglo-americano emprestou já aos conceitos de «influência indevida», decorrente do manifesto desequilíbrio entre o titular dos dados e o responsável pelo tratamento (cf. §43 dos considerandos do RGPD), com desvantagem para aquele (cf. art. 22.º n.º 3, do RGPD)([45]).

8. A pangeia das corporações empresariais

Os dez milénios da evolução humana após a revolução agrícola resultam em uma mensurabilidade humana com sequelas na interação de 8 mil milhões de seres humanos; com estes números em confronto (creio ser crucial sublinhar o «crescimento») apontada aos 1,6 mil milhões de há pouco mais de um século (posto isto e pensando em termos fisiológicos estritos, será inegável o consequente «peso ambiental», para quem, ingenuamente, ainda não vislumbre impactos sobre o *status quo* ambiental), e, por outro lado, nesta *fatia* (além da mera tecnologia instrumental) em *construção* a gestão das utilidades humanas sob domínio está à beira de ser potenciada a um grau nunca pensado.

Ao lado das utilidades possíveis de bens materiais, a recolha, processamento e divulgação de informação geraram uma verdadeira *googlização* (perdoe-se o neologismo anglófilo). Seguem-se novidades que estão, como verdadeiros blastocitos, ancorados nos úteros, a iniciar processos de multiplicação celular. Em suma: enormes e radicais modificações com um mercado de consumidores (crescente até aos 10 mil milhões de seres humanos, ao menos para o fim do século) em que os Estados, com o devido respeito pela opinião contrária em termos de futurologia, serão

---

([44]) Verdade é que, estou convicto, o tema merece de todos, sobretudo por parte de Magistrados e Advogados, uma revisitação atenta à nossa melhor doutrina, com o *sentimento* de que virá a ser precioso para a solução de litígios (ponderando o atualismo hermenêutico) sentido em que, por todos, cf. Mafalda Miranda Barbosa: *Falta e Vícios da Vontade: Dogmática e jurisprudência em diálogo,* GESLEGAL: 2020 (reimp. 2021).

([45]) AB Menezes Cordeiro, *RGPD*, *cit.*; e ID: *O Direito da Proteção de Dados*, *cit.*

agonisticamente representantes específicos de interesses locais em um único Mundo, partilhado.

Em termos informacionais, *a riqueza das nações* é hoje uma pangeia de corporações abstratas e gerais, com raízes, interconexões, dependências e teleologias lucrativas, que convivem com Regiões estruturadas e militarizadas, mas, enfim, perante a constatação de um mapa neo-feudal algo evidente, existem novos sentidos para a anarquia, mercê da diluição das fronteiras. Um tema interessante, mas para pensar outros desvios, como os da eterna belicosidade que aflige a sagacidade humana. Sobre os protagonistas referi-me já no §3.º *supra,* as enormes corporações que protagonizam a globalização existente estão muitíssimo mais perto de ultrapassarem toda e qualquer fronteira do que os Estados de influência, um conceito muito caro e muito bem estudado por Adriano Moreira([46]). Todos visam o bem-estar para todos, mas as corporações visam o lucro para si e estão (menos ou nada) politicamente comprometidas com a respetiva redistribuição. A questão da pobreza constitui problema objetivo, e se é verdade que os últimos 30 anos determinaram uma redução (ponderando valores mínimos de 2,5 dólares/dia), perspetivando uma entreajuda, a verdade é que, parafraseando Grayling, viver com 3 dólares por dia (acima do limiar de pobreza) não afasta fantasmas, verificando-se uma persistente *pobreza multidimensional*([47]).

*

Não é possível conceber o exercício científico sem pensar nas sucessões simultaneamente revolucionárias e conservadoras dos paradigmas de Thomas Khun, e menos ainda, no exercício de incertezas e riscos crescentes de Ulrich Beck([48]); *livre de geografias políticas e impressionado com as alterações/certificações que, em uns miseráveis 12 anos, os dedos de uma mão de convulsões provocam em pensamento lúcido, se bem que controverso*([49]) e o diagnóstico de que os Estados capturam as Ciências Sociais (consequentemente, a Ética e o Direito) redunda em que a reclusão inicia-se nas Nações, impedidas de retomar caminhos e relocalizar-se à medida das «janelas» que a natureza no seu grande espectro (o da invisibilidade da História humana) ditam fenómenos protagonizada pelos *expulsos*, nas rotas dos refúgios.

([46]) Cf. Adriano Moreira, *Memórias do Outono Ocidental: um século sem bússola,* Almedina, 2013. E Thomas Piketty, *O Capital no século XXI,* Temas e Debates, 2014, reimp. 2018.

([47]) Cf. A. C. Grayling, *cit.*, p. 108, ss. e <https://ourworldindata.org/grapher/share-of-population-in-extreme-poverty>.

([48]) Recordo as 5 cegueiras de *Pour Changer de Civilizacion*: AA.VV Martine Aubry et 50 chercheurs, Ed. Odile Jacobs, 2011.

([49]) Cf. Roger Scruton: *Fools, Frauds and Firebrands*, Kindle Ed.

9. Retomando os eixos (Suleyman)

9.1. Impacto assimétrico

A tecnologia determina (sempre) uma ou várias reações com proporcionalidades múltiplas e, a mais das vezes, estranhas; melhor: surpreendentes. No antigo testamento (Livro de Samuel: § 17), o jovem Daniel derruba o gigante filisteu Golias com uma pedrada certeira de uma funda. Hoje, uma fotografia retirada por um telemóvel percorre em minutos os noticiários mundiais alterando quadros de facto. A versão hodierna da funda de David, um *drone* na palma da mão, aniquila um ser humano prédeterminado (através de reconhecimento facial)([50]) ou explode um sofisticado míssil antes deste atingir o objetivo.

No campo das catástrofes relacionadas com energia nuclear, além dos acidentes: Chernobyl (1986) e Fukushima (2011), os pesadelos hodiernos com a central Ucraniana de Zaporijia, recordam que, em 2003, o Ministério Inglês de Defesa reportou mais de 110 «near misses» e acidentes (eventos adversos evitados) no historial Britânico do respetivo programa nuclear([51]) e a lista segue: na vizinha Espanha: Palomares (1966); Juan Vigon (1970); Vandellos (1990); Cofrentes em Valência (2021); os avisos de Almaraz.

Obviamente que muitos outros impactos existem em «carteira» a assustar. Um dos mais propalados é o do desemprego: a perspetiva de dispensabilidade (substituição de postos de trabalho por plataformas informáticas e, até, mão de obra *física* por via da robotização). Deixo o registo de Virginia Dignum([52]) que ensina, com humor, que a informática ganha jogos de tabuleiro, mas depara-se com problemas na movimentação das peças. Claro que não é necessário usar um tabuleiro físico, mas é o ser humano quem ainda leva vantagem em tridimensionalidade, durante pouco tempo, creio. As LLM's recebem os dados e os objetivos e os estra-

---

([50]) Cf. autonomousweapons.org, é um site em que se alerta para os riscos, que envolvem o manancial existente de *discrição (discretion*) que a programação que lhe é inserida determina. Sobre *discretion, cf. o paper* (1956) republicado pela *Harvard Law Review*, H. L. A. HART'S LOST ESSAY: DISCRETION AND THE LEGAL PROCESS SCHOOL, Geoffrey C. Shaw [127 HARV. L. REV. 666 (2013)], 127, 2, December 2013. Kindle. Precursor do célebre Capítulo VI do *Rule of Law* (cf. O Conceito de Direito, Gulbenkian, trad. José de Sousa Brito, acesso *on line*). Sobre esta matéria, cf. com interesse: Goran Dajović: *Harts judicial discretion revisited*, *in* Revus (*Journal for constitucional theory and philosophy ol law, 50-2023*, *open acess in* <https://journals.openedition.org/revus/9735>.

([51]) Cf. Suleyman, *cit.*, p. 63.

([52]) Virginia Dugnam (Universidade de Umeá, Suécia) *Responsible Artificial Intelligence*, cf. <https://www.umu.se/en/staff/virginia-dignum/>.

tagemas para os atingir passam a ser prosseguidos e encontrados pela própria plataforma. A questão fulcral é a de que, na proteção dos dados, a arquitetura, o *design,* está protegido; na plataforma importa nunca desconsiderar essa impossibilidade. Inserir uma modificação, aparentemente tão inocente, revela-se profundamente ingénuo: basta estabelecer o paralelo com as constatações de Darwin e acelerar para além de qualquer mensurabilidade. Estamos no limiar do desconhecido.

9.1.1. O reconhecimento facial

A matéria do reconhecimento por IA justifica-me um excurso, um desequilíbrio. Tenho de exorcizar o sonho em que um dispositivo psicopata com a minha face gravada, me rompe o crânio. De todo o modo, o reconhecimento facial constitui um mecanismo progressivamente comum, seja para proteção de crianças ou gerontes em infantários ou asilos, seja na investigação criminal para prevenir crimes. Invadirá o Mundo e banalizar-se-á. Quem não deve não teme? Bom! Até ver, os sistemas são falíveis, por força de deficiências nos dados ou semelhanças; basta pensar em gémeos ou no que a cirurgia plástica e o mimetismo determinam.

O problema foi objeto de análise sobre os vieses da automatização resultantes da utilização acrítica (e mecânica) dos programas que são indevidamente '(a)creditados' especialmente por utilizarem tecnologia inescrutável pelos investigadores. São relatados inúmeros casos de distorções de eficácia, alimentados até em sistemas judiciais (negociação da pena)([53]). A proteção de dados é desconsiderada nos tribunais americanos que continuam a identificar os precedentes jurisprudenciais pelos nomes dos pleiteantes, ao caso: Francisco Arteaga([54]).

O nome de Supasorn Suwajanakorn, investigador na área da reconstrução e design gráfico, é outra fonte de arritmias, com a construção artifi-

---

([53]) Cf. Eyal Press/*New Yorker:* Annals of Law Enforcement: *In front of their faces*, 20-11-2023 (Kindle); ID: *Dirty Work: Essential Jobs and the Hidden Toll of Inequality in America*; Ed. Ferrar, Straus and Giroux 17-08-2021.

([54]) Em junho de 2022, um Acórdão de 2.ª instância (*New Jersey Superior Court Appelate Division*), New Jersey v. Arteaga, decidiu afirmativamente sobre a faculdade de um arguido poder certificar o processo de identificação facial através de vídeo câmaras e confrontação por IA. O Tribunal de Apelação determinou que fosse disponibilizado a fonte do código de *software* tal como a informação sobre o algoritmo utilizado. A esta possibilidade de manipulação acresce algo pior: os mananciais de imagens para comparação resultam de registos cadastrais, pelo que os vieses aumentam em função das percentagens de arguidos pertencerem a minorias rácicas. <https://epic.org/documents/new-jersey-v-arteaga/>.

cial de pessoas e comunicações (o exemplo propalado de declarações de Barack Obama, várias versões credíveis: todas falsas)([55]).

Em matéria de identificação importa registar que a construção de bases de dados mercê da recolha não segmentada de imagens faciais em circuitos fechados de TV, tal como a recolha não direcionada de imagens via *internet*, serão objeto de forte constrição (proibição) no Regulamento UE sobre IA. O mesmo para o *policiamento* preditivo ou a avaliação de manifestações emocionais, enfim, o controlo de uma hermenêutica de vulnerabilidades extraível da definição algorítmica de perfis. Tudo, claro, entre regras e exceções.

E a questão não é menor: a META, em 2022, anunciou pretender desativar o sistema de reconhecimento facial por via dos quais os utilizadores de Facebook conseguiam cruzar dados biométricos, que, não obstante poderem ser úteis em deteção inequívoca contra fraudes, desvio de informações pessoais, etc., suscitaram controvérsia logo no policiamento da atuação de parlamentares europeus (cf. *the flemish scrollers*)([56]).

EPIC (*Electronic Privacy Information Center*) é a designação mundial de uma superestrutura de recolha de dados (finais da década de 1970) relacionada fundamentalmente com registos médicos. A internacionalização levou a que o website indique registos médicos com dados de 305 milhões de pacientes do mundo inteiro([57]). A designação EPIC é partilhada com um Centro de Investigação público, sediado em Washington (1994), com o objetivo de regulamentar e proteger a privacidade e matéria conexa com a liberdade de expressão, questões de direitos humanos, valores democráticos, sobretudo assente nos dados pessoais biométricos, respetiva utilização, regulamentação, códigos de conduta, seja nacional seja internacionalmente. O alargamento a bases de dados genéticos é uma realidade consequente à *ratio*. A estrutura está naturalmente comprometida com a regulação, em termos de investigação, assumindo um papel de fiscalização e difusão de recomendações([58]). O essencial é impor a *transparência* de métodos e dados que são utilizados nas atividades de instituições privadas, impedindo (por

---

([55]) <https://www.ted.com/talks/supasorn_suwajanakorn_fake_videos_of_real_people_and_how_to_spot_them?utm_campaign=tedspread&utm_medium=referral&utm_source=tedcomshare>, TEDTALK.

([56]) Cf. <https://driesdepoorter.be/theflemishscrollers/> (acesso em 28 de abril).

([57]) Cf. <https://www.epic.com/about/>.

([58]) É o caso do Information Commissioner's Office (ICO|UK). Atualiza manuais de boas práticas e reforça a certificação da correta utilização de dados pessoais e sistemas IA. Cf. <https://epic.org/documents/epic-comments-to-the-uk-icos-office-for-the-consultation-on-the-draft-biometric-data-guidance/>.

via normativa), em suma que estas possam atuar em 'vácuo', ie., sem regulamentação e sem '*compliance*'. Justificadamente: a expansão do recurso à captação de dados biométricos, especialmente nas investigações policiais, é significativa([59]). Escolhi o exemplo para alertar a 'construção veloz de um polvo' que carece de tutela. Por aqui se compreende uma inicial solução normativa radical e draconiana, seguindo uma recomendação de proibir em regra e por regra a utilização de meios de reconhecimento facial([60]).

9.2. Omni utilidade

Trata-se da generalização da polivalência dos sistemas e das ferramentas animados pela IA. Em torno de 2020, o MIT (*Massachusetts Institute of Tecnhology*) anunciou que os seus investigadores tinham conseguido um sistema de IA que percorreu 100 milhões de moléculas em dias, *desenhado* para detetar moléculas potentes para incrementar os efeitos antibióticos benéficos: o remédio foi designado *Halicina* (de *Hal*, o computador de *Odisseia no Espaço*). Os ensaios demonstraram que a molécula aumentava centenas de vezes os efeitos dos antibióticos existentes, designadamente para a tuberlose([61]). O impacto assimétrico ficou marcado,

---

([59]) E, com razão, como o seguinte excurso extraído do site em referência serve de ex.º: «Finally, even where enforcement action is actually taken to protect citizen rights, private companies still refuse to obey. In May of 2023, the Austrian SA found that Clearview AI's dragnet capture of facial images and thereafter processing them for their algorithm and further matching those images for law enforcement purposes violated article 5, 6, 9, and 27 of the GDPR. The company was told to designate a representative within the EU and to delete the personal data from its databases. Clearview AI has already faced extensive legal actions from international Data Protection Agencies for violations of privacy laws, including in Greece, Sweden, Germany, Italy, Belgium, France, Australia, [Canada, and the UK itself. Despite the wave of legal actions, orders to divest data, and fines levied, Clear-view AI has not complied with orders or changed practices».

([60]) «As is mentioned in the Guidance, biometrics can pose a serious security risk when compromised because biometric characteristics are immutable. A person cannot simply reset their fingerprints, irises, or face geometry as they can a compromised password. When companies hold valuable data like biometrics, the question isn't if a data breach will happen, but when». Em 29|11|2023 a EPIC noticiou (<https://epic.org/epic-endorses-traveler-privacy-protection-act/>) que dois Senadores introduziram o '*Travely Privacy Protection Ac*t' (cf. <https://www.merkley.senate.gov/wp-content/uploads/2023/11/BUR23A41.pdf>), destinado a proibir o reconhecimento facial em aeroportos, comum em vista das práticas *da Transportation Security Administration*.

([61]) Cf. MIT News (on campus and around the world), Anne Trafton/MIT News Office, 2020: february, 20, *AI yields new antibiotic. A deep-learning model identifies a powerful new drug that can kill many species of antibiotic-resistant bactéria*. (…) *The researchers now plan to test these molecules further, and also to screen more of the ZINC15 database*». <https://news.mit.edu/2020/artificial-intelligence-identifies-new-antibiotic-0220>.

segundo Suleyman, pela submissão de Novichock a procedimento análogo (veneno/arma)([62]). Em rigor, o exemplo mais simples mostra-se na nossa mão e por todo o lado, crescentemente (em termos preocupantes até, quanto a pedagogia)([63]); refiro-me aos telemóveis que viabilizam um número significativo de recursos tais, que nos surgem imprescindíveis. E não é apenas a possibilidade alargada de comunicação visual ou por correio eletrónico, tradução, notas, consulta de dados (*googlização*), mas a possibilidade de auto monitorizar dados de saúde, traçar destinos, antecipar percalços mercê do acesso a notícias e um sem-fim de meios preciosos para o quotidiano. É óbvio que não esqueço o impacto assimétrico da má utilização, mas assim acontece com um singelo canivete. Os TM permitem a expansão dos recursos dos nossos cérebros com meios, ainda externos, mas progressivamente mais *próximos*([64]). Na interconexão entre os vários eixos propostos e aqui expostos, sobrará uma expressão que fica já em 'foco': a *singularidade*. Aconteça ou não aconteça, a alegada projeção de John von Neumann (anunciada por Stan Ulam) parece ser inevitável([65]). Cumprir-se-á! A velocidade tecnológica revela que o sentido humano interage com a envolvente; de forma radical é óbvio. Isto é algo em que não é necessário acreditar, é uma *invisibilidade* (com o êxito?) como acontece na outra linguagem universal, a primeira, que o *vocabulário* humano integrou universalmente: as sete letras musicais. Uma segunda universalidade, possível, creio.

([62]) Cf. Suleyman, *cit*, p. 144, ss. Desenvolvimentos, cf. <https://www.thelancet.com/journals/lancet/article/PIIS0140-6736(20)32644-1/abstract> ou Springer Link: Opravil, J., Pejchal, J,. Finger, V., *et al*., *A-agents, misleadingly known as "Novichoks": a narrative revie*w. Arch Toxicol 97, 2587–2607 (2023). <https://doi.org/10.1007/s00204-023-03571-8>. Cf. <https://link.springer.com/article/10.1007/s00204-023-03571-8>.

([63]) Cf. Joana Rodrigues Rato, *Temos um problema com o uso excessivo de telemóveis pelas crianças?*, Centro de Investigação Interdisciplinar em Saúde (CIIS) da Universidade Católica Portuguesa: <https://ciencia.ucp.pt/pt/clippings/temos-um-problema-com-o-uso-excessivo-de-telem%C3%B3veis-pelas-crian%C3%A7a>.

([64]) Vivemos em plena era da informação, seja graças à sofisticação seja graças a celeridade e eliminação de erro no seu processamento (cf. Claude Shannon: *The Mathematical Theory of Communication*", *Bell System Technical Journal*, julho 1948 e outubro 1948. Os últimos 40 anos de recursos materiais para o processamento da informação estão a ser vertiginosamente fenomenais, a ponto de cientistas como Ray Kurzweil proporem a releitura atualizada dos meios de inserção computacionais (cf. introdução a John von Neumann, 1958, Yale University Press, *The Computer and the Brain (foreword by Ray Kurzweil)*, 3.ª ed., *New Haven & London, Kindle*.

([65]) Cf. Ray Kurzweil, *Further Readings,* John Neumann, *cit.* Todavia, serei claro: acredito na necessidade da construção de limites. Todos os meios existentes são viáveis para o efeito, a regulamentação, a judicialização, a jurisprudência de Mesas de Ética pluridisciplinares e, claro, Universidades onde o jugo da mensurabilidade das publicações (para avaliação) não inoculem a corrupção das financiadoras da pangeia.

9.3. Hiper evolução

A fusão entre as redes neurais, a biotecnologia e o processamento através da IA, viabilizada pela possibilidade de «alimentar» parâmetros, fornecer informações, a velocidades estonteantes parece ser já *meio ambiente*. Falta integrar o acesso.

A *google* anunciou em 2019([66]) um computador quântico (requisitos de espaço ocupado, energia, temperatura) visando uma aceleração dos recursos em comparação com os existentes. Em 2023, Sundar Pichai (CEO da Google) anunciou em página da google o futuro, ainda como desafio, mas inevitável: uma aceleração assombrosa de recurso de qubits e de reduções de erros, surpreendente nos 4 anos decorridos([67]).

A China anunciou um computador quântico (*jiuzhang computer*) com velocidade acelerada a 100 triliões além dos supercomputadores conhecidos. A IBM democratiza o acesso para acelerar investigação. Mas existe um senão: denomina-se «singularidade»([68]) um ponto em que a aceleração da IA pode atingir a capacidade combinada de todos os cérebros humanos. Michio Kaku espera que a junção das duas realidades (CHATGPT e computação quântica) possa evitar o verdadeiro receio do exponencial crescimento da IA: a construção de falsas premissas, de factos falsos, a partir de uma objetivação de factos que acabam por ser processados (tal qual fossem ambiguamente afirmados por diferentes opiniões) e difundidos([69]). O drama da inocência: apurar se em meados do século conseguiremos capturar uma quantidade de memes determinantes.

([66]) Cf. Suleyman, *cit*., p. 127, ss.

([67]) «Three years ago, our quantum computers were the first to demonstrate a computational task in which they outper-formed the fastest supercomputers. (…) Now, we're taking another ***big step*** (cf. Hartmut Neven e Julian Kelly: <https://research.google/blog/suppressing-quantum-errors-by-scaling-a-surface-code-logical-qubit/>) *forward: For the first time ever, our Quantum AI researchers have experimentally demonstrated that it's possible to reduce errors by increasing the number of qubits. (...). The challenge is that qubits are so sensitive that even stray light can cause calculation errors — and the problem worsens as quantum computers grow. This has significant consequences, since the best quantum algorithms that we know for running useful applications require the error rates of our qubits to be far lower than we have today. To bridge this gap, we will need quantum error correction.*» Cf. <https://blog.google/inside-google/message-ceo/our-progress-toward-quantum-error-correction/>.

([68]) Cf. Anthony C. Grayling: *Para o Bem do Mundo: será possível um acordo global sobre desafios globais?*, Ed. 70, 2022, p. 66. Sobre a evolução tecnológica computacional e a sua relação preço/desempenho (1939 e 2023), cf. Ray Kurzweil: *The Singularity is near (SXSW 2024), in* <https://youtu.be/xh2v5oC5Lx4?si=K8uXekGikK1ymUB->, cf. 7:00m-08:30 m.

([69]) Cf. <https://youtu.be/WBRvwSQg-78?si=5VC-uGKWbRBz0Vao>.

9.4. Autonomia

A autonomia explica-se em um singelo e rápido exemplo: o célebre movimento 37 com que a plataforma ALphaGo (2016) siderou o campeão Le Sedol que, durante 15 minutos, pasmou perante o movimento surpresa: jogada *criativa* que ditou a vitória na partida ao determinismo tecnológico em prejuízo do estandarte humanista. A estória é conhecida: desde o confronto Kasparov v.º DeepBlue (partidas 1996/97: vantagem para DeepBlue). A diferença reside nas hipóteses possíveis entre os jogos de xadrez e os jogos de GO (entre milhões e mil milhões).

O que separa a comparação entre a IA e o cérebro humano é a «consciência» (pensem em Damásio, em Daniel Dennett; dualismo e materialismo: está a consciência independente do cérebro ou «integra-o»?). Os receios da ficção científica espreitam-nos nas últimas notícias sobre avanços robóticos([70]). Acresce que, como acabei de escrever, os conceitos devem ser discernidos: a IA e a robótica possuem zonas de interseção e persistem com autonomias, e assim por diante (a economia deste texto não permite mais). A questão coloca-se uma vez mais em torno da capacidade, ou das capacidades; desta sorte, das de conhecimento. Volto a recordar Deutsch([71]). Contudo este tema não está de todo esgotado, especialmente no que concerne aos LLM's: são fornidos com informação. As replicações dos memes correspon-

---

([70]) Cf., por exemplo, Boston Dynamics, <https://bostondynamics.com/> ou «Coldfusion TV», *The Race For AI Robots Just Got Real*, <https://youtu.be/VAtoqAQ2aEg?si=tHgUTsduyuITy mUU>.

([71]) David Deutsch, *On the infinite reach of knowledge, Ted Talk:* <https://youtu.be/cEfG 1PHNB64?si=iexvDQUsveb1ATQV> (minutos 13 a 35), desde Karl Popper (o conhecimento não carece de um escopo conhecido. Este escopo pode ser cientificamente prosseguido em cérebros humanos; e, ainda, o conhecimento que resulta da adaptação nos genes de organismos vivos, não é conhecimento em objeto, mas informação). Deutsch aponta que a diferença que distingue a vida do demais do universo é o conhecimento enquanto informação e nesta operacionalidade reside a ação; neste sentido, o conhecimento será algo que está embebido no programa computacional da molécula do ADN, e para o denominador fulcral do conceito, transforma-se em *informação crescente que é o resultado e o resultante de poder causal, que inexoravelmente transforma* ('*knowlwdge it's information that has a causal power'*). Nada ôntico, portanto, nada estático, mas suscetível de criar efeitos físicos (visão, e. g., ou, mais prosaicamente: *o soliloquio da tarambola*). Os humanos acrescentam a esta energia a inteligibilidade, um conhecimento exploratório, e, a curiosidade torna-se, assim, em causa e efeito: a sofisticação tecnológica, que agora nos pode *alimentar*. A diferença dos dois planos é que o denominador, ideia (ao contrário do DNA) não cessa; ao cessar, não morre (os memes, tal qual os cunhou Richard Dawkins). Acresce que estes memes não são meramente copiados, como acontece, por ex.º com os nossos próximos mamíferos chimpanzés, mas a aprendizagem, a aprendizagem coletiva; Vesta representa não a cópia do comportamento mas sim a cópia do significante do comportamento. Ulteriormente, a leitura histórica, ideológica, e geopolítica é profundamente discutível e insuficiente. Outrossim, verdadeiramente interessante é a noção de otimismo de Deutsch: não uma projeção de esperança, de expetativa, mesmo, mas, uma reação à circunscrição dos falhanços, dos erros, como perseverante busca de solução; afinal, uma perspetiva muito, muito científica.

dentes podem determinar distorções, muitas destas apontadas como catastróficas, outras meramente erróneas. Veja-se: O Turing Test (*Computing machinery and intelligence*), cunhado de 1950([72]): um homem e uma mulher situam-se do lado de lá de uma barreira e só podem responder por escrito a um 3.º (homem ou mulher), que formula as questões. O homem um dos protagonistas (o homem) pode enganar; o outro não. O teste de Turing pretende que uma máquina chegará ao ponto de realizar as tarefas desempenhadas pelo homem (que pode enganar, portanto).

Recentemente, André Martins([73]), investigador da interação linguística entre humanos e «máquinas» (sistemas de tradução automática e conversação livre) explicou([74]) que o estado da arte atual da comunicação entre seres humanos e plataformas, sendo impressiva em muitos campos, oferece ainda várias fragilidades, como exemplificou: inquirida a plataforma sobre um problema: 2 irmãos têm 19 e 17 anos de idade; há quantos anos são irmãos? A resposta foi a diferença de idades: 2 anos! Existem muitos outros exemplos de vieses que impõem cautelas e monitorização permanente, a contrariar uma adesão fácil, irrefletida, sobre as virtudes e a eficácia. Isto não me sossega. Convenho ser assustador a ausência de soluções que acautelem um estatuto jurídico de Justiça para estruturas e/ou entidades que se apresentam como *universalidades com impacto jurídico* de reconhecimento difuso, porque se torna necessário emprestar-lhes uma circunscrição específica enquanto centros de direitos e de deveres (porque vão bulir com esferas de interesses humanos relacionados com a dignidade, com os negócios jurídicos, com a fiabilidade do sistema, e, fulcral, com o rol de responsabilidades). A replicação do sistema normativo existente e as discussões em termos meramente dogmáticos podem conduzir a uma objetivação de soluções oferecidas pelas próprias plataformas, decorrente de um positivismo banalizado, 'papagueado', pela uniformização (generalizante e massificada: estatística) de soluções reclamadas ao judiciário perante casos concretos. Vingando a segurança, é de temer que a dignidade humana possa sofrer com a redução que a justiça lhe emprestará à (in)certeza. Uma crise das finalidades do Direito, afinal, com especial

---

([72]) Cf. <https://web.archive.org/web/20141225215806/http://orium.pw/paper/turingai.pdf>.

([73]) Professor associado no Instituto Superior Técnico: Engenharia Eletrónica e Computadores, Instituto de Telecomunicações) viu reforçado em 2 milhões de euros (2017 teve 1.ª bolsa de 1,4 milhões, também do Conselho Europeu para a Investigação) o projeto DECOLLAGE (DEep COgnition Learning for LAnguage GEneration), no âmbito do processamento de linguagem natural (NLP).

([74]) Cf. *Towards explainable and reliable Multilingual NLP*: 21-09-2023, Hospital da Luz *Learning Health*: «AI in health Care Season 2.0». Cf. <https://www.it.pt/News/NewsPost/4843> e podcast Spotify: *How cool is your science? Deep Cognition Learning IT podcast*.

incidência fora do espaço da União Europeia, em relação à qual alguns avanços e preocupações podem receber *exportações* enviesadas([75]).

Suleyman revela os expoentes, algo espalhafatosos, em torno da perceção humana desta *autonomia das LLM's:* o caso do eng. da Google, Blake Lemoine([76]) que foi interagindo com uma plataforma até convencer-se de que esta era senciente e com consciência 'ding an sich' e tinha o receio de ser arbitrária e injustamente encerrada. Lemoine procurou-lhe assistência legal (retoma-se a discussão em torno da personalidade das máquinas autónomas). O assunto foi manchete de jornais, chegou aos tribunais, Lemoine perdeu o emprego([77]).

10. Cautelas

Vivemos em convulsão e tumulto, espanto e explosões nos tabloides, estórias fabulosas que revelam um caleidoscópio perturbador. As LLM's, ao contrário dos humanos, não *descansam*. As atenções chegaram às Universidades, aos Tribunais e aos Legisladores dos Estados, estão nos campos beligerantes, estalam a formação e manifestação das vontades, integram novos tipos de ilícitos e estão no topo das agendas dos decisores, das empresas e constituem uma fonte (e ganância) de lucros com cifras extraordinárias([78]). É evidente que existem razões para otimismo e funcionalidades soberbas para o futuro da Humanidade e da Terra. Enfim, forças contrárias:

([75]) Cf. os desafiantes raciocínios (e bibliografia) do Desembargador João Ferreira, *in Justiça Digital na Tramitação Processual Civil: a emergência da IA,* pp. 173-200. E, ainda, A. Miranda Rodrigues, *O(s) Tipo(s) de Medida da Pena ou a necessidade de um 'algoritmo a ser seguido',* pp. 287-312; e, muito significativa (reveladora, mas com lastro para uma perspetiva otimista), S. Aires de Sousa, *Veículos Autónomos e (distribuição de) Responsabilidade Penal,* pp. 269-285 (onde aponto igualmente a bibliografia citada); cf. *I Congresso IA e Direito*, *cit*.

([76]) Cf. Suleyman, *cit*, p. 95, ss.

([77]) Uma consulta *google* sobre o assunto: The Guardian (12-06-2022): *Google engineer put on leave after saying AI chatbot has become sentient*; *The Wall Street Journal* (22-07-2022): *Google Parts With Engineer Who Claimed Its AI System Is Sentient*; The Insider (23-06-2022): *LaMDA asked me to get an attorney for it / I invited one to my house so they could talk… Kochañski & partners 02-11-2022:'Hoje, a relação é análoga à de escravidão na Roma antiga, mas isto pode mudar'.* Cf. <https://www.kochanski.pl/en/artificial-intelligence-is-suing-google-is-this-a-breakthrough-in-ai-consciousness/> a par de outras afirmações inflamatórias.

([78]) Skynews: *Deepfakes, destruction': Artificial intelligence's 'real danger' to humanity'*, acesso *in* <https://youtu.be/rb7NddXDdxs>. Uma hora reveladora, plena de sínteses que foram acumulando notícias.

por um lado, a circulação de pessoas, de bens, serviços, propende a aumentar sem fim à vista, reduzindo o espaço vital humano, esvaziando fronteiras, agudizando a coexistência de culturas, religiões e colocando em crise as tolerâncias recíprocas de uma antropologia que busca uma vida melhor, quando não a mera sobrevivência. Pelo outro lado, a realidade precedente demanda soluções equitativas para as mesmas fontes de conflitos de interesses. J. Jackson (*Engeneered Arts:* robot Ameca)([79]) afirma recear muito mais a EH do que a AI, sendo que EH é acrónimo de *estupidez humana*.

Os sistemas de IA assentam em vários níveis de *opacidade*, isto é, de segurança de algoritmos e respetivos processamentos que protegem o acesso, salvaguardando os interesses das várias empresas concorrentes, e, além, da proteção de patente e direitos de autor e conexos, da proteção dos próprios sistemas. A complexidade do funcionamento tecnológico escapa ao consumidor, reveste-se de véus de segurança perante técnicos, mais não seja por questões de segurança (pirataria, bélicas, interesses, privacidade, etc.).

O tecido normativo internacional é construído com a perseverança análoga à que animou Padre António Vieira a escrevinhar a *História do Futur*o, com a sua teleologia profética de um Mundo de paz, para o qual os Impérios tenderiam e o signo da Cruz que enfunava o estandarte português contribuiria. Em verdade, o comércio mundial foi durante milénios acautelando contratos, arbitragens, garantias e investindo em textos cuja vinculação foi vital. Como ensina a antropóloga do Direito Fernanda Pirie([80]), a uniformização contratual, as decisões judiciais, as necessidades e as estruturas em que a confiança se impôs precedeu a construção judicial dos Estados, logo na redação das primeiras normas acadianas (de que existe memória). A eficácia e a carência de equilíbrios e de precedentes foi multiplicando regras pacíficas em paralelo com um rol imenso de guerras. Os problemas foram sendo setoriais: a moeda, os transportes, os créditos, os seguros, os depósitos, os tributos alfandegários, a escravatura, a paz, o ópio… Um sem fim de assuntos comuns exigiram soluções que foram edificando instituições de arbitragem e de padronização normativa. A internet é mais um caso: em 1986 foi instituída a Internet Engineering Task Force (fixação de normas técnicas de desenvolvimento), e, depois, a Internet Society, e, depois um consórcio (W3C), a ICANN (International Conference on Artificial Neural Networks)([81]) e um número significativo de siglas corporativas rumo a

---

([79]) Cf. <https://www.engineeredarts.co.uk/robot/ameca/>.

([80]) Fernanda Pirie, *O Poder da Lei: uma jornada de 4000 anos que moldou o Mundo,* Ed. Desassossego, 2022, p. 374, ss.

([81]) Cf. <https://e-nns.org/icann2024/>. As Conferências Internacionais tendencialmente

uma globalização além-fronteiras (USA), e, claro, persistem sem consensualidade de todos os parceiros e interessados. O mesmo ocorre com a IA: duas linhas fundamentais decorrem (ou são mais intuitivas): uma libertária (perspetiva determinista de invocação de ciência) e uma regulamentadora (mais axiológica, a animar uma Ética). Como já ficou referido, os dados pessoais constituem os nutrientes essenciais para as plataformas, pelo que será neste ADN e na respetiva regulamentação que assentará a regulamentação das linhas de riscos e a respetiva gradação de tolerabilidade([82]). A singela busca de entidades multiplica as siglas existentes, pelo que, desta sorte, o problema da *dispersão* ética e normativa atingiu expoentes. Em contrapartida os consumidores são mercado ávido que se *entrega,* mal os *cabedais* lhes facultam acesso aos produtos.

A preocupação europeia é genuína e tem dado frutos; assim, além do RGPD, da longa e meticulosa construção de entidades de controlo e normas de proteção que vem promovendo e realizando desde, ao menos, 1990, realço o acordo alcançado pelo G7 quanto a Princípios Orientadores Internacionais para a Inteligência Artificial e a um Código de Conduta para os criadores de IA no âmbito do Processo de Hiroxima([83]), pelo que a satisfação da Comissão é óbvia.

No cadinho nacional, o legislador traçou linhas magnas. A Carta Portuguesa de Direitos Humanos na Era Digital, a Lei n.º 27/2021, de 17 de maio (CPIA). Trata-se de um instrumento legislativo que reconhece e visa a fatia benevolente da Vaga, reconhecendo a mundialização e procurando *a conquista da liberdade, igualdade e justiça social e num espaço de promoção, proteção e livre exercício dos direitos humanos, com vista a uma inclusão social em ambiente digital,* cf. art. 2.º CPIA). Cumpre analisar com cuidado este capítulo fundamental do quadro legislativo português,

---

reveladoras (de problemas, insuficiências, etc.) e uniformizadoras (vamos na 33.ª) resultam de outra instituição, a European Neural Network Society (ENNS), cf. <https://e-nns.org/>.

([82]) A este respeito, cf. os textos jus científicos do I Congresso IA e Direito (coord. AM Rodrigues e SA Sousa), sobejamente citado *supra*. Nesta obra verificou-se a felicidade de Mafalda Miranda Barbosa entregar um texto: *IA e Proteção de Dados* (cf. pp. 37-57), que, muito além da síntese, aponta o elenco de questões e soluções normativas e de doutrina, exatamente em torno do tema sobre o qual me debruço, permitindo-me louvar por aí o que evito repetir aqui. Em boa hora.

([83]) Trata-se de um Código voluntário (Ético) que permite otimismo, pensado o Regulamento Europeu sobre IA. Está cunhado de 30-10-2023, cf. <https://digital-strategy.ec.europa.eu/pt/news/commission-welcomes-g7-leaders-agreement-guiding-principles-and-code-conduct-artificial> «O processo de Hiroxima sobre a IA do G7 foi lançado em 19-05-2023 com o intuito de criar barreiras de segurança internacionais para a IA avançada. A iniciativa insere-se num leque mais vasto de debates internacionais sobre as barreiras de segurança para a IA, nomeadamente no âmbito da OCDE, da Parceria Mundial para a Inteligência Artificial (GPAI), do Conselho de Comércio e Tecnologia UE-EUA e das parcerias digitais da UE».

mas, sobretudo, apraz registar os preceitos que reforçam os dados, a saber: o direito à privacidade e à proteção digital consignado no art. 8.º CPIA que se materializa na viabilidade de recorrer à utilização de criptografia para a comunicação eletrónica e a faculdade potestativa de controlar o tratamento de dados até ao limite da *limitação, apagamento ou destruição*. No que concerne à IA e ao uso de *robots*, aponto ler estar delineado um requisito de esclarecimento (acesso transparente às explicações), com fronteiras de segurança e de responsabilidade, casuísticas; com acesso à comunicação da utilização de algoritmos, em procedimento suscetível de ser objeto de conformidade (*compliance*), prevalecendo a autonomia humana sobre a autonomia da IA, cf. art. 9.º CPIA. Ao Estado português pode ser exigido o direito de apagamento de dados pessoais. A *inovação de um testamento digital*, ou aos herdeiros, o esquecimento, cf. arts. 13.º e 18.º CPIA. A faculdade individual de exigir à Administração Pública uma «assistência pessoal no caso de procedimentos exclusivamente digitais», tal como de efetivo «acesso aos dados constantes das aplicações informáticas de serviços públicos e permitam a sua reutilização», dependentes de regulamentação, previstos no art. 19.º, als. *c*) e *e*) CPIA e a construção de *meios alternativos de resolução de litígios emergentes de relações jurídicas estabelecidas no ciberespaço*, cf. art. 21.º, n.º 2. Chegam para a face otimista. Já em matéria de cuidados de saúde, inequivocamente desejável, todavia, as cautelas implicam seja delimitada a não maleficência, e, a este respeito, preceitos como o da Base 33.ª da Lei de Bases da Saúde (Lei n.º 95/2019, de 04 de setembro), em matéria de 'Inovação' não deixa sossego em rasto. Está bem de ver que o «filtro das Comissões de Ética», entidades com eficácia reduzida a pereceres e compostas por carolas selecionados pelas suas boas intenções não é, de todo, suficiente. Daqui que o que está preconizado em matéria de Regulamento Europeu para a UE seja determinante da proibição, resultante de uma integração dos dados biométricos na seleção de matérias com risco inaceitável([84]):

10.1. Conclusão / Conclusões: incompletudes perseverantes!

Efervescência. Como designar esta realidade? Como ferramenta ou ferramentas sofisticadas? Mais: as partes de um todo ganham novas facetas, momento a momento. Nunca o quotidiano foi menos estável. A ques-

---

([84]) Cf. <https://www.europarl.europa.eu/news/pt/headlines/society/20230601STO93804/lei-da-ue-sobre-ia-primeira-regulamentacao-de-inteligencia-artificial>.

tão merece uma fortíssima ponderação, desenvolvimentos e profundidade([85]). Haverá tempo? A generalidade dos autores consegue encontrar os problemas em um esquisso, um *estalo dos dedos*: a obsolescência legislativa perante a vertigem das inovações tecnológicas; a dispersão legislativa e regulamentar insustentável; a internacionalização e as suas lacunas; os problemas em torno da necessária reformulação da responsabilidade civil (mais a mais nas disciplinas emergentes, onde o risco me parece reclamar a responsabilidade objetiva, pelo risco, exatamente); uma criminalidade que impõe transparência, onde a transparência não pode ser banida dos regimes adjetivos. Existem mais problemas, claro.

Essencial será que a humanidade consiga, face à inevitabilidade dos predadores, inspirar-se na tarambola, e, recorrendo a mecanismos comuns, casuísticos, de mesas alargadas e prévias ou concomitantes aos problemas, *fingindo ou não a asa quebrada,* afastar a longa lista de riscos, que engrossará na aceleração que todos sentimos. Com efeito, retomando Padre António Vieira e a sua *História do Futuro*([86]), por parte das Universidades, Tribunais e demais dos das Mesas de Homens Bons, que existem e não se devem deixar escassear, vale, em termos hermenêuticos atualistas, a última entrada do *Indice*, que reporta ao início dos textos (Capítulo II, §18.º): «*O maior serviço que pode fazer um vassalo ao Rei, é revelar-lhe os futuros; e senão há entre nós, os vivos, quem faça estas revelações, busque-se entre os sepultados e achar-se-á».* Sem inocência nenhuma, escrevo a prece: Oxalá!

([85]) Ana Elisabete Ferreira, 16-12-2022: *A Inteligência Artificial como Fenómeno Disruptivo na onto-antropologia das Relações Humanas*: <https://www.anaelisabeteferreira.pt/l/i-a-inteligencia-artificial-como-fenomeno-disruptivo-na-onto-antropologia-das-relacoes-humanas/>; excerto traduzido: *cit.*, AAVV, Ferreira, Ana Elisabete, "*Antropogenia, principios normativos y ética artificial in Inteligencia Artificial y Derecho. El jurista ante los retos de la era digital* / coord. por Fernando Higinio Llano Alonso, Joaquín Garrido Martín, 2021, pp. 91-112. Desenvolvimentos em ID, *Neuroética e Neurodireito — Pensar a Responsabilidade a Partir das Neurociências*, CDB 29, Petrony, 2020.

([86]) Uso a versão *fac simile* de 1718 (impressa na Oficina de António Pedroso Galram), retirada do volume que terá sido do acervo da Biblioteca do Seminário da Boa Nova em Valadares.

GESTÃO PROCESSUAL E ADEQUAÇÃO FORMAL NA JURISPRUDÊNCIA DOS TRIBUNAIS SUPERIORES(*)

Pelo Prof. Dr. João Pedro Pinto-Ferreira(**)

Sumário:

1. Noções introdutórias. **2.** Rejeição de atos impertinentes ou dilatórios. **3.** Articulado *ad hoc* para resposta a exceções. **4.** Dispensa da audiência prévia e conhecimento do mérito no despacho saneador. **5.** Admissibilidade da reconvenção na AECOP.

Resumo

O presente texto resulta da análise da jurisprudência dos tribunais superiores em matéria de gestão processual entre outubro de 2019 e setembro de 2023. Nele pretende dar-se especial destaque a uma das dimensões da gestão processual — a adequação formal (arts. 6.º e 547.º do CPC). A análise incidirá sobre quatro temas recorrentes na jurisprudência: a rejeição de diligências probatórias com base na sua inutilidade ou caráter dilatório, o articulado de resposta a exceções, a dispensa da audiência prévia quando o juiz projete conhecer de mérito no despacho saneador e a dedução de pedido reconvencional na AECOP.

Palavras-chave

Adequação formal; gestão processual; resposta a exceções; audiência prévia; AECOP.

(*) O presente texto corresponde, com alterações, à apresentação nas III Jornadas a Sul do Direito Civil e Processual Civil, realizadas a 3 de novembro de 2023. O autor reitera o agradecimento à coordenação, na pessoa da Dra. Sandra dos Reis Luís, e às entidades organizadoras — Tribunal da Relação de Évora e Conselho Regional de Évora da Ordem dos Advogados.

(**) Professor auxiliar da NOVA School of Law. Coordenador do NOVA Dispute Resolution Forum. Investigador do Centro de Investigação e Desenvolvimento sobre Direito e Sociedade — CEDIS. E-mail: <joao.pintoferreira@novalaw.unl.pt>.

1. Noções introdutórias([1])

I. O princípio da gestão processual [art. 6.º, n.º 1, do Código de Processo Civil([2]) — CPC] é uma realidade transversal ao processo, já que deve nortear a atuação do juiz desde o seu primeiro contacto com a causa. É também uma figura complexa, na medida em que concentra um vasto conjunto de poderes atribuídos ao juiz com o intuito de assegurar a dinamização e acompanhamento contínuos da causa, a economia processual, a adequação das regras processuais ao caso concreto e a prevalência da decisão de mérito sobre decisões formais. Estes poderes têm em comum a sua instrumentalidade em relação ao fim do processo — a justa composição do litígio em prazo razoável.

A gestão processual compreende, desde logo, o poder de impulso subsequente, salvo quando a lei faça depender o andamento do processo da atuação das partes (art. 6.º, n.º 1). Assim, uma vez proposta a ação, a sua dinamização subsequente cabe, por regra, ao juiz e este deve adotar uma postura ativa e de acompanhamento contínuo da causa. É isto que justifica, por exemplo, que o juiz deva prosseguir com os termos da causa quando, tendo as partes requerido a suspensão da instância para explorar a possibilidade de resolução consensual do litígio (art. 272.º, n.º 4), o período de suspensão tenha decorrido e as partes não informem se chegaram a acordo([3]/[4])

A gestão processual compreende ainda o poder de recusar atos e diligências inúteis, impertinentes ou dilatórias (arts. 6.º, n.º 1, e 130.º). Neste particular, o objetivo é assegurar que o processo comporta apenas os atos necessários à prossecução do seu fim. Ao abrigo da gestão ativa do processo e do poder de adequação formal, o juiz deve analisar todos os atos suscetíveis de integrar o processo no sentido de aferir, em concreto, da sua adequação e eficiência. Quer isto dizer que a circunstância de um determinado ato integrar a forma legal não é, por si só, suficiente para afastar a sua (eventual) inutilidade no caso concreto.

([1]) Este ponto segue de perto Pinto-Ferreira, João Pedro, *Adequação formal e garantias processuais na ação declarativa*, Coimbra, Almedina, 2022, pp. 80-98.

([2]) As referências no texto a um preceito legal sem indicação adicional devem ser entendidas como feitas para o Código de Processo Civil, na redação em vigor a 14 de março de 2024 (última alteração: Lei n.º 3/2023, de 16 de janeiro).

([3]) Ac. do Tribunal da Relação de Lisboa de 27 de abril de 2017, proc. n.º 239/13.9TBPDL-2.

([4]) Na jurisprudência analisada, a principal questão discutida a este propósito está relacionada com a deserção da instância (28 decisões) e, em particular, com a questão de saber se o juiz deve ouvir as partes antes de julgar deserta a instância.

No que respeita à vertente de simplificação e agilização do processo (art. 6.º, n.º 1), há algum debate sobre o exato alcance deste poder: alguns autores entendem que a sua autonomização visa salientar a natureza vinculada do poder de agilização([5]), enquanto outros distinguem os mecanismos de simplificação e agilização da adequação formal com base na ideia de que — ao contrário desta — esses mecanismos não permitem a prática de atos ou diligências não previstas na lei([6]). Tal como já referimos em outras ocasiões, parece-nos que a principal tradução desta dimensão da gestão processual é a adequação formal, ou seja, o poder do juiz de adaptar a forma legal às particularidades do caso (art. 547.º)([7]).

Por fim, a gestão do processo comporta ainda a intervenção do juiz no suprimento da falta de pressupostos processuais sanáveis (art. 6.º, n.º 2). A prevalência da decisão de mérito sobre decisões formais implica que caiba ao juiz proceder diretamente à regularização da causa ou, quando tal dependa de uma atuação das partes, convidá-las a atuar nesse sentido. Assim, por exemplo, o juiz deve convidar o autor a promover a intervenção no processo de terceiro(s) que com ele devesse(m) ter proposto a ação nos casos de litisconsórcio necessário ativo ou a constituir advogado([8]).

II. Tal como resulta do título desta intervenção, a análise estará focada na jurisprudência dos tribunais superiores sobre a gestão processual e a adequação formal. A pesquisa incidiu sobre um período de quatro anos — entre outubro de 2019 e setembro de 2023([9]) — e foi conduzida exclusivamente com base nas decisões disponíveis em linha, em <www.dgsi.pt>.

([5]) Faria, Paulo Ramos de e Loureiro, Ana Luísa, *Primeiras notas ao novo Código de Processo Civil: os artigos da reforma*, Vol. I, 2.ª ed., Coimbra, Almedina, 2014, pp. 57-58.

([6]) Fernandez, Elizabeth, *Um novo Código de Processo Civil? Em busca das diferenças*, Porto, Vida Económica, 2014, p. 44.

([7]) Para uma análise mais desenvolvida das várias perspetivas e dos argumentos subjacentes à posição aqui defendida, Pinto-Ferreira, João Pedro, *Adequação ...*, pp. 92-95. Também neste sentido Freitas, José Lebre de, *Introdução ao processo civil: conceito e princípios gerais à luz do CPC de 2013*, 5.ª ed., Coimbra, Gestlegal, 2023, pp. 235-236, e Pinto, Rui, *Código de Processo Civil anotado*, Vol. I, Coimbra, Almedina, 2018, p. 68.

([8]) Nas decisões analisadas, as principais questões que se colocam quanto a este poder estão relacionadas, precisamente, com o pressuposto processual da legitimidade (nove decisões): quatro delas debruçam-se sobre a sanação da ilegitimidade plural e as restantes cinco abordam a natureza sanável ou insanável da ilegitimidade singular.

([9]) A delimitação do período temporal da análise ficou a dever-se à circunstância de já termos analisado uma parte considerável das decisões anteriores a setembro de 2019. Os resultados dessa análise encontram-se disponíveis em Pinto-Ferreira, João Pedro, *Adequação ...*, pp. 80-98 e 197-274.

No total, foram identificadas 252 decisões nesta matéria([10]), distribuídas da seguinte forma por tribunal:

a. Supremo Tribunal de Justiça: 27 decisões;

b. Tribunal da Relação de Lisboa: 78 decisões;

c. Tribunal da Relação do Porto: 63 decisões;

d. Tribunal da Relação de Guimarães: 41 decisões;

e. Tribunal da Relação de Évora: 28 decisões;

f. Tribunal da Relação de Coimbra: 15 decisões.

Entre os vários temas recorrentes, optámos por estruturar a apresentação em torno de quatro:

(*i*) rejeição de atos impertinentes ou meramente dilatórios (oito decisões);

(*ii*) admissibilidade de um articulado não previsto na lei para resposta a exceções (sete decisões);

(*iii*) dispensa da audiência prévia quando o juiz pretenda conhecer do mérito da causa no despacho saneador (18 decisões);

(*iv*) admissibilidade da reconvenção na ação declarativa especial para cumprimento de obrigações pecuniárias emergentes de contratos (27 decisões).

Além destes temas, outro surgiu como frequente — a (in)admissibilidade da reconvenção em ação de divisão de coisa comum (27 decisões). Este tema não será abordado tendo em conta o amplo consenso na jurisprudência quanto à admissibilidade da reconvenção neste processo especial: de facto, esta corresponde à jurisprudência largamente maioritária do Supremo Tribunal de Justiça (quatro decisões), do Tribunal da Relação de Lisboa (10 decisões) e do Tribunal da Relação de Évora (seis decisões)([11]).

([10]) A temática do despacho de convite ao aperfeiçoamento não foi incluída na análise por considerarmos que as questões que se suscitam a esse propósito (no essencial, o caráter vinculado ou discricionário do poder de convite ao aperfeiçoamento e, no caso de se entender que se trata de um poder vinculado, a determinação das consequências da omissão de prolação deste despacho) extravasam o âmbito desta apresentação. Para uma análise destas questões com ampla referência à jurisprudência, Pedro, Inês Bento, *A (difícil) distinção entre a ineptidão e a mera deficiência da petição inicial e suas consequências processuais*, [s. l.], NOVA School of Law, 2023, pp. 7-13 e 41-47.

([11]) Entre as 27 decisões analisadas, foi possível identificar apenas duas que se pronunciaram no sentido da inadmissibilidade da reconvenção no âmbito de ação da divisão da coisa comum: ac. do

2. Rejeição de atos impertinentes ou dilatórios

I. Tal como resulta da exposição anterior, uma das vertentes da direção ativa do processo envolve a recusa daquilo "que for impertinente ou meramente dilatório" (art. 6.º, n.º 1). Esta dimensão da gestão processual tem sido sobretudo discutida a propósito de requerimentos probatórios.

A própria lei concretiza este poder de gestão do processo quanto a vários meios de prova em específico: é o que sucede quanto à prova documental, por referência aos "documentos (…) impertinentes ou desnecessários" (art. 443.º, n.º 1), ou quanto à prova pericial, com a alusão a "diligência não (…) impertinente nem dilatória" (art. 476.º, n.º 1). Em ambos os casos, há um aspeto em comum: a rejeição do meio de prova decorre da sua insuscetibilidade de influir na decisão da causa, ora porque não é apto ou necessário à prova do facto em causa ora porque o próprio facto que com ele se pretende provar não é relevante para a decisão da causa.

Importa, no entanto, ter em conta que este poder se situa num ponto de interseção entre a gestão processual e o princípio do contraditório, na sua dimensão de direito à prova. De facto, em matéria de prova, o contraditório implica (entre outros aspetos) que as partes possam produzir quaisquer meios de prova legalmente admissíveis([12]). Assim, não é de estranhar que a dúvida sobre a possível relevância de um meio de prova num caso concreto deva ser resolvida a favor da sua admissão. Tal como refere o ac. do Tribunal da Relação de Guimarães de 12 de novembro de 2015 (proc. n.º 7178/11.6TBBRG-A.G1), o tribunal não deve "assumir e perfilhar um critério demasiado apertado, exigente e rígido (…) na dúvida, deve o meio de prova ser admitido"([13]).

II. Neste particular, as decisões analisadas apresentam um aspeto em comum: o tribunal de 1.ª instância rejeitou um ou mais requerimentos probatórios por entender que eram dilatórios ou impertinentes, o que — por si só ou em conjugação com outras decisões — motivou a interposição de recurso.

Entre os casos em que a decisão de 1.ª instância quanto à não admissão do requerimento probatório foi revogada, total ou parcialmente, desta-

---

Tribunal da Relação do Porto de 26 de janeiro de 2021, proc. n.º 1509/19.8T8GDM.P1, e o ac. do Tribunal da Relação de Lisboa de 25 de junho de 2020, proc. n.º 329/18.1T8FNC-A.L1-8.

([12]) Andrade, Manuel A. Domingues de, *Noções elementares de processo civil*, Coimbra, Coimbra Editora, 1979, p. 238.

([13]) No entender do Tribunal, além do direito à prova, esta conclusão impõe-se também face ao potencial de perturbação do processo caso o tribunal de recurso viesse a revogar o despacho que rejeitou o meio de prova.

camos o ac. do Tribunal da Relação de Évora de 17 de junho de 2021 (proc. n.º 2982/19.0T8STR-A.E1)([14]). Nesta situação, o tribunal de 1.ª instância rejeitara admitir uma perícia à letra e assinatura de um documento com base na irrelevância desse documento para o processo. Pelo contrário, o Tribunal da Relação entendeu que a perícia tinha em vista "estabelecer a verdade da autoria do documento" e que tal podia contribuir "tanto para avaliar da simulação invocada como da má fé suscitada posteriormente", pelo que revogou a decisão recorrida([15]).

Ainda que em número substancialmente mais reduzido, houve duas decisões que mantiveram a decisão de rejeição do requerimento probatório por entenderem que este era, efetivamente, impertinente ou dilatório. Foi, designadamente, o que sucedeu no ac. do Tribunal da Relação de Évora de 11 de novembro de 2021 (proc. n.º 115/21.1T8TVR-A.E1), num procedimento cautelar de desocupação de um imóvel em que o requerido solicitara a realização de uma perícia([16]). Neste caso, uma parte dos factos incluídos no objeto da perícia dizia respeito à área e composição de um imóvel e ao tipo de obras realizadas (ou a realizar) nesse imóvel. Ora, o Tribunal considerou que o apuramento destes factos não exigia "conhecimentos especiais, em termos técnico-científicos, de que o juiz não disponha"([17]), pelo que a perícia não traria qualquer mais-valia e, como tal, seria dilatória. O objeto da perícia incluía ainda questões como a de saber se o imóvel ameaçava ruína ou se havia condições para instalar uma certa atividade em outro imóvel, sendo que o Tribunal concluiu que "estavam em causa factos não enunciados, como tal assumindo natureza conclusiva"([18]), pelo que eram irrelevantes e, portanto, impertinentes para a decisão da causa.

III. Na nossa perspetiva, estas decisões apresentam um equilíbrio adequado entre o princípio da economia processual, na dimensão de economia de atos e diligências([19]), e o direito à obtenção de uma decisão em

---

([14]) Neste sentido, v. ainda os acs. do Tribunal da Relação de Évora de 17 de abril de 2023, proc. n.º 12333/20.5T8PRT-B.P1, do Tribunal da Relação de Guimarães de 2 de março de 2023, proc. n.º 348/20.8T8CBT-B.G1, e do Tribunal da Relação de Guimarães de 6 de maio de 2021, proc. n.º 1367/20.0T8BCL-A.G1.

([15]) Ac. do Tribunal da Relação de Évora de 17 de junho de 2021, *cit*.

([16]) No mesmo sentido, ainda que a propósito da prova documental, o ac. do Tribunal da Relação de Évora de 12 de maio de 2022, proc. n.º 61/21.9T8FTR-A.E1.

([17]) Ac. do Tribunal da Relação de Évora de 11 de novembro de 2021, *cit*.

([18]) Ac. do Tribunal da Relação de Évora de 11 de novembro de 2021, *cit*.

([19]) De acordo com Freitas, José Lebre de, *Introdução* ..., pp. 231-232, o princípio da economia processual compreende uma vertente de "economia de atos e formalidades", que envolve, designadamente, a proibição da prática de atos e diligências inúteis.

prazo razoável (art. 20.º, n.º 4, da Constituição da República Portuguesa), por um lado, e o princípio do contraditório, na vertente de direito à prova, por outro lado.

De facto, na primeira situação, a perícia à letra e assinatura do documento (cuja genuinidade fora impugnada pelos réus) tinha relevância direta para a prova dos factos controvertidos, em particular no que respeita à alegada simulação na alienação de um quinhão hereditário. É que o documento em causa (em que um dos réus dava o seu acordo à partilha da herança) não faria sentido caso esse réu tivesse alienado em momento anterior — como alegava — o seu quinhão hereditário e sugeria, pelo contrário, que a referida alienação fora simulada, tal como invocado pelo autor. Neste circunstancialismo, o direito à prova implicava, de facto, que a perícia fosse admitida, pelo que andou bem o Tribunal da Relação.

Já na segunda situação, é possível concluir, desde logo, que a prova pericial não era necessária quanto a uma parte dos factos (em particular, o cálculo da área do imóvel e a descrição das obras neles realizadas), já que a sua perceção não dependia de conhecimentos especiais; na parte em que a prova incidiria sobre afirmações conclusivas, a questão já seria de irrelevância para a decisão da causa. Nesta situação, a admissão da perícia seria contrária à economia processual e, por essa via, afetaria a obtenção de uma decisão em prazo razoável, sem nada contribuir para a justa composição do litígio.

3. Articulado *ad hoc* para resposta a exceções

I. Uma das principais alterações introduzidas pelo CPC de 2013 na fase dos articulados consistiu na restrição significativa do âmbito da réplica, na medida em que esta deixou de comportar, como finalidade autónoma, a resposta a exceções. Nos termos do art. 584.º, a réplica passou a ser admissível apenas quando, na contestação, o réu deduza pedido reconvencional (n.º 1) ou em ações de simples apreciação negativa (n.º 2). Em consequência, a resposta às exceções deduzidas na contestação passou, por regra, a ser oral e a ter lugar na audiência prévia ou, quando esta não se realize, na audiência final (art. 3.º, n.º 4).

Esta alteração é consistente com a lógica de limitar os articulados à alegação dos factos essenciais "que constituem a causa de pedir" [art. 552.º, n.º 1, al. *d*)] ou "em que se baseiam as exceções" [art. 572.º,

al. *c*)]. De facto, a resposta às exceções tem por intuito a alegação de factos instrumentais e, por essa razão, entendeu-se que admiti-la como finalidade autónoma da réplica seria contrário à lógica de simplificação da fase dos articulados([20]).

A questão que logo se colocou consiste em saber se o juiz pode, ao abrigo do poder de adequação formal, introduzir no guião do processo um ato não previsto na lei — neste caso, um articulado para resposta a exceções fora dos casos previstos no art. 584.º([21]).

De acordo com um estudo empírico realizado por Guilherme Brandão Gomes entre 2018 e 2019, a larga maioria dos juízes inquiridos (48 num total de 49) indicou que admitia o exercício do contraditório quanto às exceções por escrito com base na adequação formal, exceto quando as exceções revestissem manifesta simplicidade([22]). Refira-se, no entanto, que algumas decisões de tribunais superiores afastavam esta possibilidade por entenderem, entre outros argumentos, que a mesma ia "contra a alteração legislativa introduzida no NCPC, desvirtuando-a"([23]).

II. É possível constatar que, atualmente, a jurisprudência maioritária dos tribunais superiores admite a introdução no processo de um articulado *ad hoc* para resposta a exceções([24]).

Esta foi, por exemplo, a orientação assumida no ac. do Tribunal da Relação do Porto de 6 de setembro de 2021 (proc. n.º 1385/20.8T8OVR-

---

([20]) Faria, Paulo Ramos de e Loureiro, Ana Luísa, *Primeiras* ..., p. 501.

([21]) Esta questão só se coloca quando a réplica não seja admissível nos termos do art. 584.º por força de uma das suas finalidades principais. Assim, por exemplo, quando o réu deduza pedido reconvencional, além de responder à matéria da reconvenção, o autor tem o ónus de responder na réplica às exceções deduzidas na contestação, sob pena de preclusão (art. 574.º, n.º 2 *ex vi* art. 587.º, n.º 1).

([22]) Gomes, Guilherme Brandão, "Breves notas sobre a postura de 48 magistrados portugueses perante o contraditório às exceções deduzidas na contestação, a audiência prévia e o despacho de identificação do objeto do litígio e de enumeração dos temas da prova no processo declarativo comum", *Julgar online*, disponível online em <https://julgar.pt/breves-notas-sobre-a-postura-de-48-magistrados> (consultado pela última vez a 9 de março de 2024), pp. 9-11. A amostra incluiu tribunais de várias comarcas, em concreto Aveiro, Évora, Faro, Guarda, Leiria, Lisboa, Lisboa Oeste, Porto e Porto Este.

([23]) Ac. do Tribunal da Relação de Évora de 11 de junho de 2015, proc. n.º 1406/14.3TBPTM-B.E1.

([24]) Neste sentido, v. os acs. do Tribunal da Relação do Porto de 6 de setembro de 2021, proc. n.º 1385/20.8T8OVR-A.P1, e do Tribunal da Relação de Lisboa de 11 de dezembro de 2019, proc. n.º 19727/18.4T8LSB-B.L1-2. Há também várias decisões em que, apesar de a questão não ser suscitada pelas partes, o próprio tribunal faz referência à admissibilidade genérica do articulado *ad hoc*: é o que sucede nos acs. do Tribunal da Relação do Porto de 10 de março de 2022, proc. n.º 18502/ /20.0T8PRT-B.P1, do Tribunal da Relação de Évora de 14 de outubro de 2021, proc. n.º 1709/ /18.8T8ENT-B.E1, do Tribunal da Relação de Guimarães de 14 de janeiro de 2021, proc. n.º 127/ /18.2T8CBT.G1, e do Tribunal da Relação de Lisboa de 24 de novembro de 2020, proc. n.º 7692/ /20.2T8LSB-A.L1-7.

A.P1), num caso em que o articulado *ad hoc* fora apresentado por iniciativa do próprio autor e admitido pelo tribunal de 1.ª instância com base no princípio da economia processual. Ora, o Tribunal da Relação entendeu que, em geral, se justifica admitir o articulado apresentado pelo autor sempre que, "numa visão retrospectiva sobre o mesmo, o juiz deva entender que se não fora essa livre iniciativa do autor, sempre lhe teria facultado tal possibilidade"([25]). Nesta hipótese, o Tribunal considerou que essa era a solução que melhor se compatibilizava com o princípio da economia processual, dado que o autor sempre teria oportunidade para exercer o contraditório *a posteriori*, na audiência prévia, pelo não se justificava desentranhar o articulado em que o fazia desde logo. Numa breve nota lateral, refira-se que o Tribunal aderiu ao entendimento segundo o qual a complexidade das exceções pode levar o juiz a admitir um articulado *ad hoc* para resposta ao abrigo do poder de adequação formal (art. 547.º).

III. Em nosso entender, a orientação adotada nesta decisão quanto a ambas as questões é aquela que se apresenta como mais conforme com os princípios estruturantes do processo civil.

Quando o articulado *ad hoc* de resposta a exceções seja apresentado por iniciativa do autor, o princípio da gestão processual, na vertente de proibição da prática de atos inúteis (art. 130.º), aponta para a sua admissibilidade. De facto, uma vez que o autor sempre terá a oportunidade de exercer o contraditório quanto às exceções, é difícil encontrar um sentido útil na decisão que rejeite o articulado, já que, em última análise, o autor poderá reproduzir o seu conteúdo oralmente, na audiência prévia ou, quando esta não tenha lugar, na audiência final (art. 3.º, n.º 4).

Por seu turno, o despacho em que, por sua iniciativa, o juiz introduza no processo um articulado não previsto na lei para resposta a exceções tem cobertura na cláusula geral de adequação formal (art. 547.º), que inclui — entre outros aspetos — a prática de atos não previstos na lei. Refira-se, aliás, que em muitos casos a adequação será essencial no sentido de salvaguardar os direitos processuais fundamentais das partes, em particular a decisão em prazo razoável (pense-se numa situação em que esteja em causa uma exceção dilatória insuprível e esta prática permita viabilizar o conhecimento imediato do mérito da causa) e/ou o contraditório (por exemplo, quando a complexidade da exceção implique uma resposta por escrito). No nosso entender, aliás, a adequação do processo só se justifica

---

([25]) Ac. do Tribunal da Relação do Porto de 6 de setembro de 2021, *cit*.

nestes casos, ou seja, quando a forma prevista na lei (porque definida em abstrato) não seja a mais apropriada para responder, em concreto, aos direitos processuais com tutela constitucional. Isto equivale a dizer que o poder de adequação tem como fundamento necessário os direitos processuais fundamentais([26]).

4. Dispensa da audiência prévia e conhecimento do mérito no despacho saneador

I. O CPC de 2013 consagrou, como regra, a obrigatoriedade da audiência prévia nas ações de valor superior a € 15 000 (art. 591.º, n.º 1)([27]). O caráter tendencialmente obrigatório da audiência justifica-se tendo em conta o caráter instrumental desta para a concretização da visão cooperante e dialogada do processo([28]).

Refira-se, no entanto, que a lei continua a dispensar a audiência prévia de forma automática em alguns casos (art. 592.º) e, em outras situações, permite a sua dispensa pelo juiz, ainda que com a possibilidade de as partes requererem a realização da audiência (art. 593.º). O CPC de 2013 introduziu uma alteração de relevo nesta última hipótese: ao contrário do que resultava da lei anterior [art. 508.º-B, n.º 1, al. *b*), do CPCa], deixou de se prever — pelo menos, de forma expressa — a possibilidade de dispensa da audiência prévia quando o juiz pretenda conhecer do mérito da causa, ainda que a questão já tenha sido debatida nos articulados e revista manifesta simplicidade([29]). De facto, a dispensa da audiência prévia por iniciativa do juiz está agora circunscrita aos casos em que a audiência só teria

---

([26]) Para uma análise mais desenvolvida do fundamento e dos limites da adequação formal, Pinto-Ferreira, João Pedro, *Adequação* ..., pp. 106-109 e 321-324.

([27]) Pelo contrário, nas ações de valor igual ou inferior a € 15 000, a audiência prévia é uma entre várias diligências que podem ter lugar "consoante a necessidade e a adequação (…) ao fim do processo" (art. 597.º). Dito de outra forma, nas ações de valor mais reduzido, a lei prevê diferentes possibilidades de tramitação do processo nesta fase e atribui ao juiz uma ampla margem na concretização do guião do processo em face das particularidades do caso. A exposição subsequente não terá em conta esta hipótese.

([28]) Correia, João, Pimenta, Paulo e Castanheira, Sérgio, *Introdução ao estudo e à aplicação do Código de Processo Civil de 2013*, Coimbra, Almedina, 2013, p. 73.

([29]) De acordo com Pimenta, Paulo, *Processo civil declarativo*, 2.ª ed., Coimbra, Almedina, 2017, pp. 261-262, a solução legal visa, entre outros aspetos, salvaguardar o princípio do contraditório e evitar a prolação de decisões-surpresa ou de decisões precipitadas.

em vista uma (ou mais) das seguintes finalidades: prolação de despacho saneador (desde que este não implique o conhecimento do mérito da causa)([30]), de despacho de gestão processual, de despacho de identificação do objeto do litígio e enunciação dos temas de prova ou de despacho de programação da audiência final (art. 593.º, n.os 1 e 2).

Também neste contexto se discute se o juiz pode, com base no poder de adequação formal, dispensar a prática de um ato previsto na lei — neste caso, a audiência prévia — quando pretenda conhecer do mérito da causa no despacho saneador e, em caso de resposta afirmativa, em que condições poderá fazê-lo.

II. A análise da jurisprudência dos tribunais superiores permitiu, desde logo, identificar várias decisões que recusam a dispensa da audiência prévia quando o juiz projete conhecer o mérito da causa no despacho saneador. Os principais argumentos invocados neste sentido estão relacionados com o caráter tendencialmente obrigatório da audiência prévia [art. 591.º, n.º 1, al. *b*)] e com a circunstância de esta não ser desadequada às especificidades da causa, já que é a única forma de facultar às partes a discussão presencial quanto aos factos e ao direito([31]). Foi, por exemplo, esta a orientação adotada pelo ac. do Tribunal da Relação de Guimarães de 28 de outubro de 2021 (proc. n.º 1066/19.5T8VRL.G1) num caso em que o tribunal de 1.ª instância proferira despacho saneador em que conhecera do mérito da causa sem previamente convocar audiência prévia nem facultar às partes o contraditório quanto à intenção de dispensar a audiência. Além da violação do princípio do contraditório, o Tribunal concluiu que, de qualquer forma, a dispensa da audiência não seria admissível "uma vez que a simplificação processual ou a adequação formal não pode ir contra normas que reflectem determinado ritualismo como obrigatório ou necessário"([32]).

([30]) Tal como defendemos noutro contexto, a referência às "ações que hajam de prosseguir" (art. 593.º, n.º 1, 1.ª parte) visa evitar a dispensa da audiência, entre outros casos, quando a ação deva terminar no despacho saneador com uma decisão de mérito, mas também quando se conheça apenas de um pedido ou de uma exceção, já que a causa não prosseguirá quando à questão de mérito então decidida — Pinto-Ferreira, João Pedro, *Adequação* ..., p. 217.

([31]) É o caso dos acs. do Tribunal da Relação de Lisboa de 13 de julho de 2023, proc. n.º 8882/22.9T8LSB.L1-7, do Tribunal da Relação de Guimarães de 20 de janeiro de 2022, proc. n.º 1167/20.7T8VRL.G1, do Tribunal da Relação de Évora de 9 de setembro de 2021, proc. n.º 1883/ /20.3T8STR-A.E1, do Tribunal da Relação de Guimarães de 20 de maio de 2021, proc. n.º 125/ /20.6T8AMR-G1, do Tribunal da Relação de Guimarães de 30 de janeiro de 2020, proc. n.º 3834/ /18.6T8GMR.G1, e do Tribunal da Relação de Évora de 16 de janeiro de 2020, proc. n.º 150/ /18.7T8GDL.E1.

([32]) Ac. do Tribunal da Relação de Guimarães de 28 de outubro de 2021, *cit*.

No entanto, há também decisões que, ao abrigo da adequação formal, admitem a dispensa da audiência prévia mesmo quando o juiz pretenda apreciar o mérito da causa no despacho saneador, desde que antecedida do contraditório das partes tanto quanto à adequação projetada como em relação às questões a apreciar em sede de despacho saneador([33]). Um exemplo ilustrativo desta orientação é o ac. do Tribunal da Relação de Coimbra de 24 de janeiro de 2023 (proc. n.º 3689/21.3T8LRA.C1). Neste caso, o tribunal de 1.ª instância notificara as partes para se pronunciarem sobre a possibilidade de dispensar a audiência prévia e conhecer do mérito da causa no despacho saneador; uma vez que as partes não se pronunciaram, o tribunal dispensou a audiência prévia (ao abrigo do art. 593.º, n.º 1) e julgou procedente o pedido deduzido pelo autores e improcedente o pedido reconvencional. Ora, o Tribunal da Relação manteve a decisão anterior no sentido da dispensa da audiência prévia, ainda que com um fundamento diferente: de facto, entendeu o Tribunal — bem, no nosso entender — que a audiência não podia ser dispensada ao abrigo do art. 593.º, n.º 1 (já que este não se aplica aos casos em que a causa não deva prosseguir), mas apenas com base na adequação formal. Numa nota lateral, o Tribunal referiu ainda que a audiência prévia deve realizar-se sempre que uma das partes o requeira, por maioria de razão com o previsto no art. 593.º-3 para os casos em que a lei admite expressamente a dispensa da audiência pelo juiz.

III. Em nosso entender, a perspetiva que melhor se compatibiliza com os princípios estruturantes do processo civil e com a forma como o juiz deve encarar as regras processuais é aquela que admite a dispensa da audiência prévia mesmo quando o juiz perspetive conhecer do mérito da causa. No entanto, para que o juiz possa adequar o processo, devem estar reunidos três requisitos cumulativos: o contraditório prévio quanto à questão que será objeto de apreciação judicial; a audição das partes quanto à adequação preconizada; nenhuma das partes se manifeste em sentido contrário. De facto, o CPC exige do juiz uma visão crítica das regras de processo e a adoção daquelas que se revelem mais adequadas e eficientes no

---

([33]) Neste sentido, os acs. do Tribunal da Relação do Porto de 27 de junho de 2023, proc. n.º 1831/22.6T8MAI-A.P1, do Tribunal da Relação de Lisboa de 8 de março de 2022, proc. n.º 5152/ /19.3T8LRS.L1-7, do Tribunal da Relação do Porto de 23 de novembro de 2021, proc. n.º 2841/ /20.3LOU-A.P1, do Tribunal da Relação do Porto de 22 de novembro de 2021, proc. n.º 14/ /20.4T8AGD-A.P1, do Tribunal da Relação do Porto de 8 de novembro de 2021, proc. n.º 3633/ /19.8T8PRT.P1, do Tribunal da Relação de Évora de 30 de junho de 2021, proc. n.º 735/19.4T8PTG- -C.E1, e do Tribunal da Relação do Porto de 19 de novembro de 2020, proc. n.º 978/19.0T8AGD-A.P1.

caso concreto, mas, em simultâneo, uma atuação dialogante com as partes. É nesta interseção que se chega à solução defendida.

Neste âmbito, importa sublinhar que a adequação formal deve, em geral, ser antecedida do contraditório das partes ("ouvidas as partes" — art. 6.º, n.º 1) como forma de assegurar que estas têm a oportunidade de intervir e influenciar a adequação projetada e de salvaguardar a previsibilidade do processo. Ora, não se vê que o contraditório quanto à dispensa da audiência prévia seja manifestamente desnecessário (art. 3.º, n.º 3). O contrário é, aliás, verdade, tendo em conta o caráter tendencialmente obrigatório desta diligência.

Desta forma, parece-nos que, de facto, não estavam reunidas as condições necessárias para a dispensa da audiência prévia na situação analisada no ac. do Tribunal da Relação de Guimarães de 28 de outubro de 2021. Já não podemos acompanhar o raciocínio do Tribunal quando este conclui, de forma genérica, que a dispensa da audiência não é admissível ao abrigo da adequação formal. De facto, além de a fase intermédia ser um momento particularmente propício para a adequação do processo, tendo em conta que o saneamento e a preparação da causa para a audiência final podem ter lugar de forma diferente consoante o caso, a limitação da adequação neste particular seria contraditória com a ampla liberdade que o art. 597.º confere ao juiz na modelação desta fase do processo nas ações de valor igual ou inferior a € 15 000.

Igualmente importante num processo norteado pelo princípio da cooperação entre as partes e o juiz (art. 7.º, n.º 1) é ter em conta a perspetiva daquelas quanto à adequação projetada. O princípio da cooperação é especialmente relevante no contexto da audiência prévia, dado que — como vimos — esta é um dos momentos em que a conceção dialogante e participante do processo se faz sentir com maior intensidade. Simplesmente, há que distinguir duas hipóteses.

Assim, quando as partes não se oponham à intenção do juiz de dispensar a audiência prévia e as questões a decidir já tenham sido discutidas nos articulados, não se vê qual é o princípio processual que obsta à dispensa da audiência. Repare-se que nesta hipótese as partes já tiveram a oportunidade de exercer o contraditório na fase dos articulados e têm ainda a possibilidade de, querendo, apresentar alegações finais (ainda que escritas), pelo que o princípio do contraditório está salvaguardado. Também não parece que o princípio da cooperação possa estar em causa quando nenhuma das partes considere relevante a realização da audiência prévia. Neste circunstancialismo, a realização da audiência traduziria, pelo contrário, a prática de um ato inútil e, como tal, proibido pela lei (art. 130.º), além de implicar

um prolongamento do processo com base em meras razões formais e sem que se identifique um princípio processual que o justifique.

Pelo contrário, quando pelo menos uma das partes se oponha à dispensa da audiência prévia, o juiz deve convocar a audiência. Tal como refere o ac. do Tribunal da Relação de Coimbra de 23 de janeiro de 2023, esta é a solução que melhor se compatibiliza com o disposto no art. 593.º, n.º 3, que devolve às partes a última palavra quanto à realização da audiência sempre que o juiz a dispense num dos casos expressamente previstos na lei. Ora, não faz sentido defender uma solução menos garantística quando a dispensa da audiência tenha lugar ao abrigo da adequação formal. De facto, as razões que justificam a convocação da audiência nos termos do art. 593.º, n.º 3, são plenamente transponíveis para esta situação: em ambos os casos, aquilo que se pretende é salvaguardar os princípios do contraditório e da cooperação([34]).

5. Admissibilidade da reconvenção na AECOP

I. A ação declarativa especial para cumprimento de obrigações pecuniárias emergentes de contratos (AECOP)([35]) assenta numa tramitação marcada pela simplicidade e celeridade, o que se traduz, entre outros aspetos, na circunstância de apenas comportar dois articulados — a petição inicial e a contestação (art. 1.º do regime anexo ao Decreto-Lei n.º 269/98, de 1 de setembro). Esta compressão muito significativa da fase dos articulados tem como consequência a exclusão da réplica, pelo que se coloca a questão de saber se o réu pode deduzir pedido reconvencional neste processo especial.

Neste particular, é notória uma tensão entre diferentes princípios processuais: por um lado, a celeridade aponta para a inadmissibilidade do

---

([34]) Em sentido contrário, o ac. do Tribunal da Relação do Porto de 22 de novembro de 2021, *cit*. De acordo com o Tribunal, a parte "não invocou nem identificou qualquer excepção que pudesse ter sido invocada (…) relativamente à qual pretendesse responder ou tomar posição no início da audiência prévia nem identificou qualquer questão de facto que no seu entender obstaculizasse o conhecimento imediato do mérito da acção)", pelo que não se justificava a convocação da audiência prévia.

([35]) Como o próprio nome indica, a AECOP é um processo especial que tem por objeto o cumprimento de obrigações pecuniárias emergentes de contratos até € 15 000 (art. 1.º do Decreto-Lei n.º 269/98). Nos termos do art. 17.º, n.º 1, do regime anexo ao Decreto-Lei n.º 269/98, a AECOP aplica-se ainda, com as necessárias adaptações, aos termos posteriores à oposição ao requerimento de injunção, desde que a obrigação não exceda os € 15 000 e o requerente solicite a distribuição do processo.

pedido reconvencional, já que este implica que o autor tenha a possibilidade de se defender quanto à matéria da reconvenção; por outro lado, a economia processual, na sua vertente de economia de processos, e a orientação para uma decisão de mérito favorecem a resolução global do litígio entre as partes e, como tal, militam no sentido da admissibilidade do pedido reconvencional.

II. Esta questão tem sido objeto de discussão na jurisprudência dos tribunais superiores([36]).

A orientação jurisprudencial que se pronuncia pela inadmissibilidade da reconvenção na AECOP tem como principal argumento a ideia de que a limitação do número de articulados neste processo especial é intencional e está relacionada com a simplicidade e a celeridade que o caracterizam([37]). O ac. do Tribunal da Relação do Porto de 13 de março de 2023 (proc. n.º 109593/21.1YIPRT-A.P1) é particularmente representativo desta perspetiva. Neste caso, o tribunal de 1.ª instância não admitira o pedido reconvencional através do qual o réu pretendia operar a compensação. O Tribunal da Relação confirmou, por maioria([38]), esta decisão por entender que a AECOP tem como intuito "a obtenção de forma célere e simplificada de título executivo" e que a adequação formal não deve ser utilizada "como meio de alterar uma especial tramitação processual pensada pelo legislador com a específica finalidade indicada"([39]).

Em sentido contrário, a perspetiva que pugna pela admissibilidade do pedido reconvencional na AECOP baseia-se, entre outros argumentos, nos

---

([36]) Além das duas perspetivas que aqui serão analisadas, algumas decisões seguem uma orientação intermédia que se caracteriza por afastar a reconvenção, mas admitir que a compensação seja deduzida como exceção perentória. Não iremos focar a nossa atenção nesta orientação por entendermos que a mesma é dificilmente compatível com a opção legislativa tomada no CPC de 2013 no sentido de que a compensação deve ser feita valer em sede de reconvenção [art. 266.º, n.º 2, al. *c*)] e não como exceção perentória: neste sentido, Geraldes, António Santos Abrantes, Pimenta, Paulo e Sousa, Luís Filipe Pires de, *Código de Processo Civil anotado*, Vol. I, 1.ª ed., Coimbra, Almedina, 2018, pp. 302-303; Mendes, João de Castro e Sousa, Miguel Teixeira de, *Manual de processo civil*, Vol. I, Lisboa, AAFDL, 2022, pp. 454-455.

([37]) Nesse sentido, os acs. do Tribunal da Relação de Coimbra de 28 de setembro de 2022, proc. n.º 9423/21.0YPRT-A.C1, do Tribunal da Relação do Porto de 21 de junho de 2021, proc. n.º 83857/20.1YIPRT-A.P1, do Tribunal da Relação de Évora de 23 de abril de 2020, proc. n.º 90849/ /19.1YIPRT-A.E1, do Tribunal da Relação de Guimarães de 5 de março de 2020, proc. n.º 3298/ /16.9T9VCT-B.G1, e do Tribunal da Relação do Porto de 7 de outubro de 2019, proc. n.º 4843/ /19.3YIPRT-A.P1.

([38]) Esta decisão conta com um voto de vencido que, pelo contrário, defende a admissibilidade da reconvenção com base no princípio da igualdade e no apelo à instrumentalidade do direito processual face ao direito material.

([39]) Ac. do Tribunal da Relação do Porto de 13 de março de 2020, *cit*.

princípios da igualdade e da economia processual([40]). O ac. do Tribunal da Relação de Lisboa de 23 de fevereiro de 2021 (proc. n.º 72269/ /19.0YIPRT.L1) é ilustrativo desta perspetiva. *In casu*, o tribunal de 1.ª instância considerara que a compensação só podia ser feita valer por meio de reconvenção e que a AECOP não é compatível com a dedução de pedido reconvencional. Pelo contrário, o Tribunal da Relação concluiu que a reconvenção era admissível, entre outros aspetos porque "permite a apreciação numa única ação das questões que, doutra forma, teriam de ser apreciadas em duas ações (…); a imediata apreciação da compensação evita que o compensante suporte o risco de insolvência da contraparte; conforma-se melhor com o principio da igualdade das partes"([41]).

III. Em nosso entender, é de admitir a dedução de pedido reconvencional na AECOP, pois esta é a solução que melhor se concilia com os princípios do processo civil.

De facto, esta perspetiva permite evitar a multiplicação de ações entre as mesmas partes e relativas a questões com conexão entre si, pelo que contribui para a economia processual. É certo que isto pode implicar uma maior demora na apreciação do direito de crédito invocado pelo autor: no entanto, do ponto de vista da resolução global do litígio, esta solução acaba por agilizar a obtenção de uma decisão e, como tal, por se revelar mais conforme com a garantia constitucional de decisão em prazo razoável (art. 20.º, n.º 4, da Constituição da República Portuguesa).

Sucede que a admissibilidade do pedido reconvencional na AECOP pressupõe a adequação do processo, já que a forma legal só comporta dois

---

([40]) Acs. do Tribunal da Relação de Guimarães de 25 de maio de 2023, proc. n.º 58938/ /22.0YIPRT-A.G1, do Tribunal da Relação do Porto de 14 de dezembro de 2022, proc. n.º 628/ /22.8T8VFR-A.P1, do Tribunal da Relação de Guimarães de 15 de dezembro de 2022, proc. n.º 117544/21.7YIPRT-B.G1, do Tribunal da Relação do Porto de 13 de julho de 2022, proc. n.º 102792/21.8YIPRT-A.P1, do Tribunal da Relação do Porto de 13 de julho de 2022, proc. n.º 40939/21.8YIPRT-A.P1, do Tribunal da Relação de Lisboa de 7 de julho de 2022, proc. n.º 86718/ /21.3YIPRT.L1-A-7, do Tribunal da Relação do Porto de 8 de novembro de 2021, proc. n.º 2408/ /20.6T8PRD-A.P1, do Tribunal da Relação de Lisboa de 27 de maio de 2021, proc. n.º 106431/ /19.9YIPRT-A.L1-2, do Tribunal da Relação de Guimarães de 28 de janeiro de 2021, proc. n.º 13397/ /20.7YIPRT.G1, e do Tribunal da Relação do Porto de 10 de novembro de 2020, proc. n.º 66423/ /19.1YIPRT-A.P1.

([41]) Ac. do Tribunal da Relação de Lisboa de 23 de fevereiro de 2021, *cit*. No que respeita ao princípio da igualdade, o Tribunal refere que esta é a única forma de obstar ao tratamento distinto das partes numa transação comercial consoante o crédito do autor seja igual ou inferior a € 15 000 (caso em que se aplicará a AECOP) ou superior a € 15 000 (nos termos do art. 10.º, n.º 2, do Decreto-Lei n.º 62/2013, de 10 de maio, aplicar-se-á a forma de processo comum e, como tal, a reconvenção será admissível).

articulados e o princípio do contraditório exige que o autor tenha a possibilidade de se defender quanto à matéria da reconvenção. É certo que, em abstrato, o contraditório poderia ter lugar oralmente, na própria audiência de julgamento (art. 4.º do regime anexo ao DL n.º 269/98), o que limitaria a necessidade de adequação.

Não obstante, temos por muito duvidoso que a resposta oral permita um exercício efetivo do direito de defesa neste contexto(42). De facto, a resposta à reconvenção desempenha uma finalidade idêntica à contestação(43), o que ajuda a explicar que, no âmbito do processo comum de declaração, o art. 584.º, n.º 1, do CPC a tenha mantido como uma das finalidades principais da réplica. Ora, as razões justificativas desta solução no processo comum — tutela do contraditório — são extensíveis à AECOP, pelo que também nesta a resposta à reconvenção deve ter lugar por escrito, com a consequente adequação do processo no sentido de introduzir um articulado não previsto na lei com esse objetivo.

---

(42) É o que defendem Faria, Paulo Ramos de e Loureiro, Ana Luísa, *Primeiras* ..., pp. 236-237: "o momento previsto no art. 3.º, n.º 4, não é idóneo a proporcionar satisfatoriamente a defesa do autor a uma pretensão desta natureza [pedido reconvencional]".

(43) Geraldes, António Santos Abrantes, Pimenta, Paulo e Sousa, Luís Filipe Pires de, *Código* ..., p. 666.

GARANTIAS PROCESSUAIS E PROVA DIGITAL

Pelo Dr. António Pedro Pinto Monteiro(*)

Sumário:

1. Introdução. **2.** Conceito de prova digital. **3.** Enquadramento normativo da prova digital (ou a falta dele). **4.** Fragilidades, problemas e desafios da prova digital: a importância das garantias processuais. **5.** Possíveis formas de superação das fragilidades da prova digital: a *blockchain*. **6.** Conclusão.

Palavras-chave

Blockchain, *deepfake*, era digital, garantias processuais, prova digital, tecnologia.

1. Introdução

Vivemos hoje na chamada "era digital", por vezes também designada como "era da informação"([1]) — uma era que marca (e, certamente, continuará a marcar) o século XXI.

(*) Professor Associado da Universidade Autónoma de Lisboa. Doutor em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa (NOVA School of Law). Advogado, árbitro e jurisconsulto. Investigador Integrado do JusGov e do Ratio Legis. O presente texto corresponde à intervenção que realizámos nas "III Jornadas a Sul do Direito Civil e Processual Civil" (evento inserido no âmbito da comemoração dos 50 anos do Tribunal da Relação de Évora e que teve lugar no dia 3 de Novembro de 2023, no auditório nobre da Universidade de Évora). Neste sentido, o texto assume um tom mais informal, correspondente à apresentação que esteve na sua origem. Agradecemos à Senhora Dra. Sandra dos Reis Luís o amável convite, bem como toda a diligência, disponibilidade e atenção demonstradas na coordenação das Jornadas. O texto encontra-se redigido ao abrigo do antigo Acordo Ortográfico da Língua Portuguesa.

([1]) Cf. Ana Isa Dias Meireles, *A Prova Digital no Processo Judicial — a Blockchain e Outros Caminhos para os Tribunais*, Almedina, Coimbra, 2023, p. 92.

A era digital apresenta-nos um mundo dominado pela informática e pela electrónica. Neste "novo" mundo, as rápidas e, muitas vezes, profundas alterações tecnológicas são constantes, tendo mudado a forma como vivemos e trabalhamos. As transformações introduzidas pela tecnologia são de tal ordem que se fala aqui, muitas vezes, de uma *quarta revolução industrial*(2).

Neste contexto, a justiça tem vindo a ser influenciada (diríamos, beneficiada) por esta era digital. De facto, a nossa justiça não passou ao lado da evolução tecnológica que se tem vindo a sentir ao longo dos anos. Bastará recordar, a este respeito, o (bom) exemplo do *Citius*.

Regulado pela Portaria n.º 280/2013, de 26 de Agosto (que procedeu à revogação da anterior Portaria n.º 114/2008, de 6 de Fevereiro, onde já se encontrava previsto), o *Citius* introduziu uma verdadeira revolução (não é exagerado dizê-lo) na tramitação dos processos judiciais(3). Por força do sistema informático *Citius*, o processo judicial cível começa de modo digital e é, em grande parte, *tramitado electronicamente*. São diversas as vantagens que o mesmo veio trazer, entre as quais destacamos, desde logo, o facto de facilitar o acesso ao processo (que pode ser feito de forma electrónica, permitindo descongestionar o atendimento no tribunal), ao mesmo tempo que incrementa a transparência do mesmo. Por outro lado, da perspectiva do mandatário judicial (e, consequentemente, para as partes que representam), não podem deixar também de se referir os claros ganhos de tempo e custos que se conseguem com o *Citius*, na medida em que: (*i*) o mandatário judicial pode facilmente apresentar um articulado, um requerimento, documentos, etc., bem como notificar a parte contrária, de forma electrónica, não tendo de se deslocar ao tribunal ou aos correios para o efeito; e (*ii*) ao praticar diversos actos de forma electrónica, o mandatário judicial não precisará de o fazer em papel (estando desonerado da obrigação de juntar cópias e duplicados), o que é novamente vantajoso não só em termos de custos, mas também em termos ambientais. Tudo isto, em suma, com claros ganhos de eficiência para o processo, criando-se condições para uma tramitação mais célere(4).

---

(2) Vejam-se, por exemplo, Klaus Schwab, *The Fourth Industrial Revolution*, Portfolio Penguin, 2017, p. 3, Diogo de Matos Brandão, *A Prova Digital no Processo Civil: Repensar o Sistema*, Nova Causa, Braga, 2020, p. 105, e Sónia Fidalgo, "A utilização de inteligência artificial no âmbito da prova digital — direitos fundamentais (ainda mais) em perigo", *in A Inteligência Artificial no Direito Penal*, Almedina, Coimbra, 2020, p. 129.

(3) Para maiores desenvolvimentos sobre o *Citius*, veja-se, designadamente, Diogo de Matos Brandão, *A Prova Digital no Processo Civil…*, *cit.*, p. 125, ss.

(4) Para além do *Citius*, registam-se, igualmente, "diversos mecanismos e instrumentos eletrónicos de suporte à atividade dos tribunais" que têm vindo a ser introduzidos no Código de Processo Civil (Marco Carvalho Gonçalves, "Inteligência artificial e processo judicial: em busca da celeridade,

Nos anos mais recentes, a pandemia provocada pelo Coronavírus SARS-CoV-2/COVID-19 veio demonstrar a importância de se colocar a tecnologia ao serviço da justiça (e acelerou esse processo). Tal como sucedeu noutros sectores, ao nível da resolução de litígios a pandemia colocou vários desafios e levantou diversos problemas. E foi aqui que a tecnologia assumiu grande protagonismo, desbloqueando — em alguns casos — problemas que não pareciam ser possíveis de resolver([5]). Embora alguns dos meios tecnológicos não fossem desconhecidos da resolução de litígios, a pandemia acelerou, claramente, a aproximação do direito à tecnologia, evidenciando as vantagens (mas também as desvantagens e riscos) que diversos meios tecnológicos podem apresentar quando colocados ao serviço da justiça.

Apesar de, nesta matéria, existirem opiniões divergentes, poder-se-á afirmar que esta aproximação do direito à tecnologia é vista como positiva por grande parte dos intervenientes na justiça, sobretudo pelas vantagens que pode trazer em termos de eficiência, economia de tempo e custos([6]). Assim se compreende, por exemplo, que num estudo empírico recente — junto dos magistrados judiciais — se tenha apurado "que os Juízes consideram que a sua formação deve incluir uma maior componente de preparação sobre os desafios jurídicos associados às tecnologias de Inteligência Artificial"([7]).

É neste contexto da referida "era digital" que se situa o tema que iremos tratar de seguida, respeitante às garantias processuais e à prova digital. A questão essencial aqui é a seguinte: não obstante as vantagens da utilização da tecnologia (sobretudo em temos de eficiência, economia de tempo e custos), existem também desvantagens ou, se preferirmos, desafios que se colocam nesta matéria. Neste sentido, o presente texto pretende reflectir sobre estes problemas ou desafios, no que especificamente se refere à prova digital (em processo civil)([8]).

Para o efeito, começaremos com uma análise do conceito de prova digital. De seguida, iremos reflectir sobre o enquadramento normativo da

---

da eficiência e da qualidade da justiça", *in Inteligência Artificial e Robótica — desafios para o direito do século XXI*, Gestlegal, Coimbra, 2022, pp. 270 e 271).

([5]) *Vide* Silvia Barona Vilar, "Da tecnologia assistencial à algoritimização da justiça — Uma evolução imparável?", *in Presente e Futuro do Processo Civil — A Caminho de uma (R)evolução?, III Jornadas Científicas de Processo Civil — Estg P.Porto*, Gestlegal, Coimbra, 2023, p. 46.

([6]) Cf. Andreia Martinho "Digitalização, Automação, e Inteligência Artificial nos Tribunais Judiciais Portugueses", *in a Revista*, Supremo Tribunal de Justiça, n.º 3, Lisboa, 2023, p. 167.

([7]) Andreia Martinho "Digitalização, Automação, e Inteligência Artificial…", *cit.*, p. 177.

([8]) Atendendo ao âmbito do evento que serviu de suporte a este texto ("III Jornadas a Sul do Direito Civil e Processual Civil"), a nossa análise centrar-se-á no domínio do Direito Processual Civil. Em todo o caso, não pode deixar de se fazer a ressalva que o tema da prova digital é igualmente, como se sabe, muito controvertido também ao nível do processo penal.

prova digital (ou a falta dele). No capítulo subsequente, centrar-nos-emos sobre as fragilidades, problemas e desafios da prova digital; e é aqui que entra a importância das garantias processuais. Posteriormente, iremos apurar de que forma as fragilidades da prova digital podem ser superadas, seguindo-se a conclusão do presente texto.

2. Conceito de prova digital

Sendo o título do nosso trabalho "Garantias processuais e prova digital", importa, antes de mais, concretizar o conceito de prova digital([9]). A questão é pertinente, uma vez que, para além de não haver consenso na definição de prova digital, não é sequer consensual a utilização desta terminologia.

Desde logo, alguns autores preferem a expressão "prova electrónica" ou "prova computacional"([10]), embora "prova digital" seja, de facto, a terminologia que reúne maior consenso e aquela que é mais utilizada. Neste âmbito, cumpre referir que, em rigor, a *prova electrónica* é diferente da prova digital; a primeira é mais ampla do que a segunda, na medida em que "engloba não apenas a prova obtida através de dados em formato digital, mas também a alcançada por meio de dados em formato analógico"([11]). É essa a razão pela qual se poderá afirmar que "todos os documentos digitais são documentos eletrónicos, mas nem todos os documentos eletrónicos são documentos digitais"([12]).

Em todo o caso, apesar das dificuldades em encontrar uma definição totalmente rigorosa nesta matéria, podemos entender que a *prova digital* é a "a prova produzida a partir de dados em formato digital (na forma binária), 'que são manipulados, armazenados ou comunicados através de qual-

---

([9]) Especificamente no que se refere ao termo "digital" no contexto actual em que vivemos, veja-se Bruno Miragem, "O digital e o direito: premissas para uma sistematização", *in Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor António Pinto Monteiro*, Vol. IV, Boletim da Faculdade de Direito, Universidade de Coimbra, Stvdia Ivridica 114, 2023, pp. 510 a 513.

([10]) Sobre esta questão, veja-se Diogo de Matos Brandão, *A Prova Digital no Processo Civil…*, *cit.*, p. 56.

([11]) Sónia Fidalgo, "A utilização de inteligência artificial no âmbito da prova digital…", *cit.*, p. 133.

([12]) Diogo de Matos Brandão, *A Prova Digital no Processo Civil…*, *cit.*, p. 71. Defendendo também a maior restritividade da prova digital face à prova electrónica, veja-se José Luís Bonifácio Ramos, "As Garantias do Processo, os Princípios e a Prova Digital", *in Revista de Direito Civil*, ano VIII, n.º 4, Almedina, Coimbra, 2023, p. 755.

quer dispositivo, computador ou sistema informático, ou transmitidos através de um sistema de comunicação"([13]). Neste sentido, a prova digital poderá encontrar-se em diversos dispositivos, tais como: computadores, *tablets*, telemóveis, *smartwatches*, câmaras fotográficas e de vídeo, impressoras, *scanners*, dispositivos de GPS e consolas de videojogos. Através destes e de outros dispositivos poderão recolher-se dados informáticos variados, como, por exemplo, emails, mensagens, ficheiros de imagem, vídeo ou áudio, e dados de localização([14]).

Independentemente das fragilidades que pode apresentar (e que veremos *infra*), a importância da prova digital é inegável. Inegável, desde logo, face à frequência com que a mesma é utilizada. Por outro lado, importa também salientar que estamos a falar de meios de prova inexistentes há alguns ou mesmo décadas atrás — neste sentido, poder-se-á afirmar que, através da prova digital, as partes têm mais material probatório, o que em princípio contribuirá para uma maior facilidade na descoberta da verdade material([15]).

3. Enquadramento normativo da prova digital (ou a falta dele)

I. Um outro tópico pertinente, que importa de seguida considerar, diz respeito ao enquadramento normativo da prova digital (ou a falta dele).

Especificamente no que se refere ao Direito Processual Civil, não existe um diploma expressamente dirigido àquilo que entendemos por prova digital. Na doutrina, há vários autores que têm defendido essa necessidade, isto é, a necessidade de termos um regime próprio sobre a prova digital no Direito Processual Civil([16]).

([13]) Sónia Fidalgo, "A utilização de inteligência artificial no âmbito da prova digital…", *cit.*, p. 133.

([14]) *Vide* Sónia Fidalgo, "A utilização de inteligência artificial no âmbito da prova digital…", *cit.*, p. 133.

([15]) Neste sentido, veja-se Ivo de Almeida, *A Prova Digital*, Librum Editora, Porto, 2018, p. 36.

([16]) Cf. Diogo de Matos Brandão, *A Prova Digital no Processo Civil…*, *cit.*, p. 176. No mesmo sentido, por referência ao processo penal, vejam-se João Conde Correia, "Prova digital: enquadramento legal", *in Cibercriminalidade e Prova Digital*, Coleção Formação Contínua, Centro de Estudos Judiciários, Lisboa, 2018 (edição actualizada de 2020), p. 23, ss., e Ivo de Almeida, *A Prova Digital*, *cit.*, pp. 88 e 89. Acrescente-se que, também por referência à *inteligência artificial*, se tem defendido que "a introdução das novas tecnologias baseadas em sistemas de IA no processo civil vai conduzir a uma nova codificação das regras processuais existentes" (João Ferreira, "Justiça Digital na Tramitação Pro-

Apesar de o mencionado regime não existir, cumpre assinalar, todavia, que há vários instrumentos normativos com relevo na matéria. É esse o caso, por exemplo, do Regulamento (UE) n.º 910/2014 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 23 de Julho de 2014, e do Decreto-Lei n.º 12/2021, de 9 de Fevereiro — ambos referentes *à identificação electrónica* e aos *serviços de confiança para as transacções electrónicas*([17]).

O primeiro diploma veio substituir a anterior Directiva 1999/93/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 13 de Dezembro([18]), que instituiu um quadro legal comunitário para as assinaturas electrónicas e cuja respectiva transposição foi assegurada na ordem jurídica nacional pelo Decreto-Lei n.º 62/2003, de 3 de Abril.

Partindo do pressuposto de que a criação de confiança no ambiente em linha é fundamental para o desenvolvimento económico e social, o Regulamento (UE) n.º 910/2014 visa essencialmente aumentar a confiança e segurança das transacções online na União Europeia, promovendo uma maior utilização desses serviços pelos cidadãos, operadores económicos e Administração Pública. Dessa forma, conseguir-se-á também aumentar a eficácia dos serviços públicos e privados em linha, os negócios electrónicos e o comércio electrónico na União. Para o efeito, o Regulamento "passou a regular, a par da matéria das assinaturas electrónicas, os selos electrónicos, os selos temporais, a marca de confiança 'UE', os serviços de envio registado electrónico e os serviços de certificados para autenticação de sítios web"([19]).

Em concreto, e com interesse para o nosso tema, destacamos, desde já, a definição de documento electrónico constante do art. 3.º, n.º 35 ("qualquer conteúdo armazenado em formato eletrónico, nomeadamente texto ou gravação sonora, visual ou audiovisual"), bem como o disposto no seu art. 46.º (efeitos legais dos documentos electrónicos), segundo o qual "[n]ão podem ser negados efeitos legais nem admissibilidade enquanto prova em processo judicial a um documento eletrónico pelo simples facto de se apresentar em formato eletrónico"([20]).

---

cessual Civil: a Emergência da Inteligência Artificial", *in I Congresso Inteligência Artificial e Direito*, Almedina, Coimbra, 2023, p. 192).

([17]) Note-se que a identificação electrónica "é entendida como uma possibilidade de prova digital" (Ana Isa Dias Meireles, *A Prova Digital no Processo Judicial…*, *cit.*, p. 101).

([18]) Na verdade, de acordo com o terceiro considerando do mencionado Regulamento (UE) n.º 910/2014, "[a] Diretiva 1999/93/CE do Parlamento Europeu e do Conselho trata das assinaturas eletrónicas sem oferecer um quadro transfronteiriço e transetorial geral que garantisse a segurança, a fiabilidade e a facilidade de realizações das transações eletrónicas".

([19]) Preâmbulo do Decreto-Lei n.º 12/2021, de 9 de Fevereiro.

([20]) Defendendo a possível aplicação do Regulamento (UE) n.º 910/2014 a processos arbitrais, veja-se Sophie Nappert / Mihaela Apostol, "Rising to the Challenge of Digital Evidence in Interna-

Igualmente relevante é o *Decreto-Lei n.º 12/2021*, de 9 de Fevereiro, que assegurou a execução na ordem jurídica interna do Regulamento (UE) 910/2014 e revogou, entre outros, o Decreto-Lei n.º 290-D/99, de 2 de Agosto. Conforme consta da alínea *b*) do seu art. 1.º, o mencionado Decreto-Lei n.º 12/2021 regula, ainda, a validade, eficácia e valor probatório dos documentos electrónicos, bem como o reconhecimento e aceitação — na ordem jurídica portuguesa — dos meios de identificação electrónica de pessoas singulares e colectivas, prevendo também as normas aplicáveis ao Sistema de Certificação Eletrónica do Estado — Infraestrutura de Chaves Públicas (SCEE).

Entre outros pontos, destacamos aqui, em particular, a forma e a força probatória do documento electrónico, previstas no art. 3.º. Nesta norma estabelece-se, designadamente, que o documento electrónico é equiparado ao documento particular, "cujo conteúdo seja susceptível de apresentação como declaração escrita"([21]). Por sua vez, dos n.os 2 e 5 da citada norma decorre que o documento electrónico é equiparado, no seu valor, ao documento particular assinado, quando lhe seja aposta uma assinatura electrónica qualificada (nos termos referidos no mencionado n.º 2). Quando não lhe estejam associados serviços de confiança qualificados, o valor probatório do documento electrónico estará, em princípio, sujeito à livre apreciação do tribunal (n.º 10 do art. 3.º)([22]).

No que respeita às *cópias* (sempre muito relevantes, atendendo à frequência com que se recorre à cópia e à reprodução do documento para finalidades probatórias)([23]), importa ter presente o disposto no n.º 11 do art. 3.º do Decreto-Lei n.º 12/2021, segundo o qual "[a]s cópias de documentos eletrónicos, sobre idêntico ou diferente tipo de suporte que não permita a verificação e validação das assinaturas eletrónicas ou dos selos eletrónicos, são válidas e eficazes nos termos gerais de direito e têm a força probatória atribuída às cópias fotográficas pelo n.º 2 do art. 387.º do

---

tional Arbitration", *in Revista Internacional de Arbitragem e Conciliação*, n.º 16, Almedina, Coimbra, 2021, pp. 77 e 78.

([21]) José Lebre de Freitas, *A Ação Declarativa Comum à Luz do Código de Processo Civil de 2013*, 5.ª ed., Gestlegal, Coimbra, 2023, p. 287.

([22]) No âmbito da livre apreciação do julgador, e dependendo da situação concreta, poderá naturalmente afigurar-se relevante a realização de *prova pericial* ao documento electrónico ou até mesmo a inspecção judicial (cf. Ana Isa Dias Meireles, *A Prova Digital no Processo Judicial…*, *cit.*, p. 113).

([23]) *Vide* José Lebre de Freitas, *A Ação Declarativa Comum…*, *cit.*, p. 290. Sobre o conceito legal de documento electrónico, e a distinção entre o original e a cópia, veja-se particularmente Luís Filipe Pires de Sousa, *O Valor Probatório do Documento Eletrónico no Processo Civil*, Almedina, Coimbra, 2016, p. 40, ss.

Código Civil e pelo art. 168.º do Código de Processo Penal, caso sejam observados os requisitos aí previstos". O n.º 1 do art. 5.º-A (introduzido pelo Decreto-Lei n.º 66-A/2022, de 30 de Setembro) acrescenta, ainda, que "[é] reconhecida às cópias digitalizadas e às fotocópias dos atos e contratos a força probatória dos respetivos originais, salvo se a pessoa a quem forem apresentadas requerer a exibição desse original".

II. Ao referir-se o enquadramento normativo da prova digital, há duas menções adicionais que importa fazer.

A primeira é ao Regulamento (UE) 2022/2065 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 19 de Outubro de 2022, relativo a um mercado único para os serviços digitais: o chamado "Regulamento dos Serviços Digitais"([24]/[25]), que demonstra a preocupação da União Europeia pelo tema da "agenda digital"([26]). Conforme decorre do seu art. 1.º, n.º 1, o Regulamento "tem por objetivo contribuir para o bom funcionamento do mercado interno para serviços intermediários, mediante o estabelecimento de regras harmonizadas para um ambiente em linha seguro, previsível e fiável, que facilite a inovação e no qual os direitos fundamentais consagrados na Carta, incluindo o princípio da defesa dos consumidores, sejam efetivamente protegidos".

Por outro lado, e em segundo lugar, cumpre fazer a ressalva de que, também no âmbito do processo penal, existem diversos instrumentos normativos que deverão ser tidos em conta([27]) (para além de várias disposições do Código de Processo Penal com relevo na matéria)([28]). É esse o

---

([24]) O mencionado Regulamento (UE) 2022/2065 é usualmente designado pela sua sigla DSA (correspondente a "Digital Services Act"). O Regulamento alterou, designadamente, a Directiva 2000/31/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 8 de Junho de 2000 (Directiva sobre o comércio electrónico), tendo iniciado a sua aplicação plena em 17 de Fevereiro de 2024 (cf. arts. 89.º e 93.º do Regulamento).

([25]) Sobre este importante Regulamento, vejam-se, por exemplo, Raquel Brízida Castro, *Direito Constitucional: Ciberespaço e Tecnologia*, Almedina, Coimbra, 2023, p. 191, ss., e João Tornada, "How (Not) To deal with the Bubble Effect in Cyberspace: The Case of the EU and Digital Services Act", *in Brooklyn Journal of International Law*, Vol. 49, n.º 1, pp. 120 a 131.

([26]) Cf. Marta Boura, "Inteligência Artificial. Quadro jurídico e reflexões sobre a Proposta de Regulamento de Inteligência Artificial", *in Revista Electrónica de Direito*, Vol. 32, n.º 3, Faculdade de Direito da Universidade do Porto, Porto, 2023, pp. 103 e 104. Ao nível da União Europeia, note-se, aliás, que diversos Estados-Membros têm vindo a adoptar "planos de transição digital" (José F. F. Tavares / Paulo Nogueira da Costa, "Inteligência artificial, gestão pública e controlo", *in Inteligência Artificial no Contexto do Direito Público: Portugal e Brasil*, Almedina, Coimbra, 2023, p. 58, ss.).

([27]) Tal como oportunamente se salientou na introdução do presente texto, a nossa análise centra-se no domínio do Direito Processual Civil (atendendo ao âmbito do evento que serviu de suporte a este texto), pelo que não iremos desenvolver o tema da prova digital por referência ao processo penal.

([28]) Vejam-se, designadamente, os arts. 187.º a 189.º do Código de Processo Penal.

caso, por exemplo: (*i*) da Lei n.º 109/2009, de 15 de Setembro (a chamada "Lei do Cibercrime") que transpôs para a ordem jurídica interna a Decisão Quadro n.º 2005/222/JAI, do Conselho, de 24 de Fevereiro, relativa a ataques contra sistemas de informação, tendo adaptado o direito interno à Convenção sobre Cibercrime do Conselho da Europa; (*ii*) da Lei n.º 32/ /2008, de 17 de Julho (a controversa "Lei dos Metadados"), que transpôs para a ordem jurídica interna a Directiva 2006/24/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 15 de Março, relativa à conservação de dados gerados ou tratados no contexto da oferta de serviços de comunicações electrónicas publicamente disponíveis ou de redes públicas de comunicações; (*iii*) do Regulamento (UE) 2023/1543 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 12 de Julho de 2023, relativo às ordens europeias de produção e às ordens europeias de conservação para efeitos de prova electrónica em processos penais e para efeitos de execução de penas privativas de liberdade na sequência de processos penais (Regulamento (UE) 2023/ /1543); (*iv*) da Directiva (UE) 2023/1544 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 12 de Julho de 2023, que estabelece regras harmonizadas aplicáveis à designação de estabelecimentos designados e à nomeação de representantes legais para efeitos de recolha de prova electrónica em processos penais (Directiva (UE) 2023/1544); e (*v*) do Tratado Relativo à Transmissão Eletrónica de Pedidos de Cooperação Jurídica e Judiciária Internacional entre Autoridades Centrais (Tratado), assinado em Medellín a 24 e 25 de julho de 2019.

4. Fragilidades, problemas e desafios da prova digital: a importância das garantias processuais

I. O título do nosso texto é, como se mencionou anteriormente, "Garantias processuais e prova digital". Até ao momento, vimos o conceito (mais consensual) de "prova digital" e fizemos uma breve menção ao seu respectivo enquadramento normativo.

Chegados a este ponto, impõe-se que nos foquemos nas garantias processuais — garantias estas que, como veremos de seguida, são essenciais face às *fragilidades, problemas e desafios* que a prova digital é susceptível de apresentar.

A primeira fragilidade prende-se com o facto de a prova digital ser uma prova *volátil*. De facto, ao contrário dos tipos tradicionais de prova, a

prova digital "é alterável com o recurso à computação"([29]). Ela pode ser modificada, destruída ou apagada, por vezes até de forma remota([30]).

A isto acresce uma segunda fragilidade: o *carácter incorpóreo, imaterial ou invisível* da prova digital. Referimo-nos, em concreto, ao facto de a prova digital ser "composta por uma sequência de bits", que "existe independentemente do suporte material no qual se encontre incorporada"([31]).

À volatilidade e carácter incorpóreo, e como consequência destas características, temos de acrescentar o facto de a prova digital ser uma prova mais susceptível de *fraude*([32]). A evolução da tecnologia, e a facilidade com que a mesma está acessível, faz com que isto aconteça. Esta circunstância, naturalmente, pode afectar o grau de valoração da prova digital e até mesmo a sua admissibilidade.

Alguns dos meios probatórios indicados anteriormente (como, por exemplo, o email, o ficheiro informático, o *printscreen*, a gravação vídeo ou áudio, a fotografia digital) podem levantar, em abstracto, problemas ao nível da sua genuinidade([33]). Fruto da evolução da tecnologia, a inteligência artificial, por exemplo, "permite hoje um grau de sofisticação na edição de imagem superior às técnicas anteriormente utilizadas"([34]). É esse o caso do chamado *deepfake*. Referimo-nos, essencialmente, à falsificação ou manipulação de conteúdos multimédia, particularmente ao nível da imagem e som. Um problema particularmente agravado pelas recentes técnicas de inteligência artificial, que facilitam a sua produção e dificultam a detecção da fraude([35]).

([29]) Diogo de Matos Brandão, *A Prova Digital no Processo Civil…*, *cit.*, p. 72.

([30]) Cf. Sónia Fidalgo, "A utilização de inteligência artificial no âmbito da prova digital…", *cit.*, p. 134. Apontando, igualmente, a fragilidade da prova digital, veja-se Ivo de Almeida, *A Prova Digital*, *cit.*, pp. 44 e 45.

([31]) Sónia Fidalgo, "A utilização de inteligência artificial no âmbito da prova digital…", *cit.*, p. 134. Sobre o carácter incorpóreo da prova digital, veja-se também Diogo de Matos Brandão, *A Prova Digital no Processo Civil…*, *cit.*, pp. 74 e 75.

([32]) *Vide* José Luís Bonifácio Ramos, "As Garantias do Processo, os Princípios e a Prova Digital", *cit.*, pp. 760 e 761.

([33]) Cf. Ana Isa Dias Meireles, *A Prova Digital no Processo Judicial…*, *cit.*, p. 193. Sobre o conceito de genuinidade do documento, veja-se, particularmente, José Lebre de Freitas, *A Falsidade no Direito Probatório*, 2.ª ed., Almedina, Coimbra, 2013, pp. 23 e 24, bem como as p. 151, ss.

([34]) Vítor Palmela Fidalgo, "Inteligência artificial e direitos de imagem", *in Inteligência Artificial & Direito*, Almedina, Coimbra, 2022 (reimpressão), p. 140.

([35]) *Vide* Henry A. Kissinger / Eric Schmidt / Daniel Huttenlocher, *A Era da Inteligência Artificial — E o nosso futuro humano,* D. Quixote, Lisboa, 2022, p. 199, e Dalila Durães / Pedro Miguel Freitas / Paulo Novais, "The Relevance of Deepfakes in the Administration of Criminal Justice", *in Multidisciplinary Perspectives on Artificial Intelligence and the Law*, Law, Governance and Technology Series, Vol. 58, Springer, Cham, 2024, pp. 351 a 369. A este respeito, veja-se, ainda, Rui Soares Pereira, *Prova, Verdade e Processo,* Almedina, Coimbra, 2023, pp. 311 a 341.

O *deepfake* pode ser usado para diversos fins (lícitos ou não) e, neste sentido, a sua utilização envolve determinados riscos, designadamente o facto de poder constituir uma fonte de desinformação. É ilustrativo, aliás, de uma circunstância particular do nosso tempo: vivemos numa era de informação que é, ao mesmo tempo também, paradoxalmente, uma era de desinformação([36]).

A tudo isto acresce, naturalmente, a vulnerabilidade da prova digital a *ataques cibernéticos*, que não pode ser subestimada([37]).

Por fim, um último problema ou desafio que a prova digital é susceptível de apresentar prende-se com o tema da *protecção de dados*, nunca se podendo perder de vista a necessidade de preservar os direitos, liberdades e garantias consagrados na Constituição da República Portuguesa (CRP). A dificuldade principal reside no facto de a prova digital, em si mesmo, poder ser considerada altamente intrusiva no que respeita a direitos fundamentais([38]).

Em ambiente digital, os métodos de obtenção de prova afiguram-se, por vezes, "de difícil compatibilização com os direitos fundamentais das pessoas"([39]), como é o caso: (*i*) do direito à reserva da intimidade da vida privada, bom nome, reputação e imagem (art. 26.º, n.º 1, da CRP); (*ii*) do direito à inviolabilidade do domicílio e da correspondência (art. 34.º da CRP); e (*iii*) do direito à autodeterminação informacional (art. 35.º da CRP). Atendendo à rápida evolução e às características das novas tecnologias, a tendência para a intromissão na esfera da privacidade é grande e incontrolável([40]) — problema que se compreende, pois, como se sabe, um dos maiores desafios da *internet* refere-se, precisamente, à questão da privacidade([41]).

O tema da protecção de dados é, assim, um tema que não pode ser esquecido nesta matéria, sob pena de a prova depois poder vir a ser consi-

---

([36]) Não surpreende, por isso, a preocupação ao nível da União Europeia com o tema da desinformação. O Regulamento dos Serviços Digitais, anteriormente mencionado, consagra, aliás, medidas para combater a desinformação.

([37]) Cf. Sónia Moreira, "Inteligência artificial: breves considerações sobre o juiz-robot", *in Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor António Pinto Monteiro*, Vol. IV, Boletim da Faculdade de Direito, Universidade de Coimbra, Stvdia Ivridica 114, 2023, pp. 534 e 535. A respeito da criminalidade informática, veja-se, nomeadamente, Sónia Fidalgo, "Crimes no ciberespaço: os desafios do metaverso", *in A Inteligência Artificial no Direito Penal*, Vol. II, Almedina, Coimbra, 2022, p. 47, ss.

([38]) Cf. Diogo de Matos Brandão, *A Prova Digital no Processo Civil…*, *cit.*, pp. 73 e 74. Alguns autores referem, nesta matéria, uma potencial agressividade da prova digital para com os direitos, liberdades e garantias (veja-se, entre outros, Ivo de Almeida, *A Prova Digital*, *cit.*, pp. 68 a 70).

([39]) Sónia Fidalgo, "A utilização de inteligência artificial no âmbito da prova digital…", *cit.*, p. 131.

([40]) Cf. Sónia Fidalgo, "A utilização de inteligência artificial no âmbito da prova digital…", *cit.*, p. 139.

([41]) Veja-se Klaus Schwab, *The Fourth Industrial Revolution*, *cit.*, p. 103.

derada *ilícita* e, consequentemente, não poder ser utilizada por ser nula([42]) — questão que se coloca com particular acuidade no processo penal, mas que não deixa também de ser relevante no âmbito do processo civil([43]).

A este respeito, não podemos ignorar que existem determinados dispositivos electrónicos que, mesmo parecendo inocentes, podem ser perigosos e ameaçar a privacidade das pessoas. É o caso da polémica boneca "My friend Cayla", cuja comercialização foi proibida na Alemanha e noutros países em 2017([44]). Tratava-se de uma boneca que tinha ligação à internet e um microfone incorporado, interagindo de diversas formas com os seus utilizadores. A referida boneca (apelidada de "boneca espia") foi proibida, pois entendia-se que podia representar uma forma de espiar pessoas, pondo em causa a privacidade dos dados pessoais([45]).

II. Face às fragilidades apontadas, alguns autores têm defendido que a prova digital não pode ser tratada "com a mesma preocupação da prova dita normal"([46]), devendo exigir-se mais deste tipo de prova([47]).

Por outro lado, as referidas fragilidades, problemas e desafios acentuam, ainda mais, a importância que deve ser dada a determinadas *garantias processuais*. Na verdade, conforme salientou recentemente o Senhor Presidente do Supremo Tribunal de Justiça, "[o]s direitos, liberdades e garantias dos cidadãos não podem ser tocados nesta corrida desenfreada pelo desenvolvimento e implementação prática da inteligência artificial,

---

([42]) *Vide* José Luís Bonifácio Ramos, "As Garantias do Processo, os Princípios e a Prova Digital", *cit.*, pp. 761 e 762.

([43]) Sobre a prova ilícita em processo civil, veja-se, entre outros, Miguel Teixeira de Sousa, "A prova ilícita em processo civil: em busca das linhas orientadoras", *in Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, ano LXI, n.º 2, Lisboa, 2020, pp. 15 a 52. Este Autor defende, inclusivamente, a aplicação analógica do art. 32.º, n.º 8, da CRP ao processo civil; em sentido contrário à referida possibilidade de aplicação analógica, *vide* Carlos Castelo Branco, *A Prova Ilícita: Verdade ou Lealdade*, Almedina, Coimbra, 2018, pp. 214 a 217.

([44]) Note-se que, em Portugal, a referida boneca não chegou a ser comercializada, embora a mesma pudesse ser encomendada através de lojas *online*.

([45]) Especificamente sobre este tema, veja-se, entre outros, Eldar Haber, "Toying with Privacy: Regulating the Internet of Toys", *in Ohio State Law Journal*, Vol. 80, n.º 3, 2019, p. 399, ss. Problemas semelhantes colocam-se por referência a certas plataformas, como é o caso do TikTok (cf. Henry A. Kissinger / Eric Schmidt / Daniel Huttenlocher, *A Era da Inteligência Artificial…*, *cit.*, pp. 120 e 121).

([46]) Ana Isa Dias Meireles, *A Prova Digital no Processo Judicial…*, *cit.*, p. 193.

([47]) Cf. Ana Isa Dias Meireles, *A Prova Digital no Processo Judicial…*, *cit.*, pp. 133 e 134. Neste sentido, também por referência ao processo penal tem sido defendida a "importância do desenvolvimento de um método científico de identificação, recolha e análise de provas em ambiente digital — a ciência forense digital —, de modo a que estas possam vir a ser validamente apresentadas em tribunal" (Sónia Fidalgo, "A utilização de inteligência artificial no âmbito da prova digital…", *cit.*, p. 134).

robótica e automação"([48]). No contexto da era digital em que vivemos, isto é algo que não se pode perder de vista.

Dito isto, em termos de garantias processuais, há determinados princípios fundamentais que, nesta matéria, assumem particular relevância([49]). É esse o caso, desde logo, do *princípio da audiência contraditória*, consagrado no art. 415.º do Código de Processo Civil (CPC), nos termos do qual não serão, em princípio, admitidas e produzidas provas sem audiência contraditória da parte a quem hajam de ser opostas, quer em relação às provas constituendas, quer em relação às provas pré-constituídas. Compreende-se que assim seja. Na verdade, esta contraditoriedade é essencial para que "as provas reúnam as necessárias condições de credibilidade"([50/51]).

Igualmente relevante é o próprio *direito à prova*, pois, como se sabe, não basta ter razão, é necessário demonstrá-la([52]). A possibilidade de requerer prova pericial, por exemplo, poderá afigurar-se muito relevante neste âmbito([53]). Corolário do direito de acção e defesa([54]), o direito à

([48]) Henrique Araújo, "A Inteligência Artificial e a Inteligência Humana", *in a Revista*, Supremo Tribunal de Justiça, n.º 3, Lisboa, 2023, p. 10.

([49]) Sobre esta questão, veja-se José Luís Bonifácio Ramos, "As Garantias do Processo, os Princípios e a Prova Digital", *cit.*, p. 758, ss.

([50]) Antunes Varela / J. Miguel Bezerra / Sampaio e Nora, *Manual de Processo Civil*, 2.ª ed., Coimbra Editora, Coimbra, 1985, p. 488. Conforme salientam os citados Autores, "[c]om a regra da audiência contraditória visa-se, por um lado, proporcionar às partes o meio de acautelarem os seus legítimos interesses numa operação de importância capital para a pretensão de cada uma delas; e pretende-se, por outro lado defender o interesse público da descoberta da verdade, como pressuposto essencial da boa administração da justiça, contra a manipulação unilateral e o aproveitamento tendencioso dos meios de prova levados aos autos" (*op. cit.*, p. 489).

([51]) O princípio da audiência contraditória constitui, no fundo, uma projecção do *princípio do contraditório* ao nível da produção de prova (cf. Rita Lobo Xavier / Inês Folhadela / Gonçalo Andrade e Castro, *Elementos de Direito Processual Civil — Teoria Geral, Princípios, Pressupostos*, 2.ª ed., Universidade Católica Editora, Porto, 2018, p. 163), impondo-se, "com excepcional vigor", nesta fase fundamental do processo (António Santos Abrantes Geraldes, *Temas da Reforma do Processo Civil*, Vol. I, 2.ª ed., Almedina, Coimbra, 2010, p. 80). Com efeito, importa não esquecer que, ao abrigo do princípio do contraditório, deverá ser garantida uma participação efectiva das partes ao longo de todo o litígio, "mediante a possibilidade de, em plena igualdade, influírem em todos os elementos (factos, provas, questões de direito) que se encontrem em ligação com o objeto da causa e que em qualquer fase do processo apareçam como potencialmente relevantes para a decisão" (José Lebre de Freitas, *Introdução ao Processo Civil: conceito e princípios gerais à luz do novo código*, 5.ª ed., Gestlegal, Coimbra, 2023, p. 133).

([52]) Cf. Fernando Pereira Rodrigues, *Os Meios de Prova em Processo Civil*, 3.ª ed., Almedina, Coimbra, 2017, p. 13.

([53]) A este respeito, importa reconhecer que "[a] prova digital e a prova pericial estão intimamente ligadas, pela simples razão de que a prova digital, por regra, tem de ser explicada" (Sónia Fidalgo, "A utilização de inteligência artificial no âmbito da prova digital…", *cit.*, p. 142). Neste sentido, também a assistência técnica aos advogados prevista no art. 50.º do CPC, bem como a possibilidade de requisição ou designação de técnico pelo juiz nos termos do art. 601.º do CPC, poderão afigurar-se particularmente relevantes.

prova é essencial para que se cumpra o ónus da prova, apesar de existirem naturalmente limites a ter em conta([55]). Com efeito, embora a regra seja a de que toda a prova relevante é admissível, "existem algumas limitações à prova que é admissível e que pode ser produzida em juízo": é o caso típico das provas ilícitas e das provas excluídas([56]).

Por fim, e em consonância com o que dissemos, destacamos ainda o *princípio da igualdade das partes* — um dos princípios estruturantes de todo o processo civil([57]). De facto, mais do que em qualquer outro ramo de processo, é no processo civil "que os postulados da igualdade mais se fazem sentir, porquanto a lide, só por si, implica igualdade entre as partes"([58]).

Note-se que os princípios fundamentais que indicámos a título de exemplo (e que são particularmente convocados pelas fragilidades, problemas e desafios que a prova digital apresenta), decorrem, todos eles, da própria ideia de *processo equitativo* (*due process of law*) consagrado no art.20.º, n.º 4, da CRP. Direito ao processo equitativo que, como se sabe, tem raízes históricas longínquas (remontam ao art. 39.º da Magna Carta inglesa de 1215) e que constitui um dos direitos humanos mais elementares, estando expressamente previsto como tal em vários instrumentos normativos europeus e internacionais; referimo-nos, designadamente, aos artigos: 6.º da Convenção Europeia dos Direitos Humanos; 47.º, 2.º parágrafo, da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, de 07/12/ /2000; 10.º da Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 10/12/ /1948; e 14.º, n.º 1, do Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos, de 16/12/1966([59]). Apesar de ser um

---

([54]) Sara Rodrigues Campos, *(In)admissibilidade de Provas Ilícitas: Dissemelhança na Produção de Prova no Direito Processual?*, Almedina, Coimbra, 2018, p. 29.

([55]) *Vide* J. P. Remédio Marques, *Acção Declarativa à luz do Código Revisto*, 3.ª ed., Coimbra Editora, Coimbra 2011, p. 216.

([56]) João de Castro Mendes / Miguel Teixeira de Sousa, *Manual de Processo Civil*, Vol. I, AAFDL, Lisboa, 2022, p. 470. No âmbito do processo penal, vejam-se, por exemplo, Manuel da Costa Andrade, *Sobre as Proibições de Prova em Processo Penal*, 2.ª ed., Gestlegal, 2022, e António Brito Neves, *Prova por Privados: Da admissibilidade em Processo Penal de meios de prova obtidos por particulares*, Almedina, Coimbra, 2024, p. 397, ss.

([57]) Conforme salienta Gomes Canotilho, o princípio da igualdade das partes é, na verdade, um dos "*princípios constitutivos de toda a ordem processual*" (J. J. Gomes Canotilho, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7.ª ed., Almedina, Coimbra, 2003, p. 966).

([58]) Jorge Miranda, "Constituição e Processo Civil", *in Direito e Justiça*, Revista da FDUCP, ano 1994, Vol. VIII, Tomo 2, Lisboa, 1995, p. 18. Para maiores desenvolvimentos sobre o princípio da igualdade das partes no processo civil, veja-se, entre outros, António Pedro Pinto Monteiro, *O Princípio da Igualdade e a Pluralidade de Partes na Arbitragem: os Problemas na Constituição do Tribunal Arbitral*, Almedina, Coimbra, 2017, p. 81, ss.

([59]) Sobre a importância do direito ao processo equitativo, veja-se, por exemplo, António Pedro Pinto Monteiro, *O Princípio da Igualdade e a Pluralidade de Partes na Arbitragem…*, *cit.*, pp. 84 a 86, 98, ss., 215 a 226, e "O due process na arbitragem desportiva do TAS/CAS — sentido

direito que tradicionalmente é invocado, com mais frequência, no *Direito Processual Penal*, o direito ao processo equitativo configura uma "*garantia processual universal*"([60]), compreendendo "um núcleo normativo essencial que é transversal *a todo o direito processual*" e cujos efeitos se estendem "*a todas as instâncias de administração da justiça*"([61]).

5. Possíveis formas de superação das fragilidades da prova digital: a *blockchain*

Perante as fragilidades, problemas e desafios que a prova digital, em abstracto, pode apresentar, a grande questão que se coloca é, naturalmente, a de saber como se pode tornar esta prova mais credível e menos susceptível de fraude([62]). Esta é uma questão em relação à qual não existe uma resposta consensual. Para além da complexidade técnica do tema (à qual se soma a complexidade jurídica), a própria evolução (rápida) da tecnologia vem dificultando uma resposta eficaz a este problema.

Não obstante as (compreensíveis) dificuldades, uma primeira resposta poderá passar pela utilização de *criptografia*. Referimo-nos ao "conjunto de princípios e de técnicas que visam garantir uma comunicação segura na presença de terceiros, passando por uma construção e análise de protocolos que impedem esses terceiros, ou a generalidade do público, de lerem mensagens privadas e informações privadas"([63]). As técnicas de criptografia permitem assim, resumidamente, criar "condições de ininteligibilidade dos dados para quem não detenha as chaves de cifrar e decifrar os documentos"([64]).

Mais consensual tem sido, nesta matéria, a chamada *blockchain* — trata-se, resumidamente, de uma base de dados digital, que também

---

alcance e (frequentes) confusões na matéria (acórdão do Tribunal Federal Suíço de 25 de Julho de 2017)", *in PLMJ Arbitration Review*, Jurisprudência comentada (2017), n.º 2, 2.ª ed., AAFDL, Lisboa, 2018, pp. 71 a 88.

([60]) Paula Costa e Silva, *A Litigância de Má Fé*, Coimbra Editora, Coimbra, 2008, *cit.*, p. 676.

([61]) Paula Costa e Silva / Nuno Trigo dos Reis, "A natureza do procedimento judicial de nomeação de árbitro", *in Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor José Lebre de Freitas*, Vol. II, Coimbra Editora, Coimbra, 2013, pp. 955 e 956.

([62]) Cf. Ana Isa Dias Meireles, *A Prova Digital no Processo Judicial…*, *cit.*, p. 134.

([63]) Diogo de Matos Brandão, *A Prova Digital no Processo Civil…*, *cit.*, p. 130. Neste sentido, apontando também a criptografia como o caminho a seguir, veja-se Ana Isa Dias Meireles, *A Prova Digital no Processo Judicial…*, *cit.*, p. 136.

([64]) Diogo de Matos Brandão, *A Prova Digital no Processo Civil…*, *cit.*, p. 131.

recorre à criptografia. Entre as suas principais características destaca-se o facto de constituir uma tecnologia "altamente descentralizada, imutável e impossível [d]e apagar ou modificar e que, por isso, tem vindo a ser denominada como uma 'máquina de produção de confiança', na qual a transmissão de informação consegue ser feita de forma muito mais célere e segura, garantindo a legitimidade de atuação e o anonimato de quem a ela recorre"([65]). O seu alto grau de confiabilidade e segurança([66]) leva a que ela tenha várias finalidades, possibilitando, por exemplo, a realização de transacções seguras (constituindo um mecanismo importante para as criptomoedas, como sucede com a *Bitcoin*)([67]) e o cumprimento automático de contratos (onde se destacam os *smart contracts*)([68]).

É, neste contexto, que vários autores têm apontado a *blockchain* como eventual "meio de auxílio à garantia de fidedignidade e produção probatória"([69]). De facto, atendendo às várias finalidades que referimos, e particularmente ao respectivo sucesso na utilização da *blockchain*, é legítimo questionar se esta tecnologia pode ser utilizada em tribunal, isto é, se os dados digitais armazenados através da tecnologia *blockchain* poderão ser considerados um meio de prova admissível em tribunal.

Neste sentido, tem sido defendido que o Regulamento (UE) n.º 910/ /2014 (respeitante, conforme *supra* mencionado, à identificação electrónica e aos serviços de confiança para as transacções electrónicas) admite implicitamente a utilização de tecnologia *blockchain*([70]). E a verdade é que se registam algumas experiências noutros países favoráveis à utilização, como meio de prova, de dados armazenados na Blockchain, como é o caso dos Estados Unidos da América, da China e da Itália([71]).

([65]) Diogo de Matos Brandão, *op. cit.*, p. 168.

([66]) Cf. Klaus Schwab, *The Fourth Industrial Revolution*, *cit.*, p. 19, e José Luís Bonifácio Ramos, "As Garantias do Processo, os Princípios e a Prova Digital", *cit.*, p. 761.

([67]) Foi, aliás, com a *Bitcoin* que a tecnologia *blockchain* se afirmou (cf. Pietro Ortolani, "Blockchain technology and arbitration", *in International Arbitration and Technology*, Wolters Kluwer, Alphen aan den Rijn, 2022, pp. 240 a 242, e Mónica Jardim,"Blockchain, Smart Contrats e a Actividade Notarial", *in Direito e Robótica*, Instituto Jurídico — Centro de Direito do Consumo, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2020, pp. 307 a 309).

([68]) *Vide* Anabela Miranda Rodrigues / Susana Aires de Sousa, "Algoritmos em contexto empresarial: vantagens e desafios à luz do direito penal", *in A Inteligência Artificial no Direito Penal*, Vol. II, Almedina, Coimbra, 2022, pp. 18 e 19.

([69]) Ana Isa Dias Meireles, *A Prova Digital no Processo Judicial…*, *cit.*, p. 121.

([70]) *Vide* Sophie Nappert / Mihaela Apostol, "Rising to the Challenge of Digital Evidence in International Arbitration", *cit.*, p. 76, ss. Conforme salientam as citadas Autoras, embora o Regulamento (UE) n.º 910/2014 não refira expressamente o termo "*blockchain*", implicitamente poder-se-á deduzir que o mesmo contempla a possibilidade de aplicação dessa tecnologia.

([71]) *Vide* Sophie Nappert / Mihaela Apostol, "Rising to the Challenge of Digital Evidence in

6. Conclusão

A evolução (galopante) da tecnologia, com as suas vantagens inegáveis, tem de ser acompanhada da devida reflexão sobre os riscos que a mesma encerra.

No caso da prova digital, vimos algumas das fragilidades que a mesma pode apresentar — fragilidades estas que reforçam, desde logo, a necessidade de serem observadas determinadas garantias processuais das partes.

Neste contexto, a questão central que se deverá colocar é a de saber como podem as eventuais fragilidades da prova digital ser superadas, isto é, como tornar a prova digital mais credível e menos susceptível de fraude.

A questão é complexa do ponto de vista técnico e jurídico. Para além da criptografia, uma possível resposta — já avançada por vários autores e ensaiada em alguns países — poderá residir na utilização da tecnologia *blockchain*, isto é, no recurso a esta base de dados digital, que parece apresentar maiores garantias de fiabilidade e segurança na conservação da informação nela contida.

No estado actual da tecnologia, esta poderá ser uma resposta eficaz. Em todo o caso, trata-se de um tema em permanente evolução, que não pode ser subestimado.

International Arbitration", *cit.*, pp. 76 a 82, e Diogo de Matos Brandão, *A Prova Digital no Processo Civil…*, *cit.*, pp. 170 e 171.

CONCLUSÕES DAS III JORNADAS A SUL DO DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL

Pela D.ra Sandra dos Reis Luís(*)(1)

É com enorme felicidade que celebramos as III Jornadas a Sul do Direito Civil e Processual Civil(2), em Évora, muito nos honrando que as mesmas se integrem nas comemorações dos 50 anos do Venerando Tribu-nal da Relação de Évora.

Deve-se ao Senhor Presidente deste Tribunal, Juiz Desembargador João Luís Nunes, para quem dirijo um agradecimento com estima pessoal e profissional. Na sua pessoa cumprimento toda a equipa que o acompa-nhou, que nos acompanhou nestes longos meses de trabalho.

Não posso deixar de dirigir uma palavra de agradecimento ao Conselho Regional de Évora da Ordem dos Advogados, Senhora Presidente Maria de Lurdes Évora bem-haja por ter acompanhado o projecto.

À Universidade de Évora, na pessoa da Sra. Reitora e do Sr. Vice--Reitor devemos a gentileza de nos receberem na sua casa.

Não esquecemos nunca quem nos recebe em sua casa.

Mas também não esquecemos quem saiu de suas casas para entrar nesta.

Ao Senhor Presidente do Supremo Tribunal de Justiça, Juiz Conselheiro Henrique Araújo, conheço a sua preenchida agenda, mas também tenho o pri-vilégio de conhecer a sua enorme generosidade, de longe mais extensa do que a primeira. Dirijo-lhe um empenhado e sentido agradecimento.

(*) Juíza de Direito, Coordenadora Científica das Jornadas a Sul.

(1) Projecto e coordenação científica e institucional das Jornadas a Sul do Direito Civil e Processual Civil.

(2) Primeira edição/11 e 12 de Outubro de 2019/Lagoa, Algarve (intervenções publicadas na Revista Julgar *online* e n.º 42); segunda edição/14 e 15 de Outubro de 2022, Lagoa, Algarve; terceira edição/3 de novembro de 2023, Évora, Alentejo.

À Senhora Vice-Presidente do Supremo Tribunal de Justiça, Juíza Conselheira Maria dos Prazeres Beleza, cuja presença tem um significado tão especial quanto a estima e amizade que sabe que lhe tenho.

À Senhora Bastonária da Ordem dos Advogados, Dra. Fernanda de Almeida Pinheiro, um especial agradecimento pela presença, que muito nos honra e dignifica as Jornadas.

Aos Senhores oradores, que ano após ano nos vão surpreendendo com a sua amabilidade, com o seu tempo, com o seu trabalho, com a sua sabedoria, com a generosidade da partilha dos conhecimentos adquiridos com esforço profissional e pessoal.

Mais uma vez foram extraordinários!

Senhores Presidentes de Mesa tinham uma árdua tarefa, diria até pouco simpática. A vós se deve o cumprimento exitoso dos trabalhos. Muito obrigada por isso!

A todo vós, os que vejo — ano após ano — e os que estão à distância: obrigada! Sem um público atento e interessado de que valeria esta organização?

Fiquei de vos trazer conclusões, mas corro o risco de estragar tudo o que aqui hoje tão bem foi dito e feito.

É certo, que estamos longe de concluir a discussão de qualquer um dos temas e não tivemos a pretensão de a esgotar num dia e em tão pouco tempo de intervenção, mas também é certo que o saber partilhado e os desafios lançados nos farão perspectivar de formas distintas o conhecimento que adquirimos nestas III Jornadas a Sul do Direito Civil e Processual Civil.

Nestas Jornadas comemorativas daquele que é e sempre foi o Tribunal de Recurso da área a que territorialmente pertenço, não podíamos deixar de referir algumas temáticas dos recursos em matéria civil e processual civil. Este foi o desafio que a Senhora Desembargadora Maria Adelaide Domingos tão bem nos lançou com um resumo tão dificil — dada a elasticidade de temas que chegam, em sede de recurso, ao Tribunal da Relação de Évora — quanto conseguido e profícuo.

Muito embora, constatemos que existem temáticas transversais a todos os Tribunais da Relação, não podemos deixar de sublinhar, socorrendo-nos das palavras usadas pela Senhora Desembargadora que "há caraterísticas que se evidenciam por as mesmas estarem relacionados com

o espetro geográfico, económico e social dos locais e das gentes que vivem nos Distritos abrangidos pela Relação de Évora"([3]).

Na aplicação do direito e na tramitação processual, cedo nos apercebemos que conhecendo os princípios enformadores do direito substantivo e do processo civil, conseguiremos compreender o processo e conduzi-lo de forma adequada no caminho da substância: que nada mais é, que a realização da justiça.

Até os mais cépticos na aplicação do princípio da adequação formal do processado([4]), se terão convertido numa época de grandes limitações, como foi o período pandémico.

Não podíamos, pois, deixar de trazer este tema à colação. Não poderíamos deixar de o trazer pela mão do Senhor Professor João Pedro Pinto-Ferreira, cuja tese de doutoramento é de leitura obrigatória para quem queira compreender o princípio em toda a sua plenitude.

A gestão processual é, do nosso ponto de vista, uma ferramenta importantíssima ao serviço do processo e das pessoas, que procuram nos Tribunais a forma de solucionar conflitos que, de outra forma, não têm meio de conseguir.

Não surpreende, pois, que, num espaço de quatro anos — período no qual se inclui o pandémico — no estudo das decisões dos nossos tribunais superiores tenham sido identificadas 266 decisões sobre gestão processual e adequação formal do processado([5]).

Destaco as decisões sobre apresentação de articulado escrito de resposta às excepções e dispensa de audiência prévia, nos casos em que os autos fornecessem elementos para o conhecimento imediato da causa([6]). Nos dois anos de restrições e de regimes legais excepcionais, a aplicação deste princípio permitiu o funcionamento dos tribunais, em moldes nunca vividos e a mitigação dos entraves que os regimes excepcionais não poderiam deixar de colocar, a bem da saúde pública.

A respeito do concurso da responsabilidade civil, o Senhor Professor António Barroso Rodrigues conduziu-nos numa interessantíssima incursão pela problemática e solução perante a convergência de aplicação de várias normas de responsabilidade, numa perspectiva evolutiva, tema com alargado desenvolvimento na sua tese de mestrado.

([3]) V. artigo da Senhora Juíza Desembargadora Maria Adelaide Domingos.
([4]) Não se incluindo a signatária nesse grupo.
([5]) V. artigo do Professor Doutor João Pedro Pinto-Ferreira.
([6]) Também concordando com o estrito cumprimento do contraditório.

Destaco, da sua intervenção, o papel que reconhece à jurisprudência na evolução do Direito e ao julgador na complexa missão de julgar([7]).

Por seu turno, se há tema a que actualmente não podemos negar refle-xão, pela importância que vem assumindo, é o da inteligência artificial, definível([8]) — de forma simplista — como a capacidade de reproduzir processos de conhecimento e de decisão humanos, com autonomia. E tem, como bem foi referido, uma aplicação transversal. Por isso, não pode, por nós, ser ignorada em nenhum quadrante da vida em sociedade, designada-mente no direito e particularmente no judiciário. Levanta questões éticas significativas, de transparência, segurança, confiança dos cidadãos, entre tantas outras.

Não obstante ser, geralmente, no plano ético que se debatem estes temas em toda a sua complexidade, a urgência em regular estas tecnologias, a sua ubiquidade na sociedade, e a sua natureza prática (pois que já está a ser implementada em vários sistemas) ditam que este debate transite também para o domínio jurídico.

A Proposta de Regulamento do Parlamento e do Conselho estabelece regras harmonizadas em matéria de inteligência artificial, altera actos legislativos da União e faz uma abordagem horizontal baseada na classificação dos riscos — inaceitáveis, elevados e mínimos.

Tem sido objecto de larga discussão e, não obstante datar de Abril de 2021, ainda não se encontra aprovada, muito embora se tenha, em Maio deste ano, dado passos significativos nesta matéria, com a proposta de modificação pelo Parlamento Europeu da definição de IA([9]).

([7]) V. artigo do Professor António Barroso Rodrigues.

([8]) A definição de inteligência artificial não é pacífica e tem sido objecto de grande discussão. Veja-se, a propósito, a Proposta de Regulamento do Parlamento e do Conselho, datada de Abril de 2021, e as alterações que a mesma tem sofrido com respeito à sua definição.

([9]) O Parlamento Europeu, a 9 de Maio de 2023, reconhecendo a necessidade de clarificação e harmonização do conceito introduziu uma modificação da definição de Inteligência Artificial nos seguintes termos: a noção "deve basear-se nas principais características da Inteligência Artificial, como as suas capacidades de aprendizagem, raciocínio ou modelação, de modo a distingui-la de sistemas de *software* ou abordagens de programação mais simples", sem desconsiderar que os sistemas de Inteligência Artificial "são concebidos para funcionar com níveis variáveis de autonomia, o que significa que têm, pelo menos, um certo grau de independência das ações em relação aos controlos humanos e de capacidade para funcionar sem intervenção humana". Esta referência à autonomia é, para o Professor Doutor Francisco Andrade,

As diferentes abordagens da incontornável Inteligência Artificial, das novas tecnologias, da prova digital, da segurança e transparência (tal qual é abordada no art. 52.º da Proposta de Regulamento), mas também da necessária certificação dos actos aqui hoje trazidas pelos Senhores Professores Henrique Sousa Antunes, Francisco Andrade, João Vaz Rodrigues e António Pedro Pinto Monteiro, são uma prova de que, neste nosso mundo "está tudo ligado", como diria Espinosa ou Leibniz.

As dificuldades criadas pela opacidade, pela complexidade, pela autonomia, características especificas de determinados sistemas de IA acarretam dificuldades ao nível do cumprimento do ónus da prova imposto à parte lesada.

A responsabilidade civil no sentido clássico que nos habituamos a conhecer deixará de conseguir dar resposta, sobretudo relativamente a situações de risco elevado, exigindo-se, pois, uma mudança de paradigma a este respeito e a manutenção de registo de actividade da máquina (sendo estes, apenas, alguns exemplos).

É fundamental estabelecer uma distinção entre sistemas de apoio à decisão e sistemas de decisão.

A este propósito, convido à leitura de um estudo inédito, desenvolvido por iniciativa do Supremo Tribunal de Justiça e do seu Presidente Conselheiro Henrique Araújo, e levado a efeito pela investigadora Andreia Martinho (integra as conclusões de um inquérito, realizado para esse fim, e dirigido a todos os juízes em exercício de funções, sobre a forma como encaram o uso de ferramentas de inteligência artificial ao serviço do direito e, particularmente do judiciário) nota de rodapé, com o seguinte teor: Martinho, Andreia, "Digitalização, Automação e Inteligência Artificial nos Tribunais Portugueses", A Revista, Supremo Tribunal de Justiça, número 3, disponível em: <https://arevista.stj.pt/?page_id=1399>.

Sublinho o direito fundamental ao tratamento e protecção de dados pessoais.

A certificação, ao nível das tecnologias, dos conteúdos, dos factos, das provas digitais, assume importância extrema na confiabilidade de todas as acções, de alguma forma ligadas ao tecnológico e à IA.

O equilíbrio entre a satisfação dos direitos dos lesados por danos causados por IA e o interesse da indústria em desenvolver produtos inovado-

---

essencial para que se possa falar de Inteligência Artificial. Igualmente se refere a esta o Senhor Professor Doutor João Vaz Rodrigues, alertando para o "facto de as informações darem azo a processos de tratamento, seleção, interação, definição de perfis, de difusão etc., que se *desligam* da mão humana".

res conduzem-nos a repensar sistemas de responsabilidade([10]) evolutivos e à defesa de situações também elas inovadoras, capazes de o garantir.

Também não teremos um caminho facilitado na aplicação e uso da prova digital. Devemos estar cientes da sua volatilidade, do seu carácter imaterial, incorpóreo ou até invisível([11]) e da maior susceptibilidade de fraude, bem assim como da maior protecção dos dados, tudo em vista da necessidade de preservar os direitos, liberdades e garantias, ou não possa ser a prova digital altamente intrusiva no que a estes respeita.

E, não se olvide nunca, fazendo uso das palavras da Senhora Professora Doutora Maria Luísa Ribeiro Ferreira([12]), embora ditas num outro contexto, que talvez seja tempo de pensarmos "num modo diferente de habitar o mundo, não só para evitar futuras catástrofes como para estabelecer elos de relações mais fraternas, contribuindo para uma solidariedade global onde o outro seja acolhido na sua diferença, o trabalho humano seja respeitado e valorizado e se dê um lugar primacial à pessoa".

Muito obrigada.

([10]) Objectiva ou subjectiva, com presunção de culpa, como defendeu o Senhor Professor Doutor Henrique Sousa Antunes, na sua intervenção.

([11]) Como bem referiu o Senhor Professor Doutor António Pedro Pinto Monteiro.

([12]) Professora Catedrática de Filosofia da Faculdade de Letras de Lisboa.

OS SISTEMAS DE NEGOCIAÇÃO MULTILATERAL

Pelo Dr. António Pereira de Almeida([1])

Sumário:

I. As formas organizadas de negociação. 1) Os mercados financeiros. **2)** Regime Geral dos Sistemas de Negociação Multilateral. **II. Das plataformas de negociação. 1)** O Euronext Access.

Um dos principais problemas que enfrentam as empresas, em particular as pequenas e médias empresas (*PMEs*), é o acesso ao financiamento, dadas as dificuldades de admissão à negociação em mercado regulamentado e as restrições e custos do financiamento bancário.

O objetivo deste artigo é precisamente divulgar os mercados alternativos ao mercado regulamentado, a funcionar em Portugal, nomeadamente os **Sistemas de Negociação Multilateral**, geralmente designados na Europa por Mutual Trade Facilities (MTFs).

Tanto mais que as MTFs funcionam com êxito na Europa, nomeadamente, através, das plataformas Euronext, Chi-x, UBS, Goldman Sachs, etc.

([1]) Advogado — cédula profissional n.º 2802L; Licenciado em Direito pela Faculdade de Direito de Lisboa; Doutor em Direito pela Universidade de Direito, Economia e Ciências Sociais de Paris (Paris II Pantheon). Consultar nota biográfica aqui <http://www.aapa-law.com/html/cv_apa.html>.

I. As formas organizadas de negociação

1. Os mercados financeiros

Os mercados financeiros, vulgo Bolsas, são formas organizadas de negociação, que se transformaram em *plataformas de negociação*, geridas por uma *Entidade gestora*, através das quais podem interagir múltiplos interesses de negociação de compra e venda de instrumentos financeiros manifestados por terceiros.

Com a publicação da Diretiva 2014/65/EU — DMIF II e sua transposição, as *plataformas de negociação* podem revestir as seguintes formas (art. 198.º)([2]):

a) Mercados regulamentados;

b) Sistemas de negociação multilateral;

c) Sistemas de negociação organizado.

Os mercados regulamentados e os sistemas de negociação multilateral são as plataformas apropriadas para a dispersão e capitalização de empresas — *Initial Public Offers* (IPOs) — e liquidez das ações (*free float market*).

Porém, os **mercados regulamentados** só são acessíveis para as grandes empresas, as quais só têm acesso quando se preveja capitalização bolsista de, pelo menos, um milhão de euros, ou capitais próprios de, pelo menos, 1 milhão de euros, para além de uma dispersão das ações pelo público de, pelo menos, 25% do capital social (art. 229.º).

Já os **sistemas de negociação multilateral**, ou *mutual facilities* (MTFs), como são internacionalmente designados, constituem as plataformas adequadas para as pequenas e médias empresas (PMEs).

Por sua vez, os **sistemas de negociação organi*zado*** apenas têm por objeto instrumentos representativos de dívida, incluindo obrigações titularizadas e licenças de emissão ou derivados (art. 200.º-A/CVM).

Como as pequenas e médias empresas representam mais de 90% do tecido empresarial português, este artigo é dedicado aos **Sistemas de negociação multilateral**, que são geridos, em Portugal, pela Euronext Lisbon e dispõem de 3 sub-sistemas:

a) O Euronext Access

([2]) Sempre que for indicado um artigo, sem referência de diploma, reporta-se ao Código de Valores Mobiliários (CVM).

b) O Euronext Access+

c) O Euronext Growth

O **Euronext Access** é uma plataforma de acesso ao mercado e ao financiamento de pequenas e médias empresas, enquanto o **Access+** foi criado para facilitar às *startups* e empresas em crescimento o acesso ao mercado **Euronext Growth**, que tem requisitos menos exigentes que o mercado regulamentado, mas confere maior visibilidade e reputação às empresas cotadas, assim como maior liquidez aos investidores.

Os sistemas de negociação multilateral dispõem de um regime menos exigente que os mercados regulamentados, quer quanto à admissão à negociação, quer quanto à divulgação de informação, sem prejuízo das regras imperativas para proteção dos investidores e do mercado.

A admissão à negociação num sistema de negociação multilateral facilita o acesso das pequenas e médias empresas ao capital financeiro, quer inicial (IPO), quer em sucessivos aumentos de capital, reduzindo a dependência do financiamento bancário e diversificando os investidores em mercado secundário.

No entanto, as *startups* e as *scaleups* também podem beneficiar de apoios do Estado, sobretudo em sectores de tecnologia de ponta, bem como de capital de risco, mas sempre com duração limitada.

A Lei n.º 18/2015 de 4 de março([3]) previa o investimento em capital de risco através de sociedades de capital de risco (SCR), fundos de capital de risco (FCR) e investidores em capital de risco (ICR).

Mas, as *corporate venturing e* os *business angels* são investidores temporários (*bridge financing*), que querem ver a sua saída assegurada, quer através de opções de venda, quer de IPOs.

Porém, em Portugal, a falta de um mercado de capitais com liquidez efetiva para as PMEs, torna muito difícil a saída através de IPOs ou ofertas públicas, o que prejudica o financiamento por estas entidades de capital de risco.

Torna-se, pois, necessário divulgar o funcionamento dos **sistemas de negociação multilateral**, que têm tido pouco acolhimento em Portugal.

([3]) Revogada pelo Dec.-Lei n.º 27/2023 de 28 de abril, que previa a adaptação daquela lei no prazo de 180 dias.

2. Regime Geral dos Sistemas de Negociação Multilateral

Com o desaparecimento da categoria das *sociedades abertas*, os sistemas de negociação multilateral ficaram sujeitos a um estatuto menos rigoroso que as sociedades com ações admitidas à negociação em mercado regulamentado e, nomeadamente, não estão sujeitas aos seguintes deveres:

— deveres de comunicação de participações qualificadas (art. 16.º e segs.)

— divulgação de acordos parassociais (art. 19.º)

— relatório sobre governo das sociedades (art. 29.º-H)

— divulgação de transações com partes relacionadas (art. 29.º-T)

— OPA obrigatória (art. 187.º)

Mas, estão sujeitas à disciplina dos crimes contra o mercado, nomeadamente, abuso de informação privilegiada e manipulação de mercado (arts. 378.º e segs.)([4]).

a) Princípios diretores

Estes mercados financeiros estão sujeitos a princípios diretores comuns para proteção dos investidores e do sistema financeiro, nomeadamente: a **eficiência do mercado**, a **segurança**, a **transparência**, a **integridade** e a **igualdade**.

Estas regras e princípios são, todavia, mais exigentes nos mercados regulamentados, mas foram estendidas a todos os sistemas multilaterais.

A **eficiência** do mercado é um pressuposto básico de funcionamento dos mercados, para facultar o acesso ao mercado por parte dos emitentes e dos investidores.

A **segurança** constitui um princípio fundamental, dada a natureza aleatória destes mercados e os riscos podem ser individuais ou sistémicos.

Os riscos individuais reportam-se aos riscos de mercado, decorrentes de uma evolução desfavorável do instrumento financeiro em causa, ou de falência da contraparte, ou, ainda, aos riscos sistémicos dos sistemas bancários ou financeiros.

([4]) V. António Pereira de Almeida, *Sociedades Comerciais, Valores Mobiliários, Instrumentos Financeiros e Mercados*, Almedina, 2022, Vol. II, p. 265, ss.

A **transparência** é o contrapeso dos riscos de mercado, que são inevitáveis e consiste na informação de regras que assegurem uma informação completa, verdadeira, atual, clara, objetiva e lícita.

A **integridade dos mercados** depende, naturalmente, da qualidade da informação, mas também das regras de funcionamento dos mercados e da punição dos crimes de manipulação de mercado e de abuso de informação qualificada (*insider trading*).

O **princípio da igualdade**, estabelecido no art. 15.º do CVM, é um princípio fundamental dos mercados, que, de certa forma, é um corolário dos outros princípios e regras.

Mas, como exceção a este princípio, ao contrário do estabelecido no art. 384.º do CSC, para as sociedades anónimas em geral, em que a cada ação corresponde um voto — salvo as limitações estatutárias legalmente permitidas — e é proibido atribuir voto plural nos estatutos, nas sociedades com ações admitidas à negociação em mercado regulamentado ou em sistema de negociação multilateral, está expressamente prevista a emissão de ações com **voto plural**, até ao limite de 5 votos por ação (art. 21.º-D).

A intenção do legislador é facilitar o financiamento das sociedades, com recurso aos mercados organizados, dispersando o capital, sem perda da maioria de controlo, que poderá ser assegurada através da atribuição de voto plural a uma categoria de ações, pertencente aos anteriores acionistas dominantes, sendo as novas emissões uma nova categoria sem esse privilégio.

b) Poder normativo

A entidade gestora do sistemas de negociação multilateral tem um poder normativo relativamente às regras de funcionamento do sistema, à semelhança do que se passa com os mercados regulamentados, devendo estabelecer e aplicar regras transparentes e não discriminatórias, baseadas em critérios objetivos, que assegurem o bom funcionamento do mercado, relativas designadamente a (art. 209.º, n.º 1/CVM):

a) Requisitos transparentes de admissão à negociação ou de seleção para negociação e respetivo processo;

b) Acesso à qualidade de membro ou participante;

c) Operações e ofertas;

d) Negociação e execução de ordens;

e) Obrigações aplicáveis aos respetivos membros ou participantes;

f) Funcionamento das operações técnicas, incluindo medidas de emergência para fazer face a riscos de perturbação do sistema.

E, deve garantir que os sistemas de negociação do mercado são resistentes, têm capacidade suficiente para lidar com um número elevado e anormal de ofertas ou mensagens e são capazes de assegurar a negociação ordenada.

c) Membros do sistema

Os sistemas de negociação multilateral são mercados intermediados, através dos membros ou participantes([5]), que são geralmente os intermediários financeiros.

Os intermediários financeiros têm acesso aos mercados regulamentados e sistemas de negociação multilateral. Mas este acesso não é automático. O intermediário financeiro tem de requerer a sua admissão como membro ou participante do mercado, ou recorrer a um membro do mercado para o efeito (art. 206.º, n.º 1, e 223.º, n.º 2).

A admissão dos membros ou participantes compete à entidade gestora, de acordo com princípios de legalidade, igualdade e de respeito pelas regras de sã e leal concorrência, de acordo com regras transparentes e não discriminatórias, baseadas em critérios objetivos (art. 206.º, n.º 3/CVM).

São os membros ou participantes que introduzem as ofertas no sistema, segundo a modalidade adequada e no tempo mais oportuno.

Aos membros ou participantes compete divulgar e dinamizar os sistemas de negociação multilateral junto das empresas e investidores para maior dinamização e liquidez dos mercados.

d) Da admissão e exclusão da negociação

À Entidade gestora compete definir o elenco das operações a realizar, assim como decidir sobre a relação dos instrumentos financeiros para negociação.

A entidade gestora informa a CMVM dos pedidos de admissão, da decisão de admissão e da data de início da negociação de instrumentos financeiros admitidos, bem como da exclusão ou cessação da negociação desses instrumentos financeiros.

([5]) A terminologia é indiferente.

Nos termos do art. 204.º, n.º 1/CVM, os valores mobiliários a negociar devem ser fungíveis, livremente transmissíveis, integralmente liberados e que não estejam sujeitos a penhor ou a qualquer outra situação jurídica que os onere.

Os valores mobiliários admitidos à negociação em mercado regulamentado podem ser subsequentemente negociados em sistemas de negociação multilateral sem o consentimento do emitente (art. 205.º, n.º 2/CVM).

Uma admissão à negociação deve cobrir todos os valores mobiliários do emitente da mesma classe, emitidos no momento do pedido ou propostos para serem emitidos para a admissão prevista.

Em consequência, quando forem emitidos valores mobiliários adicionais da mesma classe de valores mobiliários já admitidos à negociação, deve ser feito um pedido de admissão à negociação de tais valores mobiliários adicionais.

A entidade gestora do sistema pode decidir a *interrupção* temporária da negociação quando houver uma variação significativa dos preços de um instrumento financeiro nesse mercado ou num mercado conexo durante um curto período de tempo.

E, pode *suspender* a negociação quando deixem de se verificar os requisitos de admissão ou o incumprimento relevante de outras regras do mercado, desde que a falta seja sanável, ou quando ocorram circunstâncias suscetíveis de, com razoável grau de probabilidade, perturbar o regular desenvolvimento da negociação.

Ou, mesmo, **excluir** da negociação quando deixem de se verificar os requisitos de admissão ou o incumprimento relevante de outras regras do mercado, se a falta não for sanável, ou não tiver sido sanada.

Para a sua tomada de decisão, a entidade gestora deve avaliar se essas medidas são suscetíveis de causar prejuízos significativos aos interesses dos investidores e ao funcionamento regular do mercado.

Por outro lado, a sociedade emitente pode requerer à CMVM a **exclusão** de negociação das suas ações quando essa exclusão tenha sido deliberada em assembleia geral da sociedade por uma maioria não inferior a 90% dos direitos de voto correspondentes ao capital social.

Nesse caso, a sociedade fica obrigada a adquirir, ou a indicar um acionista ou um terceiro que até à data da assembleia geral se obrigue a adquirir, no prazo de três meses após o deferimento pela CMVM da exclusão voluntaria da negociação, aos acionistas que não votaram a favor dessa exclusão, as ações de que eram titulares à data da assembleia geral.

A aquisição é realizada mediante contrapartida em dinheiro calculada nos termos do art. 188.º/CVM, devendo tal contrapartida ser caucionada

por garantia bancária ou por depósito em dinheiro efetuado em instituição de crédito (art. 251.º-F/CVM).

e) Das operações de mercado

As operações de mercado são introduzidas no sistema através dos membros ou participantes e são executadas pelo sistema de acordo com regras não discricionais com vista à celebração dos contratos e sua liquidação([6]).

As ordens só podem ser *revogadas* ou *modificadas* até ao momento da execução (art. 329.º).

O intermediário financeiro deve informar o cliente sobre a sua política de execução e executar a ordem de acordo com as condições indicadas pelo ordenador ou, na sua ausência, nas melhores condições, tendo em atenção o perfil do investidor, especialmente se este não for profissional (arts. 330.º a 333.º).

No entanto, o facto de serem negociados nos *sistemas multilaterais de negociação, não impede que* os valores mobiliários possam ser negociados fora das plataformas de negociação, quer diretamente entre as partes interessadas, quer por intermédio de um intermediário financeiro.

Contudo, nos termos do art. 23.º do Regulamento UE nº 600/2014, as **empresas de investimento** asseguram que as transações que efetuem em ações admitidas à negociação nessas plataformas de negociação serão realizadas nessas plataformas ou numa plataforma de negociação considerada equivalente, exceto caso tenham caráter não sistemático, *ad hoc*, irregular e ocasional, ou sejam efetuadas entre contrapartes elegíveis e/ou profissionais e não contribuam para o processo de determinação de preço.

A intenção é evitar que um intermediário financeiro cruze internamente ordens de clientes sem que o seu sistema seja reconhecido como internalizador sistemático.

Mas, por força do art. 330.º, n.º 7, a execução de ordens de clientes fora de uma plataforma de negociação depende de consentimento expresso do cliente, o qual pode ser dado sob a forma de um acordo geral ou em relação a cada operação.

A **liquidação** das operações deve ser organizada de acordo com princípios de eficiência, de redução do risco sistémico e de simultaneidade dos créditos em instrumentos financeiros e em dinheiro.

([6]) V. António Pereira de Almeida, *Sociedades Comerciais, Valores Mobiliários, Instrumentos Financeiros e Mercados*, Almedina, 2022, Vol. II, p. 113, ss.

Os direitos patrimoniais inerentes aos valores mobiliários vendidos pertencem ao comprador desde a data da operação (art. 210.º, n.º 1/CVM).

f) Das ofertas públicas

Nos termos do Regulamento UE n.º 2017/1129, **oferta pública de valores mobiliários** "é *uma comunicação ao público, independentemente da sua forma e dos meios utilizados, que apresente informações suficientes sobre os termos da oferta e os valores mobiliários em questão, de modo a que um investidor possa decidir da aquisição ou subscrição desses valores mobiliários. Esta definição é igualmente aplicável à colocação de valores mobiliários através de intermediários financeiros".*

As ofertas públicas podem ser de distribuição ou de aquisição (OPAs). As ofertas públicas de distribuição podem ser de subscrição (IPO) ou de venda (OPV).

Como se deixou referido, os Sistemas de negociação multilateral não estão sujeitos a oferta pública obrigatória (art. 187.º). Nem, em princípio, a admissão à negociação dos valores mobiliários no sistema está necessariamente sujeita a oferta pública (IPO), como, melhor, à frente se explicitará.

Porém, a oferta pública poderá ser um meio voluntário de admissão à negociação nas referidas plataformas.

Mas, como emitente opte pela realização da IPO, deverá elaborar um prospeto, o qual fica sujeito a todos os direitos e obrigações previstos no Regulamento UE n.º 2017/1129 e à supervisão da CMVM.

No entanto, tratando-se de PMEs sem ações admitidas à negociação em mercado regulamentado, o prospeto poderá ser simplificado, nos termos dos arts. 13.º e 14.º do Regulamento, de modo a facilitar a obtenção de fundos nos mercados de capitais e evitar encargos desnecessários aos emitentes.

O *prospeto simplificado* deverá conter as informações concisas relevantes que sejam necessárias para que os investidores possam compreender:

a) as perspetivas do emitente e as eventuais alterações significativas na atividade e na situação financeira do emitente e do garante que tenham ocorrido desde o final do último exercício, caso aplicável;

b) os direitos inerentes aos valores mobiliários;

c) as razões da emissão e o seu impacto no emitente, inclusive na sua estrutura de capital global, e a utilização das receitas.

As ofertas públicas ficam sujeitas a princípios para proteção dos investidores e eficiência do mercado.

O **princípio da igualdade de tratamento**, que percorre todo o processo de lançamento da oferta, desde a informação prévia ou preliminar até ao rateio das subscrições (art. 112.º), com a ressalva excecional da possibilidade de preços diversos consoante as categorias de valores mobiliários ou de destinatários, fixados em termos objetivos e em função de interesses legítimos do oferente (art. 124.º, n.º 2).

O **princípio da estabilidade da oferta**, que se traduz na proibição de o oferente revogar a proposta ou alterá-la durante o processo (arts. 128.º a 130.º), salvo em caso de alteração das circunstâncias e mediante autorização da CMVM (art. 128.º)([7]).

II. Das Plataformas de Negociação

Conforme atrás referido, os Sistemas de negociação multilateral, que são geridos, em Portugal, pela Euronext Lisbon, dispõem de 3 plataformas de negociação: o Euronext Access, o Euronext Access+ e o Euronext Growth.

1. O Euronext Access

a) Características

O **Euronext Access** é um Sistema de Negociação Multilateral, gerido pela Euronext, que proporciona às pequenas e médias empresas um acesso fácil ao mercado de capitais, mediante regras menos exigentes do que as do Mercado Regulamentado e do Euronext Growth.

Uma admissão à negociação permite o financiamento do crescimento da sociedade e também contribui fortemente para a sua reputação e confiança dos clientes, fornecedores e Bancos.

O Euronext Access tem dois segmentos: o Segmento Padrão e o Euronext Access +.

O **Euronext Access +** é um segmento específico, que pode ser uma transição para o Euronext Growth, com regras um pouco mais exigentes, mas que beneficia de maior visibilidade e notoriedade.

([7]) Para maior desenvolvimento, v. António Pereira de Almeida, *ob. cit.*, p. 283, ss.

Os Emitentes podem optar por ser admitidos no Euronext Access + no momento da admissão inicial, ou podem transitar do Segmento Padrão para o Euronext Access + assim que preencherem os requisitos exigidos.

b) Admissão à negociação

Não há exigências mínimas de participação acionista e/ou de capitalização bolsista mínima em relação aos valores mobiliários do Emitente, exceto caso o Emitente opte pelo Euronext Access +.

A primeira admissão à negociação de valores mobiliários, em qualquer dos segmentos do Euronext Access, pode ser alcançada por uma de três vias:

— Oferta Pública;

— Colocação Privada;

— Admissão Técnica.

(*i*) Oferta pública

A **Oferta Pública** não é obrigatória na admissão à negociação no Euronext Access.

Mas, quando o requerente opte pela Oferta Pública, fica sujeito às regras estabelecidas no CVM (art. 108.º e segs), assim como ao Regulamento UE n.º 2017/1129.

Considera-se pública a oferta relativa a valores mobiliários dirigida, no todo ou em parte, a destinatários indeterminados e a indeterminação dos destinatários não é prejudicada pela circunstância de a oferta se realizar através de múltiplas comunicações padronizadas, ainda que endereçadas a destinatários individualmente identificados.

A oferta pública tem de ser assistida por um **Promotor**, que tem de ser obrigatoriamente um intermediário financeiro, a quem compete a preparação e pedido de aprovação do prospeto (art. 337.º).

O Emitente poderá, ainda, celebrar com o Promotor, ou com outro intermediário financeiro, um **contrato de colocação**, pelo qual este obriga-se a adquirir, no todo ou em parte, para si ou para outrem, os valores mobiliários que não tenham sido subscritos ou adquiridos pelos destinatários da oferta (U*nderwriting*) (art. 338.º).

Também pode celebrar um contrato de **tomada firme**, pelo qual o intermediário financeiro adquire os valores mobiliários que são objeto de oferta

pública de distribuição e obriga-se a colocá-los por sua conta e risco nos termos e nos prazos acordados com o emitente ou o alienante (art. 339.º).

(*ii*) Colocação privada

Na colocação privada, as ações são vendidas a um limitado número de investidores elegíveis, particularmente investidores profissionais e institucionais, nomeadamente Bancos, OICs e Fundos de Pensões.

Uma primeira admissão à negociação no Euronext Access através de Colocação Privada não exige, como condição, a publicação de um Prospeto e não há exigências mínimas de participação acionista e/ou de capitalização bolsista mínima em relação aos valores mobiliários do emitente, exceto caso o emitente opte pelo Euronext Access +.

Mas, é necessário um **"Documento Informativo"** que contenha informação sobre os ativos e passivos, a situação financeira, os lucros e prejuízos, as projeções do Emitente e sobre os direitos inerentes aos valores mobiliários em causa, que permita aos investidores a sua tomada de decisão de investimento. O documento deverá conter, ainda, uma descrição detalhada da estrutura acionista.

A colocação privada é adotada quando os requerentes querem evitar a complexidade de uma oferta pública para obterem capital adicional

(*iii*) Admissão técnica

A **"Admissão Técnica"** é uma admissão no Euronext Access de valores mobiliários já admitidos à negociação noutro mercado organizado ou reconhecido como equivalente pela Euronext, sem que o Emitente capte capital mediante a realização de uma Oferta Pública ou de uma Colocação Privada.

Assim, se um emitente for admitido à negociação no Mercado Regulamentado, poderá ser elegível para Admissão Direta no Euronext Access, na sequência de um pedido do emitente.

Um Emitente da UE também pode procurar utilizar o procedimento de "passaporte" para aderir a um ou mais mercados organizados da Euronext, ou seja, utilizando um prospeto aprovado por outra autoridade competente da UE.

Porém, o mercado geralmente aprecia mais um IPO ou colocação privada efetuada através de um aumento de capital. Se os acionistas existentes também pretenderem vender uma parte dos seus valores mobiliários,

estes podem ser propostos sob a forma de colocação adicional ou vendidos no mercado secundário após a admissão à negociação.

Não é necessário um prospeto, mas o Emitente deve anunciar através da divulgação de um comunicado de imprensa/anúncio que o Documento Informativo estará disponível no sítio da internet (*website*) do Emitente.

c) Obrigações permanentes

No Euronext Access, o Emitente apenas é obrigado a publicar, no seu *website,* as **demonstrações financeiras anuais**, nos termos legais.

Mas, deve manter o *website* atualizado, contendo informações gerais sobre suas operações, governo societário e contactos.

A Euronext reserva-se no direito de solicitar aos Emitentes que enviem à Euronext outras informações consideradas significativas pela Euronext e que essas informações sejam divulgadas ao mercado sempre que, na sua opinião, as referidas informações sejam relevantes para o mercado e para os investidores.

Embora não seja obrigatório para os Emitentes admitidos no Access, a Euronext **recomenda** a divulgação ao mercado de informação relativa à notificação e divulgação de participações qualificadas, bem como as disposições sobre o governo societário.

São igualmente aconselhados a publicar um relatório financeiro semestral, com uma tabela que indique os principais números do período anterior (volume de negócios, resultados operacionais e resultados líquidos), bem como as notas a este respeito. A publicação destes números deverá, idealmente, ocorrer dentro de três meses.

A Euronext pode proceder à **exclusão** das ações sempre que exista fundamento suficiente, nomeadamente:

— incumprimento manifesto por parte do Emitente das obrigações e dos requisitos previstos nas Regras da Euronext, após ser advertido;

— processo de falência ou qualquer outro processo similar de insolvência contra o Emitente;

— admissão à negociação [das ações admitidas à negociação no Euronext Access] no Euronext Growth ou num Mercado Regulamentado gerido por uma Entidade Gestora de Mercados da Euronext;

— a pedido de uma pessoa ou conjuntamente de um grupo de pessoas que detenham 90% das ações do Emitente;

— quando uma pessoa ou grupo de pessoas que detenham 95% dos direitos de voto, lance uma oferta publica de aquisição aos acionistas minoritários;

— ocorram factos ou circunstâncias relativos ao Valor Mobiliário que, no entender da Euronext, podem, nomeadamente, perturbar ou comprometer o regular desenvolvimento da negociação do Valor Mobiliário ou que leve a Euronext a acreditar que não pode ser mantido um mercado regular, ordenado e eficiente para o Valor Mobiliário;

— ocorram factos ou acontecimentos em relação ao Emitente que, no juízo da Euronext, sejam prejudiciais à reputação da Euronext como um todo;

— o Emitente ou os seus Beneficiários Efectivos integrem a Lista de Sanções da UE ou a lista elaborada pelo *Office of Foreign Assets Control* (OFAC).

2. O Euronext Access +

a) Características

O Euronext Access +, lançado em junho de 2017, é um compartimento do Euronext Access, concebido tanto para *start-ups* como para PMEs e ajuda-as a fazer uma transição suave e aclimatação a outros mercados Euronext, nomeadamente em termos de comunicação com investidores e transparência.

As empresas admitidas à negociação no Euronext Access + recebem um apoio adicional e as suas ações beneficiam de uma maior visibilidade.

As empresas para se inscreverem para listagem neste novo compartimento, devem cumprir os critérios a seguir enunciados.

b) Admissão à negociação

Os emitentes podem optar por ser admitidos no Euronext Access + no momento da admissão inicial no Euronext Access ou podem optar por transitar do segmento padrão para o Euronext Access + assim que preencherem os requisitos exigidos.

Porém, para que os valores mobiliários representativos de capital sejam admitidos no Euronext Access + (inicialmente ou por transferência), o emitente deve demonstrar que:

— Os valores mobiliários representativos de capital com um valor, de pelo menos, **€ 1 milhão estão dispersos**, de acordo com a definição de "*Free Float*";

— Demonstrações financeiras cobrindo pelo menos dois anos, incluindo contas auditadas do ano anterior;

— No caso de transição, publicou ou entregou demonstrações financeiras anuais certificadas ou contas pro forma, consolidadas quando aplicável, relativas a um ano financeiro imediatamente anterior à primeira admissão à negociação para o Euronext Access.

"*Free float*" ou **flutuação livre é uma terminologia utilizada no mercado de capitais** que se refere às ações que uma empresa destina à livre negociação no mercado e designa, portanto, as ações que se encontram em circulação, excluindo-se aquelas pertencentes aos acionistas controladores e aquelas mantidas na tesouraria da sociedade.

Normalmente, empresas com *free floats* maiores são conhecidas por serem menos voláteis. Por outro lado, ações com menor *free float* tendem a ser mais voláteis, apresentando liquidez limitada e maior *bid-ask spread*, devido ao número limitado de ações disponíveis para negociação. Normalmente, os investidores institucionais optam por investir em ações com um *free float* maior, pois podem negociar um número substancial de ações sem causar um grande impacto no preço das mesmas.

Os Emitentes que se candidatem a uma admissão à negociação no Euronext Access + devem nomear um **Promotor** de forma permanente, para ajudá-los no pedido de admissão à negociação (*listing sponsor*) e em relação à sua atividade no Euronext Access +.

Cada Promotor deve, no que respeita à primeira admissão à negociação, certificar por escrito à Euronext, nomeadamente, que:

i) facultou ao Emitente toda a informação relevante referente a exigências legais e regulamentares relativas à primeira admissão à negociação em perspectiva;

ii) verificou que o Emitente reúne todas as condições relativas à primeira admissão à negociação, tal como descrito nas regras de mercado relevantes;

iii) a estrutura acionista necessária para a primeira admissão à negociação no Euronext Access + é ou será provavelmente atingida no que respeita ao Emitente, bem como os detalhes das institui-

ções financeiras (se existirem), responsáveis pela colocação dos Valores Mobiliários a serem admitidos à negociação em qualquer mercado e os termos e condições acordados com estas instituições em relação à colocação;

iv) um Prospeto aprovado pela Autoridade Competente, nas ofertas públicas, ou um Documento Informativo é disponibilizado publicamente, permitindo aos potenciais investidores tomar uma decisão de investimento informada relativamente ao Emitente e aos valores mobiliários a admitir à negociação;

v) desenvolveu uma *due diligence* relativamente ao Emitente, de acordo com as práticas de mercado geralmente aceites;

vi) verificou que o Emitente tomou medidas satisfatórias para assegurar o cumprimento das respectivas obrigações de informação e de divulgação, permanentes e periódicas, e dos requisitos impostos pelo Regime do Abuso de Mercado (como as *insider lists*) na Regulamentação Nacional e nas Regras de Mercado relevantes.

c) Obrigações permanentes

Os emitentes admitidos à negociação no Euronext Access + são obrigados a cumprir certas obrigações adicionais e são obrigados a nomear e a ter um **Promotor de forma permanente.**

Para além dos referidos casos de exclusão do Euronext Access, um Emitente será removido do Euronext Access + se deixar de cumprir com as obrigações permanentes aplicáveis ao Euronext Access +, nomeadamente quanto ao *free float* e demonstrações financeiras.

3. O Euronext Growth

a) Características

O **Euronext Growth** foi criado em Maio de 2005 (*ex Alternext*) e é também um Sistema de Negociação Multilateral, gerido pela Euronext, mas com um regime mais rigoroso do que o do Access, mas menos exigente do que o Mercado Regulamentado.

Destina-se às pequenas e médias empresas que desejam beneficiar de um acesso simplificado à Bolsa para financiar o seu desenvolvimento, mas

ainda não estão em condições de aceder às exigências do Mercado Regulamentado.

b) Admissão à negociação

A primeira admissão a negociação de qualquer valor mobiliário no Euronext Growth poderá ser alcançada por transição do Euronext Access, por Oferta Pública, por Colocação Privada ou por Admissão Direta.

Em qualquer caso, a admissão à negociação exige que o emitente aloque um valor mínimo de, pelo menos, **2.5 milhões de euros de valores mobiliários disponíveis para negociação no Mercado Euronext Growth.**

Por outro lado, salvo decisão em contrário da Entidade Gestora, cada emitente deve ter publicado ou prestado contas anuais auditadas ou contas *pro forma*, consolidadas se for caso disso, relativamente aos dois exercícios que precedem o pedido de admissão à negociação dos valores mobiliários representativos de capital e caso o exercício mais recente tenha terminado há mais de nove meses relativamente à admissão à negociação, o emitente deve publicar documentos de prestação de contas intercalares.

Os documentos de prestação de contas relativos aos dois últimos exercícios económicos anteriores devem ser auditados pelos auditores indicados pelo emitente em causa.

A admissão à negociação pode processar-se mediante uma Oferta Pública, observando o respetivo regime, ou através de uma Colocação Privada ou Admissão Técnica, nos termos supra indicados.

Um Emitente pode candidatar-se a uma **transferência** para o Euronext Growth através de uma admissão direta, se demonstrar que os Valores Mobiliários com valor de, pelo menos, € 2,5 milhões, estão dispersos e o Emitente tiver cumprido os requisitos/obrigações impostas ao Euronext Access+ por um período de dois anos (ou menos, se dispensado pela Euronext).

Se um emitente for admitido à negociação no Mercado Regulamentado, na sequência de um pedido do emitente, poderá ser elegível para Admissão Direta em qualquer Mercado Euronext Growth.

Os Emitentes que se candidatem a uma admissão à negociação no Euronext Growth devem nomear um **Promotor** para ajudá-los no pedido de admissão à negociação (*listing sponsor*).

A Entidade Gestora de Mercados da Euronext pode impor ao Emitente, em casos específicos, requisitos suplementares de admissão ou condições adicionais, sempre que, razoavelmente, o considere adequado, ou exigir do Emitente qualquer documentação e informação adicionais.

A Entidade Gestora de Mercados da Euronext **pode recusar** um pedido de primeira admissão à negociação de Valores Mobiliários, com base em fundamentos adequados, nomeadamente, se considerar que:

i) o Requerente não cumpre um ou mais dos requisitos impostos, ou qualquer Regulamento Nacional aplicável; ou

ii) a primeira admissão à negociação dos Valores Mobiliários pode ser prejudicial aos interesses do mercado como um todo, ao funcionamento regular, ordenado e eficiente de qualquer Mercado Euronext Growth ou para a reputação dos Mercados Euronext Growth e/ou das Entidades Gestoras de Mercados da Euronext, no seu conjunto;

iii) um Valor Mobiliário já admitido à negociação noutro mercado e o Requerente não cumpriu ou não está em conformidade com as obrigações resultantes de tal admissão à negociação; ou

iv) o Requerente, algum dos membros do seu Conselho de Administração (incluindo membros do conselho fiscal) ou dos seus beneficiários efetivos constam da Lista de Sanções da UE ou da lista estabelecida pelo OFAC (*Office of Foreign Assets Control*).

c) Obrigações permanentes

O Emitente deve manter um Promotor de forma permanente.

Cada Emitente deve publicar, no prazo de quatro meses após o termo do segundo trimestre do respetivo exercício, um relatório de atividade e contas semestral.

O relatório e conta semestral deve incluir as demonstrações financeiras semestrais consolidadas, sendo caso disso) e o correspondente relatório de gestão.

Cada Emitente deve, com, pelo menos, dois dias de negociação relativamente à sua ocorrência, divulgar à Entidade Gestora de Mercados da Euronext os eventos societários relativos aos Valores Mobiliários que se possam refletir no funcionamento regular, ordenado e eficiente do mercado.

A Entidade Gestora de Mercados da Euronext **pode excluir** da negociação Valores Mobiliários admitidos à negociação do Mercado Euronext Growth:

i) a pedido do Emitente em questão;

ii) por sua própria iniciativa, como operador de mercado, ou da CMVM.

Caso o **pedido de exclusão** dos Valores Mobiliários seja apresentado pelo Emitente, aplicam-se os seguintes procedimentos:

i) o Emitente dos Valores Mobiliários relevantes deve apresentar um pedido e indicar os fundamentos relevantes para a exclusão;

ii) sujeito à verificação das condições relevantes para a exclusão da negociação de Valores Mobiliários, a Entidade Gestora de Mercados da Euronext determina a data na qual a exclusão dos Valores Mobiliários produzirá os seus efeitos.

Sem prejuízo do disposto acima, a Entidade Gestora de Mercados da Euronext pode decidir não excluir da negociação Valores Mobiliários a pedido do emitente, se tal exclusão afetar adversamente o funcionamento regular, ordenado e eficiente do mercado.

A Entidade Gestora de Mercados da Euronext **pode excluir** da negociação Valores Mobiliários admitidos à negociação em qualquer Mercado Euronext Growth por sua própria iniciativa por quaisquer fundamentos adequados, nomeadamente:

i) incumprimento manifesto por parte do Emitente das obrigações e dos requisitos previstos nas Regras ou no Formulário de Admissão; ou

ii) o Emitente dos Valores Mobiliários tiver sido declarado insolvente (ou tiver sido declarado procedimento análogo em qualquer jurisdição); ou

iii) no entender da Entidade Gestora de Mercados da Euronext, ocorram ou tenham ocorrido factos ou circunstâncias relativas ao Valor Mobiliário que impeçam a manutenção da negociação desse Valor Mobiliário, ou que a mesma entidade considere que da manutenção da negociação resulta afetado o funcionamento regular, ordenado e eficiente do mercado; ou

iv) ocorram ou tenham ocorrido factos ou desenvolvimentos a respeito do Emitente que no juízo da Entidade Gestora de Mercados da Euronext sejam prejudiciais à reputação da Euronext como um todo; ou

v) o Emitente ou os seus Beneficiários Efetivos integrarem a Lista de Sanções da UE ou a lista elaborada pelo OFAC (*Office of Foreign Assets Control*).

SOBRE A AXIOLOGIA DA RESPONSABILIDADE CONTRATUAL, A POUPANÇA DE DESPESAS E O LUCRO ILÍCITO

Pelo Dr. Daniel Bessa de Melo([1])

Sumário:

1. A axiologia da responsabilidade civil contratual. 1.1. Diferenças estruturais e teleológicas entre a responsabilidade contratual e a responsabilidade extracontratual. **1.2.** Consequências ao nível do cálculo do dano do incumprimento. **1.3.** A articulação com o nexo sinalagmático. O problema da cumulação da resolução contratual com a indemnização pelo interesse contratual positivo. **2. O problema do incumprimento sem dano: o caso da poupança de despesas do devedor. 2.1.** O recurso à redução do preço? **3. O problema do lucro ilícito. 3.1.** O tratamento do problema no âmbito do enriquecimento sem causa. O caso particular do promitente-adquirente que haja obtido a *traditio* da coisa. **3.2.** Os *gain-based damages*. *3.2.1.* Revenda a preço maior. *3.2.2.* Violação de deveres secundários. **3.3.** Solução ao abrigo do Direito português. **Conclusão**.

Resumo

Através do presente estudo pretende-se abordar alguns aspetos controvertidos da responsabilidade contratual. Começa-se por uma abordagem da natureza axiologicamente fundada da responsabilidade contratual e a sua influência sobre o método de circunscrição

---

([1]) Advogado Associado do Departamento de Direito da Cerejeira Namora, Marinho Falcão. Licenciado em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade do Porto. Mestre em Ciências Jurídico-Civis pela Faculdade de Direito da Universidade do Porto. Endereço eletrónico: <dbm@cnmf.pt>.
O Autor agradece ao Professor Doutor Manuel Carneiro da Frada pelos comentários tecidos a respeito deste estudo, que muito contribuíram para a sua consolidação e aperfeiçoamento dogmático.

e cálculo dos danos sofridos. Seguidamente, expõe-se a inadequação da teoria da diferença para lidar com cenários em que o incumprimento contratual não se repercutiu negativamente sobre o património do lesado. Por fim, questiona-se a influência que o lucro obtido pela parte inadimplente pode ter na determinação do *quantum* indemnizatório.

Palavras-chave

Incumprimento contratual; responsabilidade civil; lucro ilícito; compra e venda; Direito português.

1. A axiologia da responsabilidade civil contratual

A compensação do dano emergente do incumprimento contratual é a conclusão lógica do *pacta sunt servanda*.

O contrato é o mecanismo predileto de livre composição de interesses, por intermédio do qual as partes realizam investimentos patrimoniais e pessoais. Respondendo a esse exercício da autonomia privada, o sistema identifica na vontade dos sujeitos contratuais um "verdadeiro dogma de atribuição de força jurídica, dotada de tutela coercitiva"(2). A juridicidade do vínculo contratual importa a nulidade de qualquer cláusula de renúncia antecipada aos direitos de reação ao incumprimento contratual (art. 809.º)(3), onde — ao que nos parece — se engloba o direito à indemnização(4); o conteúdo juridicamente relevante do contrato "proíbe a convenção donde resulta a irresponsabilidade da devedora, tornando o incumprimento sem consequências sancionatórias"(5).

Sintomático da estrutura obrigacional do contrato é a noção de promessa(6). O credor de uma prestação adquire a expetativa (*improprio sensu*) legítima de que o comportamento devido será realizado. Não o

---

(2) Fontes da Costa, Mariana, *Ruptura de Negociações Pré-Contratuais e Cartas de Intenção*, Coimbra: Coimbra Editora, 2011, p. 29.

(3) Na falta de indicação em sentido contrário, todos os artigos referenciados consideram-se do Código Civil de 1966, na sua atual redação.

(4) Neste sentido, Morais Antunes, Ana Filipa, "Da Irrenunciabilidade Antecipada a Direitos", *in* AA.VV., *Homenagem ao Professor Doutor Germano Marques da Silva*, Lisboa: Universidade Católica Editora, 2020, pp. 100-101, e Antunes Varela, João de Matos, *Das Obrigações em Geral*, Vol. II, 7.ª ed., Coimbra: Almedina, 1997, p. 137, nota 1.

(5) Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 18.05.2010, proc. n.º 8839/03.9TVLSB.L1-7.

(6) Com isto não se coloca em causa a autonomia funcional do contrato-promessa, cujas razões já foram exemplarmente expostas: Prata, Ana, *O Contrato-Promessa e o seu Regime Civil*, reimp., Coimbra: Almedina, 2006, p. 82, ss.

sendo voluntariamente, a prestação poderá ser coercivamente exigida (art. 817.º)([7]). Atento que, no decorrer da normalidade das circunstâncias, as partes não celebram um contrato se a ele não se quiseram vincular([8]), a promessa de cumprimento explica que o credor incorra em determinadas despesas, assuma dados encargos e projete a obtenção de certos benefícios. Nas palavras de Zimmermann, "[*every*] *contractual promise engenders expectations in the person of the promisee*"([9]).

O efeito vinculativo que subjaz à assunção do dever de prestar permite que se olhe para a responsabilidade obrigacional como um seu protelamento funcional, justificando que a indemnização coloque o credor na posição patrimonial onde estaria caso o contrato tivesse sido pontualmente cumprido([10]).

1.1. Diferenças estruturais e teleológicas entre a responsabilidade contratual e a responsabilidade extracontratual

Incumprida a obrigação contratual, surge um dever (que tanto pode acrescer à primitiva prestação cuja realização ainda seja possível como substituí-la de todo)([11]) de indemnizar a parte fiel dos danos que o inadimplemento haja provocado. Qualquer que seja a sua articulação com a

---

([7]) A ação de cumprimento não se confunde, pois, com a ação de indemnização. Explica Pinto Oliveira, Nuno Manuel, *Princípios de Direito dos Contratos*, Coimbra: Coimbra Editora, 2011, p. 594, que "a acção de cumprimento não depende da ilicitude do facto, ou da culpa do autor do facto, ou do dano ou do nexo de causalidade entre o facto e o dano ou prejuízo; a acção de indemnização, sim — depende da ilicitude, da culpa e do dano ou prejuízo".

([8]) No limite, pode haver uma declaração não séria. Cf., a este respeito, o Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 09.11.1999, proc. n.º 99A772, onde se referiu que "[se] as partes emitem uma declaração negocial, mas não existir vontade de a emitir, não se lhe pode atribuir eficácia jurídica, por lhes faltar a vontade em se quererem vincular juridicamente".

([9]) Zimmermann, Reinhard, *The Law of Obligations. Roman Foundations of the Civilian Tradition*, reimp., Cape Town: Juta & Co Ltd., 1992, p. 783.

([10]) Kötz, Hein, *European Contract Law*, 2.ª ed., Oxford: Oxford University Press, 2017, p. 264.

([11]) Mota Pinto, Carlos Alberto, *Cessão da Posição Contratual*, reimp., Coimbra: Almedina, 2003, p. 337, distingue entre as prestações sucedâneas do dever primário de prestação, "como será o caso da indemnização de perdas e danos por inadimplemento culposo do devedor", das prestações coexistentes com a prestação principal, sem a substituírem, "como o direito à indemnização em caso de mora ou em caso de cumprimento defeituoso da prestação principal". Na redação que lhe fora dada pela Reforma de 2002, o § 280 do BGB prevê separadamente danos "em vez do cumprimento" e danos "acompanhado do cumprimento". Acerca desta alternância, Kötz, Hein, *European Contract Law*, *cit*., p. 241.

dimensão ainda possível de realização do vínculo obrigacional, tais deveres de indemnização "representam sobrevivências ou prolacções do dever de prestar originário, o qual não perderia a sua identidade pela verificação do evento que lhes deu lugar"([12]).

O primeiro fator distintivo da responsabilidade obrigacional perante a ordem geral de proteção que a responsabilidade aquiliana representa([13]) reside aqui: não se trata de salvaguardar um certo número de bens jurídicos cujo respeito perante todos se impõe, mas de assegurar ao lesado o valor económico da prestação incumprida. Se esta corrobora a oponibilidade *erga omnes* dos direitos absolutos([14]), aquela permite efetivar o vínculo *inter partes* livremente gerado.

Logo por aqui se antevê que a diversidade de regime não surge como um acidente histórico, antes espelha importantes distinções valorativas e funcionais acerca da distribuição do risco da atividade humana([15]).

Enquanto a responsabilidade extracontratual reage ao risco geral da ocorrência do dano num dado círculo de bens jurídicos previamente existentes, a responsabilidade contratual reporta-se ao risco específico de dano que a relação negocial é idónea a criar([16]). À obrigação geral imposta coercivamente pelas normas de conduta que regulam a vida social acresce, portanto, a obrigação específica a que o sujeito voluntariamente se submeteu([17]).

O diferente tipo de risco a que ambas estas responsabilidades reagem importa que salvaguardem uma diversa gama de interesses. Dito sinteticamente, a responsabilidade extracontratual protege essencialmente a pessoa e a propriedade (*lato sensu*, abrangendo todos os direitos reais), ao passo que a responsabilidade contratual dir-se-ia proteger o património *qua*

([12]) Carneiro da Frada, Manuel A., *Contrato e Deveres de Protecção*, Coimbra: Coimbra Editora, 1994, p. 38, nota 61.

([13]) Todas experiências jurídicas modernas assentam, se não numa contraposição, pelo menos numa distinção entre a responsabilidade contratual e extracontratual (Salvi, Cesare, *La Responsabilità Civile*, 2.ª ed., Milano: Giuffrè, 2005, p. 11). Sobre o tema veja-se entre nós, com desenvolvimento, Carneiro da Frada, Manuel, *Contrato e Deveres de Protecção*, *cit*., 1994, p. 117, ss.

([14]) A situação básica de responsabilidade civil extracontratual é dada pela ofensa a posições absolutamente protegidas: Bessa de Melo, Daniel, "Da Ressarcibilidade dos Danos Puramente Patrimoniais no Direito Delitual Português", *Revista de Direito Civil*, Vol. VIII, n.º 2, 2023, p. 290, ss.

([15]) A responsabilidade contratual do art. 798.º não pode, por isso, ser encarada como uma *factispecie* especial diante a norma geral do art. 483.º. Cf., para a conceção de base subjacente, Carneiro da Frada, Manuel, *Contrato e Deveres de Protecção*, *cit.*, p. 123, ss. (= *Teoria da Confiança e Responsabilidade Civil*, Coimbra: Almedina, 2003, p. 270, ss.). No sentido, também, da conceção pluralista, Pinto Oliveira, Nuno Manuel, *Princípios de Direito dos Contratos*, *cit*., p. 592.

([16]) Salvi, Cesare, *La Responsabilità Civile*, *cit*., p. 14.

([17]) Bianca, C. Massimo, *Diritto Civile*, Vol. V, reimp., Milano: Giuffrè, 1994, pp. 546-547.

tale([18]). A consequência mais significativa desta bifurcação seria a de ver no contrato "o instrumento predileto para a proteção dos puros interesses económicos dos sujeitos"([19]), os quais não se encontram globalmente acautelados pela tutela aquiliana([20]). Em todo o caso, esta repartição não se nos afigura completamente estanque por duas razões: (*i*) o incumprimento contratual pode ser (e frequentemente é) gerador de um dano à pessoa e propriedade do credor([21]); (*ii*) a obrigação indemnizatória decorrente do incumprimento contratual não salvaguarda a totalidade do património do credor, mas apenas aquela fração comprometida com o investimento subjacente ao contrato.

Esta breve observação não ignora, no entanto, que contrato e torto se apresentam ainda hoje como duas vertentes bastante díspares do princípio da reparação do dano ilicitamente causado. Sabemos como este princípio é uma exceção à regra geral de alocação do risco da ocorrência do dano, de acordo com a qual será o património que sofre o prejuízo a suportá-lo — *casum sentit dominus*. Argumentos terá de haver para justificar a deslocação do dano para a esfera jurídica de outrem([22]). A relação contratual será um deles: ao assumir o dever de realizar da prestação, o devedor assume o risco da preterição imputável do interesse contratual que nela fora depositado e, por conseguinte, a obrigação de o reconstituir *in natura* ou por equivalente.

Se o recorte dos bens delitualmente protegidos é traçado ao nível das opções heterónomas do legislador, perante as quais o funcionamento da autonomia privada é inexistente, o âmbito da responsabilidade pelo incumprimento encontra o seu fundamento na mais imediata manifestação da liberdade de autocomposição de interesses — o contrato([23]). A exigên-

---

([18]) Pinto Oliveira, Nuno Manuel, *Princípios de Direito dos Contratos*, *cit*., p. 598. Em termos não inteiramente consentâneos, embora mais precisos, para Carneiro da Frada, Manuel A., *Teoria da Confiança e Responsabilidade Civil*, reimp., Coimbra: Almedina, 2018, p. 275, ss., os interesses protegidos pela tutela aquiliana seriam aqueles que, preexistentes à eventual relação entre os sujeitos, devem ser respeitados no indiferenciado contacto social; diversamente, os interesses salvaguardados através de responsabilidade obrigacional são os atribuídos pela relação entre credor e devedor e por sua causa.

([19]) Bessa de Melo, Daniel, "Da Ressarcibilidade dos Danos Puramente Patrimoniais no Direito Delitual Português", *cit*., p. 261.

([20]) Pinto Oliveira, Nuno Manuel, "Tópicos sobre a Distinção entre a Responsabilidade Contratual e a Responsabilidade Extracontratual", *in* AA.VV., *Estudos em Comemoração dos 20 Anos da Escola de Direito da Universidade do Minho*, Coimbra: Coimbra Editora, 2014, p. 522.

([21]) Seria o caso do cirurgião plástico que não aplica a devida diligência na operação (Macioce, Francesco, *L'Obbligazione e il Contratto*, 4.ª ed., Torino: Giappichelli, 2021, p. 63).

([22]) Bessa de Melo, Daniel, "Da Ressarcibilidade dos Danos Puramente Patrimoniais no Direito Delitual Português", *cit*., p. 250, ss.

([23]) Pinto Oliveira, Nuno Manuel, "Tópicos sobre a Distinção entre a Responsabilidade Contratual e a Responsabilidade Extracontratual", *cit*., pp. 522-523.

cia (porventura de ordem pública) que proíbe a renúncia antecipada ao direito a exigir uma indemnização não desmente que lhe presida uma certa voluntariedade, a qual se manifestou na decisão de vinculação ao dever de prestar: "a imagem global do tipo *responsabilidade contratual* convoca a ideia de autonomia. O lesante responde pelos prejuízos por causa da *quebra da palavra dada*"([24]).

A doutrina realça igualmente como entre estes dois tipos de responsabilidade existem diferenças tendenciais quanto à função dos deveres jurídicos violados.

Contraposto ao direito absoluto surge uma obrigação universal de não ingerência. Como tal, o interesse do titular de um direito absoluto será o da preservação da situação existente, a qual lhe permite livremente aceder às utilidades que a sua posição lhe concede. A responsabilidade civil extracontratual representa, por isso, "uma *ordem de estabilidade*"([25]) mediante a qual se pretende reprimir aqueles atos que perturbem a relação de aproveitamento que existe entre o sujeito e o seu direito (absoluto). Algo diferente, o interesse do titular do direito de crédito será o da obtenção de uma vantagem patrimonial mediante a realização da prestação prometida. A responsabilidade civil contratual representará, pelo contrário, "uma *ordem de dinamismo*"([26]) que visa recuperar a mais-valia que o cumprimento da prestação produziria no património do credor.

1.2. Consequências ao nível do cálculo do dano do incumprimento

Todas estas circunstâncias têm consequências significativas no apuramento do leque de danos indemnizáveis *ex vi* a ação de responsabilidade civil obrigacional e, sobretudo, no modo como se procede à sua quantificação.

Treitel sugere que o credor da obrigação inadimplida tem direito "*to be compensated for the loss of his bargain*" enquanto o titular de um direito subjetivo protegido *erga omnes* é colocado "*into the position in which he would have been, if the tort had not been committed*"([27]). Se a tutela extracontratual certifica a pré-existente ordem de proteção de determinados bens

---

([24]) *Ibidem*, p. 523.

([25]) *Ibidem*, p. 524.

([26]) *Ibidem*, p. 524. Perspetivas mais desenvolvidas podem ser encontradas em Carneiro da Frada, Manuel A., *Contrato e Deveres de Protecção*, *cit*., p. 117, ss.

([27]) Treitel, Guenter, *The Law of Contract*, 11.ª ed., London: Sweet & Maxwell 2003, p. 937.

jurídicos, a tutela fornecida pela responsabilidade contratual surge como uma "prolação normativa do direito que para o credor imediatamente emerge do contrato"([28]), permitindo que "se olhe para a modalidade como um modo de satisfação por outra via do interesse do credor"([29]).

A indemnização atribuída deverá colocar o credor na posição em que estaria caso a prestação tivesse sido pontualmente cumprida, permitindo a satisfação do seu interesse contratual através da realização de uma obrigação sucedânea à prestação inadimplida; obrigação que, embora morfologicamente diversa([30]), cumpre teleologicamente o mesmo desiderato de assegurar ao credor o que lhe adviria do cumprimento contratual([31]).

Para reintegrar o património do credor lesado importa apurar o benefício que este adquiriria com a realização da prestação. A realizar-se tal tarefa, deve-se atender, não ao valor objetivo da prestação, mas ao valor subjetivo que ela representa no plano de atividade do credor. Smorto afirma como o art. 1223.º do *Codice Civile*, colocando a tónica na perda sofrida pelo credor e sobretudo no seu lucro gorado, "pareceria chamar a atenção para o valor que a prestação reveste para aquele particular sujeito"([32]). Decorreria daqui uma noção subjetiva de dano que, em nome da "reintegração efetiva do património do lesado", reclama uma avaliação do prejuízo tabelada ao valor que a prestação reveste para o credor (*id quo interest*)([33]).

Destarte, o valor mercantil do bem lesado não constitui o teto máximo do prejuízo ressarcível([34]), concebendo-se indemnizações superiores — e, muitas vezes, consideravelmente superiores — ao valor da prestação([35]).

([28]) Carneiro da Frada, Manuel A., *Teoria da Confiança e Responsabilidade Civil*, *cit*., p. 665.

([29]) Miranda Barbosa, Mafalda, *Direito Civil e Sistema Financeiro*, Cascais: Princípia, 2016, p. 135.

([30]) Sufragamos aqui a tese da unidade do dever de prestar e do dever de indemnizar, sem prejuízo das várias vozes críticas (cf. Miranda Barbosa, Mafalda, *Lições de Responsabilidade Civil*, Cascais: Princípia, 2017, pp. 16-19). Contra, Carneiro da Frada, Manuel A., *Contrato e Deveres de Protecção*, *cit*., p. 94: o dever de indemnizar tem fonte legal, contrariamente ao dever de prestar, cuja fonte é contratual. O Autor, contudo, não descura que "o direito à indemnização é ainda conferido pelo ordenamento jurídico porque determinada obrigação foi contratualmente assumida" (*ibidem*, p. 84, nota 161).

([31]) Assim, esclarecendo como a "indemnização resultante da responsabilidade contratual inscreve-se ainda e sempre no plano da satisfação do interesse do credor", Miranda Barbosa, Mafalda, *Lições de Responsabilidade Civil*, *cit*., p. 16.

([32]) Smorto, Guido, *Il Danno da Inadempimento*, Milano: CEDAM, 2005, p. 12, tradução livre.

([33]) *Ibidem*, p. 12, tradução livre.

([34]) *Ibidem*, pp. 12-13.

([35]) Contrapõe-se a teoria da *aestimatio rei*. Segundo esta, o valor da indemnização tenderia a ser o valor objetivo da prestação, entendido como o valor de mercado.

A posição aqui sufragada não é estranha da doutrina portuguesa. Debatendo-se entre o cálculo abstrato (avaliação segundo o valor objetivo do bem) e cálculo concreto (valor que o bem tinha para o lesado) do dano, verifica-se uma nítida preferência por este último critério([36]). O dano ressarcível tanto pode exceder (e geralmente assim o será "mercê, nomeadamente, de conexões existentes no património do lesado ou de especiais utilizações que ele faria dos bens considerados")([37]) como ficar aquém do valor objetivo do bem([38]). *In limine*, demonstrando-se que o credor não teria aproveitado a prestação ainda que tivesse sido realizada, nenhuma indemnização lhe é devida([39]).

1.3. A articulação com o nexo sinalagmático. O problema da cumulação da resolução contratual com a indemnização pelo interesse contratual positivo.

A relação contratual tem habitualmente, embora não necessariamente, uma estrutura sinalagmática. A prestação não existe como um dado *a priori*, contrariamente à obrigação passiva universal que contrasta o

---

([36]) Monteiro Pires, Catarina, *Contratos*, Vol. I, Coimbra: Almedina, 2020, p. 113, Alarcão, Rui de, *Direito das Obrigações*, Coimbra: João Abrantes, 1983, p. 272, e Brandão Proença, José Carlos, *Lições de Cumprimento e Não Cumprimento das Obrigações*, 3.ª ed., Porto: Universidade Católica Editora, 2019, p. 361. No mesmo sentido, refere-nos Albuquerque, Pedro de, "A Aplicação do Prazo Prescricional do n.º 1 do art. 498.º do Código Civil à Responsabilidade Civil Contratual", *cit*., pp. 801-802, nota 15, que a "indemnização não corresponde ao valor da prestação nem representa o seu equivalente pecuniário, mede-se antes pelos prejuízos verificados, com frequência muitos superiores ou inferiores ao valor da obrigação em falta, e variáveis de situação para situação apesar da prestação devida poder ser a mesma".

([37]) Almeida Costa, Mário Júlio, *Direito das Obrigações*, 2.ª ed., Coimbra: Almedina, 2009, p. 778.

([38]) Este valor poderá ser a medida da indemnização onde não se consiga apurar o tipo de uso a que o credor destinaria a prestação ou o benefício que esta representaria no seu património.

([39]) Treitel, Guenter, *The Law of Contract*, *cit*., p. 934. Na realidade, a prestação destina-se apenas a proporcionar o bem ou a utilidade através do qual se permitirá a consecução do interesse; já sua efetiva satisfação depende do aproveitamento que o credor faça da prestação (algo próximo, Smorto, Guido, *Il Danno da Inadempimento*, *cit*., p. 18). Apenas separando-se estas realidades se permite explicar o porquê de a prestação se considerar realizada mesmo se o credor não se aproveitar dela (no sentido de o risco da utilização da prestação recair sobre o credor, Antunes Varela, João de Matos, *Das Obrigações em Geral*, Vol. II, *cit*., p. 79). Desta forma, nenhuma indemnização será devida ao senhorio pelo facto de o arrendatário ter incumprido obrigações de reparação do locado se este conseguir demonstrar que aquele iria proceder à demolição do imóvel. Nem o titular de um bilhete de cinema que, por doença, tenha faltado à sessão pode reclamar uma indemnização pelo filme ter sido projetado sem som.

direito absoluto, mas como algo devido na estrita medida do esforço financeiro e pessoal desenvolvido (ou a desenvolver) pelo credor. Este não é um simples beneficiário unilateral do contrato, mas igualmente o devedor de uma contraprestação, verificando-se entre estas uma causa jurídica comum([40]).

Da interdependência que existe entre as prestações a doutrina([41]) extrai três ilações: (*i*) enquanto um dos contraentes não cumprir a sua obrigação, o outro pode legitimamente recusar-se a cumprir a dele (art. 428.º); (*ii*) se uma das partes incumpre a sua prestação, a outra tem o direito a pôr termo ao contrato (art. 801.º, n.º 2); (*iii*) se uma das prestações se tornar impossível por facto não imputável ao devedor, a contraprestação extingue-se (art. 795.º, n.º 1).

Existe, no entanto, um dado adicional a considerar. Como o incumprimento contratual não anula o nexo sinalagmático existente, a prestação indemnizatória deve ser encarada como um sucedâneo da prestação incumprida e, por isso, proporcionar ao credor a mesmíssima vantagem que o correto processamento do contrato lhe atribuiria. Pressupondo-se que sujeitos racionais apenas se vincularão a um contrato equilibrado, o valor económico da prestação tenderá, em abstrato, a corresponder ao da contraprestação. Perante este tendencial equilíbrio objetivo das prestações([42]), o fator determinante da celebração de um contrato sinalagmático será o facto de cada uma das partes valorar o seu crédito acima dos custos que incorrerá com a execução do respetivo débito: o benefício obtido pelo credor através da receção da prestação ser-lhe-á superior ao custo da contraprestação que terá de executar([43]).

O sujeito que se vincula abdica de um ato negocial eventualmente mais proveitoso, assumindo um risco correspondente à não mobilização eficiente do capital e do trabalho. A indemnização pelo interesse contratual

---

([40]) Menezes Leitão, Luís, *Direito das Obrigações*, Vol. I, 15.ª ed., Coimbra: Almedina, 2018, p. 200.

([41]) Galvão Telles, Inocêncio, *Direito das Obrigações*, 7.ª ed., Coimbra: Coimbra Editora, 1997, pp. 450-452.

([42]) Esse equilíbrio pode ser induzido a partir de vários preceitos do nosso ordenamento. O art. 237.º estipula que em caso de dúvida sobre o sentido dos negócios onerosos, prevalece o que conduzir ao maior equilíbrio das prestações. Por todos, cf. Pinto Duarte, Rui, "O Equilíbrio Contratual como Princípio Jurídico", *in* AA.VV., *Estudos em Memória do Conselheiro Artur Maurício*, Coimbra: Coimbra Editora 2014, p. 1337, ss.

([43]) De nada interessa ao vendedor ter o armazém apetrechado, interessando-lhe antes o valor monetário que obterá através da comercialização da mercadoria; por seu turno, ao comprador não importa o capital que tenha à sua disposição, mas o uso ou destinação que possa dar a essa mercadoria.

negativo poderá cobrir este risco, ao permitir o ressarcimento tanto das despesas inúteis como da perda de oportunidades alternativas([44]). Contudo, a indemnização pelo designado dano da confiança não permite compensar integralmente o credor do prejuízo sofrido. Deslocá-lo ao estado em que hipoteticamente estaria se o contrato nunca tivesse sido celebrado ignora que este fora celebrado… e que, por isso, não só se assumiram encargos como — sobretudo! — se projetaram lucros. Formando-se o vínculo sinalagmático, importa preservá-lo mesmo diante a falência total da relação jurídica.

Na medida em que o incumprimento não porta qualquer efeito invalidante do contrato, a resolução contratual poderá ser cumulada com uma indemnização correspondente ao interesse do cumprimento([45]). Importa, em todo o caso, que o inadimplemento seja (além de culposo, sem prejuízo da presunção imposta pelo art. 799.º) gerador de um dano na esfera do credor, por princípio dispensável para efeitos de exercício do direito de resolução([46]). As controvérsias mais significativas apenas surgem em momento

---

([44]) Sousa Ribeiro, Joaquim, "Responsabilidade Pré-Contratual", *in* Leite de Campos, Diogo (coord.), *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Manuel Henrique Mesquita*, Vol. II, Coimbra: Coimbra Editora, 2009, p. 766, e Ferreira de Almeida, Carlos, *Contratos*, Vol. I, 6.ª ed., Coimbra: Almedina, 2017, p. 246. Será possível, no entanto, equacionar a indemnizabilidade de despesas inutilizadas não enquadráveis no conceito de interesse contratual negativo: cf. Lurdes Pereira, Maria, *Direito da Responsabilidade Civil. A Obrigação de Indemnizar*, Lisboa: AAFDL, 2021, pp. 399-400.

([45]) Este diferendo era uma conhecida polémica no Direito alemão anterior à Reforma de 2002, o que implicaria que, em muitos casos, a parte que sofresse danos superiores ao valor da contraprestação não era devidamente compensada (Markesinis, Basil, *The German Law of Contract*, 2.ª ed., Oxford: Hart Publishing, 2006, p. 454). A CISG não aborda diretamente a questão. No entanto, consagrando um princípio de integral reparação do dano (art. 74.º) que, abrangendo o lucro cessante, não se vê limitado pela resolução contratual, verificamos uma preferência pela designada grande indemnização. A resolução apenas influencia a pretensão indemnizatória na medida em que, havendo lugar a ela, abrem-se ao credor os métodos de cálculo abstrato previstos nos arts. 75.º e 76.º [Djordjević, Milena, Anotação ao Art. 74.º, *in* Kröll, Stefan (coord.), *UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG)*, München: C. H. Beck, 2011, p. 960]. Em Itália não se divisa uma resposta legal clara. O art. 1453.º do *Codice Civile* prevê o direito a uma indemnização tanto em caso de demanda coerciva do cumprimento do contrato como em caso da sua resolução. A cumulação do direito à resolução contratual com uma indemnização pelo interesse no cumprimento tem vindo a ser admitida pela jurisprudência da *Cassazione*. A este respeito, alega-se que o efeito restitutória e a obrigação ressarcitória acedem a fundamentos distintos que não se excluem mutuamente (Alessi, Rosalba, *La Disciplina Generale del Contratto*, 2.ª ed., Torino: Giappichelli, 2017, p. 554, e Gallo, Paolo, "Restituzioni Contrattuali ed Inadempimento", *in* AA.VV., *Digesto delle Discipline Privatistiche. Sezione Civile. Aggiornamento*, Vol. XII, Torino: UTET, 2019, p. 360). Apenas indemnizando-se o interesse contratual positivo se atribuiria ao credor aquilo que teria recebido caso o contrato tivesse sido regularmente cumprido (Guerrini, Luca, *Le Restituzione Contrattuali*, Torino: Giappichelli, 2012, p. 163).

([46]) Existem causas objetivas de resolução que se abstraem tanto da verificação de um dano

posterior, a respeito da circunscrição dos danos relevantes e do seu método de cálculo([47]).

Autores como Antunes Varela são perentórios ao afirmar que o credor fiel apenas pode exigir uma indemnização pelo interesse contratual positivo caso prescinda do direito à resolução contratual, com a consequente manutenção da contraprestação. Pressupondo-se que a resolução conduziria à extinção total do contrato, dificilmente se justificaria que o credor "pudesse exigir do devedor o ressarcimento do benefício que normalmente lhe traria a execução do negócio"([48]). A mesma opinião é propugnada por Galvão Telles, apelando ao argumento que, uma vez ocorrendo a resolução, o contrato é dado sem efeito([49]). Foi esta a posição seguida durante várias décadas pelos nossos Tribunais, não obstante a mesma constituir "uma excepção, ao arrepio dos desenvolvimentos internacionais e superadas há mais ou menos tempo na maioria dos direitos que nos são mais próximos"([50]).

Outro fora o entendimento de Vaz Serra. Rejeitando a tese que via no exercício do direito de resolução o aniquilamento da relação obrigacional, nada obstaria a que o devedor não devesse "assegurar ao outro contraente a situação patrimonial que teria se o contrato tivesse sido cumprido"([51]). Subsequentemente, os argumentos a favor da cumulação da extinção da

---

como da própria culpabilidade da contraparte (Ribeiro de Faria, Jorge, "A Natureza do Direito de Indemnização Cumulável com o Direito de Resolução dos Artigos 801.º e 802.º do Código Civil", *Estudos de Direito das Obrigações e Discursos Académicos*, Porto: Universidade do Porto Editora, 2009, pp. 27-28; acerca da justa causa enquanto fundamento de resolução para determinados vínculos contratuais, Baptista Machado, João, "Pressupostos da Resolução por Incumprimento", *Obra Dispersa*, Vol. I, Braga: Scientia Iuridica, 1991, pp. 141-145).

([47]) *Vide* Pinto Oliveira, Nuno Manuel, *Princípios de Direito dos Contratos*, *cit*., p. 694, ss., e Monteiro Pires, Catarina, *Contratos*, Vol. I, *cit*., pp. 119-122. A perspetiva mais completa é-nos oferecida por Mota Pinto, Paulo, *Interesse Contratual Negativo e Interesse Contratual Positivo*, Vol. II, Coimbra: Coimbra Editora, 2008, p. 1604, ss.

([48]) Antunes Varela, João de Matos, *Das Obrigações em Geral*, Vol. II, *cit*., p. 109.

([49]) Galvão Telles, Inocêncio, *Direito das Obrigações*, *cit*., p. 463. No mesmo sentido, cf. Mota Pinto, Carlos Alberto, *Cessão da Posição Contratual*, *cit*., p. 412. O Autor ressalva apenas o "dano suplementar" que haja sido causado por um cumprimento defeituoso. O dever de o reparar perduraria apesar da resolução do contrato e a razão para isto residiria na conservação dos deveres laterais *ex contractu* de cuidado e diligência (*ibidem*, pp. 412-414).

([50]) Mota Pinto, Paulo, *Interesse Contratual Negativo e Interesse Contratual Positivo*, Vol. II, *cit*., p. 1639.

([51]) Vaz Serra, Adriano, "Impossibilidade Superveniente e Cumprimento Imperfeito Imputáveis ao Devedor", *Boletim do Ministério da Justiça*, n.º 47, 1955, pp. 39-40. No mesmo sentido, pronunciando-se a favor da cumulação da resolução com a indemnização do interesse positivo, Monteiro Pires, Catarina, *Contratos*, Vol. I, *cit*., p. 122 (= *Impossibilidade da Prestação*, reimp., Almedina, Coimbra, 2018, pp. 647-649), e Lurdes Pereira, Maria de, *A Indemnização de Despesas Inutilizadas na Responsabilidade Obrigacional*, Coimbra: Gestlegal, 2020, p. 685, nota 1574.

relação contratual com a "grande indemnização" receberam em Paulo Mota Pinto o seu maior expoente([52]).

A resolução não extingue a relação contratual, antes a transforma numa relação de liquidação([53]). Qualquer tese que equipare a resolução a uma invalidação contratual ignora como aquela ainda é o prolongamento funcional do *pacta sunt servanda* e do nexo sinalagmático existente([54]), desempenhando a "função de defesa de *ultima ratio* do contraente fiel"([55]). Ao resolver o contrato, o credor não pretende anular o investimento por si realizado ou sequer ser restituído ao *status ante quo*; pretende, antes, salvaguardar os seus interesses patrimoniais diante o risco da eventual perpetuação do incumprimento.

O efeito desvinculativo que a resolução gera, desta forma, não obsta a que possa ser peticionada uma indemnização correspondente ao interesse no cumprimento. O "sentido eminentemente libertador" da resolução([56]), destinada a resgatar a parte fiel de um negócio falido, opera paralelamente à pretensão indemnizatória que, surgindo como um sucedâneo da prestação incumprida, deve atribuir ao credor o benefício que obteria através da receção do ato de cumprimento.

Com isto não se ignora que ao valor da indemnização deverão ser deduzidas quaisquer vantagens que o credor haja obtido através da sua libertação do dever de realização da contraprestação([57]). A resposta ao problema da articulação entre a pretensão ressarcitória e a exoneração da con-

---

([52]) Mota Pinto, Paulo, *Interesse Contratual Negativo e Interesse Contratual Positivo*, Vol. II, *cit*., p. 1639, ss.

([53]) Menezes Cordeiro, António, "Da Resolução do Contrato", *Revista da Ordem dos Advogados*, Ano 80, Vol. III/IV, 2020, p. 464, e Costa Gonçalves, Diogo, e Soares Pereira, Rui, "Retroatividade, Restituição e Sinalagma na Resolução", *Revista de Direito da Responsabilidade*, Ano 5, 2023, p. 863.

([54]) Guerrini, Luca, *Le Restituzione Contrattuali*, *cit*., p. 163, e Lurdes Pereira, Maria de, *A Indemnização de Despesas Inutilizadas na Responsabilidade Obrigacional*, *cit*., p. 686, em rodapé. Mencionando que, com a resolução, o sinalagma simplesmente sofre um "prolongamento", Costa Gonçalves, Diogo, e Soares Pereira, Rui, "Retroatividade, Restituição e Sinalagma na Resolução", *cit*., p. 866; notando como o "*sinalagma comanda o funcionamento do contrato e comanda outrossim o funcionamento da liquidação*", Ribeiro de Faria, Jorge, "A Natureza do Direito de Indemnização Cumulável com o Direito de Resolução dos Artigos 801.º e 802.º do Código Civil", *cit*., p. 56.

([55]) Perestrelo de Oliveira, Ana, e Perestrelo de Oliveira, Madalena, *Incumprimento Resolutório: uma Introdução*, *cit*., p. 16. Menezes Cordeiro, António, "Da Resolução do Contrato", *cit*., p. 466, alerta para como "não se pode colocar num mesmo plano o contrato nulo ou anulado e o contrato legítimo, livremente concluído pelas partes e que uma delas decidiu inadimplir ou impossibilitar".

([56]) Brandão Proença, José Carlos, *Lições de Cumprimento e Não Cumprimento das Obrigações*, *cit*., p. 386.

([57]) Dannemann, Gerhard, e Schulze, Reiner, *German Civil Code. Article-by-Article Commentary*, Vol. I, München: C. H. Beck, 2020, p. 536.

traprestação encontra-se na designada teoria da diferença atenuada, de acordo com a qual "sempre que o credor não tenha realizado a sua prestação, pode escolher entre descontar o respetivo valor no momento da indemnização por incumprimento e proceder à respetiva realização, exigindo, depois, a totalidade do valor da indemnização"([58]).

2. O problema do incumprimento sem dano: o caso da poupança de despesas do devedor

Salvos alguns desvios pontuais, o método de cálculo do dano perfilhado pelo legislador luso consiste na *Differenztheorie.* Mesmo a duvidar-se que ela resulte diretamente do léxico do art. 562.º, está certamente subjacente ao art. 566.º, n.º 2([59]).

Este método diferencial conduz o intérprete-aplicador a uma operação de índole estritamente aritmética([60]) que compara o valor atual do património do lesado com o valor hipotético que teria se não tivesse havido o ato ilícito([61]). Logo aqui surgiriam dificuldades práticas: de um lado, ter-se-ia de ficcionar (e, sobretudo, de apurar em termos monetários)

([58]) Monteiro Pires, Catarina, *Contratos*, Vol. I, *cit*., p. 119. Se a contraprestação do credor tiver natureza pecuniária, este acerto de contas culminará numa autêntica compensação: o *performance interest* de *B* seria 1000, mas como sempre teria de pagar 800, *A* apenas lhe deve 200. Assim, Vaz Serra, Adriano, "Impossibilidade Superveniente e Cumprimento Imperfeito Imputáveis ao Devedor", *cit*., p. 21: "Quando a contraprestação for pecuniária, pode naturalmente o credor compensá-la com a indemnização devida pela outra parte e exigir somente a diferença que houver". Na situação peculiar de o valor concreto da prestação incumprida não ser superior ao preço contratual e o comprador não ter sofrido quaisquer outros danos, nenhuma indemnização será devida (Treitel, Guenter, *The Law of Contract*, *cit*., p. 933).

([59]) Mota Pinto, Paulo, *Interesse Contratual Negativo e Interesse Contratual Positivo*, Vol. I, Coimbra Editora: Coimbra, 2008, p. 814. São conhecidas as divergências doutrinárias quanto ao conteúdo desta fórmula. Para uns, ela aludiria à diferença aritmética entre o valor do património do lesado antes do evento danoso e o seu valor após a sua ocorrência (Smorto, Guido, *Il Danno da Inadempimento*, *cit*., p. 11). Já para Pereira Coelho, Francisco, *O Problema da Causa Virtual na Responsabilidade Civil*, reimp., Coimbra: Almedina, 1998, pp. 196-197, os termos da comparação devem-se fazer entre a situação real e a situação hipotética atual do património lesado, sendo esta a posição sufragada pela generalidade dos Autores (Zimmermann, Reinhard, *The Law of Obligations*, *cit*., p. 824, Almeida Costa, Mário Júlio, *Direito das Obrigações*, *cit*., p. 777, Galvão Telles, Inocêncio, *Direito das Obrigações*, *cit*., p. 389, e Nivarra, Luca, *Lineamenti di Diritto delle Obbligazioni*, Torino: Giappichelli, 2011, p. 132).

([60]) Monteiro Pires, Catarina, *Contratos*, Vol. I, *cit*., p. 113.

([61]) Zimmermann, Reinhard, *The Law of Obligations*, *cit*., p. 824.

qual a situação patrimonial do credor se o contrato tivesse sido regularmente cumprido([62]); de outro lado, como uma das parcelas da equação é a situação atual do lesado, que certamente não se mantém temporalmente incólume, o dano indemnizável acaba por ser "uma entidade que continuamente pode modificar-se, aumentar ou diminuir, até ao momento tido por decisivo para o seu cálculo"([63]).

Ao que nos realmente interessa, a *Differenztheorie* pressupõe que o ato ilícito se repercuta negativamente no património do lesado, afetando uma vantagem que lhe assistia ou que, de outro modo, seria adquirida. Por princípio, não pode haver responsabilidade sem dano([64]) — o qual seria aferido, segundo a emanação tradicional desta fórmula, olhando-se estritamente para os efeitos da conduta ilícita sobre o património do lesado.

Escusado será referir que este axioma deixa descobertas várias situações onde, não obstante o incumprimento contratual colocar em causa o equilíbrio de interesses atingido pelas partes, ele não provoca nenhum desvalor no património do credor([65]).

Uma *factispecie* destas situações pode ser ilustrada através do seguinte exemplo prático. Se o fornecedor de roupa utiliza mão-de-obra infantil na sua confeção, em violação do acordado com o comprador, o valor comercial da mercadoria não é necessariamente afetado. O incumprimento contratual seria inconsequente a nível indemnizatório. A jurisprudência anglo-saxónica confere-nos outros exemplos([66]). Em *Coca-Cola Bottling Co. of Elizabethtown v. Coca-Cola Co.* (1993), o produtor de coca-cola utilizara um dulcificante económico em vez de açúcar de cana, mas a qualidade do produto final não fora comprometida. Em *Ruxley Electronics Ltd v. Forsyth* (1994), num litígio de consumo, um empreiteiro construiu uma piscina com profundidade ligeiramente inferior à prevista no contrato, naturalmente poupando tanto em recursos materiais como em força de trabalho, mas tal desconformidade não colocou em causa a segurança da piscina nem sequer afetou o seu valor comercial([67]).

O comprador não pode peticionar nenhuma indemnização ao vendedor se o bem entregue, ainda que sem corresponder à descrição contratual, não

---

([62]) Nivarra, Luca, *Lineamenti di Diritto delle Obbligazioni*, *cit*., p. 132.

([63]) Pereira Coelho, Francisco, *O Problema da Causa Virtual na Responsabilidade Civil*, *cit*., p. 205.

([64]) Mota Pinto, Paulo, *Interesse Contratual Negativo e Interesse Contratual Positivo*, Vol. I, *cit*., p. 536, ss.

([65]) Note-se, aliás, que, muito embora o incumprimento contratual seja um facto gerador de uma perda, ele não é *per si* um dano (Treitel, Guenter, *The Law of Contract*, *cit*., p. 934).

([66]) Referidos em Smorto, Guido, *Il Danno da Inadempimento*, *cit*., pp. 46-47.

([67]) Treitel, Guenter, *The Law of Contract*, *cit*., p. 947.

seja menos valioso que o objeto negocial([68]). Ao não se verificar qualquer desfalque na situação patrimonial do credor apurável em termos aritméticos, a teoria da diferença ditaria que nenhum dano existe. Qualquer indemnização atribuída com base neste pressuposto estaria a liquidar danos meramente nominais([69]).

2.1. O recurso à redução do preço?

Sempre se pode ripostar que o ordenamento consagra soluções alternativas para tais casos, sem ser necessário recorrer à ação de responsabilidade civil([70]). O instituto da redução do preço poderia alcançar efeitos práticos semelhantes, ou pelo menos aproximados([71]), a uma putativa indemnização pela poupança de despesa([72]).

Sabe-se como a faculdade contemplada no art. 911.º, n.º 1, não se confundindo com qualquer pretensão indemnizatória, se abstrai do princípio compensatório([73]). Guiado por outro tipo de finalidades, o intérprete-

---

([68]) *Ibidem*, pp. 934-935.

([69]) Smorto, Guido, *Il Danno da Inadempimento*, *cit*., p. 47. No Direito inglês admite-se a liquidação de danos meramente nominais, ainda que de valor extremamente reduzido: Treitel, Guenter, *The Law of Contract*, *cit*., p. 926.

([70]) A posição não é líquida, havendo quem considere que também nestes casos a despesa poupada pela parte inadimplente pode ser um critério indiciário do montante que deve ser ressarcido. Neste sentido, para os casos de proibição de recurso a mão-de-obra infantil, Baş-Süzel, Ece, e Kurtulan-Güner, Gokçe, "Availability of the Disgorgement of Profits Under the CISG", *Nordic Journal of Commercial Law*, n.º 2, 2020, p. 30, e Saidov, Djakhongir, *The Law of Damages in the International Sale*, Oxford: Hart Publishing, 2008, p. 35. Consideramos, no entanto, que as situações de poupança de despesa e de obtenção de lucro ilícito (cf. *infra*) são fenomenologicamente diversas.

([71]) Siems, Mathias, "Disgorgement of Profits for Breach of Contract. A Comparative Analysis", *Edinburgh Law Review*, Vol. VII, 2003, p. 37, alerta que o montante que deve ser reduzido não corresponde necessariamente à despesa que o devedor tenha poupado.

([72]) Smorto, Guido, *Il Danno da Inadempimento*, *cit*., pp. 68-69.

([73]) Assim, qualificando a *quanti minoris* como uma mera redução proporcional do preço contratualizado, Gorla, Gino, "Considerazioni in Tema di Garanzia per i Vizi Redibitori", *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Ano 11, n.º 3, 1957, p. 1275. Rejeitando igualmente que a redução do preço seja uma forma de compensação do dano, Romano Martinez, Pedro, *Contrato de Empreitada*, Coimbra: Almedina, 1994, p. 209 (= *Cumprimento Defeituoso. Em Especial, na Compra e Venda e na Empreitada*, Coimbra: Almedina, 1994, p. 405); e, na jurisprudência, o Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 25.01.2005, proc. n.º 04A4464. Contra, Teixeira de Sousa, Miguel, "O Cumprimento Defeituoso e a Venda de Coisas Defeituosas", *in* AA.VV., *Ab Uno ad Omnes. 75 Anos da Coimbra Editora*, Coimbra: Coimbra Editora, 1998, pp. 582-583, vê aqui um "*tertium genus* de indemnização" que se destinaria a reestabelecer o equilíbrio contratual das partes. Na ótica do Autor, seria uma indemnização aferida pelo "interesse contratual correctivo ou sinalagmático".

julgador dispõe aqui de um importante instrumento jurídico que lhe permite impor "a conversão do negócio jurídico, corrigido, rectificado ou refeito através do restabelecimento da relação genética de correspectividade económica entre prestação e contraprestação para garantir o sinalagma funcional rompido *ab initio*"([74]).

Atenta a forma fragmentária como o cumprimento defeituoso foi positivado no nosso ordenamento, o que obrigou a doutrina a generalizar as soluções contempladas para determinados contratos([75]), a faculdade prevista no art. 911.º pode-se estender às demais hipóteses de cumprimento inexato do contrato([76]). Esta ideia aparenta encontrar respaldo nas insignes lições de Baptista Machado([77]). Subsequentemente, foi confirmada por Romano Martinez, que vê nos arts. 911.º e 1222.º um afloramento da regra geral subjacente ao art. 802.º, n.º 1, 1.ª parte([78]).

A operacionalidade deste instrumento não deverá depender de um desvalor objetivo da prestação, aferido segundo as regras de mercado([79]). Se

---

([74]) Calvão da Silva, João, *Compra e Venda de Coisas Defeituosas*, Coimbra: Almedina, 2001, p. 33.

([75]) Cf., por exemplo, Antunes Varela, João de Matos, *Das Obrigações em Geral*, Vol. II, *cit*., pp. 130-131, e Brandão Proença, José Carlos, *Lições de Cumprimento e Não Cumprimento das Obrigações*, *cit*., p. 455, ss.

([76]) Neste sentido, Luminoso, Angelo, "Vendita", *in* AA.VV., *Digesto delle Discipline Privatistiche. Sezione Civile*, 4.ª ed., Vol. XIX, Torino: UTET, 1998, p. 648, que considera a redução do preço uma declinação dos princípios gerais sobre contratos sinalagmáticos. Mas contra, não considerando ser o art. 911.º aplicável às demais situações de cumprimento defeituoso, Teixeira de Sousa, Miguel, "O Cumprimento Defeituoso e a Venda de Coisas Defeituosas", *cit*., p. 583. Mais controvertidas são as hipóteses inversas, onde o agente obteve uma vantagem que, a ser adquirida legitimamente, teria uma contrapartida monetária. Em *Wrotham Park* (1974), um empreiteiro edificou uma série de construções no seu terreno sem obter prévia autorização da autarquia, como exigível ao abrigo de uma *covenant* (Cunnington, Ralph, "The Assessment of Gain-Based Damages for Breach of Contract", *The Modern Law Review*, Vol. LXXI, n.º 4, 2008, pp. 561-562). Como os terrenos não sofreram qualquer desvalorização pela construção das casas, a atribuição de uma indemnização aferida à luz da teoria da diferença seria nominal (Burrows, Andrew, *A Restatement of the English Law of Contract*, Oxford: Oxford University Press, 2016, p. 134). Optou-se por uma *hypothetical bargain approach*. O Tribunal considerou que o empreiteiro poderia ter evitado o incumprimento contratual de duas formas: ou optando por não construir de todo ou procurando uma autorização da autarquia. Como esta autorização pelo relaxamento da *convenant* teria, em condições de normalidade, uma contrapartida financeira, esta fora atribuída à autarquia a título de indemnização. Esta quantia, na realidade, representaria o valor objetivo do benefício adquirido pelo lesante (Cunnington, Ralph, "The Assessment of Gain-Based Damages for Breach of Contract", *cit*., p. 567), correspondendo ao que o credor poderia ter razoavelmente exigido pelo relaxamento da *covenant* (Burrows, Andrew, *A Restatement of the English Law of Contract*, *cit*., p. 134).

([77]) Baptista Machado, João, "Acordo Negocial e Erro na Venda de Coisas Defeituosas", *Obra Dispersa*, Vol. I, *cit*., p. 118.

([78]) Romano Martinez, Pedro, *Cumprimento Defeituoso. Em Especial, na Compra e Venda e na Empreitada*, *cit*., p. 407.

([79]) Esta exigência aparenta estar subjacente em *ibidem*, p. 162, ao requerer "que o cumpri-

assim fosse, o caso da construção de uma piscina com profundidade inferior à prevista seria inconsequente. Ao estarmos diante um "modo de reposição da justiça contratual entre as prestações"([80]), basta apenas que se possa concluir que a prestação, nos termos em que fora realizada, representa um desvio ao objeto negocial, provocando uma rutura do equilíbrio contratual que, em homenagem ao *pacta sunt servanda*, incumbe corrigir([81]).

Partindo do tubo de ensaio que é a compra e venda, entre o pagamento do preço e a entrega do bem existe uma correspondência económica (*rapporto di corrispetività economica*)([82]). O preço acordado não espelha o correspetivo de qualquer conduta humana, mas daquela *concreta prestação* a que o vendedor se vinculou, dotada das especificidades constantes do programa contratual([83]). Será porque as qualidades são *devidas* que surge o direito do comprador à redução do preço e o dever do vendedor de a aceitar([84]).

Não nos querendo comprometer com quaisquer das teorias da determinação do montante a reduzir, a poupança de despesas resultante do incumprimento pode ser um parâmetro para a determinação do que fora pago em excesso relativamente ao valor de mercado da prestação efetivamente executada([85]). Alternativamente, o programa contratual poderá permitir concluir que a realização da prestação nos exatos termos em que foi configurada teve por correspetivo o pagamento de uma verba adicional (*premium*)([86]), cuja restituição deverá ser reclamada.

---

mento inexacto implique uma perda de valor da prestação efectuada". De notar que em *ibidem*, pp. 408-410, o Autor entende que o *quantum* a reduzir será determinado pela diferença entre o preço acordado e o valor objetivo da coisa com defeito.

([80]) Carneiro da Frada, Manuel A., "Perturbações Típicas do Contrato de Compra e Venda", *in* Menezes Cordeiro, António (coord.), *Direito das Obrigações*, Vol. II, 2.ª ed., Lisboa: AAFDL, 1991, p. 76.

([81]) Assim, considerando que a "redução do preço encontra o seu fundamento numa equivalência das prestações", cf. o Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 25.01.2005, proc. n.º 04A4464. De igual modo, o Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra de 26.11.2019, proc. n.º 5402/17.0T8CBR.C1.

([82]) Lipari, Marco, Anotação ao Art. 1492.º, *in* Ruperto, Cesare (coord.), *La Giurisprudenza sul Codice Civile Coordinata com la Dottrina*, Livro IV, Tomo V, Milano: Giuffrè, 2005, p. 3063.

([83]) Cf. Schwenzer, Ingeborg, e Hachem, Pascal, "The Scope of the CISG Provisions on Damages", *in* Saidov, Djakhongir, e Cunnington, Ralph (coord.), *Contract Damages: Domestic and International Perspectives*, Oxford: Hart Publishing, 2008, pp. 94-95, embora enquadrem estas situações na responsabilidade civil.

([84]) Baptista Machado, João, "Acordo Negocial e Erro na Venda de Coisas Defeituosas", *cit*., p. 118.

([85]) Neste sentido, Smorto, Guido, *Il Danno da Inadempimento*, *cit*., p. 61, embora deslocando o raciocínio para a tutela ressarcitória.

([86]) Esse *premium* é comum onde for estipulada uma obrigação secundária de proibição de recurso a mão-de-obra infantil. Ao ser violada essa proibição, o valor do referido *premium* deve ser

Qualquer que seja o método prosseguido, o objetivo final será sempre o de repor o equilíbrio contratual. Em último caso, a nossa jurisprudência já afirmou que a prossecução dessa finalidade poderá realizar-se através de um juízo de equidade([87]).

3. O problema do lucro ilícito

Pinto Oliveira adverte como a teoria da diferença envolve uma simplificação das funções da responsabilidade civil, decifrando-as na simples missão de reparação de um dano([88]). A determinação do *quantum* indemnizatório seria uma operação meramente aritmética, desacoplada de quaisquer preocupações de ordem valorativa([89]).

Sabemos, porém, que a tutela indemnizatória não se exaura na simples reparação do dano. A função reparadora explica muitos aspetos da sua fisionomia([90]), nomeadamente o facto de o dano figurar não só como medida, mas sobretudo como limite da indemnização([91]). Sem prejuízo, deteta-se na literatura jurídica uma crescente atenção perante a função preventiva que a obrigação indemnizatória é (também) chamada a cumprir([92]): abdicando da sua veste de puro instrumento de compensação da perda patrimonial, esta seria, antes de mais, um meio de resguardo do

---

restituído. Do mesmo modo, se o comprador pagou para que a coisa viesse com determinadas especificidades (por exemplo, uma determinada cor), o preço contratual deverá ser reduzido para aquele que seria devido caso nenhuma especificidade fosse acordada. Bianca, C. Massimo, *La Vendita e la Permuta*, 2.ª ed., Torino: UTET, 1993, p. 955, não admite o exercício da redução do preço, dado que a falta da especificidade não altera o valor de mercado do bem. O mesmo juízo, excessivamente reducionista, é protagonizado por Dannemann, Gerhard, e Schulze, Reiner, *German Civil Code. Article-by-Article Commentary*, *cit*., p. 772. Parece igualmente estar subjacente ao sumariado no Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 20.05.2010, proc n.º 1074/2002.S1, onde se refere que a redução do preço "encontra a sua justificação na diminuição do valor da coisa adquirida".

([87]) Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra de 26.11.2019, proc. n.º 5402/17.0T 8CBR.C1, Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 10.05.2004, proc. n.º 0452150, e Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 19.06.2007, proc. n.º 07A1651.

([88]) Pinto Oliveira, Nuno Manuel, *Princípios de Direito dos Contratos*, *cit*., p. 687. No mesmo sentido, Pereira Coelho, Francisco, *O Problema da Causa Virtual na Responsabilidade Civil*, *cit*., p. 205.

([89]) Pinto Oliveira, Nuno Manuel, *Princípios de Direito dos Contratos*, *cit*., p. 689.

([90]) Cf. Miranda Barbosa, Mafalda, *Lições de Responsabilidade Civil*, *cit*., pp. 44-45.

([91]) Markesinis, Basil, *The German Law of Contract*, *cit*., p. 443.

([92]) Cf., embora direcionado à responsabilidade extracontratual, Miranda Barbosa, Mafalda, *Lições de Responsabilidade Civil*, *cit*., pp. 46-50.

pacta sunt servanda(93) e de desencorajamento do incumprimento contratual(94).

Tal *deterrent effect*, como vem designado além-fronteiras, claudica onde o lucro que o devedor obteria através do incumprimento contratual (nomeadamente pela celebração de uma transação alternativa) supera o valor do dano que será chamado a ressarcir. Um tal cálculo, aliás, encontra-se facilitado através de cláusulas de fixação antecipada da indemnização. Esta situação de incumprimento eficiente do contrato(95) apenas se desenrola pressupondo-se não dispor o credor de meios que o habilitem a reverter o lucro obtido pela parte inadimplente. Tal pressuposto não se encontra isento de dúvidas, havendo quem questione se é "justo atribuir ao titular do direito ilícita e culposamente violado o lucro alcançado pelo interventor"(96).

3.1. O tratamento do problema no âmbito do enriquecimento sem causa. O caso particular do promitente-adquirente que haja obtido a *traditio* da coisa

Os casos *sub judice* solucionar-se-iam ao desvendar-se uma autónoma pretensão restitutória a cabo do credor. Contrariamente à tutela indemnizatória, o propósito desta não seria compensar o lesado do dano que haja sofrido, mas privar o interventor de um benefício injusto(97). Ao atender-se à mudança na posição económica da parte incumpridora(98), este mecanismo permite repor o seu património ao estado em que estaria caso o contrato não tivesse sido infringido.

Muito embora o Direito luso preveja um princípio geral de repressão do enriquecimento sem causa (art. 473.º, n.º 1), este instituto é inconse-

---

(93) Schwenzer, Ingeborg, e Hachem, Pascal, "The Scope of the CISG Provisions on Damages", *cit*., pp. 100-101.

(94) Entendendo, aliás, que nenhuma interação contratual seria verdadeiramente possível sem a "ameaça" da responsabilidade contratual, Saidov, Djakhongir, *The Law of Damages in the International Sale*, *cit*., p. 18.

(95) A problemática surgiu da análise económica do Direito. Para uma abordagem geral, cf. Mota Pinto, Paulo, *Interesse Contratual Negativo e Interesse Contratual Positivo*, Vol. I, *cit*., p. 366, ss.

(96) Pinto Oliveira, Nuno Manuel, *Princípios de Direito dos Contratos*, *cit*., p. 762.

(97) Treitel, Guenter, *The Law of Contract*, *cit*., p. 941.

(98) Baş-Süzel, Ece, e Kurtulan-Güner, Gokçe, "Availability of the Disgorgement of Profits Under the CISG", *cit*., p. 21.

quente se não se demonstrar que o devedor que lucra através do incumprimento não só o faz "sem causa justificativa"([99]) como sobretudo "à custa de outrem". Surgem aqui as principais dificuldades([100]). O desvalor representado pelo incumprimento tem o alcance próprio da relatividade do contrato, não podendo ser encarado como uma ofensa *tout court* ao ordenamento jurídico. Por outro lado, é duvidoso que toda a vantagem obtida pelo devedor espelhe um empobrecimento do credor: a sua posição creditícia não se pode equiparar a um direito real, que representa uma afetação estável e oponível *erga omnes* de uma determinada utilidade a um sujeito.

Apenas num caso particular — no contrato-promessa com tradição da coisa (art. 442.º, n.º 2, 2.ª parte)([101]) — permite o legislador que o promitente-adquirente reclame do promitente-faltoso o diferencial entre o valor objetivo da coisa ao tempo do incumprimento e o preço convencionado.

O preceito, como se vem notando, tem por efeito prático alocar ao promitente-fiel a mais-valia que o promitente-faltoso obtivera mediante a alienação definitiva da coisa a um terceiro([102]), impedindo que possa lucrar com a espiral inflacionista([103]). A quebra com o método de cálculo concreto do dano é notória, optando-se antes por uma fórmula abstrata e objetiva([104]). A doutrina qualifica esta verba como uma indemnização([105]). A distância para com o critério do art. 566.º, n.º 2 — na medida em que o valor do bem é cristalizado ao momento do incumprimento do contrato-promessa e não ao tempo em que a indemnização é reclamada —, levanta-nos algumas dúvidas.

([99]) Recordemos a lição de Leite de Campos, Diogo, *A Subsidiariedade da Obrigação de Restituir o Enriquecimento*, reimp., Coimbra: Almedina, 2003, p. 431: "Com efeito, *causa* (ou *injusto*) é em si própria um conceito indeterminado, dado que, implicando a necessidade de um juízo de valor (embora jurídico), não permite uma rigorosa definição do seu conteúdo".

([100]) No entanto, Smorto, Guido, *Il Danno da Inadempimento*, *cit*., pp. 60-61.

([101]) No sentido da aplicação da norma a todos os contratos-promessa de alienação de um bem e não apenas aos abrangidos pelo art. 410.º, n.º 3, Almeida Costa, Mário Júlio, *Direito das Obrigações*, *cit*., p. 431.

([102]) Para Brandão Proença, José Carlos, *Do Incumprimento do Contrato-Promessa Bilateral*, 2.ª ed., Coimbra: Coimbra Editora, 1996, p. 151, o estímulo ao incumprimento mantém-se "desde que o promitente-vendedor transaccione o bem por um preço superior ao (eventual) aumento de valor objectivo da coisa". No entanto, o valor da transação, em condições de normalidade, será o melhor indicador do valor objetivo da coisa.

([103]) De "motivos especulativos e contrários à boa fé" fala Almeida Costa, Mário Júlio, *Direito das Obrigações*, *cit*., p. 431.

([104]) Brandão Proença, José Carlos, *Do Incumprimento do Contrato-Promessa Bilateral*, *cit*., p. 150.

([105]) Almeida Costa, Mário Júlio, *Direito das Obrigações*, *cit*., p. 433, e Antunes Varela, João de Matos, *Sobre o Contrato-Promessa*, 2.ª ed., Coimbra: Coimbra Editora, 1989, p. 141.

Nem cremos estar aqui presente, como defendido por certa doutrina([106]), uma materialização do princípio da proibição do enriquecimento sem causa. O art. 442.º, n.º 2, 2.ª parte, não pressupõe necessariamente (embora seja esta a situação prática mais comum) a celebração de um contrato definitivo incompatível com o contrato-prometido([107]), sendo concebíveis outras formas de incumprimento([108]): certamente que em caso de destruição da coisa imputável ao promitente-alienante se encontra vedado falar-se num eventual locupletamento deste à custa do promitente-fiel.

Conforme resulta dos registos históricos, o legislador do Decreto-Lei n.º 236/80 constatou como a ameaça da restituição do sinal em dobro, diante a subida exponencial do preço dos imóveis, degeneraria numa sanção platónica e facilmente ilidível([109]). Optou, assim, por uma medida *ad hoc*, não necessariamente comprometida com qualquer modelo dogmático, que consiste em privar o promitente-alienante do lucro que obteria com a alienação do bem a um terceiro. Certo que o aumento do valor a que o legislador alude é o valor objetivo da coisa ao momento do incumprimento, mas este tenderá (sobretudo na ausência de outros elementos) a coincidir com o valor pelo qual a coisa foi alienada.

A situação contemplada, surgindo num particular contexto económico, é excecional e, por efeito, insuscetível de aplicação analógica (art. 11.º).

O legislador, recetivo às necessidades de proteção do adquirente de casa para habitação própria, facultou ao promitente-adquirente esta pretensão corretiva atenta a sua especial situação jurídica, fortalecida pela ocorrência da tradição da coisa e, frequentemente, pelo pagamento da quase totalidade do preço. Tal *traditio* aproxima-o da propriedade da coisa([110]) — o que, na ótica legislativa, justifica que o credor possa perseguir o seu valor.

([106]) Pinto Oliveira, Nuno Manuel, *Princípios de Direito dos Contratos*, *cit*., p. 757, e Menezes Leitão, Luís, *Direito das Obrigações*, Vol. I, *cit*., p. 238.

([107]) No sentido de defender o alcance desta "indemnização" aos simples casos de mora no cumprimento, Menezes Leitão, Luís, *Direito das Obrigações*, Vol. I, *cit*., p. 237, e Ribeiro de Faria, Jorge, *Direito das Obrigações*, Vol. I, 2.ª ed., Coimbra: Almedina, 2020, p. 282

([108]) Para um relance, cf. Prata, Ana, *O Contrato-Promessa e seu Regime Civil*, *cit*., p. 687, ss.

([109]) Falcão, José, Diogo, "Súmula sobre o Incumprimento do Contrato-Promessa", *Revista da Ordem dos Advogados*, Ano 74, Vol. III/IV, 2014, p. 924.

([110]) Afirmando que com a tradição constitui-se "uma *situação de facto* análoga à que resultaria da execução do contrato prometido", Galvão Telles, Inocêncio, *Direito das Obrigações*, *cit*., p. 158. De notar que o promitente-comprador, assim que tenha obtido a tradição da coisa, tem de proceder ao pagamento do IMT [art. 2.º, n.º 2, al. *a*), do CIMT]. Como explica Soares Fatela, Maria, *A Locação Financeira Imobiliária e os Direitos Reais*, Coimbra: Almedina, 2020, p. 329, "a tradição da coisa, do ponto de vista fiscal, integra o conceito de transmissão da propriedade, ou seja, há uma ficção legal de que esta ocorre com a tradição e não com a celebração do contrato definitivo".

O alargamento desta parcial sequela do direito do promitente-adquirente a outras situações jurídicas, ainda que dificilmente defensável diante os dados legais vigentes, tem sido sufragada por certa jurisprudência italiana. Já se sugeriu encarar a posição subjetiva da parte lesada como um *property right* ainda que, "em homenagem a uma longa tradição interpretativa, se continue a falar de ressarcimento do dano"([111]). Uma tal proposta alarga a tutela restitutória e reintegrativa, tipicamente reservada aos direitos reais, a determinadas *situazioni giuridiche finali* caracterizadas por uma relação imediata entre o sujeito e o bem que constitui o objeto do direito. Esta especial tutela, no entender de Smorto, seria justificada pela "evidente analogia destes créditos *in re certa* (entendidos como instrumentos que tendem a assegurar ao credor os benefícios derivados da coisa) com os direitos reais"([112]).

3.2. Os *gain-based damages*

A pretensão indemnizatória, por princípio, desinteressar-se-á pelo lucro obtido pela parte incumpridora. O *plafond* da indemnização é dado pelo prejuízo sofrido pelo credor. As vantagens obtidas pelo devedor não concorrem para o apuramento da *quantum* indemnizatório([113]). Ainda que o lucro do devedor seja superior ao dano infligido ao credor, aquele não pode ser tido em conta como métrica da indemnização: o princípio compensatório impede que o lesado seja colocado em melhor posição do que estaria caso não ocorresse o incumprimento([114]); ora, alocar ao credor a verba obtida pelo devedor terá a tendência de sobrecompensar a parte([115]), além de ter uma clara carga sancionatória e punitiva que não se encontra subjacente à axiologia da obrigação indemnizatória.

Resta equacionar se as vantagens adquiridas pela parte inadimplente não poderão relevar como critério de aferição do dano — e apenas nessa medida — onde prova mais direta não seja possível ou exigível. Permitir

---

([111]) Smorto, Guido, *Il Danno da Inadempimento*, *cit*., pp. 59 e 63, ss.

([112]) *Ibidem*, p. 64, tradução livre.

([113]) Markesinis, Basil, *The German Law of Contract*, *cit*., p. 443.

([114]) Baş-Süzel, Ece, e Kurtulan-Güner, Gokçe, "Availability of the Disgorgement of Profits Under the CISG", *cit*., p. 25.

([115]) Djordjević, Milena, Anotação ao Art. 74.º, *cit*., pp. 978-979, e Muñoz, Edgardo, e Ament-Guemez, David Obey, "Calculation of Damages on the Basis of the Breaching Party's Profits Under the CISG", *Journal of International Commercial Law*, Vol. VIII, n.º 2, 2017, p. 206.

que o intérprete-aplicador atenda ao lucro obtido pelo agente como bitola para a fixação da indemnização (*gain-based damages*) é diferente de autorizar que através da obrigação indemnizatória se permita, sem mais, o resgate (*disgorgement*) do lucro ilícito, algo que o nosso ordenamento jurídico não permite. O resultado prático pode eventualmente ser o mesmo, mas a ciência jurídica pouco teria a ganhar através do manuseamento inopinado dos institutos.

A deslocação automática ao lesado dos ganhos obtidos pela contraparte aparece como algo de estranho ao funcionamento da responsabilidade civil. A recusa das indemnizações punitivas confirma-o. Mas nenhuma brecha ao princípio compensatório existe se nos limitarmos a ver nesses ganhos um critério indiciário para a contabilização do dano([116]). Mantemo-nos no campo da indemnização "enquanto se tratar de ressarcir o credor dos danos efectivamente sofridos, ainda que o tribunal aceite os lucros do devedor como índice ou critério de avaliação dos danos infringidos ao credor"([117]).

Esta é a solução propugnada no art. 6:104 do Código Civil dos Países Baixos, que permite que o lesado solicite ao Tribunal que o seu dano seja estimado em linha com o ganho que a contraparte haja obtido através da prática do ato ilícito.

No Direito inglês divisam-se opiniões semelhantes. Treitel diz-nos que, muito embora os danos se calculem com base na perda do lesado e não no ganho do lesante, algumas exceções existem onde "não há duvidas que a parte incumpridora deverá entregar à contraparte os ganhos resultantes do incumprimento"([118]): celebrado um contrato de compra e venda de um imóvel, o vendedor é considerado um mero *trustee* do comprador, pelo que, em caso de revenda a terceiro, o comprador pode reclamar o lucro dessa revenda; o lucro deve igualmente ser um parâmetro de fixação da indemnização onde tiver

---

([116]) O problema dos *gain-based damages* tem sido abordado na jurisprudência anglo-saxónica (para dados sumários, Eicher, Florence, "*Pacta Sunt Servanda*: Contrasting Disgorgement Damages with Efficient Breaches under Article 74 CISG", *LSE Law Review* n.º 3, 2018, pp. 36-37), ainda que estes sejam vistos como uma solução subsidiária ou suplementar às já existentes (Baş-Süzel, Ece, e Kurtulan-Güner, Gokçe, "Availability of the Disgorgement of Profits Under the CISG", *cit*., p. 28). O caso mais célebre é *Att Gen v. Blake* (2001), onde um duplo-agente soviético que infiltrou as secretas britânicas publicara uma autobiografia. Inconformada, a Coroa britânica moveu uma ação judicial para impedir que o antigo trabalhador pudesse receber mais *royalties*, invocando para tanto o incumprimento do contrato de trabalho. O Tribunal julgou a ação procedente, fixando a indemnização em montante equivalente ao que Blake recebera e continuaria a receber da editora (Cunnington, Ralph, "The Assessment of Gain-Based Damages for Breach of Contract", *cit*., p. 568).

([117]) Carneiro da Frada, Manuel A., *Direito Civil — Responsabilidade Civil/O método do caso*, reimp., Coimbra: Almedina, 2010, p. 71.

([118]) Treitel, Guenter, *The Law of Contract*, *cit*., p. 928, tradução livre.

havido uma utilização ilícita da informação confidencial ou *know-how* da contraparte, bem como nos casos em que o incumprimento contratual importar a violação de uma obrigação fiduciária, como seria o agente comercial que aceita um suborno ou vende a sua própria propriedade ao principal([119]).

Em exegese ao art. 74.º da CISG, tratadistas como Saidov sugerem que os lucros da parte incumpridora poderão ser uma referência relevante para se assegurar a eficácia compensatória da obrigação indemnização([120]). A circunstância de o aludido preceito se focar "*on the loss of the victim only, not the possible gain or loss of the breaching party*"([121]) não se revela fatal, já que a CISG não consagra nenhum método de cálculo do dano([122]). A relevância do lucro para efeitos indemnizatórios surge ainda consonante com o princípio da boa-fé (art. 7.º, n.º 1)([123]), que certa doutrina entende poder ser perfilado como uma declinação da proibição geral de comportamentos oportunísticos. Alega-se igualmente que, prosseguindo as normas da Convenção de Viena um *deterrent effect*, o art. 74.º deve ser interpretado no sentido que melhor permita desincentivar o inadimplemento — pois, de outro modo e segundo se faz constar, não só o valor social da promessa ficaria mortalmente ferido([124]) como se correria o risco de se tornar o princípio da integral reparação do dano numa diretiva caduca([125]).

Ainda que aparentemente não exista nenhuma relação direta entre o prejuízo sofrido por uma parte e os benefícios obtidos pela contraparte, estes *reflecting gains* podem ser imprescindíveis para se assegurar a finalidade compensatória da obrigação indemnizatória([126]). Mister é que nestas situações o dano verdadeiramente exista e que apenas atendendo aos

---

([119]) *Ibidem*, p. 928.

([120]) Saidov, Djakhongir, *The Law of Damages in the International Sale*, *cit*., p. 33.

([121]) Eicher, Florence, "*Pacta Sunt Servanda*: Contrasting Disgorgement Damages with Efficient Breaches under Article 74 CISG", *cit*., p. 32.

([122]) *Ibidem*, p. 32. Para Djordjević, Milena, Anotação ao Art. 74.º, *cit*., p. 978, assumir que o benefício recebido pelo devedor é uma aproximação adequada ao dano da contraparte "*is an assumption too far stretched against the clear wording of the Convention*". Segundo a Autora, independentemente do quão difícil for para o credor provar a sua perda, o lucro obtido pela parte inadimplente não deve de modo algum representar uma hipotética transação alternativa através da qual se permita contabilizar os danos.

([123]) Muñoz, Edgardo, e Ament-Guemez, David Obey, "Calculation of Damages on the Basis of the Breaching Party's Profits Under the CISG", *cit*., p. 205.

([124]) Eicher, Florence, "*Pacta Sunt Servanda*: Contrasting Disgorgement Damages with Efficient Breaches under Article 74 CISG", *cit*., p. 34.

([125]) *Ibidem*, p. 34. Algo próximo, defendendo que, se a desconsideração do lucro obtido pela contraparte conduzir a uma subcompensação do lesado, ele deverá ser contabilizado, Baş-Süzel, Ece, e Kurtulan-Güner, Gokçe, "Availability of the Disgorgement of Profits Under the CISG", *cit*., p. 25.

([126]) Muñoz, Edgardo, e Ament-Guemez, David Obey, "Calculation of Damages on the Basis of the Breaching Party's Profits Under the CISG", *cit*., pp. 208-209.

lucros obtidos pelo devedor se possa quantificá-lo aproximadamente([127]). Destarte, esta operação apenas se justificará dentro dos limites do dano sofrido([128]) e sem ignorar o dever de mitigação que assiste ao lesado([129]).

3.2.2. Revenda a preço maior

O problema da relevância do lucro ilícito tem sido abordado a respeito dos casos de revenda do bem a preço maior. Uma análise articulada dos §§ 285 e 326.º, n.º 3, ambos do BGB, permite ao comprador, em caso de revenda de um bem único ou não fungível, exigir do vendedor a prestação substitutiva, isto é, os lucros obtidos pela parte incumpridora([130]). Muito embora esta solução possa ser encarada como uma materialização do *commodum ex negotiatione*([131]), será possível alcançar um resultado prático semelhante através da obrigação indemnizatória.

Os bens infungíveis([132]), mercê da sua natureza única e irrepetível, impedem o comprador de recorrer ao mercado para realizar uma compra alternativa (*cover purchase*) cuja custo adicional em relação ao negócio incumprido, por princípio, será a métrica para o cômputo do dano([133]).

([127]) *Ibidem*, p. 209. Saidov, Djakhongir, *The Law of Damages in the International Sale*, *cit*., p. 34, verifica como tanto a doutrina como jurisprudência têm admitido esta solução onde quer que a parte lesada tenha um interesse legítimo em prevenir que a parte responsável beneficie do seu incumprimento e que este inadimplemento resulte de dolo ou seja cometido em má-fé. Igualmente reconhecendo que os *disgorgement damages* pressupõem, pelo menos, que o lesante tenha cometido deliberadamente o incumprimento contratual, antecipando que lucraria através dele, Burrows, Andrew, *A Restatement of the English Law of Contract*, *cit*., p. 136.

([128]) Eicher, Florence, "*Pacta Sunt Servanda*: Contrasting Disgorgement Damages with Efficient Breaches under Article 74 CISG", *cit*., p. 34.

([129]) Muñoz, Edgardo, e Ament-Guemez, David Obey, "Calculation of Damages on the Basis of the Breaching Party's Profits Under the CISG", *cit*., pp. 212-213.

([130]) A doutrina tem justificado esta solução assumindo que entre o comprador e o vendedor existe uma relação de confiança que determina que, havendo alienação do bem a um segundo comprador, quaisquer lucros devem ser atribuídos ao primeiro comprador (Kötz, Hein, *European Contract Law*, *cit*., pp. 270-271). Atento que no Direito alemão a compra e venda tem efeitos meramente obrigacionais (cf. Aureliano, Nuno, *O Risco nos Contratos de Alienação*, Coimbra: Almedina, 2009, p. 202), a solução consagrada assemelha-se àquela que vemos consagrada no art. 442.º, n.º 2.

([131]) Siems, Mathias, "Disgorgement of Profits for Breach of Contract. A Comparative Analysis", *cit*., pp. 36-37.

([132]) Muñoz, Edgardo, e Ament-Guemez, David Obey, "Calculation of Damages on the Basis of the Breaching Party's Profits Under the CISG", *cit*., p. 209, e Baş-Süzel, Ece, e Kurtulan-Güner, Gokçe, "Availability of the Disgorgement of Profits Under the CISG", *cit*., p. 24.

([133]) Reconhecendo a admissibilidade desta linha de raciocínio no Direito português, Mota Pinto, Paulo, *Interesse Contratual Negativo e Interesse Contratual Positivo*, Vol. II, *cit*., pp. 1678 e 1688.

Pelas mesmíssimas razões, não existem indicadores objetivos a que se podem recorrer para determinar fielmente o valor da coisa. Diante estas dificuldades, a intuição de determinada literatura tem sido a de ver no preço de revenda uma soma "igual à perda que o credor sofreu"([134]).

Justificações económicas existem para sustentar esta equiparação. Na típica relação de compra e venda, o comprador assume o risco de diminuição futura do preço da mercadoria ao passo que o vendedor assume o risco inverso. Se o vendedor, incumprindo o contrato, proceder à revenda da mercadoria a um preço superior, ele priva o comprador original da oportunidade de obter uma valorização no seu património. Tal oportunidade corresponde ao seu *expectation interest*. Assumindo-se como diretiva geral que ao credor deve ser consignada uma indemnização correspondente à expetativa contratual frustrada (*unrealized contractual expectation*), compreende-se que o valor de revenda possa ser atendido no momento da quantificação da obrigação indemnizatória([135]). O devedor, não obstante, sempre disporá da faculdade de demonstrar que o concreto valor de revenda é superior ao valor de mercado da coisa.

Questiona-se a adequação desta métrica aos casos onde os bens, embora dotados de natureza fungível, não são substituíveis por força de circunstancialismos especiais([136]).

Num célebre caso onde, diante do advento de uma guerra, uma empresa israelita não pôde realizar uma *cover purchase* perante o incumprimento deliberado do seu fornecedor alemão, o Tribunal permitiu que a compradora reclamasse o lucro da revenda. O principal argumento baseou-se num tratamento igual dos *contractual rights* com os *property rights* diante o princípio da repressão do enriquecimento sem causa([137]). Não obstante, sem nos escaparmos da tutela indemnizatória, é defensável ver no valor de revenda um ponto de partida na quantificação da perda sofrida pelo comprador([138]).

([134]) *Ibidem*, pp. 24-25, tradução livre. Ainda mais explícito, considerando que o preço de revenda será um indicador do valor do bem ao tempo do incumprimento contratual, Schwenzer, Ingeborg, e Hachem, Pascal, "The Scope of the CISG Provisions on Damages", *cit*., p. 101. No sentido de que "[*where*] *the goods have actually been resold, the resale price is evidence of their value, but not conclusive evidence*", Treitel, Guenter, *The Law of Contract*, *cit*., p. 953.

([135]) Muñoz, Edgardo, e Ament-Guemez, David Obey, "Calculation of Damages on the Basis of the Breaching Party's Profits Under the CISG", *cit*., pp. 209-210.

([136]) Para Eicher, Florence, "*Pacta Sunt Servanda*: Contrasting Disgorgement Damages with Efficient Breaches under Article 74 CISG", *cit*., p. 38, nenhuma distinção deverá ser feita entre bens genéricos e bens específicos.

([137]) Siems, Mathias, "Disgorgement of Profits for Breach of Contract. A Comparative Analysis", *cit*., p. 41.

([138]) Baş-Süzel, Ece, e Kurtulan-Güner, Gokçe, "Availability of the Disgorgement of Profits Under the CISG", *cit*., p. 26.

3.2.2. Violação de deveres secundários

Um outro setor onde o lucro alcançado pelo devedor tem vindo a ser erigido em parâmetro relevante para determinação do dano causado pelo inadimplemento é na violação de obrigações secundárias (nomeadamente, proibições de comercialização do produto em mercados concorrenciais).

No ensejo de melhor cristalizar os requisitos necessários a permitir que o lucro ilícito seja contabilizado na pretensão indemnizatória, Eicher apresenta-nos([139]) três exigências: (*i*) ocorrência de um incumprimento unilateral; (*ii*) obtenção de um lucro tangível pela parte incumpridora; (*iii*) existência de uma relação causal entre o lucro alcançado pelo devedor e o dano infligido ao credor, no sentido de aquele nunca poder ter sido gerado sem o ato de incumprimento. Como limite de ordem negativo, a alocação do lucro não pode revestir um escopo punitivo([140]), apenas se justificando na estrita medida em que sirva o princípio compensatório.

Em aplicação destes critérios, tendo uma parte celebrado um contrato sem qualquer intenção de o cumprir, pretendendo apenas aceder ao *know-how* da contraparte transmitido durante o contacto negocial, deverá ser concedida uma indemnização correspondente aos lucros que a parte infiel obteve através da comercialização de produtos concorrentes com recurso à informação confidencial([141]); e se ao abrigo de um contrato de fornecimento tiver sido estipulada uma obrigação secundária de proibição de revenda num mercado concorrente, o adquirente que haja preterido essa proibição deve ressarcir o fornecedor no montante equivalente ao lucro que obtivera através da comercialização dos artigos([142]).

([139]) Seguimos Eicher, Florence, "*Pacta Sunt Servanda*: Contrasting Disgorgement Damages with Efficient Breaches under Article 74 CISG", *cit*., p. 38.

([140]) *Ibidem*, p. 40.

([141]) Saidov, Djakhongir, *The Law of Damages in the International Sale*, *cit*., p. 34. Num outro caso, relatado em Muñoz, Edgardo, e Ament-Guemez, David Obey, "Calculation of Damages on the Basis of the Breaching Party's Profits Under the CISG", *cit*., pp. 210-212, demonstrando-se que o comprador nunca teve qualquer interesse em cumprir o contrato, tendo a sua celebração sido um mero subterfúgio para aceder ao *know-how* da contraparte, fora atribuída ao vendedor uma indemnização correspondente ao lucro que o comprador obtivera através da comercialização de produtos por si fabricados com recurso a tal *know-how*.

([142]) Saidov, Djakhongir, *The Law of Damages in the International Sale*, *cit*., p. 35.

3.3. Solução ao abrigo do Direito português. Conclusão

Permitir o resgate *qua tale* do lucro ilícito através da obrigação indemnizatória seria reconhecer-lhe um cariz punitivo, afastando-o da sua missão predominantemente ressarcitória. A sede dogmática para essa (eventual) deslocação é, antes, o enriquecimento sem causa([143]). Resta saber se será admissível no Direito português vigente uma solução similar ao art. 6:104 do Código Civil dos Países Baixos, qual a da estimativa do dano através das vantagens obtidas pelo agente responsável.

A resposta seria, diante o ensinamento tradicional, negativa. Nem no art. 563.º nem no art. 564.º, n.º 1, as vantagens decorrentes do ato ilícito são expressamente tidas em consideração. Do mesmo modo, é defensável que a "situação que existiria se não se tivesse verificado o evento que obriga à reparação", como refere o art. 562.º, é a situação que existiria no património do credor([144]).

Sucede que nenhum destes argumentos procede contra a tese aqui sufragada: embora legitimamente obstaculizem à "ideia de inserção do enriquecimento do responsável na obrigação de indemnizar"([145]), eles não impedem que o julgador possa, diante as circunstâncias do caso concreto, ver nas vantagens obtidas pelo lesante um reflexo das vantagens que foram subtraídas ao património do lesado([146]). Esta última proposta afigura-se-nos ser perfeitamente harmonizável com a descoberta do sentido normativo de dano, que destaca o seu necessário nexo com a situação jurídica que o legislador entendeu preservar([147]).

([143]) Assim, muito recentemente, Costa Lopes, Joana, "Os Desafios à Tutela Judicial do Direito à Imagem na Era Digital", *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, Ano LXIV, n.º 1, Tomo II, 2023, pp. 1200-1204. *Vide*, ainda, Carneiro da Frada, Manuel A., *Direito Civil — Responsabilidade Civil*, *cit*., p. 70, e Mota Pinto, Paulo, *Interesse Contratual Negativo e Interesse Contratual Positivo*, Vol. I, *cit*., pp. 826-828.

([144]) *Ibidem*, p. 826, e Pereira Coelho, Francisco, *O Enriquecimento e Dano*, reimp., Coimbra: Almedina, 1999, p. 33.

([145]) *Ibidem*, p. 33.

([146]) Pressupõe-se, por isso, que o lesado tenha efetivamente sofrido um dano, traduzido na supressão de uma vantagem ou utilidade. O instituto do enriquecimento sem causa opera de forma diferente, não pressupondo a verificação de um dano patrimonial; bastaria a afetação do conteúdo da destinação de um direito (Bessa de Melo, Daniel, "Do Problema do Dano no Ilícito da Privação do Uso", *cit*., p. 898).

([147]) Bessa de Melo, Daniel, "Da Ressarcibilidade dos Danos Puramente Patrimoniais no Direito Delitual Português", *cit*., p. 258, ss. Para uma ilustração, sabemos como as proibições de revenda em certa área geográfica visam proteger o vendedor do risco de o comprador exercer uma concorrência diferencial. Ora, se o comprador incumpre tal dever e revende os produtos, os ganhos que ele obteve poderão refletir a vantagem que fora suprimida ao credor: cada revenda realizada pode ser

Sousa Antunes entende que o art. 562.º parece legitimar o resgate do lucro ilícito. Alega-se, a este respeito, a dimensão relacional da indemnização, que atende à mudança que se verificou em ambos os patrimónios em detrimento de uma visão clássica que apenas contende com a diminuição sentida no património do lesado. Ela encontrar-se-ia patente em recentes inovações legislativas, a respeito das quais o conceito tradicional de indemnização não poderia ficar imune([148]). O art. 211.º, n.º 2, do Código do Direito de Autor e dos Direitos Conexos, ao dispor "o tribunal deve atender ao lucro obtido pelo infractor", seria um dos casos a ilustrar a preponderância deste critério na determinação da indemnização([149]). Considerando estes dados legais, Sousa Antunes propugna uma interpretação atualista do art. 562.º, concluindo que "[se] o evento danoso trouxe um benefício económico ao lesante, é legítimo exigir ao direito que resgate o lucro indevido como um efeito da responsabilidade civil"([150]).

Embora aceitemos a referida dimensão relacional da indemnização, ela apenas se justifica no âmbito do princípio ressarcitório([151]). O lucro que não seja um reflexo do desvalor sentido no património do lesado, antes se atribua à *expertise* do lesante ou a circunstâncias alheias a ambos os sujeitos, não pode ser englobado na pretensão indemnizatória([152]). O art. 211.º, n.º 2, do Código do Direito de Autor e dos Direitos Conexos, confirma que estamos diante uma situação distinta de um resgate do lucro ilícito: a norma é explícita ao referir que o "lucro obtido pelo infractor" serve como orientação na "determinação do montante da indemnização

---

encarada como uma perda de negócio para o vendedor. Justifica-se então que o lucro obtido possa ser um parâmetro de quantificação da obrigação indemnizatória.

([148]) Sousa Antunes, Henrique, "Das Funções Reconstitutiva e Punitiva da Responsabilidade Civil. Proposta de Reforma do Código Civil Português", *in* Miranda Barbosa, Mafalda, *et al.*, *Novos Desafios da Responsabilidade Civil*, Instituto Jurídico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra: Coimbra, 2019, p. 122, ss.

([149]) Sousa Antunes, Henrique, Anotação ao Art. 562.º, *in* Brandão Proença, José (coord.), *Comentário ao Código Civil. Direito das Obrigações. Das Obrigações em Geral*, Lisboa: Universidade Católica Editora, 2018, pp. 552-553.

([150]) *Ibidem*, p. 552.

([151]) Como bem refere Mota Pinto, Paulo, *Interesse Contratual Negativo e Interesse Contratual Positivo*, Vol. I, *cit*., p. 823, "é o princípio compensatório que *delimita* a própria noção de indemnização, olhando para o *lesado* e seu prejuízo — isto é, a indemnização apenas pode ir até onde chegar o prejuízo do lesado".

([152]) Desta forma, se o vendedor incumprir o contrato e revender a mercadoria a um preço anormalmente alto, prevalecendo-se da sua particular capacidade negocial, este valor não pode ser recuperado pelo credor a título de indemnização. Se pode ser recuperado com fundamento no enriquecimento sem causa é outro assunto. Rejeitando igualmente a restituição do lucro ilicitamente obtido por via indemnizatória, Lurdes Pereira, Maria, *Direito da Responsabilidade Civil. A Obrigação de Indemnizar*, *cit*., p. 29.

por perdas e danos"([153]); o lucro releva não como uma realidade *a se*, mas na estrita medida em que poderá ser encarado como possível reflexo das perdas patrimoniais sofridas pelo lesado.

O reconhecimento dessa dimensão relacional da obrigação indemnizatória, com o âmbito que lhe consignamos, não infringe nenhum pressuposto do sistema de responsabilidade civil([154]). Com ela não estamos a punir o infrator — não lhe reside nenhum objetivo de privação do lucro e de restituição do locupletamento, que deverá (eventualmente) ser aferido noutras coordenadas dogmáticas([155]). Mantemo-nos sob a diretiva de que o limite da indemnização é a perda do lesado. Apenas se faz relevar como, em dadas circunstâncias, as vantagens obtidas pelo lesante podem auxiliar no apuramento dessa perda.

Tudo isto é defensável ao abrigo do Direito português sem abrir qualquer brecha ao modo como a obrigação indemnizatória é legalmente configurada.

Porto, Abril de 2024

([153]) Não vemos por isso a necessidade de defender (como o faz *ibidem*, pp. 32-33) que esta norma pode ser encarada como emanação do instituto do enriquecimento sem causa. Também não adotamos a posição de Menezes Leitão, Adelaide, "Responsabilidade Civil por Violação do Direito de Autor", *Jurismat*, n.º 5, 2014, p. 211, de que estamos diante uma brecha ao princípio indemnizatório, "permitindo-se através da incorporação de lucros e custos uma indemnização superior ao dano".

([154]) Assim, escreve Carneiro da Frada, Manuel A., *Direito Civil — Responsabilidade Civil*, *cit*., p. 72, que "a restituição do ganho não é meramente punitiva enquanto se não tratar de punir o agente sem relação com os ganhos por ele obtidos".

([155]) Pereira Coelho, Francisco, *O Enriquecimento e Dano*, *cit*., p. 32: "Decerto que a restituição do lucro excedente ao dano pode ser justa, em alguma medida, conforme as circunstâncias; simplesmente, tal restituição pode fazer-se à margem da responsabilidade civil e com base em outros princípios, como o do enriquecimento sem causa e o da gestão imprópria de negócios".

O DEVER DO CREDOR DE MINIMIZAR OU DE NÃO DEIXAR AUMENTAR O DANO

Pelos Drs. Mónica Martinez de Campos([1])
Verônica Scriptore Freire e Almeida([2])
Daniel Freire e Almeida([3])
Diogo Leite de Campos([4])

Sumário:

1. O objeto da análise: doutrina das consequências evitáveis. **2.** O ponto de partida. **3.** Liberdade para os outros (a felicidade somos Nós). **4.** O fundamento legal. **5.** A boa-fé como instrumento da dignidade da pessoa. **6.** Autonomia da pessoa, liberdade contratual e boa-fé. **7.** A obrigação de minimizar o dano. **8.** Cálculo do dano. **9.** Direito francês. Boafé e contrato. **10.** Contra a boa-fé? **11.** Alteração das circunstâncias. **12.** O dever de minimizar o dano existe sobretudo em matéria de responsabilidade contratual. **13.** O nexo de causalidade (imputação). **14.** Casos. **15.** Direito inglês. **16.** Haverá razão para distinguir entre a redução e a não a gravação do dano? **17.** Casos. Cont. **18.** Direito Norte-Americano (EUA). **19.** No Brasil. **20.** Conclusão. **Referências.**

([1]) Professora Associada da Universidade Portucalense e Investigadora do Instituto Jurídico Portucalense.

([2]) Professora Permanente do Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu, Mestrado em Direito, da Universidade Santa Cecília. Mestre e Doutora em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.

([3]) Professor Permanente do Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu- Doutorado e Mestrado em Direito da Universidade Católica de Santos. Mestre e Doutor em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.

([4]) Professor catedrático Jubilado da Faculdade de Direito de Coimbra e Professor catedrático da Universidade Autónoma de Lisboa.

1. O objeto da análise: doutrina das consequências evitáveis

O dever de não deixar aumentar o dano ou de o minimizar (doutrina das consequências evitáveis) leva em conta a necessidade de um comportamento ativo do credor lesado, obrigado a não se escudar numa estrita obrigação do devedor.

Trata-se de um dever não objeto de um direito do devedor, mas de um ónus. O credor, se quiser evitar perdas patrimoniais, deve cumprir tal dever.

Esta obrigação é associada muitas vezes à boa-fé([5]). Como se pode ler no Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 28 de Setembro de 1999([6]):

> I — O Direito comina deveres destinados a que, na realização da prestação, tudo se passe sem danos desnecessários para o credor ou sem sacrífico desmesurado para o devedor. São os deveres acessórios, baseados na boa fé.
>
> II — Havendo, entre as partes, uma ligação obrigacional, gera-se uma relação de confiança na base da qual é, em especial, possível o infligir mútuo de danos. Ora, a boa fé comina deveres de não o fazer.

Outras vezes, liga-se à relação de causalidade entre o facto e o dano. Esta relação levaria a que algumas omissões ou atuações do credor que, ao não diminuírem ou a aumentarem o seu dano, não possam ser imputadas ao devedor. Assim prevê o art. 570.º, n.º 1, do Código Civil português, sob a epígrafe culpa do lesado, que:

> "Quando um facto culposo do lesado tiver concorrido para a produção ou agravamento dos danos, cabe ao tribunal determinar, com base na gravidade das culpas de ambas as partes e nas consequências que delas resultaram, se a indemnização deve ser concedida, reduzida ou mesmo excluída".

A este propósito, Pires de Lima e Antunes Varela([7]) observam o seguinte:

> "Para que o tribunal goze da faculdade conferida no n.º 1, é necessário que o acto do lesado tenha sido umas das causas do dano, consoante os mesmos princípios de causalidade aplicáveis ao agente (cf. art. 563.º)".

([5]) Sobre esta António Menezes Cordeiro, *Da Boa Fé no Direito Civil*, (Reimpressão), Livraria Almedina, Coimbra, 1997, p. 586, ss.).

([6]) Proc. n.º 99A641, Relator: Garcia Marques, *in* <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/cbc04f4ec128fdae8025697d00458318>.

([7]) *In Código Civil Anotado*, Vol. I, Coimbra Editora, 4.º ed. revista e actualizada, 1987, nota 2 p. 587.

Na mesma linha, Almeida Costa([8]) escreve:

> "Importa, antes de tudo, que o facto do prejudicado possa efectivamente considerar-se causa do dano ou do seu aumento, em concorrência com o facto do responsável — isto é que se verifique um nexo de concausalidade. E mostra-se ainda necessário que haja culpa do prejudicado. Portanto, exige-se que o facto do prejudicado apresente as características que o tornariam responsável, caso o dano tivesse atingido terceiro".

É certo que a questão da concorrência de culpas surge com mais frequência no domínio da responsabilidade extracontratual, mas considerando a inserção sistemática do art. 570.º do CC, aplica-se também à responsabilidade civil contratual([9]), valorizando a conduta do credor/lesado, ativa ou omissiva, que concorre para o agravamento dos danos provocados.

Quer através de um princípio, quer do outro, tal obrigação tem cabimento em Direito português. Embora este não contenha um instituto autónomo com esta designação.

A boa-fé ou a invocação do nexo de causalidade têm aplicação em Direito português. Mas as decisões dos tribunais mais próximas do nosso tema, não têm sido associadas ao dever do credor de mitigar ou não deixar aumentar o seu dano([10]). O que propomos é um valor jurídico autonomizado, mas tutelado pela boa-fé e pelo nexo de causalidade/imputação.

Vamos centrar a análise na boa-fé. Deixando para o fim o nexo de causalidade.

Depois de propormos um regime jurídico para os interesses em causa, enunciaremos o essencial de diversas ordens jurídicas de modo a permitir um melhor percurso em Portugal.

([8]) *In Direito das Obrigações*, Almedina, 11.ª ed., 2008, p. 783.

([9]) Cf. José Brandão Proença, *Comentário ao Código Civil, Direito das Obrigações, Das Obrigações em Geral*, Universidade Católica Portuguesa (coordenação de José Brandão Proença), 2018, nota ao art. 570.º do CC, pp. 576-580.

([10]) Veja-se, por exemplo, o Ac. do STJ de 10/12/2009, Proc. 494/06.0TBAVR.L1.S1, Relator: Fonseca Ramos, *in* <www.dgsi.pt> que considerou, a propósito de contratos de prestação de serviços, que não era "exigida ao credor/lesado uma conduta super diligente para evitar o agravamento dos danos, mas antes lhe deve ser imposto pela boa-fé que, no quadro circunstancial do incumprimento actue por forma a atenuar os danos resultantes dessa situação", baseando-se a decisão tanto no princípio da boa-fé como no nexo causal (arts. 563.º e 570.º do CC).

2. O ponto de partida

O problema radica, algumas vezes longinquamente, no binómio liberdade /autonomia da vontade, determinantes no campo contratual e que parecem à primeira vista afastar qualquer controlo.

Tanto mais que se trata de direitos da personalidade (o segundo um sub-direito do primeiro) de muita importância no conjunto de valores que constituem a dignidade da pessoa([11]) e que geram estes direitos. O Direito, em todos os seus ramos, é profundamente afetado pela caracterização deste binómio.

Não vamos naturalmente discorrer, por muito sumariamente que seja, sobre este tema, dado o intenso debate que existe, desde há milhares de anos, sobre estes conceitos.

Vamos enunciar, muito sumariamente, e a titulo prévio, as nossas ideias sobre estas noções.

A liberdade não é intrinsecamente ilimitada. Só o terá sido na eventual fase da "guerra civil" em que o ser humano era lobo do ser humano.

3. Liberdade para os outros (a felicidade somos Nós)([12])

A pessoa é animal social. Esta afirmação que vem de Aristóteles, tem sido entendida em dois sentidos. O primeiro, de que a pessoa é um animal, sublinhando e partindo da animalidade da pessoa. O segundo sentido é de que a pessoa vive com os outros.

Parece evidente para todos que os seres humanos vivem com os outros. E estão estreitamente dependentes dos outros em toda a sua vida, desde o seu nascimento até à sua morte. A pessoa vive em relação com os outros, em certo sentido "é" em relação para com os outros. Sem se esquecer a irredutibilidade da pessoa perante o outro. Mas a isto voltaremos mais tarde.

O que significa este viver para os outros? Têm-se perguntado inúmeras gerações.

([11]) Manuel Carneiro da Frada, "O conceito de dignidade da pessoa humana — um mapa de navegação para o jurista", *Católica Law Review*, 2020, 4(2), pp. 139-172. doi: 10.34632/catolicalawreview.2020.9323.

([12]) Diogo Leite de Campos, *A Felicidade somos Nós/Pessoa, contrato e matrimónio*, 2019, Lisboa: Fundação Lusíada.

Nomeadamente, em épocas pessimistas como o século XVII inglês, houve filósofos que responderam que viver com os outros é andar em guerra com os outros, em o homem ser lobo do homem. Só se conseguindo terminar esta guerra com a entrega de todo o poder a alguém, a um soberano, que usa como entende da violência sobre os seus súbditos para manter a paz (Hobbes).

Contudo parece que esta ideia da guerra permanente ou do despotismo necessário está errada, sendo desmentida pelo comportamento normal dos seres humanos desde os inícios da sua história, marcado, se não sempre pelo altruísmo, pelo menos pela solidariedade de grupo.

Entendemos que viver com os outros é viver para os outros e pelos outros. É uma relação de amor, mais ou menos intenso, posto embora em crise quanto a certas pessoas e quanto a certos grupos.

O amor e cuidado da família são a primeira manifestação da natureza humana, indo alargar-se depois ao grupo e à cidade.

Está inscrito na tua natureza que ames a família, mas para isso é preciso cuidares de ti mesmo como indivíduo racional, ires ao fundo do que és e aos laços que estabeleces com os outros.

Voltemos à ideia atrás expressa: a felicidade somos nós. Nós só conseguimos viver e só conseguimos ser felizes em comunidade, comunidade que exige entreajuda e altruísmo para sobreviver.

Vamos recorrer a algumas linhas de pensamento que expressam claramente a solicitação do cuidado dos outros. Mas seguido do cuidado de si mesmo sem o qual será difícil cuidar dos outros.

Comecemos pelos filósofos gregos, e dentre estes pelos estoicos. Estes propuseram duas ideias centrais, o cuidado de si mesmo e o conhece-te a ti mesmo. Em conjunto as duas expressões significariam: cuida de ti mesmo para o que tens precisão de saber.

O conhece-te a ti mesmo, associado ao cuida de ti mesmo, implica o teu conhecimento e transformação: tens de te ocupar de ti mesmo, de ter cuidado contigo mesmo e de te transformares no bom sentido. Deves subalternizar a tua fortuna, as tuas vantagens civis e políticas, para poder ocupar-te dos outros. O cuidar de ti mesmo é pressuposto de estar em condição para me ocupar dos outros. Ao longo de toda a nossa vida, noite e dia, devemos ocupar-nos com a nossa própria alma para ajudar os outros.

O cristianismo veio reedificar radicalmente a ideia de cuidado enquanto transformação. Sabendo que Deus tem cuidado de ti, tem o mesmo cuidado com os outros, amando-os como a ti próprio. Tens de te modificar, purificar e de algum modo transformar para poderes influenciar, no sentido positivo, os outros.

O ocupares-te de ti mesmo não é egoísmo, tem um sentido positivo. A recusa do egoísmo e imposição do cuidado com os outros são coexistentes e pressupõem um cuidado consigo próprio. Cada um tem de se preparar a si mesmo. Transformando-se e renascendo para ser capaz de ajudar os outros a transformar-se e a renascer.

O cuidado consigo próprio é o cuidado com o pobre que todos nós temos dentro de nós, do necessitado, para o eu, uma vez renascido, se projetar sobre os outros.

A renúncia a si mesmo significa a disponibilidade de cada um se ocupar dos outros e essa disponibilidade só é possível através de uma profunda transformação de si mesmo e do respeito e cuidado de si.

Bastas-te a ti próprio, mas sempre com a ideia de que a salvação de ti está intimamente ligada à salvação dos outros. E que a salvação dos outros depende de ti.

Na transformação cristã encontra-se uma renúncia a si mesmo através da subjetivação de um discurso verdadeiro. A vida como perpétua prova é contemporânea de uma educação destinada a sustentar esta prova.

Os cristãos referem-se à ideia, tanto vetero-testamentária como dos Evangelhos, de que o Pai é Amor e amor semelhante ao de uma mãe. Pai que só te sobrecarrega com provas na medida das possibilidades de cada um.

A liberdade e autonomia de cada um são para os outros. É um pouco a afirmação de Santo Agostinho de que ama e faz o que quiseres.

Para Engels a liberdade do ser humano é uma propriedade da vontade que se conforma às leis da natureza.

A nossa sociedade europeia viveu, e ainda vive em parte, num face a face amoroso com os outros. Há que lembrar que o dever/direito de caridade se revelou constantemente desde a partilha dos bens dos primeiros cristãos, até hoje, passando pela criação de escolas, albergues e enfermarias, etc.

O teu fim é o bem dos outros.

A exigência da liberdade de cada um — liberdade natural e legítima — tem sido confundida com um direito do eu sem os outros, contra os outros ou do eu contra eu-mesmo.

Não está em causa a liberdade, inerente à natureza humana, reconhecida no seu relacionamento social. A pessoa nasceu e vive num ambiente de liberdade, anterior a ela e interior a si-mesma, sem o qual é negada .

A liberdade é uma propriedade da vontade de se conformar ao bem dos outros.

Sem voltar à relação Nós, ou, mesmo, eu-tu, em que a pessoa social associa intimamente a liberdade e o amor.

Lembremos que Kant, para além de uma margem de individualismo, afirma também a noção de respeito, uma referência intrínseca da pessoa para com outro. Esta referência é intrínseca à moralidade.

Sto. Agostinho entende que Deus fez a criatura racional para que ela possa conhecer o soberano bem, para que O conhecendo, O ame, que amando-O, O possua e que esta posse o beatifique.

Esta beatificação levará necessariamente ao amor dos outros. A pessoa beatificada/ renascida ocupa-se dos outros.

Para Rousseau, as relações com o outro são vistas de uma forma essencialmente negativa: há que evitar a tirania. Quando muito haverá um respeito sem cuidado.

Já Hegel demonstra na Fenomenologia do Espírito, onde leva a liberdade, desvinculada de um projeto, que só se procura a si mesma, sendo o seu próprio fim, o fim de si-mesma enquanto pura vontade.

É só no estado de natureza de Hobbes que a liberdade é infinita, por ser contra os outros. O seu único limite é a razão subjetiva do indivíduo.

Só aqui a liberdade é a da vontade do indivíduo, na propriedade que ela tem de ser ela mesma a própria lei. Lei que só serve para um caso que não tem de ser justificado, por a vontade ser variável indeterminadamente.

Liberdade, portanto, que outorga liberdades sobre os outros e direitos sobre si próprio. Desrespeito por qualquer vínculo e por qualquer direito próprio ou alheio, por a vontade ter o seu próprio valor que é ela mesma.

Passemos a uma liberdade demonstrada por uma Pessoa que deve servir de exemplo.

Jesus, verdadeiro Deus e verdadeiro homem, caracteriza-se pela liberdade, "eleutheria", pela liberdade de expressão, "parrusia", e pela livre auto-entrega na cruz.

"Eleutheros" designa aquele que pode ir onde quiser, que é independente dos outros. Mas Jesus não usa a liberdade para sentir-se livre dos seres humanos; antes, para ser livre para os seres humanos, para se entregar a estes por amor. A verdadeira liberdade está em se ser livre de si mesmo([13]). A liberdade é amor.

Passemos à "exousia", à liberdade enquanto faculdade de agir segundo a minha vontade. Mas há que evitar aquilo que tem poder sobre mim (1 Cor.,6, 12-20, e 10, 23 e segs.).

A verdadeira liberdade consiste em renunciar à "liberdade" (egoísmo), renunciando a favor dos outros, em benefício do que edifica os outros e a

---

([13]) Anselmo Grun, *Caminhos para a liberdade*, Petrópolis, Vozes, 2005, p. 28.

comunidade. De acordo com a filosofia estoica, a pessoa livre é aquela que obedece à razão do mundo; para os cristãos, como para Séneca, obedecer a Deus é a liberdade([14]).

Tanto Sócrates como Platão se referiram à autarcia, à auto-suficiência do ser humano como liberdade interior daquele que encontra paz em si mesmo, na sua virtude. Na relação com os outros.

Epicteto, que tanto influenciou a base filosófica de diversos autores cristãos, estabelece na relação pessoal com Deus o fundamento da verdadeira liberdade([15]):

> "levanta a tua cabeça como uma pessoa que está liberta da escravidão; ousa erguer o teu olhar para Deus e dizer-Lhe: doravante, procede comigo como quiseres; os meus pensamentos pertencem-Te; eu pertenço-Te: Nada rejeito do que Te parecer bem; conduz-me para onde quiseres".

Referimos o que parece evidente: a pessoa vive pelos outros e para os outros. Não há ato seu que não afete os outros. Assim, a sua liberdade é com os outros e para os outros. Caso contrário, está a recusar a sua humanidade, a sua personalidade, a sua dignidade.

As pessoas mais livres, como Buda, Sócrates e Cristo, foram os que mais viveram para os outros.

É a liberdade para os outros, assente no cuidado de si, no renascimento da pessoa (para os outros) que permite compreender que a pessoa, apesar da sua intangibilidade, se possa dedicar — mesmo conceder a sua vida — ao bem do outro.

4. O fundamento legal

O fundamento do presente instituto, como aliás de todo o Direito, está no art. 1.º da Constituição da República portuguesa ao reconhecer a dignidade da pessoa como fundamento do Estado e, portanto, do Direito([16]).

Mas convirá indicar tutela mais próxima.

([14]) Franz Messner, *Der Jakobus Brief*, Freiburg, 1964, p. 108.

([15]) *Reallexikon fur Antike und Christentum*, V, Epiktet, Stuttgart, 1962, p. 599, ss.

([16]) Segundo Vieira de Andrade, o princípio da dignidade da pessoa humana "há-de ser interpretado como referido a cada pessoa (individual), a todas as pessoas sem discriminações (universal) e a cada homem como ser autónomo (livre)" (Andrade, José Carlos Vieira de, *Os Direitos Fundamentais na Constituição da República Portuguesa de 1976*, 3.ª ed., Almedina, 2004, p. 98).

O legislador também tem sido movido pela boa-fé, pela consideração dos interesses de ambos os sujeitos, pela necessidade de cooperação entre eles.

Ora, tanto na formação como no cumprimento dos contratos, devem as partes conformar-se com o princípio da boa-fé (arts. 227.º, n.º 1, e 762.º, n.º 2, do CC), adotando, nesse âmbito, um "comportamento honesto, correcto, leal"([17]), não defraudando a confiança gerada na contraparte e, em geral, o interesse contratual de ambas as partes.

Como escreve Carlos Mota Pinto:

> "A consagração da boa-fé corresponde, pois, à superação de uma perspectiva positivista do direito, pela abertura a princípios e valores extra-legais e pela dimensão concreto-social e material do jurídico que perfilha. Significa o que acabamos de dizer que o princípio da boa-fé se ajusta a — e contribui para — uma visão do direito em conformidade com a que subjaz ao Estado de Direito Social dos nossos dias, intervencionista e preocupado por corrigir desequilíbrios e injustiças, para lá das meras justificações formais"([18]).

O vínculo obrigacional que se estabelece entre devedor e credor não gera apenas um dever de prestar e uma pretensão creditícia, engloba uma "ordem normativa"([19]), um "sistema de vínculos emergentes do contrato"([20]). É justamente neste campo que surgem os deveres acessórios de conduta([21]), intimamente ligados com o contrato e o seu fim, e que implicam uma cooperação entre as partes([22]) pautada pelo principio da boa-fé.

([17]) Coutinho de Abreu, *Do Abuso de Direito*, Almedina, 1983, p. 55.

([18]) *In Teoria Geral do Direito Civil*, *ob. cit.*, p. 124.

([19]) Manuel Carneiro da Frada, *Teoria da Confiança e Responsabilidade Civil*, Almedina, 2007, p. 443.

([20]) Carlos Mota Pinto, *Teoria Geral do Direito Civil*, 4.ª ed., Coimbra Editora, 2012, p. 186.

([21]) "IV. Os deveres acessórios emergem do princípio da boa fé e não têm por objecto uma prestação, sendo usualmente agrupados em deveres de informação ou esclarecimento, em deveres de lealdade e em deveres de protecção ou segurança. A sua violação apenas pode originar uma pretensão indemnizatória." (Ac. do STJ, de 13/10/2016, Proc. 967/14.1TBACB.C1.S1, Relator: Maria da Graça Trigo, *in* <www.dgsi.pt>). *Vd.* também, Gil Valente Maia, "Boa fé e responsabilidade civil decorrente da violação de deveres acessórios de conduta: o critério do «perímetro contratual» na delimitação do regime de responsabilidade aplicável", *in* Julgar, 2020, disponível em <https://julgar.pt/boa-fe-e-responsabilidade-civil-decorrente-da-violacao-de-deveres-acessorios-de-conduta-o-criterio-do-perimetro-contratual-na-delimitacao-do-regime-de-responsabilidade-aplicavel/>.

([22]) "Esta noção de cooperação é transponível, um pouco mais esbatida, para a sociedade em geral. Creio ser de afastar, como princípio, o poder do Estado como (único ou principal) instrumento de organização social e de cumprimento dos deveres. Não se pode desprezar a função dos deveres sociais, da ética individual, dos imperativos religiosos. É a estes que é devido o funcionamento não conflituante da sociedade." Diogo Leite de Campos, "O credor e o contrato (Dívida e Responsabilidade)", Revista da Ordem dos Advogados, Ano 76, 2016, Lisboa, p. 39.

Este entendimento vai sendo adotado por alguma jurisprudência. Veja-se, a título de exemplo, o que foi referido:

— no Acórdão do STJ, de 28/09/1999([23]):

> "I — O Direito comina deveres destinados a que, na realização da prestação, tudo se passe sem danos desnecessários para o credor ou sem sacrífico desmesurado para o devedor. São os deveres acessórios, baseados na boa fé".
>
> "II — Havendo, entre as partes, uma ligação obrigacional, gera-se uma relação de confiança na base da qual é, em especial, possível o infligir mútuo de danos. Ora, a boa fé comina deveres de não o fazer".

— no Acórdão do STJ, a 11/09/2012([24]):

> "Ante a falta de cooperação de uma ou de ambas as partes, em relações jurídico-negociais que postulam tal dever, não pode a outra que também não cooperou, quando devia cooperar, colher vantagem desse cumprimento defeituoso, que seria imoral e eticamente censurável, porque a sua inacção, ou falta de cooperação, contribuiu para a frustração do objectivo negocial, o que contraria o agir de boa-fé na perspectiva de actuação honesta e que contemple o interesse da contraparte".

E acrescenta no sumário que

> "Os factos reveladores de conculpabilidade devem ser graves, no sentido de justificarem um juízo de censura, não bastando qualquer omissão ou negligência que se deva ter por aceitável, de acordo com um padrão negocial justo".

— e no Acórdão do STJ, de 29/05/2014([25]):

> "Os deveres acessórios ou laterais, inseridos numa relação contratual complexa que se não esgota na realização das prestações principais convencionadas pelas partes — e cuja funcionalidade transcende o plano da estrita autonomia da vontade — fundam-se numa interpretação objectivada e em boa medida imperativa do padrão ou critério normativo da boa fé, consagrado no n.º 2 do art. 762.º do CC, abrangendo, nomeadamente, em situações materialmente justificadas, o específico dever de cada contraente respeitar a integridade pessoal e patrimonial do outro contraente, abstendo-se de comportamentos que possam lesar tais direitos absolutos".

No direito anglo saxónico a minimização dos danos está consagrada na lei mercantil.

Está estabelecida também nos arts. 88 da Convenção de Haia de 1964 que se refere à venda Internacional de objetos móveis corporais;

([23]) Proc. 99A641, Relator: Garcia Marques, *in* <www.dgsi.pt>.
([24]) Proc. 3026/05.4TBSTS.P1.S, Relator: Fonseca Ramos, *in* <www.dgsi.pt>.
([25]) Proc. 600/11.3TVLSB.L1.S1, Relator: Lopes do Rego, *in* <www.dgsi.pt>.

art. 77.º da Convenção de Viena de 1980 sobre a venda internacional de mercadorias([26]) e o art. 80.º que obriga cada uma das partes a atuar em nome da outra; 7.4.8 dos princípios Unidroit; No 9.505 dos princípios europeus de direito dos contratos e nas alíneas 1 e 2 do artigo 167 da proposta de um código europeu dos contratos da academia dos privatistas europeus.

A obrigação de minimizar/não aumentar o dano está consagrada na arbitragem Internacional e no direito alemão (art. 254, 2 do BGB), holandês, do Québec (art. 1479 do CC), italiano (art. 1227 do CC) e suíço (arts. 44 e 49 do Código das obrigações).

É consagrada nos Direitos norte-americano, inglês, brasileiro, francês, entre outros.

Parece-nos que esta afirmação jurídica está bem delimitada no seguinte texto:

> "A parte que entende haver um dano resultante de um ato ilícito, um não cumprimento (por ex.), deve tomar as medidas razoáveis perante as circunstâncias, para mitigar a perda, incluindo perda de lucro resultante do incumprimento. Se não tomar essas medidas, a parte em incumprimento pode pedir uma redução dos danos no montante do que devia ter sido mitigado"

— baseada no art. 77 da Convenção das Nações Unidas sobre Contratos de Compra e Venda Internacional de Mercadorias, celebrada em Viena em 1980([27]).

5. A boa-fé como instrumento da dignidade da pessoa

O outro existe e deve ser respeitado por cada um de nós. Mais precisamente: faz parte do eu e do nós.

O outro não é um simples limite à nossa possibilidade. Está no conteúdo dela. Sendo a pessoa naturalmente em relação, toda a sua vida, e o outro, estão intimamente ligados. O outro não é algo com que se depara só algumas vezes e se negoceia um tratado de limites. O outro está gravado,

---

([26]) Diário da República I, n.º 153, de 07/08/2020, <https://files.dre.pt/1s/2020/08/15300/0000700048.pdf>.

([27]) *In* <https://files.dre.pt/1s/2020/08/15300/0000700048.pdf>. *Vd*, também, Martins, Alexandre de Soveral, *Compra e venda internacional de mercadorias: a CISG: primeiros comentários*, Almedina, 2021.

mais ou menos profundamente, no eu, é outro eu que tem de ser levado em conta e tratado como o eu mesmo.

O outro, os seus interesses, a sua maneira de ser, são determinantes do conteúdo da nossa liberdade.

A pessoa do outro não me é estranha ou indiferente: faz parte da maioria dos meus atos que são dirigidos a outro e em atenção do outro.

A liberdade não é contra o outro, é com outro e para o outro. É uma liberdade com o outro e assim uma liberdade para o outro. A minha liberdade é pessoal, mas multi-afetiva.

6. Autonomia da pessoa, liberdade contratual e boa-fé

Do que dissemos, transita-se facilmente para a autonomia da pessoa ou a liberdade contratual, sem as pôr em causa, antes dando-lhes o seu verdadeiro sentido.

Esta significa que somos livres de gerir os nossos interesses como entendemos. Mas como o outro está quase sempre presente, temos de o gerir levando em conta o interesse do outro, para o outro. E nunca contra o outro.

Aqui se situa a liberdade contratual como legitimidade para gerirmos as nossas posições contratuais em liberdade, mas para outro contratante, levando em conta também o seu interesse.

Os valores que temos enunciado têm introduzido, nos últimos decénios, alterações na forma de entender o relacionamento jurídico, este sabidamente entre pessoas dignas. Alterando, sobretudo através da boafé, o comportamento das partes na formação e execução dos negócios jurídicos e, mais em geral, de qualquer relação jurídica.

Exigindo uma elevada cooperação entre os sujeitos de direito que se tem feito notar sobretudo no direito contratual.

A liberdade em geral, e em particular a liberdade contratual, é essencial à realização da dignidade humana e a ela está subordinada. A dignidade começa, e encontra o seu fundamento, no reconhecimento do outro.

A dignidade não é fundamentalmente a dignidade do indivíduo, do devedor ou do credor numa relação obrigacional, não está exclusivamente baseada na autonomia do sujeito. A dignidade da pessoa é na verdade a dignidade do ser humano ou da família humana, presente e futura. É um conceito objetivo que limita (não exclui) a autonomia formal do eu para a

elevar a uma autonomia do eu com o outro. É esta a dignidade que transmite o "sentido último de um direito justo"([28]).

Deste modo, a cláusula geral de boa-fé, prevista no número 2 do art. 762.º do Código Civil, nos termos do qual os contraentes devem pautar a sua conduta com honestidade e respeito pelo outro, conduz à ideia de que o contrato, enquanto instrumento de cooperação entre pessoas, tem uma finalidade que vai para além dos interesses individuais de cada um.

A dignidade da pessoa humana é um princípio organizador das liberdades e não a garantia exclusiva da liberdade individual.

Para Demogue([29]), a oposição entre o interesse do credor e o interesse do devedor tende a ser substituída por uma certa união, uma certa cooperação, que implica, nomeadamente, a obrigação de minimizar os danos ou prejuízos([30]), por força do principio da boa-fé. Lealdade, solidariedade e fraternidade seria o novo lema contratual([31]). Trata-se de uma preocupação com o outro e com os seus interesses, de uma conjugação de esforços ao serviço do contrato([32]).

7. A obrigação de minimizar o dano

A obrigação de minimizar o dano ou não o deixar aumentar, define-se como a obrigação, para o credor, de tomar todas as medidas necessárias para limitar o dano resultante da inexecução do contrato ou do ato ilícito em geral.

O não cumprimento desta obrigação pode levar a uma redução das perdas e danos se estes pudessem ter sido evitados.

Esta obrigação refere-se tanto a responsabilidades contratuais como extracontratuais.

([28]) Manuel Carneiro da Frada "O conceito de dignidade da pessoa humana — um mapa de navegação para o jurista", *Católica Law Review*, 4(2), 2020, p. 147.

([29]) R. Demogue, *Traité des obligations en général*, t. 6, Paris, éd. Rousseau, 1931, n.° 3.

([30]) A. Tunc, "Les récents développements des droits anglais et américains sur la relation de causalité entre la faute et le dommage dont on doit réparation", *in* R.I.D.C., p. 29; Y. Derains, "L'obligation de minimiser le dommage dans la jurisprudence arbitrale " R.D.A.I. 1987, p. 375, ss.

([31]) D. Mazeaud, "Loyauté, solidarité, fraternité : la nouvelle dévise contractuelle ?", *in L'avenir du droit*, Mélanges en hommage à François Terré, PUF, 1999, p. 603.

([32]) *Vd*. Ph. Rémy, "Droit des contrats: questions, positions, propositions", *in Le droit contemporain des contrats*, Economica, 1987; N. et A. J. Arnaud, "Une doctrine de l'état tranquillisante: le solidarisme juridique", APD, 1976, p. 150.

O que pretende evitar-se é que o credor, seguro dos seus direitos, e por omissão, deixe aumentar o seu dano e eventualmente o não combata, deixando-o aumentar em prejuízo de devedor.

8. Cálculo do dano

O princípio da reparação integral do dano não leva à rejeição do dever de minimizar o dano. Esta existe já depois do dano ser avaliado.

Por outro lado, deve entender-se que há um dever geral de diligência de que a vítima não pode ser excluída.

O dano verificou-se e mediu-se. O autor é o responsável.

O nosso estudo começa aqui. Com efeito, o comportamento da vítima analisa-se só depois de fixado o dano.

Como bem refere Vaz Serra(33), "As cautelas exigíveis ao lesado para afastar ou diminuir o dano dependem das circunstâncias de cada caso. E, fundando-se na boa fé ou na correcção (correteza), tem, naturalmente, os limites derivados desta sua fonte; portanto, o lesado só é **obrigado a adoptar as medidas idóneas a impedir o agravamento do dano** quando tal lhe seja imposto pela boa fé, isto é, quando esta, dadas as circunstâncias do caso concreto, o obrigue a tomar essas medidas". (sublinhado nosso)

Caso uma das partes, por ação ou omissão, contribua para o agravamento do dano, o regime do art. 570.º, n.º 1, do Código Civil poderia ser aplicável; e isto tanto no âmbito da responsabilidade contratual(34) como na responsabilidade extracontratual.

Estatui o art. 570.º, n.º 1, do Código Civil que

> "Quando um facto culposo do lesado tiver concorrido para a produção ou agravamento dos danos, cabe ao tribunal determinar, com base na gravidade das culpas de ambas as partes e nas consequências que delas resultaram, se a indemnização deve ser totalmente concedida, reduzida ou mesmo excluída".

E, neste sentido, num Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 10 de Dezembro de 2009(35), que versava sobre a indeminização por incumprimento de um contrato, pode-se ler no sumário, que transcrevemos parcialmente dado o seu interesse, que:

---

(33) RLJ 105.º, p. 169.

(34) Vaz Serra, RLJ 110.º, p. 186.

(35) Proc. 494/06.0TBAVR.L1.S1, Relator: Fonseca Ramos, *in* <www.dgsi.pt>.

"Ante o incumprimento do devedor, o credor não pode farisaicamente alhear-se dos resultados dessa conduta para daí colher vantagem que seria imoral ou injusta e sempre eticamente censurável, pois poderia com a sua inacção contribuir, impunemente, para o agravamento dos danos e assim onerar a sanção para o incumprimento".

"(…) importará a evidência de uma conduta culposa do lesado violadora das regras da boa-fé e que essa conduta — omissiva ou negligente — seja causa adequada do dano ou do seu agravamento".

"(…) não deve ser exigida ao credor/lesado uma conduta super diligente para evitar o agravamento dos danos, mas antes lhe deve ser imposto pela boa-fé que, no quadro circunstancial do incumprimento actue por forma a atenuar os danos resultantes dessa situação, sobretudo, se for previsível que, apesar dos esforços do devedor para obviar à propagação ou perduração dos danos, a sua actuação pela natureza da prestação que lhe cumpra, possa não surtir efeito pronto".

9. Direito francês. Boa-fé e contrato

Passamos a analisar os tipos de situações e o respetivo tratamento jurídico.

A maioria da doutrina francesa invoca o princípio da exigência da boa-fé do credor ou autor do dano para proteger a vitima.

Refira-se, desde já, que a boafé não pode pôr em causa a substância dos direitos e obrigações do contrato. No sentido de que não pode alterá-los: o contrato é das partes. No caso de parecerem necessárias alterações, as partes pronunciar-se-ão nos quadros da redução do contrato, aditamento ao contrato, etc.

10. Contra a boa-fé?

Autores há que põem em causa o próprio princípio da boa-fé. Vamos fornecer algumas notas sobre a controvérsia.

A boafé, cuidar do interesse da contraparte, releva de solidariedade, altruísmo, entre ajuda, fraternidade, mas também empatia. Alguns entendem que estes valores não se podem situar no direito contratual por irem contra a própria essência do contrato.

É certo que o contrato é um instrumento jurídico económico, largamente independente das partes, que visa assegurar uma troca de riquezas e

serviços entre as pessoas, sendo nesta medida um instrumento fundamental da economia contemporânea.

Mas nesta ordem de ideias alguns autores entendem que a realidade económica, pura e dura, a satisfação dos interesses de cada um, ou seja, a realidade económica vai contra a característica altruísta das soluções entre as pessoas([36]).

O ser humano será um ser egoísta que coloca o seu interesse antes do outro. Contudo não se pode esquecer que o ser humano é um ser social e que esta relação é fundamental ao contrato([37]). O contrato não pode ser predação, mas harmonia de interesses.

O contrato não é um campo onde se chocam e se opõem duas ideias, duas vontades, dois interesses livres e iguais, predatórios, mas tem de ser um lugar de cooperação entre as partes. Só assim se promove o crescimento económico e o bem-estar social, a justiça.

A vontade contratual, e temos de ser realistas, não é só expressão do interesse de cada uma das partes. Este interesse exige composição, justiça.

A ideia do equilíbrio dos interesses no contrato já vem da baixa idade média e tem sofrido sorte diversa, estando hoje a ser recuperado sobretudo através da boafé.

11. Alteração das circunstâncias

Na muito grande instabilidade económica e social em que se vive, sucede, sobretudo quanto aos contratos duradouros, haver necessidade de rever o contrato em virtude da alteração das circunstâncias em vista das quais foi celebrado.

Esta imprevisão ou alteração das circunstâncias exige a revisão do contrato desde o momento em que as circunstâncias exteriores à sua conclusão e posteriores a esta afetem o seu equilíbrio de maneira que a sua execução se torna excessivamente pesada para uma das partes.

Em Portugal está sujeita a normas próprias (art. 437.º, n.º 1, do CC)([38]), não se confundindo com o nosso conceito. O que não impede que possam andar associados.

([36]) Max Weber, *Économie et societé*, Tome 1, Paris, Plon, 1971, p. 634.

([37]) Y. Lequette, "Bilan des solidarismes contratuels", *in* Mélanges Paul Didier, Economica, 2008, p. 254, ss.; M. Ghestin, "La notion de contrat", Revue Droits 1990, n.º 12, p. 7, ss.

([38]) Henrique Antunes, "A alteração das Circunstâncias no Direito Europeu dos Contratos",

Embora o direito francês se tenha calado perante a alteração das circunstâncias, isto até 2016, e a jurisprudência francesa do direito civil se tenha recusado a aplicar a teoria da imprevisão, o direito português consagra a necessidade de se prover à alteração das circunstâncias de modo autónomo.

Com o art. 1195.º do Código Civil francês, introduzido em 2016, ficou enterrada a jurisprudência que recusava a teoria da imprevisão, com o emblemático acórdão Canal de Craponne (6 de março de 1876). Atualmente, prever a possibilidade de revisão ou de adaptação de um contrato não é pôr em causa a sua força vinculativa, mas sim, na maior parte das vezes, reforçá-la, para que o contrato não se desfaça ao primeiro obstáculo.

Contudo, o referido art. 1195.º do Código Civil francês não é de ordem pública. É possível excluir a sua aplicação ou prever uma cláusula de revisão à medida. Não impede as cláusulas de indexação, mas não se aplica às obrigações decorrentes de transações de títulos e contratos financeiros (art. 211-1 Code monétaire et financier).

Esta possibilidade de alteração do contrato está em consonância com outros princípios orientadores da reforma de 2016: boa-fé reforçada (art. 1104.º do Código Civil), proteção da parte mais fraca em caso de "desequilíbrio significativo" num contrato de adesão (art. 1171.º do Código Civil), ou "contrapartida ilusória ou irrisória" (art. 1169.º do Código Civil).

12. O dever de minimizar o dano existe sobretudo em matéria de responsabilidade contratual

Na história do direito francês encontramos Domat para o qual para avaliar a responsabilidade do autor do dano é preciso tomar em conta a possibilidade para o credor de diminuir a sua perda([39]).

Cadernos de Direito Privado, n.º 47 Julho/Setembro 2014, p. 13; José de Oliveira Ascensão, "Onerosidade Excessiva por "Alteração das Circunstâncias", Revista da Ordem dos Advogados, 2005, Ano 65, Vol. III; Menezes Cordeiro, "Da alteração das Circunstâncias — A concretização do art. 437.º do Código Civil à luz da Jurisprudência posterior a 1974", Separata dos Estudos em Memória do Professor Doutor Paulo Cunha, Lisboa, 1987, pp. 71-75.

([39]) J. Domat, *Les lois civiles dans leur ordre naturel*, Rollin et Fils, 1745, Livre III, Titre V, Section III, § 162.

Por seu lado, Demogue afirmou a existência de uma obrigação de minimizar o dano em matéria contratual, em virtude do dever de colaboração entre as partes(40).

Na lei está previsto no art. L. 172-23 do código dos seguros que manda que o segurado contribua para a recuperação dos objetos segurados e tome todas as medidas conservatórias dos seus direitos contra terceiros responsáveis.

Em França encontram-se aqui pontos de vista opostos.

Um deles é o de que a vítima tem direito à reparação integral do seu dano o que leva a excluir a obrigação de minimizar o seu dano ou o dever de não o agravar.

O outro é a exigência de uma colaboração do lesado para diminuir, não agravar, o seu dano.

Este ponto de vista é apoiado em França(41) por alguma doutrina(42) e jurisprudência(43) e é o que merece todo o nosso apoio em Portugal.

13. O nexo de causalidade (imputação)

Já se afirmou que a análise do nexo de causalidade entre o facto e o dano seria suficiente para fundar mesmo esta solução. Neste sentido deporia o art. 1151 do código civil francês ao determinar que as perdas e danos só devem compreender o que é uma consequência imediata e direta da inexecução do contrato.

---

(40) R. Demogue, *Traité des obligations en général*, t. 6, Paris, éd. Rousseau, 1931, n.° 3.

(41) E foi objeto de um projeto de lei de 13 de março de 2017, e de uma proposta de lei de 29 de julho de 2020, que continuam em discussão. *Vd*. A. Nivert, "Nouvelle étape dans l'avancée de la réforme du droit de la responsabilité civile — Jeu des sept différences entre le projet de loi du 13 mars 2017 et la proposition de loi du 29 juillet 2020", Doctrin'Actu août 2020, art. 136. O art. 1263.º dos projetos de reforma da lei sobre a responsabilidade civil prevê que "salvo em caso de danos corporais, a indemnização é reduzida quando o lesado não tiver tomado medidas seguras e razoáveis, nomeadamente em função da sua capacidade contributiva, para evitar o agravamento do dano". Esta norma é semelhante ao art. 53 do *projeto Terré*, "Pour une réforme du droit de la responsabilité civile" (Terré F., *Pour une réforme du droit de la responsabilité civile*, 2011, Dalloz).

(42) Adida-Canac H., «Mitigation of damage : une porte entrouverte?», D. 2012, p. 141.

(43) Arrêt du 24 novembre 2011, n.° 10-25635 rendu par la 2ème Chambre de la Cour de Cassation: "La victime qui subit un préjudice matériel doit prendre des mesures pour minimiser le dommage". Contra, Civ. 2e, 29 juin 2003, (1) RJDA 2004, n.º 496, D. 2004, somm. p. 1346, obs. D. Mazeaud, JCP 2003. II. 10170, note Castets-Renard, Rép. not. 2003. 1574, obs. Aubert, RTD civ. 2003. 716, obs. P. Jourdain.

Savatier entendia como exceção à regra da avaliação do dado no dia do julgamento, as situações em que o prejuízo aumenta por culpa da vítima. Como, por exemplo, quando a vítima recusa uma indemnização adequada que lhe tinha sido proposta e apresenta inutilmente uma ação em perdas e danos, no decurso da qual se agravam os danos. No direito interno esta obrigação decorreria da boafé contratual.

Num ponto de vista mais próximo do direito anglo-saxónico, o credor não pode ficar impassível ou aproveitar-se da situação, mas tomar todas as medidas razoáveis para diminuir o seu dano. Parece que, neste caso, o credor deveria cooperar com um devedor em mora.

Por outro lado, e numa situação próxima, o art. 1144 do Código Civil francês permite que o credor, em caso de não cumprimento, seja autorizado a executar ele mesmo a obrigação à custa do devedor. O que corresponde, entre nós, à execução especifica, embora esta tenha de ser judicial (arts. 827.º e ss. do CC). Este deveria ser condenado a adiantar as sobras necessárias a esta execução.

A Convenção de Viena consagra esta norma no seu art. 75.

14. Casos

Numa decisão de 22/01/2009, a Cour de Cassation francesa tratou o seguinte caso: o principal acionista de uma sociedade que explorava um estabelecimento comercial é vítima de uma agressão que envolveu uma perda da capacidade de trabalho e foi levado a ceder as suas ações a um preço inferior ao do mercado, o que envolveu um prejuízo económico.

O Tribunal de apelação entendeu que se tratava de uma simples perda de oportunidade de melhor vender que devia ser tomada em conta. Contudo, o tribunal supremo considerando que a venda das ações tinha sido uma medida de gestão razoável e que existia nexo causalidade entre esta venda e a infração, considerou que o prejuízo consistia na menos-valia.

À existência de um nexo de causalidade entre o facto danoso e o dano, o tribunal parece juntar uma segunda condição: caráter razoável da medida adotada, no comportamento da vítima posteriormente ao dano.

Quanto ao prejuízo corporal, uma decisão de 25/10/2012 da Cour de Cassation afirma que o autor de um acidente deve reparar todas as suas consequências danosas e que a vítima não tem de limitar o seu prejuízo no interesse do responsável.

Parece resultar daqui o princípio da exclusão da obrigação de diminuir o dano em matéria extracontratual ou pelo menos em matéria de dano corporal.

O art. 1373 do Anteprojeto Catala dispõe que quando a vítima tinha possibilidade, através de meios seguros, razoáveis e proporcionados, de reduzir a dimensão do seu prejuízo ou de evitar a sua agravação, deve-se tomar em conta a sua abstenção através de uma redução de indemnização, salvo se as medidas fossem natureza a atentar contra a sua integridade física. O anteprojeto da reforma do direito dos contratos de 2013 não introduz nenhuma obrigação de minimização do prejuízo.

15. Direito inglês

Nos sistemas anglo saxónicos, a sanção da obrigação de minimizar o dano comporta três consequências principais: primeira, a vítima não pode ser indemnizada do dano que ela podia evitar; em seguida, ela pode pedir uma indemnização dos custos que suportou procurando conter o dano; finalmente o dano evitado não podia fazer parte de uma indemnização.

O dever seria uma "obrigação" de meios, impondo à vítima tomar qualquer medida razoável com o fim de minimizar o seu dano.

Note-se que, quando se pede uma minimização, se estão a pedir unicamente medidas razoáveis. Seria excessivo impor a uma vítima tomar todas as medidas de exercer uma diligência sem falha para obter a minimização do dano.

16. Haverá razão para distinguir entre a redução e a não a gravação do dano?

É delicado distinguir no que releva da evolução normal da situação danosa e o que teria podido ser uma evolução mais favorável se a vítima se tivesse agido num sentido ou noutro.

Note-se que a minimização do dano passa muitas vezes pela tomada de medidas para impedir que este se agrave e vice-versa.

Atendendo a justificação do instituto, a boafé, o levar em conta o interesse do outro, ambos os aspetos são similares.

Levando sempre em conta que se pretendem medidas razoáveis do credor dentro das suas possibilidades e cujo custo deve ser imputado ao devedor.

17. Casos. Cont.

Deixámos indicados alguns casos em que a boa-fé exige que se minimize o dano ou não se deixe este aumentar.

Não pretendemos esgotar o relevo da boa-fé no âmbito deste instituto. Mas há mais categorias de casos, do maior relevo, que merecem referência.

Um grupo de casos, muito importante, é aquele em que o credor exerce o seu direito de exigir o cumprimento, muito depois da data em que o poderia ter feito. Eventualmente, para fazer crescer os juros de mora. Neste caso, os juros de mora não são devidos, pelo menos a partir de certa data. Por outro lado, não são causados pelo incumprimento.

Também têm muito relevo, nesta matéria, os juros de mora cobrados pelo Estado, depois de muitos anos, por vezes dezenas de anos, de processo administrativo ou fiscal parado nos tribunais (do credor-Estado).

Mas este último ponto tratá-lo-emos em texto próximo.

18. Direito Norte-Americano (EUA)

A doutrina do Duty to Mitigate the Loss, tem sua origem nos países que seguem o sistema de common law e desenvolveu-se de forma gradual nas decisões inglesas. Nessa linha, no Direito inglês, a jurisprudência já aparece em 1830, no caso Staniford *vs.* Lyall, onde o juiz considerou, ao decidir, quais medidas foram tomadas pela vítima para moderar seus danos.

Em razão da origem jurisprudencial do instituto na common law e, portanto, do sistema jurídico em comum, a doutrina Duty to Mitigate the Loss, é bastante utilizada pelos tribunais americanos e, neste espaço, essa

doutrina é conhecida como "Avoidable Consequences" ou ainda por "Mitigation of Damages Doctrine". Em breve introdução, esse preceito visa impedir que a parte lesada recupere seus danos em valores superiores, que poderiam ter sido evitados por meio de esforços considerados razoáveis. Neste ponto, considera-se proporcionar e determinar os esforços do credor que seriam considerados razoáveis por um tribunal, associados à autonomia de vontade e boa-fé do credor em agir.

Segundo esclarece Troncoso([44]), o primeiro antecedente jurisprudencial nos Estados Unidos sobre o tema, remonta à 1677, caso em que um vendedor, que viu recusada a entrega da sua mercadoria, deixou os seus cavalos, que a transportavam, expostos a uma tempestade. Segundo o julgado, o problema agravou-se porque os cavalos estavam agitados e em situação penosa junto à carruagem, e acabaram morrendo. Nesse contexto, então, o vendedor, vítima da violação causada por seu comprador (que recusou a mercadoria) solicitou, além dos prejuízos causados pela não execução do contrato de compra e venda, uma indenização pela perda dos seus cavalos. Logo, a Corte Americana competente, indeferiu o pedido de indenização decorrente da perda dos animais, argumentando que o vendedor poderia ter libertado os cavalos da carruagem evitando, assim, a sua exposição à tempestade e a consequente morte deles.

Após este caso, a doutrina "Avoidable Consequences" vem sendo reafirmada no sistema jurídico americano, visando a redução do valor da indenização à vítima negligente. De facto, nos Estados Unidos, o entendimento tem sido amplamente acolhido em áreas como o direito de propriedade e contratual, na avaliação dos danos incidentes em responsabilidade civil.

Em exemplo pertinente, se um inquilino abandona o contrato de locação, o proprietário do imóvel teria de buscar alternativas de forma rápida, como procurar um novo inquilino, alugando novamente sua propriedade. Logo ele teria o dever de mitigar os danos causados pelo inquilino inadimplente. Aqui claramente teria que agir com autonomia de vontade para mitigar os seus danos.

Nas palavras de Goetz e Scott([45]), no Direito norte-americano, o dever de mitigar é um princípio universalmente aceito do direito contra-

---

([44]) Troncoso, María Isabel, *La obligación de tomar medidas razonables para evitar la extensión del daño*, Revista de Derecho Privado, n.º 21, 2011.

([45]) Scott, R. E.; Goetz, C. J., *The Mitigation Principle: Toward a General Theory of Contractual Obligation*. Virginia Law Review, V. 69, Number 6, (1983) 967. Disponível em: <https://scholarship.law.columbia.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1406&context=faculty_scholarship>. Acesso em: 01/07/2023, pp. 988 e 999.

tual, exigindo que cada parte empregue esforços razoáveis para minimizar perdas sempre que eventos intervenientes impeçam o cumprimento dos objetivos contratuais. Entretanto, ressaltam os autores, que existe uma linha tênue na efetivação desse princípio, como a de impedir que o infrator do contrato invoque a falha na mitigação pelo credor como uma defesa para reduzir os danos pelos quais ele é de outra forma responsável.

Logo, em um desenrolar histórico, embora a teoria em estudo seja referida como um "duty to mitigate damages", a doutrina americana, ao longo do tempo, questiona a conveniência da utilização da palavra "dever".

Nesse sentido, Dobbs([46]), ensina que é mais adequado evitar o termo dever dando preferência ao termo "minimize". Igualmente, McCormick([47]), explica que a vítima não deve ser mencionada como tendo um 'dever' de evitar danos, mas sim sob uma 'incapacidade' de recuperar seu dano em caso de uma perda evitável.

Ainda, já compreendia Sedgwick([48]), *in verbis*:

> "Since the result of neglecting the duty falls not on another, but on the person himself in fault, it seems to be one of those selfregarding duties which are outside the domain of the law".

Dessa forma, explica Flynn([49]), que na expressão Duty do Mitigate, a palavra "dever", não deve implicar em um "dever de agir" (enforceable obligation) imposto à vítima (credora), ou seja, um dever de agir que poderia, por exemplo, reverter em indenização em prol do devedor. Para o autor, o termo mais apropriado seria "avoidable consequences rule", que impede que a parte prejudicada "cruze os braços", permitindo que os danos se acumulem após a quebra de um contrato pela parte devedora.

Essencialmente, no Direito norte-americano o fundamento legal do instituto está inserido no Uniform Commercial Code (UCC), que estabelece regras em relação à indemnização pelo não cumprimento de um contrato de compra e venda. De acordo com a section 2715, podemos observar, *in verbis*:

([46]) Dan B. Dobbs, *Handbook on the Law of Remedies*, § 3.7. St. Paul: West Publishing Co., 1973, p. 188.

([47]) Charles T. McCormick, *Handbook on the Law of Damages*. St. Paul: West Publishing Co., 1935, p. 127.

([48]) Arthur G. Sedgwick, *Elements of the Law of Damages*, p. 73 (2d ed. 1909). Disponível em: <https://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1421&context=uclrev>. Acesso em: 03/07/2023.

([49]) Flynn, Stephanie G., *Duty To Mitigate Damages Upon A Tenant's Abandonment. Real Property*. Probate and Trust Journal, Vol. 34, n.er 4, 2000, p. 721-84. JSTOR. Disponível em: <http://www.jstor.org/stable/20782200>. Acesso em: 01/07/2023.

(1) Incidental damages resulting from the seller's breach include expenses reasonably incurred in inspection, receipt, transportation and care and custody of goods rightfully rejected, any commercially reasonable charges, expenses or commissions in connection with effecting cover and any other reasonable expense incident to the delay or other breach.

(2) Consequential damages resulting from the seller's breach include
(*a*) Any loss resulting from general or particular requirements and needs of which the seller at the time of contracting had reason to know and which could not reasonably be prevented by cover or otherwise; and
(*b*) Injury to person or property proximately resulting from any breach of warranty". (grifo nosso)

Em alinhamento, significa que em uma ação de indemnização proposta por um vendedor, em razão do não cumprimento de um contrato pelo comprador, devem ser considerados os atos (ações) que poderiam ter sido tomados pelo vendedor (vítima da violação contratual) para mitigar os seus danos.

Também, fundamental mencionarmos aqui, uma basilar referência jurídica americana, o Restatement (Second) of Contracts § 350 (1981), tratado respeitado e reconhecido especialmente pela jurisprudência e estudiosos do Direito nos Estados Unidos da América e, em tese, de observação e consideração obrigatória pelos juristas e operadores do Direito na área dos contratos e transações comerciais

Assim, importante trazer o disposto no The Restatement (Second) of the Law of Contracts, §350: Avoidability as a Limitation on Damage, *in verbis*:

(1) Except as stated in Subsection (2), damages are not recoverable for loss that the injured party could have avoided without undue risk, burden or humiliation.

(2) The injured party is not precluded from recovery by the rule stated in Subsection (1) to the extent that he has made reasonable but unsuccessful efforts to avoid loss.

Merece destaque, dessa forma, que a regra supracitada, adverte sobre a exclusão do Dever de Mitigar do credor, que deixou de agir para não se expor a riscos, ou não incorrer em ônus ou humilhação indevidos. Da mesma forma, dispõe que poderá a parte lesada recuperar seus danos quando demonstrar que realizou esforços razoáveis, mas que foram infrutíferos, para evitar a perda.

De facto, explicam Scott e Goetz([50]), que a doutrina "avoidable consequences" exige que o mitigador assuma os riscos de sua falha em mini-

---

([50]) Scott, R. E.; Goetz, C. J., *The Mitigation Principle: Toward a General Theory of Contractual Obligation*. Virginia Law Review, V. 69, Number 6, (1983) 967. Disponível em: <https://scholarship.law.columbia.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1406&context=faculty_scholarship>. Acesso em: 01/07/2023, pp. 988 e 999.

mizar as suas perdas. Logo, a doutrina impede a recuperação de perdas que ele não conseguiu evitar "sem motivo justo". Por outro lado, a regra provisiona a total recuperação por perdas incorridas, em tendo ele (o mitigador) realizado quaisquer esforços positivos e razoáveis para tentar minimizar suas perdas.

Interessante ressaltar, que segundo esclarece Kell([51]), existe uma exceção à doutrina "avoidable consequences", que vem sendo há anos assentada pelos tribunais americanos. Explica o autor, que quando o réu e a vítima têm oportunidades iguais de minimizar a perda, a vítima pode recuperar a sua perda total, mesmo que não tenha tomado medidas razoáveis que poderiam ter reduzido o prejuízo.

Podemos ilustrar a exceção mencionada acima, através do caso S. J. Groves & Sons Co. *v.* Warner Co([52]). Nesse caso, de fato, é possível observar a forma como os tribunais aplicaram a exceção à doutrina "avoidable consequences" em estudo.

Em suma, Groves celebrou um contrato de prestação de serviços com a empresa Warner para trabalhar na construção de uma ponte. A empresa Warner concordou em fornecer à Groves concreto pré-misturado para a realização do seu trabalho. Contudo, embora a Warner falhasse consistentemente em fornecer concreto suficiente, Groves continuou a negociar com a Warner ao invés de procurar um fornecedor de concreto diferente que cumprisse o fornecimento do concreto no prazo, ou ainda, poderia o autor da ação comprar concreto adicional de um fornecedor suplementar. Nessa linha de ideias, o tribunal distrital considerou que, após uma certa data, era razoável que Groves não confiasse mais em Warner (sendo irracional continuar a esperar a entrega do concreto no prazo por uma empresa que já estava falhando), e Groves deveria ter procurado obter o concreto que precisava de um fornecedor suplementar, para realizar o seu trabalho na construção da ponte. Logo, concluindo que os danos por atraso acumulados poderiam ter sido evitados, o tribunal de primeira instância negou grande parte da reivindicação pecuniária de Groves.

Após a apelação, o Terceiro Circuito reverteu a decisão, com base, em parte, na igualdade de oportunidades (exceção). Entenderam os jul-

---

([51]) Kell, Michael Bruce, *Defendant' Responsibility to Minimize Plaintiff's Loss: A Curious Loss: A Curious Exception to the Avoidable Consequences Doctrine*. South Carolina Law Review: Vol. 47: 1996, Article 8, p. 392. Disponível em: <https://scholarcommons.sc.edu/sclr/vol47/iss2/8v>. Acesso em: 03/07/2023.

([52]) USA. United States Court of Appeals for the Third Circuit 576 F.2d 524 (3.rd Cir.1978). Case: S. J. Groves & Sons Co. v. Warner Co. Disponível em: <https://www.lexisnexis.com/community/casebrief/p/casebrief-s-j-groves-sons-co-v-warner-co>. Acesso em: 03/07/2023.

gadores, que contratar uma fonte adicional de fornecimento de cimento era uma opção em aberto a Warner, bem como a Groves. Decidiram os juízes que "é igualmente razoável esperar que o réu minimize os danos", e que o réu não está em posição de alegar que o autor não cumpriu o seu dever de mitigar. Logo, o valor da indenização não deve ser reduzido por causa dos danos que o réu também poderia ter evitado, tão facilmente quanto o autor. Dessa forma, o entendimento do tribunal de apelação foi o de que o dever de mitigar danos não é aplicável quando a parte, cujo dever é principalmente o de executar um contrato (cumprir sua parte no contrato), tem oportunidades iguais para evitar as consequências mais danosas.

Por sua vez, um reconhecido caso que reflete a aplicação do dever de mitigar os danos, no direito contratual, pode ser visto na decisão Rockingham County *v.* Luten Bridge Co.([53]).

Neste caso, Rockingham County contratou Luten Bridge Co. para construir uma ponte. Entretanto, o condado votou por não continuar com a construção e informou Luten para interromper a construção da ponte. Porém, no caso julgado, Luten não interrompeu e continuou a referida construção. Na sequência, propôs uma ação pedindo indenização pela quebra de contrato pelo condado. O tribunal considerou que Luten tinha o dever de interromper a construção pois um empreiteiro não poderia continuar trabalhando em um projeto que foi pedido para ser interrompido, e assim, aumentar os seus danos decorrentes da quebra do contrato.

Em conclusão, nos Estados Unidos, observa-se que o dever do credor de mitigar os danos, é um conceito contratual, que visa proteger a parte infratora de responsabilidade injusta. Significa, igualmente, que a parte credora não pode tirar proveito da violação contratual. Na mesma linha, nota-se que este dever impede a recuperação de danos que poderiam ter sido razoavelmente evitados.

([53]) Barak Richman, Jordi Weinstock & Jason Mehta, A Bridge, a Tax Revolt, and the Struggle to Industrialize: The Story and Legacy of Rockingham County v. Luten Bridge Co., 84 N.C. L. Rev. 1841 (2006). Disponível em: <http://scholarship.law.unc.edu/nclr/vol84/iss6/2>.

19. No Brasil

A aplicabilidade do dever do credor de não deixar aumentar o seu prejuízo, instituto também identificado pela expressão em inglês Duty to Mitigate ou Duty to Mitigate the Loss, historicamente observado na common law, vem sendo consagrado igualmente na civil law e pelos Tribunais brasileiros.

Trata-se de temática bastante atual, que associada à boa-fé objetiva, vem apontando discussão jurídica ampliada na jurisprudência e doutrina brasileira, no âmbito do Direito das Obrigações e do Direito dos Contratos, envolvendo diferentes interesses.

Na mesma linha do Direito norte-americano, a teoria do Duty to Mitigate the Loss, requer que o credor tome medidas para minimizar sua perda e, por outro lado, que evite tomar medidas desnecessárias que resultem, em consequência, no aumento de sua perda. Dessa forma, é esperado do requerente (em uma ação indemnizatória por quebra de contrato, por exemplo) que tome medidas razoáveis para evitar o aumento de seu prejuízo. Logo, tem o requerente um "dever de mitigar sua perda".

Dessa forma, também no Direito brasileiro, compreendemos que esse dever será instado, sobretudo, em uma ação de indenização ou recuperação de danos, por descumprimento contratual ou violação de um dever legal, momento em que poderá ser reconhecida, pelo juiz competente, a falha do requerente em mitigar seus danos e, assim, impactar desfavoravelmente o valor de sua indenização. Em alinhamento, ressalta-se, que a boa-fé do credor é associada a este dever, uma vez que se espera que o credor tome medidas necessárias diante da possibilidade do aumento do seu dano.

Para mensurar as medidas que poderiam ser tomadas pelo credor para não aumentar os seus danos, o juiz competente, comumente, se ampara no laudo de avaliação de um perito judicial. Assim, pode o julgador se assegurar com fundamentos objetivos, capazes de embasar a sua decisão em definir "quais medidas razoáveis eram esperadas que o credor tomasse", considerando cada caso que se coloca. Também, pode-se averiguar se, mesmo tomando medidas razoáveis e de boa-fé, as medidas tomadas pelo credor foram ineficazes, e o aumento do seu dano inevitável.

Nesse passo, para uma melhor compreensão do tema em Direito brasileiro, interessante contextualizarmos a teoria Duty to Mitigate the Loss, com o Código Civil brasileiro, bem como sua relação com o princípio da boa-fé nos contratos. Após, a título de exemplificação, traremos em tela, julgados dos tribunais brasileiros que baseiam nossos estudos.

Interessante, de início, realizarmos uma breve análise da associação da boa-fé objetiva à obrigação do credor de minimizar, ou de não deixar aumentar, o seu dano.

O Código Civil Brasileiro de 2002, adotou como princípios fundamentais, e que servem como alicerces e bases para elaboração e alteração de normas cíveis pelo legislador pátrio: a sociabilidade, a eticidade e a operabilidade, conforme muito bem simplifica Miguel Reale([54]). Segundo explica o autor, um dos objetivos do Código Civil foi o de superar o caráter individualista e egoísta da codificação civil anterior.

Nessa linha de ideias, em nossa análise, por ser o mais relevante no tema tratado aqui, destacaremos a eticidade. Neste ponto, esclarece Miguel Reale([55]), que a atual eticidade adotada como princípio fundamental do Direito Civil brasileiro, torna necessária e indeclinável a participação dos valores éticos no ordenamento jurídico.

A eticidade e seu relacionamento com a boa-fé objetiva, é observada no art. 113 na Parte Geral do Código Civil, *in verbis*:

> "Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração".

Ainda, neste mesmo contexto, podemos apontar a boa-fé expressa no art. 187, com o seguinte teor "Comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes".

Por fim, outro exemplo fundamental dessa relação em análise, está no art. 422 do Código Civil brasileiro, que dispõe quase como base fundamental à toda a teoria dos contratos, *in verbis*:

> "Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé".

Em arremate, percebe-se, que a eticidade relaciona-se com a boa-fé por ser um comportamento esperado, e em sua relação com o art. 113 do Código Civil supramencionado, é profundamente conexa aos negócios jurídicos e aos contratos.

Em prosseguimento, sabemos que diariamente as relações humanas são pautadas nos contratos, com vistas a garantir segurança jurídica. Os

---

([54]) Reale, Miguel, A Boa-Fé no Código Civil. Artigo publicado em 16.08.2003. Disponível em: <http://www.miguelreale.com.br/artigos/boafe.htm>. Acesso em: 20/06/2023.

([55]) Reale, Miguel, A Boa-Fé no Código Civil. Artigo publicado em 16.08.2003. Disponível em: <http://www.miguelreale.com.br/artigos/boafe.htm>. Acesso em: 20/06/2023.

contratos são, de facto, alicerces das relações humanas no mundo, seja ele verbal ou escrito. Espera-se, sobretudo, que nessas relações tão importantes, as pessoas se pautem na boa-fé, no agir com o outro de forma correta e lícita. Almeja-se, que as partes procedam em suas relações jurídicas, de forma adequada e digna, valendo-se da autonomia privada.

Em uma terminologia doutrinária, segundo Diniz([56]) o contrato é o acordo de duas ou mais vontades, na conformidade da ordem jurídica, destinado a estabelecer uma regulamentação de interesses entre as partes, com o escopo de adquirir, modificar ou extinguir relações jurídicas de natureza patrimonial.

Acrescente-se, que como parte do Direito das obrigações, o contrato é norteado pelo princípio da autonomia da vontade e, em regra, as partes têm liberdade de criação, de eleger o outro contraente e de fixar o conteúdo desse contrato. Entretanto, a autonomia privada das partes encontra limites impostos pelo princípio da função social do contrato, pelas normas de ordem pública, pelos bons costumes e pela revisão judicial dos contratos.

Indubitavelmente, ao estabelecer relações jurídicas, no uso da autonomia de vontade, espera-se que as partes atuem com boa-fé no cumprimento do contrato, bem como, durante a execução do contrato, em caso de intercorrências.

Em prosseguimento, ao analisar a aplicação ou não, in casu, da teoria Duty to Mitigate the Loss, o Juiz poderá analisar quanto ao ato que poderia ser tomado pelo credor para mitigar a sua perda. Nesse contexto, na análise valorativa das perdas, o princípio da boa-fé poderá ser considerado ao mensurar o tipo de comportamento esperado e desejado do autor da ação de indenização por quebra contratual.

Por conseguinte, neste aspeto, o já citado art. 422 do Código Civil brasileiro estabelece o princípio da boa-fé como cláusula geral do direito das obrigações. Em consonância ao tema proposto, podemos concluir que a obrigação do credor de minimizar ou de não deixar aumentar o dano, em razão de uma violação contratual está relacionada com o dever de agir para mitigar seus danos.

Corroborando com esse raciocínio, Martins Costa([57]) esclarece que a expressão boa-fé indica um modelo de comportamento, um standard valorativo de concretos comportamentos humanos. Esse standard considera

---

([56]) Diniz, Maria Helena, Curso de Direito Civil brasileiro — teoria das obrigações contratuais e extracontratuais. Vol. 3. São Paulo: Saraiva, 2008.

([57]) Martins Costa, Judith, A boa-fé objetiva e o adimplemento das obrigações. Revista Brasileira de Direito Comparado, Rio de Janeiro, n. 25, pp. 229-279, 2.º semestre de 2003.

modelar justamente um agir pautado por certos valores socialmente significativos, tais como a solidariedade, a lealdade a probidade, a cooperação e a consideração aos legítimos interesses alheios".

Em continuidade, ao estabelecer relações jurídicas, através da formalização de um contrato, poderá ocorrer a quebra deste vínculo entre as partes. Dessa forma, essa intercorrência pode gerar responsabilidade civil da parte que causou a rutura contratual. Nesse ponto, a jurisprudência poderá aplicar a doutrina do Duty to Mitigate the Loss, ponderando acerca de uma possível falha de cooperação entre as partes na relação contratual.

No Direito brasileiro, a responsabilidade civil pode ser classificada considerando diferentes perspetivas, e, para o que nos interessa no presente estudo, devemos considerar a classificação em relação ao seu fundamento, que pode ser objetiva e subjetiva.

Nesse sentido, a responsabilização subjetiva se justifica na comprovada existência de culpa ou dolo do agente, enquanto a objetiva advém independentemente da existência de tais elementos. Logo, a responsabilidade objetiva determina que o agente também possa ser impelido à reparação pelos danos sofridos, ainda que não tenha agido com culpa ou dolo. Essas hipóteses decorrem de leis específicas ou de situações em que a própria atividade exercida pelo agente implique em risco para terceiros.

Em alinhamento, explica Diniz que o dever de indemnizar é imposto a certas pessoas independentemente da prática de qualquer ato ilícito, considerando que determinadas atividades humanas criam um risco especial para outrem.

Uma vez sendo apurado o dever de indenizar, surge a obrigação para o credor, de minimizar o dano ou não o deixar aumentar, de tomar todas as medidas necessárias para limitar o dano resultante da inexecução do contrato ou do ato ilícito. O estudo da aplicação da teoria da common law, Duty to Mitigate the Loss, pressupõe uma ação de indenização já em andamento, e na análise do valor devido da indenização, se esse valor, de alguma forma, foi aumentado por inércia do credor.

Passamos, enfim, a um caso fundamental da jurisprudência brasileira.

> O Superior Tribunal de Justiça, corte responsável por uniformizar a interpretação da lei federal em todo o Brasil, reconheceu a aplicabilidade da teoria do Duty to Mitigate the Loss, na decisão que reafirma a necessidade de condutas pautadas pela probidade, cooperação e lealdade.

DIREITO CIVIL

CONTRATOS / BOA-FÉ OBJETIVA / STANDARD ÉTICO-JURÍDICO / OBSERVÂNCIA PELAS PARTES CONTRATANTES / DEVERES ANEXOS / DUTY TO MITIGATE THE LOSS /

DEVER DE MITIGAR O PRÓPRIO PREJUÍZO /
INÉRCIA DO CREDOR / AGRAVAMENTO DO DANO /
INADIMPLEMENTO CONTRATUAL / RECURSO IMPROVIDO

1. Boa-fé objetiva. Standard ético-jurídico. Observância pelos contratantes em todas as fases. Condutas pautadas pela probidade, cooperação e lealdade.

2. Relações obrigacionais. Atuação das partes. Preservação dos direitos dos contratantes na consecução dos fins. Impossibilidade de violação aos preceitos éticos insertos no ordenamento jurídico.

3. Preceito decorrente da boa-fé objetiva. Duty to mitigate the loss: o dever de mitigar o próprio prejuízo. Os contratantes devem tomar as medidas necessárias e possíveis para que o dano não seja agravado. A parte a que a perda aproveita não pode permanecer deliberadamente inerte diante do dano. Agravamento do prejuízo, em razão da inércia do credor. Infringência aos deveres de cooperação e lealdade.

4. Lição da doutrinadora Véra Maria Jacob de Fradera. Descuido com o dever de mitigar o prejuízo sofrido. O fato de ter deixado o devedor na posse do imóvel por quase 7 (sete) anos, sem que este cumprisse com o seu dever contratual (pagamento das prestações relativas ao contrato de compra e venda), evidencia a ausência de zelo com o patrimônio do credor, com o consequente agravamento significativo das perdas, uma vez que a realização mais célere dos atos de defesa possessória diminuiriam a extensão do dano.

5. Violação ao princípio da boa-fé objetiva. Caracterização de inadimplemento contratual a justificar a penalidade imposta pela Corte originária, (exclusão de um ano de ressarcimento).

6. Recurso improvido. (STJ — REsp: 758518 PR 2005/0096775-4, Relator: Ministro Vasco Della Giustina (Desembargador Convocado do TJ/RS). Data de Julgamento: 17/06/2010, T3 — Terceira Turma, data de publicação: REPDJe 01/07/ /2010). (grifo nosso).

Trata-se de recurso especial, onde uma empresa de edificações e empreendimentos imobiliários, recorreu contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Paraná. O acórdão teve como fonte um contrato de promessa de compra e venda, onde a parte credora na relação obrigacional era uma empresa de empreendimentos. Em suma, trata-se de um contrato que o compromissário-comprador pactua com a promitente-vendedora, condições, modo e preço a serem pagos pelo imóvel. Logo, ocorreu a rutura na relação contratual, uma vez que a parte compromissária-compradora não pagou as parcelas referente ao imóvel, havendo descumprimento contratual por parte da compradora e posterior abandono do imóvel. Entretanto, a inércia do credor em cobrar as prestações relativas ao contrato (por quase 7 anos), agravou significativamente o dano, levando a decisão final do Superior Tribunal de Justiça em considerar que houve "ausência de zelo com o patrimônio do credor, com o consequente agravamento significativo

das perdas, uma vez que a realização mais célere dos atos de defesa possessória diminuiriam a extensão do dano".

Em alinhamento ao estudado no presente artigo, percebe-se que no caso julgado, foi empregue o princípio da boa-fé objetiva, aplicado como um princípio orientador para elaboração de normas, e sobretudo como um mandamento comportamental das relações contratuais.

O Superior Tribunal de Justiça brasileiro possui entendimento direcionado em relação ao princípio Duty to Mitigate the Loss que conduz à ideia de dever, fundado na boa-fé objetiva, de mitigação pelo credor de seus próprios prejuízos, buscando, diante do inadimplemento do devedor, adotar medidas razoáveis, considerando as circunstâncias concretas, para diminuir suas perdas. Sob o aspeto do abuso de direito, o credor que se comporta de maneira excessiva e violando deveres anexos aos contratos (VG: lealdade, confiança ou cooperação), agravando, com isso, a situação do devedor, é que deve ser instado a mitigar suas próprias perdas. É claro que não se pode exigir que o credor se prejudique na tentativa de mitigação da perda ou que atue contrariamente à sua atividade empresarial, porquanto aí não haverá razoabilidade".

Nesse contexto, podemos afirmar que no direito jurisprudencial brasileiro, o STJ reconheceu o Duty to Mitigate the Loss, como uma obrigação de mitigar imposta ao credor.

20. Conclusão

Sintetizando a doutrina das consequências evitáveis, propomos a norma geral constante do projeto Catala:

> "Sempre que o lesado teve possibilidade, através de meios seguros, proporcionados e razoáveis de reduzir a dimensão do seu prejuízo ou de evitar a sua agravação, deve tomar-se em conta a sua abstenção através de uma exclusão da indemnização, salvo se as medidas fossem de natureza a atentar contra a sua integridade física".

Referências

Abreu, Coutinho de, *Do abuso de direito*, Almedina, 1983.

Aida-Canac, H., *Mittigation of damage: une porte entrouverte?*, D. 2012

Al-Kaabi, Mohammed Hassan, *Is There a Duty to Mitigate Damages in Civil Law? Should We Introduce Such a Duty? The Case of Qatar.* Global Journal of Comparative Law. 12(2), 197-217. Disponível em: <https://doi.org/10.1163/2211906X-12020004>. Acesso em: 03/07/2023.

Andrade, José Carlos Vieira de, *Os direitos fundamentais na constituição da República portuguesa de 1976*, 3.ª ed., Almedina, 2004.

Antunes, Henrique, *A alteração das circunstâncias no direito europeu dos contratos*, *in* Cadernos de Direito Privado, n.º 47, julho/setembro 2014.

Arnaut, N. e A.J., *Une doctrine de l'état tranquilisante: le solidarisme juridique*, APD, 1976.

Arthur G. Sedgwick, *Elements of the Law of Damages*, p. 73 (2.nd ed., 1909). Disponível em: <https://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1421&context=uclrev> em: 03/07/2023.

Ascenção, José de Oliveira, *Onerosidade excessiva por "alteração das circunstâncias"*, Revista da Ordem dos Advogados, 2005, ano 65, v.III

Branco, Gerson Luiz Carlos, *Os Princípios reguladores da autonomia privada: autonomia da vontade e boa-fé*, Revista Direito e Democracia, Porto Alegre, v. 1, n. 1, pp. 95--112, 1.º semestre de 2000.

Campos, Diogo leite de, *A felicidade somos Nós, pessoa contrato e matrimónio*, 2019, Lisboa, Fundação Lusíada.

____, *O credor e o contrato (Dívida e responsabilidade)*, Revista da Ordem dos Advogados, ano 76, 2016, Lisboa.

Charles T. McCormick, *Handbook on the Law of Damages*, St. Paul: West Publishing Co., 1935, p. 127.

Cordeiro, António Menezes, *Da boa-fé no Direito Civil*, Livraria Almedina, Coimbra, 1997.

____, *Da alteração das circunstâncias-a concretização do artigo 437.º do Código Civil à luz da jurisprudência posterior a 1974*, Estudos em Memória do Professor Doutor Paulo Cunha, 1987.

Costa, Mário Almeida, *Direito das Obrigações*, Almedina, 11.ª ed., 2008.

Dan B. Dobbs, *Handbook on the Law of Remedies § 3.7*, St. Paul: West Publishing Co., 1973, p. 188.

Davis, Ian, *Better Late Than Never: Texas Landlords Owe a Duty to Mitigate Damages When a Tenant Abandons Leased Property*, Tex. Tech L. Rev. 1281, 1282 (1997).

Derains, Y., *L'obligation de minimiser le domage dans la jurisprudence arbitrale*, RDAI, 1987.

Demogue, R., *Traité des obligations en Général*, T. 6, Paris, éd. Rousseau, 1931.

Diniz, Maria Helena, *Curso de Direito Civil brasileiro — teoria das obrigações contratuais e extracontratuais*, Vol. 3, São Paulo: Saraiva, 2008.

____, *Curso de Direito Civil Brasileiro. Responsabilidade Civil*, São Paulo: Saraiva, 2010.

Domat, J., *Les lois civiles dans leur ordre naturel*, Rollin et Fils, 1745.

Flynn, Stephanie *G., Duty To Mitigate Damages Upon A Tenant's Abandonment. Real Property*, Probate and Trust Journal, Vol. 34, n.º 4, 2000, p. 721-84. JSTOR. Disponível em: <http://www.jstor.org/stable/20782200>. Acesso em: 01/07/2023.

Frada, Manuel Carneiro da, *O conceito de dignidade da pessoa humana — um mapa de navegação para o jurista*, Catolica Law Review, 2020, 4(2).

____, *Teoria da confiança e responsabilidade civil*, Almedina, Coimbra, 2007.

Ghestin, M., *La notion de contrat*, Revue Droits, 1990, n.º 12.

Grun, Anselmo, *Caminhos para a liberdade*, Petrópolis,Vozes.

Kell, Michael Bruce, *Defendant's Responsibility to Minimize Plaintiff's Loss: A Curious Loss: A Curious Exception to the Avoidable Consequences Doctrine*. South Carolina Law Review: Vol. 47: 1996, Article 8, p. 392. Disponível em: <https://scholarcommons.sc.edu/sclr/vol47/iss2/8v>. Acesso em: 03/07/2023.

Lequette, Yves, *Bilan des solidarismes contratuels*, *in* Mélanghes Paul Didier, Economica, 2008.

Lima, Fernando Pires de, e Varela, João Antunes, *Código Civil Anotado*, Vol. I, Coimbra Editora, 4.ª ed., 1987.

Lyra Jr, Eduardo Messias Gonçalves de, *Os princípios do Direito contratual*. Revista de Direito Privado. Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, Ano 3, pp. 136-155, outubro-dezembro de 2002.

Martins, Alexandre de Soveral, *Compra e Venda Internacional de Mercadorias: a CISG: primeiros comentários*, Almedina, 2021.

Martins Costa, Judith, *A boa-fé objetiva e o adimplemento das obrigações*, Revista Brasileira de Direito Comparado, Rio de Janeiro, n. 25, pp. 229-279, 2.º semestre de 2003.

Mazeaud, D., Loyauté, *Solidarité, fraternité: la novelle divise contractuelle? In Avenir du Droit*, Mélanges en hommage à François Terré, PUF, 1999.

McCarthy, Nichole, Legal Information Institute (Cornell Law School). NY: Disponível em: <https://www.law.cornell.edu/wex/mitigation_of_damages#:~:text=The%20mitigation%20of%20damages%20doctrine,of%20tort%20and%20contract%20law>. Acesso em: 01/07/2023.

Messner, Franz, *Der Jakobus Brief*, Freiburg, 1964.

Nivert, A., *Nouvelle étape dans ll'avancée de la réforme du droit de la responsabilité civile: Jeu des sept différences entre le pprojet de loi du 13 mars 2017 et la proposition de loi du 29 Juillet 2020*, *in* Doctrin'Actu, 2020.

Pinto, Carlos Mota, *Teoria Geral do Direito Civil*, Coimbra, Almedina.

Prata, Ana, *A tutela constitucional da autonomia privada*, Coimbra: Almedina, 1982, pp. 75-77.

Proença, José Brandão, *Comentário ao Código Civil*, Universidade Católica portuguesa, 2018, nota ao artigo 570 do Código Civil.

Reale, Miguel; *A Boa-Fé no Código Civil*. Artigo publicado em 16.08.2003. Disponível em: <http://www.miguelreale.com.br/artigos/boafe.htm>. Acesso em: 20/06/2023.

Reallexikon fur Antike und Christentum, V, Epiktet, Stuttgart, 1962.

Rémy, Ph., *Droit des contrats: questions, Positions, propositions*, *in* Le Droit contemporin des contrats, Economica, 1987.

Santos Júnior, Clodoaldo Moreira dos; Costa, Tiago Magalhães. *Da teoria do duty to mitigate e a sua repercussão nos tribunais*. Migalhas. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/359534/da-teoria-do-duty-to-mitigate-e-a-sua-repercussao-nos-//tribunais>. Acesso em: 07/07/2023.

Serra, A. Vaz, RLJ., 110º.

Scott, R. E.; Goetz, C. J., *The Mitigation Principle: Toward a General Theory of Contractual Obligation*. Virginia Law Review, V. 69, Number 6, (1983) 967. Disponível em: <https://scholarship.law.columbia.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1406&context=faculty_scholarship>. Acesso em: 01/07/2023, pp. 988 e 999.

Troncoso, María Isabel, *La obligación de tomar medidas razonables para evitar la extensión del daño*, Revista de Derecho Privado, n.º 21, 2011.

Tunc, A., *Les recentes développements des droits anglais et américains sur la causalité entre la faute et le dommage dont on doit réparation*, RIDC.

USA, The American Law Institute, *Contracts II — The Restatement Second of Contracts § 350 — Avoidability as a Limitation on Damage*. Disponível em: <https://www.law.nyu.edu/sites/default/files/ECM_PRO_063763.pdf>. Acesso em: 07/06/2023.

USA, *United States Court of Appeals for the Third Circuit 576 F.2d 524 (3rd Cir.1978). Case: S. J. Groves & Sons Co. v. Warner Co*. Disponível em: <https://www.lexisnexis.com/community/casebrief/p/casebrief-s-j-groves-sons-co-v-warner-co>. Acesso em: 03/07/2023.

Weber, Max, *Économie et société*, Tome I, Paris, Plon, 1971.

NOVAS RELEXÕES SOBRE O CONTRATO INTERNACIONAL DE EMPREENDIMENTO COMUM *(JOINT VENTURE)*(*)

Pelo Professor Doutor Luís de Lima Pinheiro(**)

Sumário:

Introdução. I. O conceito e tipologia dos contratos de empreendimento comum. **II.** Âmbito do estudo. **III.** Conformação dos contratos de empreendimento comum pelos sistemas estaduais. **IV.** A determinação do Direito aplicável ao contrato de empreendimento comum. *A*) Aspetos gerais. *B*) Regulação pelo Direito Internacional Público. *C*) Regulação pelo Direito da União Europeia. *D*) Regulação pelo Direito autónomo do comércio internacional. *E*) Regulação pela ordem jurídica estadual. **V.** Considerações finais.

Introdução

O desenvolvimento de relações de cooperação entre empresas é um dos traços mais marcantes da atual vida económica. A todo o momento se ouve falar de *joint ventures*, consórcios, agrupamentos de empresas, acordos de cooperação e alianças estratégicas. De entre a multiplicidade de manifestações da cooperação interempresarial, desde logo ocorrem certos exemplos paradigmáticos, que permitem uma primeira aproximação a este fenómeno e às suas diversas facetas.

(*) O presente trabalho foi elaborado com vista aos *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor José Duarte Nogueira*.

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

Praticamente todas as grandes *empreitadas de obras públicas* são realizadas por uma pluralidade de empresas que se agrupam para o efeito. Na maioria dos casos, estes grupos incluem empresas que relevam de países diferentes. É assim frequente que sociedades sediadas e estabelecidas em países estrangeiros se associem com sociedades portuguesas para concorrerem e, em caso de adjudicação, executarem, uma empreitada de obras públicas em Portugal. Segundo o art. 54.º/4 do Código dos Contratos Públicos, "Em caso de adjudicação, todos os membros do agrupamento concorrente, e apenas estes, devem associar-se, antes da celebração do contrato, na modalidade jurídica prevista no programa do procedimento". A modalidade jurídica prevista no programa do procedimento é frequentemente a de consórcio externo.

As empresas agrupam-se igualmente para concorrerem e executarem importantes *contratos de concessão*. Sirva de exemplo a concessão de obra pública e de exploração e manutenção da nova travessia rodoviária sobre o Tejo, que foi atribuída a um consórcio internacional. Nos termos do regime legal aplicável e do contrato de concessão, deve constituir-se uma sociedade concessionária, com sede em Portugal, controlada pelo "agrupamento" vencedor do concurso, com a qual é celebrado o contrato de concessão, um agrupamento complementar de empresas para o desenvolvimento das atividades de projeto e construção da nova travessia e uma sociedade "operadora", que desenvolverá as atividades de operação das travessias e de manutenção do empreendimento concessionado.

Os projetos de *desenvolvimento de um novo produto* envolvendo avultados investimentos têm sido na grande maioria dos casos levados a cabo por duas ou mais empresas. Refira-se, como exemplos, o desenvolvimento em conjunto da aeronave *Concorde* pela sociedade francesa *Sud Aviation* e pela sociedade inglesa *British Aircraft Company* e o estabelecimento em Portugal de uma empresa comum, a Autoeuropa, tendo por objeto o desenvolvimento e produção de um veículo para fins múltiplos, pela *Ford da Europa*, filial da sociedade dos EUA *Ford Motor Company*, e pela sociedade alemã *Volkswagen AG* (a Ford saiu posteriormente desta empresa que é hoje detida exclusivamente pela *Volkswagen*).

Também os *grandes financiamentos* são normalmente assegurados por consórcios bancários. Pense-se no consórcio bancário formado por uma instituição financeira portuguesa e uma instituição financeira relevando do Direito de outro Estado da União Europeia, para financiar um grande projeto industrial a ser realizado num país africano de língua oficial portuguesa e em que o contrato de consórcio estabelece qual a quota do

financiamento que cada uma deve conceder e prevê mecanismos de assunção em comum dos riscos da operação.

Enfim, e sem qualquer pretensão de exaustividade, refira-se o agrupamento de empresas na *atividade de prospeção, pesquisa, desenvolvimento e exploração de petróleo*, em que frequentemente se associam empresas transnacionais com parceiros locais.

O paradigma dos *contratos de cooperação económica* é o contrato de sociedade. Outros contratos nominados de cooperação económica são, designadamente, no Direito português, o contrato de consórcio, o contrato institutivo de um Agrupamento Complementar de Empresas e, a nível europeu, o contrato institutivo do Agrupamento Europeu de Interesse Económico.

Dediquei a minha tese de doutoramento, concluída em 1996, ao tema do contrato de empreendimento comum *em Direito Internacional Privado*([1]). Tanto quanto tenho conhecimento, foi o primeiro estudo de grande fôlego sobre o tema no mundo. Em todo o caso, creio que para além do estudo aprofundado do tema, a principal inovação da minha tese foi a chamada de atenção para a pluralidade de planos de regulação desta modalidade contratual, relevante também para a teoria geral do Direito Internacionl Privado.

Passados mais de 25 anos, verificaram-se naturalmente novos desenvolvimentos, que justificam novas reflexões que, sem pretenderem ser exaustivas nem porem em causa o quadro conceptual e metodológico da investigação concluía em 1996, incidem principalmente sobre a regulação do contrato internacional de empreendimento comum pelo Direito autónomo do comércio internacional e pela ordem jurídica estadual. Em todo o caso, parece-me útil incluir uma síntese, que inclui algumas breves notas de atualização, sobre o conceito e tipologia desta modalidade contratual, sobre a sua conformação por sistemas nacionais selecionados e sobre a sua regulação pelo Direito Internacional Público e pelo Direito da União Europeia.

([1]) Luís de Lima Pinheiro, *Contrato de Empreendimento Comum (Joint Venture) em Direito Internacional Privado* (1998), Almedina, Coimbra, 2003. Ver ainda, numa perspetiva de Direito material, "Breves considerações sobre a responsabilidade dos consorciados perante terceiros", *in Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Raúl Ventura*, Vol. II, 165-179, Coimbra, 2003.

I. O Conceito e tipologia dos contratos de empreendimento comum

Os *contratos de cooperação internacional de empresas são contratos de cooperação económica* que nuns casos serão reconduzíveis a um tipo legal contido na ordem jurídica aplicável e, noutros casos, serão legalmente atípicos perante esta ordem jurídica. Por acréscimo, basta uma observação superficial para verificar que há grandes divergências entre os sistemas jurídicos nacionais quanto à tipificação dos contratos de cooperação económica e à conformação de tipos específicos da cooperação interempresarial. Por estas razões, não é possível, *a priori*, identificar o objeto deste estudo por referência a um determinado tipo legal de contrato ou a um elenco de tipos legais de contrato.

Por outro lado, é problemática a existência de um tipo do tráfico negocial a que se possam reconduzir todos ou, pelo menos, a maioria dos contratos de cooperação de empresas.

A própria caracterização da função económica dos contratos de cooperação de empresas, que deverá estar subjacente a qualquer processo de tipificação destes contratos, se encontrava, no essencial, por realizar. Assim, na minha tese de doutoramento senti a necessidade de realizar todo um percurso para identificar, delimitar e sistematizar a realidade que me propunha estudar.

Este percurso levou-me a um conceito científico autónomo contrato de *joint venture*, ou empreendimento comum, que inclui três notas características:

— contrato celebrado entre entes empresariais jurídica e economicamente independentes entre si;

— para a realização de um empreendimento comum;

— mediante uma concertação das atividades das suas empresas ou a exploração de uma empresa comum complementar.

Atente-se melhor na nota "empreendimento comum". Um empreendimento comum é uma operação económica concreta ou uma atividade económica exercida com certa permanência suscetível de gerar um resultado económico que, em princípio, beneficia todos os participantes. O empreendimento comum não consiste necessariamente numa atividade realizada por uma *organização comum*. Em certas hipóteses, as empresas participantes podem cooperar na realização do empreendimento estabele-

cendo entre si uma mera relação obrigacional. Noutras hipóteses, a organização comum pode ser uma mera estrutura complementar, de coordenação das atividades empresariais individuais. Empreendimento comum não implica, portanto, *empresa comum* na aceção de unidade de ação económica organizada.

Por conseguinte, deve pois evitar-se a confusão gerada pela inadvertida tradução da expressão "*Joint Venture*" por "empresa comum" [*entreprise commune*, *Gemeinschaftsunternehmen*], associada à ambiguidade da palavra "empresa". Optei, por conseguinte, pela tradução de contrato de *Joint Venture* proposta por Almeida Costa: contrato de empreendimento comum.

Em certos sistemas, que adotam um conceito amplo de sociedade, os contratos de empreendimento comum estão, *em princípio*, sujeitos ao regime do contrato de sociedade. É o que se verifica nos sistemas do *Common Law* e no Direito alemão. Outros sistemas adotam um conceito restritivo de sociedade que exige o exercício em comum de uma atividade económica com fim lucrativo. Este conceito exclui a maior parte dos contratos de empreendimento comum, o que conduziu alguns destes sistemas a adotarem tipos específicos de cooperação interempresarial, tais como o *consórcio* e o *agrupamento complementar de empresas* no sistema português. É ainda de referir, ao nível europeu, o *Agrupamento Europeu de Interesse Económico*.

Os contratos de empreendimento comum assumem conformações muito variadas. Estas conformações relacionam-se com diferentes tipos de cooperação interempresarial, designadamente:

— a *cooperação meramente obrigacional*, em que o contrato de empreendimento comum não dá origem a qualquer organização comum;

— a *empresa comum central*, em que se forma uma empresa comum que constitui o polo organizativo da cooperação e dispõe de meios próprios para a sua concretização;

— a *associação consorcial simples*, em que se forma apenas uma organização de coordenação das atividades das empresas participantes na realização do projeto de cooperação;

— enfim, a *associação consorcial com empresa comum*, caracterizada pela conjugação de uma organização de coordenação com uma empresa comum.

A multiplicidade de conformações assumidas pelos contratos de empreendimento comum não obsta ao desenvolvimento de tipos do tráfico

negocial internacional em determinados setores de atividade económica e, porventura, dentro de certas regiões. Para o desenvolvimento destes tipos negociais e para a sua individualização no tráfico jurídico contribuem os guias da elaboração de contratos de cooperação e os modelos contratuais elaborados por peritos provenientes dos setores em causa sob a égide de agências de organizações intergovernamentais ou de organizações não-governamentais.

No âmbito europeu, são de salientar o *Model form of consortium agreement* (2015) e o *Short guide to the creation of a Joint Venture* (2004) elaborados pela ORGALIM([2]).

Um traço de regular verificação consiste na existência de um *esquema negocial* com certas características. À semelhança do que se verifica com outros contratos que no comércio internacional envolvem um processo negocial complexo e moroso, é frequente que o acordo definitivo seja precedido de cartas de intenções e de negócios preparatórios([3]).

Mas o que há de verdadeiramente característico neste esquema negocial é a *união de um contrato-base com uma pluralidade de acordos complementares ou de execução*([4]). Com efeito, é normal que as partes, quando alcançam um consenso sobre os pontos fundamentais da sua cooperação, celebrem um negócio jurídico, assiduamente designado *acordo de base* [*Heads of Agreement*, *accord de base*, *Grundvereinbarung*] ou *acordo de empreendimento comum* [*joint venture agreement*]([5]) Este

---

([2]) Federação europeia que representa os interesses das indústrias metalo-mecânica, elétrica e eletrónica.

([3]) Ver Mari/Simonetti, "Agreements to agree, agreements to negotiate ed obbligo precontrattuale di buona fede nel diritto inglese e nel diritto nord-americano", *Diritto del commercio internazionale* 6.2 (1992) 601-62, 601, ss., e bibliografia aí cit.; Ugo Draetta, *Il diritto dei contratti internazionali. La cooperazione tra imprese*, Pádua, 1985, 132, ss.

([4]) Cf. Konrad Zweigert e Bernd von Hoffmann, "Zur internationalen Joint Venture", *in Fest. Martin Luther*, 203-212, 1976; Erich Schanze, *Investitionsverträge im internationalen Wirtschaftsrecht*, Francoforte-sobre-o-Meno, 1986, 55, ss.; Claude Reymond, "Le Contrat de 'Joint Venture'", *in Innominatverträge*, *Fest. Walter Schluep*, 383-396, Zurique, 1988, 383-385 e 390-393, não excluindo que se possa tratar de um único "grande contrato" [392]; Edgar Herzfeld, *Joint Ventures*, 2.ª ed., Bristol, 1989, 61, ss.; Michel Dubisson, *Les accords de coopération dans le commerce international*, Paris, 1989, 20, ss.; Pedro Pais de Vasconcelos, *Contratos Atípicos*, Coimbra, 1995, 221.

([5]) Cf. Yvon Loussouarn, "Filial comun y derecho internacional", *in Libro Homenaje Joaquín Sánchez-Covisa*, 175-215, 1975, 178; Carsten Ebenroth, "Das Verhältnis zwischen joint venture-Vertrag, Gesellschaftssatzung und Investitionsvertrag", *JZ* (1987) 265-271, 266; Luiz Olavo Baptista e Pascal Durand-Barthez, *Les associations d'entreprises (Joint Ventures) dans le commerce international*, 2.ª ed., Paris, 1991, 59, ss.; Fabio Bortolotti e Renzo Morresi, "Joint ventures", *in Noviss. Dig. it.*, Apêndice, Vol. IV, Turim, 1983, n.º 5; Klaus Langefeld-Wirth (org.), *Joint Ventures im internationalen Wirtschaftsverkehr. Pratiken und Vertragstechniken internationaler Gemeinschaftsunternehmen*, 1990, 125, ss.; Clive Schmitthoff, *The Law and Practice of International Trade*, 9.ª ed., Londres, 1990,

acordo constitui a matriz da relação global de cooperação. Neste acordo são enunciados os fins e o objeto da cooperação, definidos os principais direitos e obrigações das partes — com respeito às contribuições e aos resultados — os modos de coordenação e formas de organização da cooperação, o Direito aplicável e os modos de resolução dos litígios.

Tratando-se de cooperação organizada, este acordo contém, por forma mais ou menos explícita e pormenorizada, um *estatuto da associação de empresas*, que subsiste à constituição de uma filial comum, salvo quando esta centralizar económica e organizativamente a cooperação.

Entre os acordos complementares, são particularmente frequentes os que dizem respeito à licença de direitos de propriedade intelectual e à transmissão de saber-fazer; os contratos que asseguram o financiamento da empresa comum através de empréstimos efetuados ou garantidos pelas partes; os contratos de gestão técnica e comercial por que uma das partes assume responsabilidades específicas na administração da filial comum; os contratos de fornecimento e de distribuição; os contratos de venda, aluguer ou locação financeira de equipamento; os contratos de venda de matérias-primas; os negócios constitutivos de filiais comuns; os acordos parassociais.

A maioria dos contratos de cooperação interempresarial institui diretamente uma *organização de coordenação* das atividades que as empresas participantes devem desenvolver para a realização do projeto comum.

Como já assinalei, parece inegável que a multiplicidade de conformações dos contratos de cooperação interempresarial não obstou ao desenvolvimento de *tipos do tráfico negocial internacional*, em determinados setores de atividade económica e, porventura, dentro de certas regiões. No entanto, em contraste com estas tendências para o desenvolvimento de tipos do tráfico negocial, há áreas da cooperação de empresas que tendem a escapar a qualquer forma de tipificação "social". É o que se verifica, por um lado, com as *alianças estratégicas* que abrangem grandes áreas de negócios ou, quiçá, o conjunto das atividades das empresas participantes.

É, por outra parte, o domínio da *cooperação centralizada em empresas comuns* que satisfazem necessidades dos processos produtivos das empresas participantes, que se organiza fundamentalmente nos quadros dos tipos societários, cooperativos ou de outras formas específicas de associação de empresas legalmente previstas.

339; Berthold Goldman, "La dissolution d'une joint venture et l'arbitrage commercial international. Rapport Introductif", *Inst. Int. Bus. L. Pract.* 28-41 (1993) 30; Otto Sandrock, "Termination of joint ventures: problems of conflict of laws", *Inst. Int. Bus. L. Pract.*: 44-62 (1993) 47; Ralph Folsom e Michael Gordon, *International Business Transactions*, 2 Vols., St. Paul, Minn, 1995, 67, ss.

II. Âmbito do estudo

A cooperação internacional de empresas suscita problemas de regulação jurídica de vária ordem. Só uma parte destes problemas se encontra no âmbito do *Direito Internacional Privado* e do *Direito Comercial Internacional*.

Além dos problemas que tradicionalmente dizem respeito à regulação do contrato pelo Direito privado, as relações de cooperação de empresas também desencadeiam a atuação de diversos complexos normativos de Direito público ou que se encontram numa zona de transição entre o Direito público e o Direito privado. Os "acordos de cooperação de empresas" e as "empresas comuns" têm despertado grande interesse na ótica do Direito da Economia, mormente no que toca ao Direito da Concorrência e ao regime do investimento estrangeiro. Não é esta a ótica em que o contrato de empreendimento comum será considerado no presente estudo.

Há também aspetos jurídico-privados das relações de cooperação internacional de empresas que o presente trabalho se não propõe abranger. É o que se verifica com os aspetos relativos ao *estatuto das pessoas coletivas ou entes análogos* que sejam instituídos no implemento da cooperação, designadamente os que digam respeito às *filiais comuns* que porventura venham a ser constituídas. É também o caso dos problemas atinentes à dita *representação orgânica ou à representação voluntária* que se suscitem no quadro destas relações ou em conexão com elas.

Dada a complexidade do tema e a multiplicidade dos aspetos jurídicos envolvidos, a prudência aconselha a que o estudo se centre nos problemas mais gerais da *determinação do Direito aplicável ao contrato de empreendimento comum*, e que os aspetos relativos ao *estatuto das pessoas coletivas ou entes análogos* só sejam tocados lateralmente, tendo principalmente em vista a delimitação do estatuto contratual e a sua conjugação com o estatuto institucional.

Assim, não desenvolverei a matéria da determinação do *estatuto pessoal das sociedades* nem do *Direito Internacional Privado dos grupos de sociedades* que, naturalmente, pode ter relevância, designadamente para as relações entre as sociedades que celebram contratos de empreendimento comum e as filiais comuns que se constituam no seu implemento. Também não examinarei as *normas de Direito material especial privado aplicáveis às sociedades estrangeiras ou de estatuto pessoal estrangeiro*. Destas normas resulta frequentemente que as sociedades que desejam realizar um empreendimento comum num Estado diferente daquele em que se constituíram ou onde está sediada a sua administração têm de cumprir certas for-

malidades no Estado local. O mesmo pode verificar-se quando uma filial comum deva realizar o empreendimento num país diferente daquele em que se constituiu ou está sediada a sua administração (por exemplo, o art. 4.º/1 C. Soc. Com.).

III. Conformação dos contratos de empreendimento comum pelos sistemas estaduais

Nos sistemas considerados, o contrato de sociedade surge-nos como o paradigma dos contratos de cooperação económica. O contrato de sociedade é objeto de regulação sistemática quer nas grandes codificações de Direito Privado realizadas nas ordens jurídicas da família romano-germânica quer nos países de *Common Law*, onde o contrato de sociedade de base personalística [*partnership*] se encontra, há muito, legalmente tipificado.

O CC alemão veio definir, no seu art. 705.º, o conteúdo do contrato de sociedade em torno a esta ideia de "fim comum".

> "Pelo contrato de sociedade os sócios obrigam-se reciprocamente a promover a realização de um fim comum pelo modo determinado no contrato, em especial a prestar as contribuições estipuladas"(6).

Trata-se de um conceito amplíssimo de sociedade, uma vez que o objeto do contrato não é limitado à colaboração na realização de uma atividade económica em comum ou por forma concertada nem o fim comum constitui necessariamente numa finalidade económica interessada. Este conceito de sociedade também dispensa qualquer elemento organizativo(7).

Tenha-se em atenção, no entanto, que as disposições societárias do CC alemão só se aplicam diretamente às *Gesellschaften des bürgerlichen Rechts* (*BGB-Gesellschaften*) (sociedades regidas pelo Código Civil) e, por remissão legal, subsidiariamente, a algumas sociedades comerciais — as *offene Gesellshaften* (OHG) (sociedades em nome coletivo) e as *Kom-*

---

(6) "Durch den Gesellschaftsvertrag verpflichten sich die Gesellschafter gegenseitig, die Erreichung eines gemeinsamen Zweckes in der durch den Vertrag bestimmten Weise zu fördern, insbesondere die vereinbarten Beiträge zu leisten".

(7) Cf. *MünchKomm, BGB* /Schäfer [2020: Vor Art. 705 n.º 9].

manditgesellschaften (KG) (sociedades em comandita simples) (cf. § 105 (3) e § 161 (2) do *Handelsgesetzbuch*). Em todo o caso, a possibilidade de a sociedade prosseguir qualquer fim legalmente permitido também é admitida em relação às *Gesellschaften mit beschränkter Haftung* (sociedades de pessoas com responsabilidade limitada) (§ 1 GmbHG).

No polo oposto, o conceito mais restritivo introduz duas notas qualificativas adicionais: a prossecução de um fim lucrativo e o exercício em comum de uma atividade económica([8]), frequentemente associado à exploração de uma empresa. A noção que consta do art. 980.º CC port. ilustra este conceito restritivo: duas ou mais pessoas obrigam-se a contribuir com bens ou serviços para o exercício em comum de certa atividade económica, que não seja de mera fruição, a fim de *repartirem* os lucros resultantes dessa atividade.

A noção que consta do art. 980.º CC também é, em princípio, relevante para as sociedades comerciais (art. 2.º C. Soc. Com.). Embora o ponto seja controverso, é de entender que a noção do art. 980.º continua a ser útil como ponto de partida para a construção do tipo "sociedade comercial"([9]). Os casos em que não se verificam todas as notas típicas que constam dessa noção podem ser considerados desvios ao tipo normal de sociedade comercial([10]).

Num passado relativamente recente, seria possível agrupar os ordenamentos considerados em dois grupos, colocando de um lado, como seguidores de um conceito amplo de sociedade, o Direito alemão e os sistemas de *Common Law,* e, do outro, os Direitos francês, italiano e português. A evolução verificada em França e Itália conduziu estes ordenamentos a uma posição intermédia, que talvez não se afaste muito, em resultado, da dos sistemas de *Common Law*.

Com efeito, é a seguinte a redação atual do art. 1832.º do CC francês([11]):

([8]) Na jurisprudência ver, por ex., STJ 22/2/84 [*BMJ* 334: 477].

([9]) Neste sentido, Catarina Serra, "A aplicação do artigo 980.º do Código Civil às sociedades comerciais", *in Liber Amicorum Pedro Pais de Vasconcelos. Revista de Direito Comercial*, 2023, 561, ss. acessível em <https://www.revistadedireitocomercial.com/a-aplicacao-do-artigo-980-do-codigo-civil-as-sociedades-comerciais>.

([10]) Em sentido parcialmente diferente, Menezes Cordeiro/Barreto Menezes Cordeiro, "Art. 2.º", *in Código das Sociedades Comerciais Anotado*, org. por António Menezes Cordeiro, 5.ª ed., Coimbra, 2022, n.º 8, entendendo que a noção do art. 980.º CC só vale para as sociedades de pessoas. Ver ainda António Menezes Cordeiro, *Direito das Sociedades,* Vol. I, 5.ª ed., com a colaboração de A. Barreto Menezes Cordeiro, Coimbra, 2022, n.os 98, ss.

([11]) A redação atual foi dada pela L n.º 85-697, de 11/7.

"La société est instituée par deux ou plusieurs personnes qui conviennent par un contrat d'affecter à une entreprise commune des biens ou leur industrie en vue de partager le bénéfice *ou de profiter de l'économie qui pourra en résulter*" (s.n.).

Continua a exigir-se a exploração de uma empresa comum, mas, a partir da reforma de 1978([12]), passou a dispensar-se a realização, no património da sociedade, de um lucro suscetível de distribuição, uma vez que se admite outras formas de aproveitamento económico dos resultados da atividade comum([13]). É suficiente que o contrato tenha por fim a obtenção de vantagens que se produzem diretamente no património dos sócios.

O alcance da evolução do Direito italiano não é tão inequívoco. A par da configuração das cooperativas como sociedades em princípio mutualistas, a lei estabeleceu para as sociedades com participação pública um critério de eficiência e racionalidade económica([14]), e, além de outra legislação avulsa ter admitido sociedades sem fim lucrativo, verifica-se que, segundo um entendimento, as sociedades consorciais não prosseguem necessariamente um escopo lucrativo([15]). Enquanto uns consideram estar-se perante aplicações anormais e contrárias ao sistema, outros admitem uma evolução do conceito de sociedade([16]).

A possibilidade de a sociedade ter por objeto uma atividade exercida em termos não empresariais continua a ser muito discutida([17]).

O Direito português permanece, neste universo, como o mais restritivo([18]).

Nos sistemas que adotam um conceito restritivo, as exigências formuladas com respeito ao caráter comum da atividade e ao fim lucrativo

---

([12]) L n.º 78-9, de 4/1.

([13]) Ver Joseph Hamel, Gaston Lagarde e Alfred Jauffret, *Droit commercial,* 2.ª ed., Paris, 1980, Vol. II, 45, ss.; Dominique Legeais, *Droit commercial et des affaires*, 26.ª ed., Paris, 2020, n.º 359.

([14]) Cf. arts. 1.º/2 e 4.º do Decreto Legislativo n. 175/2016 aggiornato alla Legge n. 197/2022.

([15]) Ver Vincenzo Donativi, *Trattato delle società*, Tomo 1, Milão, 2022, 86, ss., 99, ss.

([16]) Ver Francesco Galgano, "Società (dir. priv.)", *in Enc. dir.*, Vol. XLII. 1990; Franco di Sabato, *Manuale delle società*, 3.ª ed., Turim, 1990, 30, ss., e Pier Giusto Jaeger e Francesco Denozza, *Appunti di diritto commerciale*, Vol. I, *Impresa e società*, 2.ª ed., Milão, 1992, 108, ss.

([17]) A doutrina preponderante entende que toda a sociedade é necessariamente titular de uma empresa apesar de em sentido contrário se pronunciar boa parte da doutrina — ver Giuseppe Ferri — *Le società, in Trattato di diritto civile*, org. por Vassali, Vol. X, T. III, Turim, 1971, 32; Galgano (n. 16) n.º 6]; di Sabato (n. 16) 10, ss., que assinala que a coincidência entre sociedade e empresa é normal mas não essencial; no mesmo sentido Jaeger/Denozza (n. 16) 109, que chama a atenção para as sociedades de profissionais independentes que não podem ser considerados empresários. Ver ainda Donativi (n. 15) 68, ss.

([18]) Para uma aparente exceção, ver DL n.º 336/89, de 4/10 (sociedade de agricultura em grupo) [SAG], que admite sociedades que, segundo parece, poderão não ter por fim a produção de lucros suscetíveis de distribuição e cujo objeto poderá ser meramente complementar.

levarão a *excluir a qualificação societária com respeito à grande maioria dos contratos de empreendimento comum*. O Direito português é a este respeito paradigmático([19]).

Assim, à face do Direito português, não há qualquer tipo societário que se ajuste à constituição e exploração de uma empresa comum que se destine a satisfazer diretamente necessidades das empresas-mães — por exemplo, assegurando a exportação das mercadorias produzidas pelas empresas-mães — embora haja notícia de sociedades que se constituíram e funcionaram durante algum tempo sem que tivessem por escopo a realização e partilha de lucros([20]).

A constituição de sociedade tendo por objeto a realização de um empreendimento comum *por forma concertada* suscita acrescidas dificuldades, uma vez que se exige o *exercício em comum* da atividade.

Para solucionar estes diversos problemas, os sistemas que adotam um conceito menos amplo de sociedade têm vindo a consagrar legalmente *tipos de cooperação de empresas* distintos dos tipos societários, o que tendencialmente não se verifica nos ordenamentos do primeiro grupo.

No Direito português, é o caso do *Agrupamento Complementar de Empresas* (doravante ACE) e do contrato de consórcio.

Na esteira do modelo francês, o ACE tem por fim principal melhorar as condições de exercício ou de resultado das atividades económicas das pessoas que nele se agrupem (Base I/1 da L n.º 4/73)([21]); a realização e partilha de lucros só pode constituir um fim acessório, cuja prossecução carece de autorização expressa no contrato constitutivo (Base II/1 da L n.º 4/73 e art. 1º DL n.º 430/73)([22]). Como exemplos de objeto do ACE, são referidas as atividades de investigação de natureza técnica ou econó-

---

([19]) A posição diversa defendida por António Ferrer Correia, *Lições de Direito Comercial*, Vol. II, Coimbra, 1968, 9 e 15, ss., com respeito às associações de empresas que não prosseguem fim lucrativo direto, não parece compatível com as opções legislativas entretanto exercidas relativamente ao enquadramento não societário dos Agrupamentos Complementares de Empresas e das cooperativas.

([20]) Ver José Pinto Ribeiro e Rui Pinto Duarte, *Dos agrupamentos complementares de empresas*, Lisboa, 1980, 34, ss. Mas o Direito das Sociedades já não coloca impedimento a que se institua uma filial comum que atue, por exemplo, como central de compras ou como central de vendas, ou que produza outras mercadorias ou serviços destinados exclusivamente às empresas-mães, desde que prossiga uma finalidade lucrativa própria, o que se há-de exprimir no pagamento das mercadorias fornecidas ou dos serviços prestados a preços de mercado.

([21]) Segundo José de Oliveira Ascensão, *Direito Comercial*, Vol. I — *Parte Geral* (Lições proferidas no ano letivo 1986/1987), Lisboa, 1988, 322, a função do ACE pode ser "genericamente caracterizada como a de proporcionar maior racionalidade económica ao conjunto, mas por forma diametralmente oposta à da fusão; pois o centro de gravidade continua a residir em cada empresa".

([22]) Cp. a crítica formulada por Raúl Ventura, "Primeiras notas sobre o contrato de consórcio", *ROA* 41 (1981) 609-690, 626, ss.

mica, a aquisição e utilização em comum de maquinaria, a publicidade e comercialização dos produtos([23]).

O *contrato de consórcio* encontra-se regulado no DL n.º 231/81, de 28/7, sem prejuízo de algumas normas especiais posteriormente adotadas. Segundo o art. 1.º deste diploma, "Consórcio é o contrato pelo qual duas ou mais pessoas, singulares ou coletivas, que exercem uma atividade económica, se obrigam entre si a, de forma concertada, realizar certa atividade ou efetuar certa contribuição com o fim de prosseguir qualquer dos objetos referidos no artigo seguinte".

Tem-se em vista relações entre empresários([24]). Poderão consorciar-se empresas individuais ou coletivas, como expressamente decorre da lei([25]).

Geralmente, procura-se distinguir o consórcio da sociedade pelo seu objeto, contrapondo-se exercício em comum de uma atividade a exercício separado mas concertado de atividades individuais([26]).

O fim comum é prosseguido por cada consorciado mediante a realização de prestações individuais coordenadas entre si. Os meios pessoais e materiais utilizados para o efeito são próprios; mesmo quando se prevê, em alternativa à obrigação de realizar certa atividade, a obrigação de o contraente efetuar certa contribuição, esta não se destina à constituição de um património comum "que materialmente suporte a atividade comum", uma vez que a constituição de um fundo comum é proibida pelo n.º 1 do art. 20.º([27]).

([23]) Ver Raúl Ventura, "Sociedades complementares de empresas", *RFDUL* 24 (1972) 13-21.

([24]) Raúl Ventura (n. 22) 634 toma "atividade económica" por sinónimo de "atividade de empresa". A ser assim, as partes serão empresários e o consórcio será uma estrutura de cooperação de empresas — cf. Oliveira Ascensão (n. 21) 330; o que não é o mesmo que dizer que é uma estrutura jurídica de empresa — ver Id. [*op. cit*. 339, ss.]. Todavia, a noção do art. 1.º não permite, por si, afastar outras atividades económicas (por exemplo, as realizadas por profissionais independentes).

([25]) Cp., porém, n.º 2 do Preâmbulo do DL n.º 262/86, de 2/9, que aprovou o C. Soc. Com., onde agrupamento complementar de empresas, consórcio e associação em participação são referidos como "institutos" de sociedades comerciais.

([26]) Cf. Preâmbulo do DL n.º 231/81; Ferrer Correia (n. 19) 19 e 20 n. 2 (na esteira da doutrina italiana da época este autor encarava o consórcio como um cartel, i.e., como um acordo tendo por objeto regular a concorrência — cf. 19); Raúl Ventura (n. 22) 638, ss. e 641]; Oliveira Ascensão (n. 21) 331]; Maria Helena Brito, *O contrato de concessão comercial*, Coimbra, 1990, 297. O mesmo distinguiria o contrato de consórcio do ACE — cf. Raúl Ventura [*op. cit.*, 643]. Este último autor começa por afirmar que a distinção se traça em função do objeto e do fim [*op. cit.*, 639], mas no desenvolvimento parece vir a recusar autonomia à diferença de fim [cf. 641]. Ver ainda Rui Pinto Duarte, "Formas Jurídicas da Cooperação entre Empresas", *Direito das Sociedades em Revista* 2 (2010) 137-157, 140, ss.

([27]) Quanto aos meios pessoais, pode invocar-se o art. 14.º/1/*f a contrario*; quanto aos materiais, os arts. 4.º/2 e 20.º. Ver Raúl Ventura (n. 21) 688, ss. Todavia, não é inconcebível que uma atividade realizada mediante uma concertação de prestações individuais possa ser qualificada como exercício em comum de uma atividade — ver Lima Pinheiro (n. 1) § 4.

O DL n.º 231/81 também parece confinar o consórcio aos objetos indicados no art. 2.º. A figura surge assim estreitamente delimitada pela impossibilidade da sua utilização para a constituição e exploração de um empresa comum, pelos traços típicos que se inferem do seu regime (designadamente a proibição de fundo comum e, pelo menos nos consórcios externos, de partilha de lucros), e ainda, por uma tipificação das atividades que podem constituir o seu objeto([28]):

— realização de atos materiais ou jurídicos, preparatórios quer de um determinado empreendimento, quer de uma atividade contínua;

— execução de determinado empreendimento;

— fornecimento a terceiros de bens, iguais ou complementares entre si, produzidos por cada um dos membros do consórcio;

— pesquisa ou exploração de recursos naturais;

— produção de bens que possam ser repartidos, em espécie, entre os membros do consórcio.

Segundo Oliveira Ascensão, a "intenção restritiva da lei não nos permite considerar esta tipicidade exemplificativa. Mas também não vemos motivo para a considerar taxativa. Deverá haver uma tipicidade delimitativa, sendo portanto possível uma extensão analógica"([29]).

O consórcio diz-se *externo* quando as atividades ou os bens são fornecidos diretamente a terceiros por cada um dos membros do consórcio com expressa invocação dessa qualidade (art. 5.º/2 do DL n.º 231/81). São modalidades de consórcio interno (art. 5.º/1) aquela em que só um dos membros do consórcio estabelece relações com terceiros e aquela em que os bens são fornecidos diretamente por cada um dos membros do consórcio mas sem expressa invocação dessa qualidade([30]).

([28]) Sobre estes objetos, ver Raúl Ventura (n. 22) 643, ss.

([29]) (N. 21) 33, ss. Cp. art. 4.º e considerações de Raúl Ventura (n. 22) 650, ss.; contrariamente ao afirmado pelo autor parece tratar-se de uma tipologia delimitativa e não taxativa. A admissibilidade de uma aplicação analógica do regime do consórcio a contratos atípicos é expressamente referida pelo autor [*op. cit.*, 647]. Não é admissível uma extensão a todos os contratos que correspondam à noção legal pois, neste caso, não haveria uma tipologia delimitativa. Mas não fica precludida a extensão analógica a contratos de empreendimento comum com outros objetos, com base em analogia com uma das alíneas do art. 2.º, embora a dificuldade em apreender o sentido da sua exclusão possa criar alguma incerteza.

([30]) Ver Raúl Ventura (n. 22) 652.

No grupo de sistemas que adota um *conceito mais amplo de sociedade* (em especial o sistema alemão, mas também, embora em menor grau, em Inglaterra e nos EUA), *os contratos de cooperação interempresarial para a realização de um empreendimento comum são, em princípio, qualificados como sociedades de base personalística*. No Direito alemão, fala-se de sociedades regidas pelo Código Civil e, nos sistemas de *Common Law*, de *partnerships* ou de um tipo societário específico.

No Direito alemão, os contratos de cooperação empresarial orientados à constituição e (ou) exploração de uma empresa comum([31]), bem como os contratos tendo por objeto a realização em comum ou por forma concertada de um empreendimento determinado (ditos "sociedades ocasionais"), sem a instituição de uma empresa comum são, em regra, qualificados como sociedades regidas pelo Código Civil.

Também nos sistemas de *Common Law* encontramos um conceito amplo de sociedade, com respeito à forma básica de sociedade de pessoas, que é o *partnership*.

No Direito inglês([32]), o art. 1.º/1 do *Partnership Act 1890* define o *partnership* como "a relação que se estabelece entre pessoas que realizam uma atividade económica [*business*] em comum com vista à realização de um lucro"([33]). "*Business"* abrange qualquer "*trade, occupation, or profession*"([34]). Normalmente o *partnership* terá por objeto a prossecução de uma atividade com caráter permanente, mas o seu objeto pode resumir-se a um determinado empreendimento comum([35]). A exigência de que a ativi-

---

([31]) Cf. Zweigert/von Hoffmann (n. 4) 206; Ernst-Joachim Mestmäcker, "Gemeinschaftsunternehmen im deutschen und europäischen Konzern- und Kartellrecht", *in Gemeinschaftsunternehmen (joint venture — Filiale commune) im Konzern- und Kartellrecht*, org. por Mestmäcker, Blaise e Donaldson, Francoforte-sobre-o-Meno, 1979, 12, ss.; Ebentoth (n. 5) 266, com respeito aos "contratos de *joint venture*"; com uma certa diferenciação; Wolfgang Gansweid, *Gemeinsame Tochtergesellschaft im deutschem Konzern- und Wettbewerbsrecht*, Baden-Baden, 1976, 71, ss.; Karsten Schmidt, *Gesellschaftsrecht*, 4.ª ed., Colónia, Berlim, Bona e Munique, 2002, 1695, 1702, ss. e 1708-1709; Drinhausen *in* Stefan Leible e Jochem Reichert (orgs.), *Internationales Gesellschaftsrecht- Grenzüberschreitende Umwandlungen*, 5.ª ed., Munique, 2022, n.º 4; e Klaft/Menrath *in* Patrick Ostendorf (org.), *Handbuch Internationale Wirtschaftsverträge*, 3.ª ed., Munique, 2023, n.º 16, individualizando os consórcios (n.os 17, ss.).

([32]) O *partnership* está submetido ao *Partnership Act 1890*. O art. 46.º do *Partnership Act* mantém em vigor as normas da *equity* e da *common law* que não sejam inconsistentes com a regulação legal; o papel desempenhado pelo Direito jurisprudencial continua a ser efetivamente importante — cf. Charles Drake, *Law of Partnership*, 3.ª ed., Londres, 1983, 26.

([33]) "The relation which subsists between persons carrying on a business in common with a view of profit".

([34]) Art. 45.º do diploma cit.

([35]) Cf. *Lindley & Banks on Partnership*, 21.ª ed. por Roderick I'Anson Banks, Londres, 2022, n.º 2-05; e Drake (n. 32) 33.

dade seja realizada em comum pode excluir certos contratos de empreendimento comum [*joint venture*], designadamente contratos de exploração de petróleo, mas o exercício em comum é entendido em termos menos estritos do que perante a lei portuguesa(36).

Em princípio, os contratos de empreendimento comum são qualificados como *partnership*. Com efeito, assinala-se que, os *partnerships* formados por entes coletivos societários [*corporate partnerships*] se tornaram uma forma usualmente adotada para a conjugação de recursos na realização de um projeto específico, por exemplo, a exploração petrolífera(37). Também parece admitir-se algo de semelhante à dupla sociedade: o *partnership* criado pelos *joint venturers* pode operar através de uma *limited company*(38).

Nos EUA, o art. 102.º/11 do *Uniform Partnership Act* [UPA] entende por *partnership* uma associação de duas ou mais pessoas para realizar como "contitulares" [*co-owners*] uma atividade económica [*business*] com fim lucrativo constituída ao abrigo desta lei ou que a ela fica sujeita(39).

Enquanto para alguns autores o *joint venture* é uma modalidade de *partnership*, para outros é uma forma societária autónoma, cuja principal diferença do *partnership* consiste na duração e objeto da sua atividade, que se reporta a um empreendimento específico(40). É uma sociedade criada por acordo entre duas ou mais pessoas, que se obrigam a contribuir para a realização de um empreendimento específico, partilhando os lucros e, normalmente, também as perdas(41). Mas é geralmente reconhecido que o

---

(36) Cf. *Lindley & Banks* (n. 35) n.os 2-16 e 5-10-5.12. O mesmo se diga do escopo lucrativo — cf. *op. cit.*, n.os 2-25, ss.

(37) Cf. *Lindley & Banks* (n. 35) n.º 2-14, que mencionam também razões fiscais na escolha de tal forma associativa.

(38) Ver Edgar Herzfeld e Adam Wilson, *Joint Ventures*, 3.ª ed., Bristol, 1996, 41-42.

(39) O *partnership* é hoje encarado nos EUA como uma forma de organização da empresa [*business enterprise*] — cf. Harry Henn e John Alexander — *Laws of Corporations and Other Business Enterprises*, 3.ª ed., St. Paul., Minn, 1983, 61. É regulado pela *Common Law* e pelas leis de cada Estado. O regime do *limited partnership* é primariamente de fonte legal, só se aplicando o Direito comum do *partnership* quando a lei para ele remete. O *Uniform Partnership Act,* de 1997, foi alterado pela última vez em 2013. Está em vigor em todos os Estados, salvo na Luisiana. O *Uniform Limited Partnership Act* (1916) foi objeto de duas revisões**,** de que resultaram os *Revised Uniform Partnership Acts* de 1976, com alterações de 1985, e de 2001. Está em vigor em todos os Estados com exceção da Luisiana, Nova Iorque, Porto Rico e Wyoming. A par de outras diferenças de pormenor, divergem também os Direitos estaduais consoante a versão do *Uniform Limited Partnership Act* que neles vigora. Apesar destas diferenças existem conceitos comuns de *partnership*, *limited partnership* e *corporation*.

(40) Ver "Joint Ventures", *in American Jurisprudence*, 2.ª ed., Vol. 46, s.l., 2006, n.os 1 e 5. No sentido de se tratar de uma modalidade de *partnership*, *Bromberg and Ribstein on Partnership*, 3.ª ed. Por Christine Hurt, Gordon Smith, Alan Bromberg e Larry Ribstein, Nova Iorque, 2022, § 1.01 [B]6,

(41) Ver *American Jurisprudence* (n. 40) n.º 1, e jurisprudência aí cit.; Henn/Alexander (n. 37) 106.

regime aplicável ao *joint venture*, se não é o mesmo do *partnership*, é em vasta medida análogo(42).

Os aspetos de regime em que a individualização do *joint venture* parece assumir mais relevância são os que decorrem da limitação do seu objeto (do caráter singular ou *ad hoc* do empreendimento comum), o que terá desde logo consequências quanto à extensão dos poderes mútuos de representação dos parceiros e à extensão dos deveres fiduciários(43).

Decorre da noção de *partnership* anteriormente exposta que também se exige uma "atividade comum". Um acordo entre pessoas que desenvolvem separadamente as suas atividades e que põem em comum os seus resultados não é *partnership*(44). Mas aos autores não oferece dúvida que a "contitularidade da empresa" [*co-ownership of the business*], um certo grau de controlo comum, também tem de se verificar no caso do *joint venture*(45). Ora, em muitos dos casos em que a jurisprudência entendeu haver um *joint venture* não se verifica um exercício em comum de uma atividade económica no sentido exigido pelo Direito português para a qualificação como sociedade(46).

---

(42) Cf. Bromberg/Ribstein (n. 40) § 1.01 [B]6, § 1.03 [A], § 1.03[C]1, § 2.01[A] e § 2.05[A]; *American Jurisprudence* [n.º 2]; Alfred Conard, Robert Knauss e Stanley Siegel, *Enterprise Organization. Cases, Statutes and Analysis on Employment, Agency, Partnerships, Associations, and Corporations*, 4.ª ed., Mineola, Nova Iorque, 1987, 381, entendem que ambas as perspetivas levam à mesma conclusão. Ver *American Jurisprudence* (n. 40) com respeito aos direitos e deveres recíprocos dos sócios [n. º 16]; à aplicação da doutrina do *agency* [n.os 16 e 34]; ao caráter fiduciário da relação e aos deveres de boa fé e lealdade que lhe são inerentes [n.º 26]; à responsabilidade perante terceiros [n.os 34 e 36]; à cessação do contrato e à dissolução [n.º 57]. Por conseguinte, a diferença entre estas duas correntes reconduz-se à questão de saber se os *joint ventures* são *partnerships* ou se são organizações similares às quais o regime do *partnership* é aplicável por analogia.

(43) O que, por exemplo, circunscreve o dever de não-concorrência. Ver Bromberg/Ribstein (n. 40) § 6.07[H] e jurisprudência aí cit. [n.159-160]; *American Jurisprudence* (n. 40) n.os 3, 5 e 26. Entendem alguns que no *joint venture* não há "poderes gerais de representação mútua" [*general mutual agency*], mas tão-somente poderes especiais de representação [*special agency*] — cf. Henn/ /Alexander [*loc. cit.*]. Ver ainda *American Jurisprudence* (n. 40) n.os 26 e 34. Para outras consequências ver Henn/Alexander (n. 39) 108 e n. 11, 476, e o caso coligido em William Cary e William e Melvin Eisenberg, *Cases and Materials on Corporations*, 7.ª ed., Westbury, 1995, 72, ss.

(44) Cf. Jacques Heenen, *Partnerships and other Personal Associations for Profit*, *in IECL*, Vol. XIII, cap. 1, 1973, n.º 20.

(45) Cf. Bromberg/Ribstein (n. 40) § 2.06[C]4, e *American Jurisprudence* (n. 40) n.º 13.

(46) Segundo Heenen (n. 44) n.º 187, o *joint venture* foi usado para uma grande variedade de empreendimentos envolvendo a criação e venda de gado; a compra, desenvolvimento e venda de propriedades; a compra para revenda de mercadorias e títulos; a participação conjunta em ofertas públicas de valores mobiliários; a descoberta, exploração e desenvolvimento de recursos minerais, tais como carvão, petróleo e gás; empreendimentos de pesca em que uma parte presta apoio financeiro e a outra põe à disposição um navio e a sua indústria; a construção de auto-estradas e de pontes; o fornecimento de serviços profissionais, por exemplo, em matéria jurídica; e, no desenvolvimento e venda de direitos de propriedade industrial; ver também *American Jurisprudence* (n. 40) n.º 38, ss.

O Direito dos EUA não parece excluir que uma relação de *joint venture* subsista à constituição de uma sociedade com personalidade jurídica [*corporation*] para o implemento do empreendimento comum, dando origem a algo semelhante a uma sociedade dupla, mas parece que tal não será possível quando as partes que constituem a *corporation* são pessoas singulares([47]).

À luz do Direito português, serão particularmente frequentes os *contratos de cooperação interempresarial atípicos*, uma vez que, dos sistemas considerados, é aquele que mantém um conceito mais restritivo de sociedade.

Perante um contrato de cooperação interempresarial atípico, deverá sempre examinar-se a possibilidade de aplicar analogicamente o regime do consórcio, do agrupamento complementar de empresas e da sociedade (em especial da sociedade civil)([48]). A circunstância de a cooperação interempresarial se caracterizar mais frequentemente por uma realização concertada de um empreendimento do que pelo exercício em comum de uma atividade permanente também não exclui a possibilidade de analogia com a sociedade civil quanto a certas questões jurídicas, por exemplo, no que concerne à partilha de lucros e perdas no caso de as receitas e despesas serem levadas a um centro contabilístico comum.

Do que antecede poderia tirar-se a ilação que face a sistemas que não adotam um conceito amplo de sociedade seria reduzido o significado dos tipos societários para o desenvolvimento da cooperação interempresarial. Tal seria, porém, uma ilação errónea, porquanto é frequente que esta cooperação implique a constituição de *filiais comuns*, que, nas hipóteses mais significativas, são instrumentais e estão inseridas no quadro mais amplo de uma coordenação de atividades empresariais.

A este respeito a diferença entre um conceito amplo e um conceito restritivo de sociedade manifesta-se novamente. Já sabemos que o processo negocial é frequentemente complexo e que é normal que as partes, quando alcançam um consenso sobre os pontos fundamentais da sua cooperação, celebrem um negócio jurídico, assiduamente designado acordo de base ou acordo de *joint venture*.

Para os ordenamentos que adotam um conceito amplo de sociedade, o contrato-base, inclua ou não no seu objeto a constituição e exploração de

---

([47]) Ver *American Jurisprudence* (n. 40) n.º 60.

([48]) Jaeger/Denozza (n. 16) 109, ss. dão como exemplo um negócio por parte de vários sujeitos que concorrem com o dinheiro necessário à compra de uma partida de mercadorias, a fim de realizarem lucros com a sua revenda. Segundo os autores, certas normas do contrato de sociedade são em geral aplicáveis aos outros contratos de comunhão de escopo; já não o serão aquelas que pressupõem o exercício em comum de uma atividade. O mesmo se diga com respeito ao aspeto organizativo-institucional.

uma empresa comum, define geralmente, por si, uma relação societária, com reduzida dimensão institucional. Nos casos em que o projeto de cooperação passa pela constituição de pessoas coletivas societárias, surgem *sociedades duplas*.

Diferentemente, para os sistemas que adotam um conceito mais restritivo, só em hipóteses bem delimitadas o contrato-base poderá ser qualificado de sociedade. Por conseguinte, nas hipóteses mais significativas, o contrato-base é encarado como mero contrato preparatório do contrato constitutivo de uma filial comum e de outros negócios que acompanham a sua criação e funcionamento, e, contanto que também regule a atuação dos sócios na condução dos assuntos sociais, como *acordo parassocial*.

Assim, o contrato-base pode ser encarado como um *contrato-quadro* [*Rahmenvertrag*, *framework agreement*](49) — uma vez que contém

---

(49) Cp. as alusões ao "acordo-quadro" feitas por Fabio Bortolotti e Renzo Morresi, "Joint ventures", *in Noviss. Dig. it.*, Apêndice, Vol. IV, Turim, 1983, n.º 5, e Schmitthoff (n. 5) 339, bem como ao "contrato-quadro" entre uma sociedade-mãe e um Estado envolvendo a celebração de negócios de execução de uma sua filial com o mesmo Estado feita por Pierre Lalive, "The First 'World Bank' Arbitration (Holiday Inns v. Morocco) — Some Legal Problems", *Brit. YBIL* 51 (1980) 123-161, 138. A configuração do contrato-base como "contrato-quadro" é vagamente sugerida por Piero Pennetta, *La filiale comune internazionale*, Milão, 1988, 231, ss. Cp. Jerzy Jakubowski, "Some Legal Aspects of Industrial Co-operation in East-West Relations", *RCADI* 163 (1979) 247-309, 285, ss.]. Segundo Inocêncio Galvão Telles, *Manual dos Contratos em Geral*, 4.ª ed., Coimbra, 2002, 242, ss., há um contrato-tipo (ou contrato-quadro) quando as partes fixam contratualmente o conteúdo das futuras convenções e se obrigam a respeitá-lo. Tem-se entendido que o *contrato-quadro*, o *contrato-promessa* e o *contrato normativo* são espécies do género *contrato preliminar* ou *preparatório*. Distingue-se o contrato-quadro do contrato-promessa fundamentalmente por neste os contraentes assumirem a obrigação de contratar, ao passo que no primeiro as partes *apenas* se obrigam a respeitar certa regulação (contratualmente) típica, caso venham a contratar. Estas duas modalidades distinguem-se do contrato normativo porque aqueles só vinculam os contraentes, ao passo que este define regras aplicáveis a uma generalidade de pessoas. Em sentido convergente, Antunes Varela, *Das Obrigações em Geral*, Vol. I, 10.ª ed., Coimbra, 2000, 249, ss.; Francesco Messineo, *Contratto. Voci estratte dall'Enciclopedia del diritto*, reimpressão (1979), Milão, 1962, 262 e 265, ss., que toma o contrato normativo como a categoria geral, de que o contrato-promessa [*contratto preliminare*] e o contrato-quadro [*contratto-tipo*] seriam subespécies, mas vem a inserir o contrato normativo e o contrato-promessa na categoria dos contratos preparatórios [cf. 326-327]; Karsten Schmidt, *Handelsrecht*, 6.ª ed., Colónia, 2014, 727, ss.; Wolfgang Fikentscher, Andreas Heinemann, *Schuldrecht*, 12.ª ed., 2022, n.º 136, ss., assinalando, com razão, que o contrato-quadro não pode ser inserido na categoria dos contratos "preliminares" [*vorläufige*]; Karl Larenz, *Lehrbuch des Schuldrechts*, Vol. I, *Allgemeiner Teil*, 14.ª ed., Munique, 1987, 88; António Menezes Cordeiro, *Tratado de Direito Civil*, Vol. I, 4.ª ed., Coimbra, 2012, considerando as convenções coletivas de trabalho, o contrato de sociedade e o contrato-quadro modalidades de negócio normativo. Ver também Id, *Tratado de Direito Civil*, Vol. II, 5.ª ed., com a colaboração de A. Barreto Menezes Cordeiro, Coimbra, 2021, 753. Não deixa de ser contrato-quadro aquele que, predisposto para uma *generalidade* de contratos futuros, só vem a regular um contrato singular. E não se vê razão suficiente para dar outra designação ao contrato que se proponha regular a celebração de um único contrato, caso as partes, no futuro, o queiram celebrar. Em suma, dir-se-á que o contrato-quadro regula a

elementos sobre o conteúdo dos negócios que os participantes celebrarão no implemento do seu projeto de cooperação, designadamente o negócio constitutivo de filial comum — e como *contrato-promessa*, se — como geralmente sucede — obriga as partes a celebrar estes negócios e se predetermina o seu conteúdo em medida suficiente para esta vinculação(50).

A razão por que o contrato-base se apresenta frequentemente, sob certos aspetos, como um mero contrato-quadro, poderá, no entanto, dever-se principalmente à falta de determinação de elementos essenciais dos negócios a celebrar posteriormente(51).

IV. A determinação do Direito aplicável ao contrato de empreendimento comum

A) Aspetos gerais

O contrato de empreendimento comum é objeto do Direito Internacional Privado quando for internacional ou, como prefiro dizer, *transnacional*, por ter contactos relevantes com mais de um Estado soberano.

Neste caso, surgem problemas específicos, como *a determinação do Direito aplicável*, *a determinação da jurisdição competente* e, eventualmente, *o reconhecimento de decisões estrangeiras*. No presente estudo vou centrar-me na determinação do Direito aplicável perante o Direito de Conflitos geral, i.e., aplicável pelos tribunais estaduais. Não obstante, farei algumas referências às soluções aplicáveis na arbitragem CIRDI e na arbi-

---

celebração de contratos futuros — e tanto pode dispor sobre o conteúdo destes contratos como sobre o processo e os requisitos da sua formação, modificação ou cessação — sem vincular as partes à sua celebração.

(50) Sobre a unidade do negócio jurídico formado pelo "acordo de voto" e pelo "contrato-promessa" anteriores à constituição da sociedade, ver Raúl Ventura, "Acordos de voto; algumas questões depois do Código das Sociedades Comerciais (CSC, art. 17.º)", *in Estudos vários sobre sociedades anónimas*, 9-101, Coimbra, 1992: 26, ss.

(51) O ac. STJ 8/2/66 [*BMJ* 154: 384] decidiu que um acordo celebrado por troca de correspondência, por que uma das partes se obriga a celebrar com outra um contrato de associação para a execução conjunta de uma empreitada de obras públicas, se esta lhe viesse a ser adjudicada, com participação nos lucros e nos prejuízos em partes iguais, remetendo a regulamentação das "restantes condições de colaboração" para serem "assentes em negociações posteriores, dentro das melhores normas de equidade", é um válido contrato-promessa de "contrato de associação"; isto, ainda que, designadamente, não se tenham especificado as contribuições que cada uma das partes deveria realizar.

tragem transnacional em sentido estrito, geralmente designada arbitragem comercial internacional.

Quando é que o contrato de empreendimento comum é transnacional?

Em primeiro lugar, entendo que será *suficiente* uma internacionalidade subjetiva, mormente a localização das empresas participantes em países diferentes.

Uma transferência de valores através das fronteiras não é necessária nem suficiente para que o contrato de empreendimento comum seja internacional. Nos contratos de empreendimento comum haverá normalmente diversas transferências internacionais de valores, no sentido amplo que inclua designadamente capitais, bens intelectuais, saber-fazer e dividendos. Mas o significado destas transferências é muito variável. Podem ser insignificantes ou até inexistentes num contrato celebrado entre partes que desenvolvem as suas atividades em países diferentes — por exemplo, o contrato por que dois grupos empresariais (celebrado, designadamente, pelas respetivas sociedades-mãe), que dispõem de filiais em vários países, estabelecem um quadro de cooperação, que tem por objeto uma pluralidade de empreendimentos comuns, sendo cada um deles realizado num determinado país mediante a conjugação de atividades das filiais de cada grupo aí estabelecidas. Inversamente, um contrato de empreendimento comum inequivocamente localizado num Estado pode dar azo a uma transferência internacional de valores importante — por exemplo, o agrupamento formado por "empresas portuguesas" para realizar uma empreitada de obras públicas de grande envergadura em Portugal adquire um equipamento de valor avultado no estrangeiro com vista à realização da empreitada.

Daí que a internacionalidade do contrato de empreendimento comum com base num critério subjetivo não deva depender da concorrência de uma transferência de valores através de fronteiras. Daí também que seja por demais incerto o significado que pode assumir a existência de uma transferência de valores através de fronteiras para a internacionalidade de um contrato celebrado entre partes ligadas ao mesmo país e em cujo território deve ter lugar a atividade comum ou conjugada que as partes se obrigaram a realizar. Esta transferência pode dizer respeito, como se verifica no exemplo anterior, a uma aquisição de meios para a realização do empreendimento, mas o nexo que assim se estabelece entre o contrato de empreendimento comum e tal contrato de venda internacional não é suficientemente importante para que o primeiro deva ser considerado internacional.

A circunstância de os contratos de empreendimento comum serem frequentemente celebrados por empresas e grupos empresariais transnacionais, a cada um deles correspondendo uma pluralidade de entes coleti-

vos ou, pelo menos, de centros de atividade, é de índole a suscitar as mais diversas dificuldades. Os contratos celebrados por filiais locais de sociedades estrangeiras, que devam ser executados localmente, sem transcenderem o âmbito organizativo e os recursos que se encontram afetos a estas filiais, serão, em princípio, contratos internos.

Já podem surgir dúvidas quando a participação no empreendimento comum envolver as sociedades-mãe e os seus centros de atividade localizados no estrangeiro, designadamente mediante instruções dirigidas às administrações das filiais e transferências de recursos especificamente destinados ao empreendimento. Em princípio, nestes casos, ainda que determinados negócios de execução sejam celebrados por filiais locais, existirá uma relação contratual de base entre as sociedades-mãe (ou entre uma sociedade-mãe e o parceiro local). Este contrato-base é internacional segundo um critério subjetivo.

Nas hipóteses em que porventura tal não se verifique, tão-pouco se poderá excluir o concurso de interesses legítimos das partes no sentido da escolha do Direito regulador do contrato. Por exemplo, parece defensável que duas filiais de sociedades portuguesas, estabelecidas no mesmo país estrangeiro, e que na sequência de "contactos informais" havidos entre estas sociedades, celebram um contrato de empreendimento comum, cuja execução exigirá a transferência interna de recursos de cada uma das sociedades-mãe para a respetiva filial, possam submeter o contrato ao Direito português.

Nem sempre a verificação de um critério subjetivo será *condição necessária* de internacionalidade do contrato. Pense-se no contrato de consórcio celebrado entre sociedades com sede da administração em Portugal para a realização de uma empreitada de construção civil em país estrangeiro. Entre os laços que podem servir para estabelecer a internacionalidade objetiva do contrato são de salientar o lugar de realização do empreendimento comum e o lugar onde a organização instituída pelo contrato de empreendimento comum tenha a sua sede.

Mais em geral, na apreciação da internacionalidade dos contratos de empreendimento comum é por vezes necessária uma flexibilidade que não pode ser alcançada no quadro definido por um critério razoavelmente determinado, seja ele subjetivo, objetivo ou de transferência de valores. As tendências de desenvolvimento no que toca à formação de grupos empresariais e à transnacionalização das empresas parecem também trazer crescentes dificuldades à definição de critérios precisos([52]). Estas dificuldades

---

([52]) Assinale-se também a tendência para uma crescente "desmaterialização" da riqueza e da

só podem ser resolvidas perante o conjunto das circunstâncias do caso, atendendo aos referidos critérios e à sua combinação, mas também aos interesses legítimos das partes, a outros fins subjacentes à norma de conflitos em causa e ao sistema de Direito Internacional Privado em que se integra, bem como aos princípios jurídicos que o enformam.

Esta exigência de flexibilidade pode ser satisfeita pelo critério geral dos "interesses do comércio internacional", quando entendido no sentido de uma ponderação de todos os elementos relevantes para determinar se uma relação da vida económica deve ou não ser objeto do regime especial aplicável às situações transnacionais([53]).

Creio que na aplicação deste critério se deve sobretudo atender aos laços objetivos que se estabelecem entre os elementos da relação controvertida e a vida económica de Estados diferentes. O mais importante não é a perspetiva macroeconómica, a relevância da transação no plano das relações entre Estados, mas a circunstância de as partes ficarem colocadas numa posição específica que justifica a aplicação do regime especial dos contratos comerciais internacionais. 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.

Tenho defendido que a regulação de situações transnacionais pelo Direito Internacional Privado não se limita à regulação *no plano da ordem jurídica estadual através do Direito de Conflitos geral*.

Por um lado, no plano da ordem jurídica estadual existem outras *técnicas de regulação*, como o Direito material unificado.

Por outro lado, a regulação também é operada noutros planos: *o plano do Direito Internacional Público*, *o plano do Direito da União Europeia* e *o plano do Direito autónomo do comércio internacional*.

Os contratos de empreendimento comum são uma dos melhores exemplos na necessidade de atender ao pressuposto metodológico fundamental da *pluralidade de planos de regulação*. Por conseguinte, vou tratar do problema da determinação do Direito aplicável no plano do Direito

---

sua circulação, que assim deixa de estabelecer um contacto material com territórios determinados. Sobre esta tendência ver François Rigaux, "Les situations juridiques individuelles dans un système de relativité générale", *RCADI* 213 (198) 7-407, 46, ss.

([53]) Cf. Ole Lando, "The Conflict of Laws of Contracts. General Principles", *RCADI* 189 (1984) 223-447, n.º 64. Ver também Lima Pinheiro (n. 1) 531, ss.] e Eduardo Santos Júnior, "Sobre o conceito de contrato internacional", *in Est. Marques dos Santos*, Vol. I, 161-192, Coimbra, 2005, 187, ss. Cp. Augusto Sinagra, "Natura e contenuto della internazionalità dei contratti", *in Studi Roberto Ago*, Vol. IV, 349-382, 357, ss., que critica o critério dos interesses pela margem de discricionariedade que deixa ao órgão de aplicação e por se basear em critérios extra-jurídicos.

Internacional Público, do Direito da União Europeia, do Direito autónomo do comércio internacional e da ordem jurídica estadual, mas, naturalmente, sempre de forma resumida e centrada nas especificidades que assumem relativamente aos contratos de empreendimento comum.

B) Regulação pelo Direito Internacional Público

Uma relação de cooperação na realização de atividades económicas inscreve-se seguramente na ordem jurídica internacional quando for *estabelecida por ato de Direito Internacional*.

Basta, designadamente, que dois ou mais Estados ou organizações internacionais, no âmbito de atividades económicas por si realizadas, celebrem um *tratado com este objeto*. Há diversos exemplos deste tipo de relações, que em geral não correspondem à cooperação na realização de empreendimento comum: trata-se de atividades económicas que não são desenvolvidas em moldes empresariais e (ou) de empresas internacionais comuns economicamente auto-suficientes e geridas com independência ou, ainda, de contratos de mera coordenação([54]).

Em alguns casos, porém, as *empresas internacionais comuns* são comparticipadas por entes públicos ou privados que desenvolvem uma atividade empresarial e, por conseguinte, são suscetíveis de organizar a cooperação interempresarial. No entanto, na maioria destes casos não se trata de cooperação interempresarial em sentido próprio, em virtude da autonomia jurídica e económica destas empresas. Nestas empresas comuns há uma preocupação de autonomia organizativa e financeira, principalmente face aos Estados e entes públicos envolvidos, que está nos antípodas da interdependência e da coordenação de atividades empresariais. Tal não exclui em absoluto a possibilidade de a empresa internacional comum, embora organizativa e financeiramente autónoma, ser instrumental do ponto de vista económico, quando for instituída com um fim de tipo cooperativo.

([54]) Frederick Mann, "The Commercial Law of Nations as Reflected by CMND. 1 TO 10,000", *Brit. YBIL* 60 (1989) 359-434, 421, ss., dá conta da celebração de numerosos "tratados, usualmente descritos como acordos de cooperação ou co-produção" que em Direito privado seriam referidos como *joint venture*s. O primeiro caso referido é o dos *Films Production Agreements* celebrados entre o Reino Unido e a França, Itália, Canadá e Noruega. Jean Touscoz, "Les accords bilatéraux de coopération scientifique et technique", *Ann. fr. dr. int.*14 (1968) 692-700, 682, ss.] refere a existência de numerosos tratados de cooperação científica e técnica entre os quais se contam aqueles que têm em vista a realização de um determinado empreendimento ou realização em conjunto de certas atividades.

Em segundo lugar, temos negócios jurídicos de cooperação na realização de empreendimento comum, que não sendo tratados, são *por ato de Direito Internacional submetidos a um regime internacional* e *a um dispositivo de resoluções de diferendos ao nível internacional*. Os mais importantes, entre estes casos, são os que concernem a contratos celebrados por um Estado ou ente público autónomo com um nacional de outro Estado.

A excecional envergadura de certos empreendimentos comuns e os seus condicionamentos e implicações no domínio jurídico-público, chegam mesmo a obrigar à celebração de tratados bilaterais tendo por objeto, não só a cooperação intergovernamental, mas também o enquadramento e, até certo ponto, a definição do regime aplicável à colaboração privada na realização de um *determinado* empreendimento comum([55]). Por exemplo, o *Tratado Sobre a Construção e Exploração por Sociedades Privadas Concessionárias de uma Ligação Fixa Trans-Mancha*, assinado em 1986, entre a França e o Reino Unido.

Outra hipótese é a de *contrato de cooperação interempresarial celebrado por particulares ser anexado ao tratado internacional ou por ele aprovado*. Por exemplo, o *Acordo internacional para a construção de um avião civil supersónico*, foi assinado, em 1962, pelos Governos da França e do Reino Unido([56]), com vista à construção do *Concorde*.

Uma terceira hipótese, é a de ser atribuída a uma jurisdição quási-internacional competência para decidir os litígios emergentes de um contrato de empreendimento comum, sem que o regime do contrato seja, ainda que parcialmente, definido por normas contidas num tratado internacional. Também neste caso os contratos são regulados direta e imediatamente pelo Direito Internacional Público([57]).

O exemplo mais saliente é o dos "contratos de investimento" celebrados entre um Estado, ou um ente público autónomo, e um nacional de outro Estado, em que as partes consentem que os litígios deles emergentes sejam resolvidos por arbitragem organizada pelo Centro Internacional para a Resolução de Diferendos Relativos a Investimentos (CIRDI).

([55]) Philippe Kahn, "Droit international économique, droit du développement, *lex mercatoria*: concept unique ou pluralisme des ordres juridiques?", *in Études Berthold Goldman*, 97-107, Paris, 1983, 107 assinala que frequentemente o contrato "chave na mão" "na sua moderna formulação" e numerosos contratos de empreendimento comum têm "a sua fonte neste mecanismo complexo de dupla cooperação".

([56]) *In Ann. fr. dr. int.* [11 (1965) 174].

([57]) Ver, com mais desenvolvimento e referências, Luís de Lima Pinheiro, *Direito Comercial Internacional*, Coimbra, 2005, 153, ss.

Diversos autores defenderam que esta categoria de contratos poderia ser alargada a casos em que não concorre um ato geralmente reconhecido como sendo de Direito Internacional. Mencione-se com respeito a certos *contratos de Estado*, i.e., contratos celebrados entre Estados e nacionais de outros Estados, a doutrina da ordem jurídica de base (Verdross, Prosper Weil)(58) e a dos contratos quási-internacionalpúblicos [Böckstiegel, Peter Fischer, Seidl-Hohenveldern(59), entre nós, André Gonçalves Pereira e Fausto de Quadros](60).

Este alargamento parece-me de admitir mas só com respeito a contratos de Estado em que se verifiquem dois pressupostos(61):

— não se encontrem exclusivamente submetidos ao Direito e à jurisdição dos tribunais do Estado Contratante;

— sejam, pelos procedimentos observados por parte do contraente público e pela posição dos órgãos públicos que intervêm na sua celebração ou nela consentem, materialmente comparáveis a tratados internacionais.

Uma das consequências desta visão das coisas será a subtração destes contratos quási-internacionalpúblicos às normas de conflitos atrás referidas e a aplicação de regras e princípios de Direito Internacional de Conflitos, i.e., de Direito de Conflitos de fonte internacional aplicável às situações que relevam na ordem jurídica internacional.

A Convenção CIRDI é uma convenção quási-universal e, por conseguinte, as soluções conflituais aí contidas podem constituir a base

---

(58) Cf. Alfred Verdross, "Die Sicherung von ausländischen Privatrechten aus Abkommen zur wirtschaftlichen Entwicklung mit Schiedsklauseln", *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht* 18 (1957/1958) 635-651; Id., "Gibt es Verträge die weder dem innerstaatlichen Recht noch dem Völkerrrecht unterliegen?", *ZRvgl.* 6 (1965) 129-134, e Prosper Weil, "Problèmes relatives aux contrats passés entre un Etat et un particulier", *RCADI* 128 (1969) 95-240; Id., "Les clauses de stabilisation ou d'intangibilité insérées dans les accords de développement économique", *in Mélanges Charles Rousseau*, 301-328, Paris; Id., "Droit international et contrats d'Etat", *in Le droit international: unité et diversité*, *Mélanges Paul Reuter*, 549-582, 1981; Paris; Id., "Principes généraux du droit et contrats d'État", *in Études Berthold Goldman*, 387-414, Paris, 1982.

(59) Cf. Karl-Heinz Böckstiegel, *Der Staat als Vertragspartner ausländischer Privatunternehmen*, Francoforte-sobre-o-Meno, 1971, 178, ss., 184, ss., 233, ss. e 303, ss.; Peter Fischer, *Die internationale Konzession*, Viena e Nova Iorque, 1974, 345, ss. e 483, ss.; Id., "Bemerkungen zur Lehre von Alfred Verdross über den 'quasi-völkerrechtlichen' Vertrag im Lichte der neuersten Entwicklung — Zugleich ein Beitrag zur Theorie über die vertraglichen Rechtsbeziehungen zwischen Staaten und transnationalen Unternehmen", *in Fest. Alfred Verdoss*, 379-401, Berlim, 384, ss.; e Ignaz Seidl-Hohenveldern, *International Economic Law*, 3.ª ed., 1999, 44, ss.

(60) *Manual de Direito Internacional Público*, 3.ª ed., Coimbra, 1993, 176, ss.

(61) Ver Lima Pinheiro (n. 1) § 15 C.

para o desenvolvimento do Direito Internacional Público geral neste domínio.

Portugal também é parte em diversos tratados bilaterais em matéria de investimento internacional que, sob certas condições, submetem os litígios emergentes dos contratos celebrados entre o investidor e um dos Estados contratantes a arbitragem CIRDI, mas também a tribunais *ad hoc*, estabelecidos, designadamente, de acordo com o *Regulamento de Arbitragem da Comissão das Nações Unidas para o Direito Comercial Internacional* (CNUDCI).

Passo agora a examinar muito sumariamente as soluções contidas no art. 42.º da Convenção CIRDI.

O n.º 1 do art. 42.º da Convenção CIRDI determina, em primeiro lugar, que o "tribunal julgará o diferendo em conformidade com as regras de direito acordadas entre as partes". Isto é geralmente entendido no sentido de se poder escolher Direito não estadual ou um conjunto individualizado de regras.

Na falta de acordo sobre as regras jurídicas aplicáveis, "o tribunal deverá aplicar a lei do Estado Contratante parte no diferendo (incluindo as regras referentes aos conflitos de leis), bem como os princípios de direito internacional aplicáveis".

No que toca à definição da posição recíproca do Direito do Estado Contratante e dos princípios de Direito Internacional, prevaleceu o entendimento segundo o qual o tribunal deve, primeiro, averiguar a solução perante o Direito do Estado Contratante e, em seguida, indagar da sua compatibilidade com o Direito Internacional. Este último Direito prevalece em caso de conflito. Por acréscimo, a jurisprudência recorre ao Direito Internacional para suprir as lacunas do Direito do Estado Contratante.

Nesta ordem de ideias, poderá então dizer-se que ao Direito Internacional é atribuída uma competência *condicionante* e *complementar*.

Em alguns casos em que a pretensão do investidor se fundamenta na violação de regras contidas em tratados bilaterais de proteção do investimento, os árbitros têm admitido que a posição recíproca do Direito do Estado Contratante e dos princípios de Direito Internacional depende muito das circunstâncias do caso concreto. Estes casos têm sido decididos essencialmente com base nos tratados bilaterais e no Direito Internacional Público geral([62]).

([62]) Ver, com mais desenvolvimento, Luís de Lima Pinheiro, "A arbitragem CIRDI e o regime dos contratos de Estado", *in Est. Paulo de Pitta Cunha*, Vol. III, 225-245, Coimbra, 2010 [=*Revista Internacional de Arbitragem e Conciliação* 1 (2008) 75-105].

C) Regulação pelo Direito da União Europeia

O Direito da União Europeia apresenta uma vocação mais ampla que o Direito Internacional Público atual para regular imediatamente situações transnacionais([63]). Com efeito, segundo o entendimento seguido pelo Tribunal de Justiça da União Europeia (TUE), e que merece certo favor na doutrina portuguesa, o Direito da União Europeia auto-executório tem eficácia para os particulares *independentemente do Direito interno dos Estados-Membros*([64]).

A seguir-se este entendimento, o Direito da União Europeia é suscetível de eficácia direta para os particulares e, por conseguinte, certas relações entre particulares (bem como entre particulares e entes públicos) podem ser imediatamente conformadas e reguladas pelo Direito da União Europeia.

Por exemplo, o Agrupamento Europeu de Interesse Económico [AEIE] é um tipo associativo de cooperação na realização de atividades económicas que é disciplinado primariamente pelo Reg. (CEE) n.º 2137/ /85. O seu estatuto é primariamente definido pelo Direito da União Europeia([65]).

No entanto, deve reconhecer-se que *a relevância das relações entre particulares na esfera institucional da União Europeia é limitada*: as jurisdições competentes para conhecerem dos litígios emergentes das relações entre particulares são normalmente estaduais ou arbitrais. Estas jurisdições não estão hierarquicamente subordinadas ao TUE.

Em minha opinião, as jurisdições estaduais, quando aplicam o Direito da União Europeia, fazem-no por força de normas da ordem jurídica estadual (mormente as normas constitucionais de receção)([66]). Creio que este entendimento pode ser mantido mesmo perante disposições constitucionais como a que, após a revisão constitucional de 2004, consta do art. 8.º/4 CRP([67]), e que a situação não foi substancialmente alterada pelo Tratado

---

([63]) Cf. G. Badiali, "Le droit international privé des Communautés européennes", *RCADI* 191 (1985) 9-182, 19.

([64]) Ver Luís de Lima Pinheiro, *Direito Internacional Privado*, Vol. I, *Introdução e Direito de Conflitos/Parte Geral*, 3.ª ed., Lisboa, 2014, § 5 B, com mais referências.

([65]) Ver Lima Pinheiro (n. 1) 834, ss., com mais referências.

([66]) Segundo Paul Craig e Graínne de Búrca, *EU Law*, 5.ª ed., Londres, 2011, 300, é também este o entendimento dominante na maior parte dos Estados-Membros.

([67]) Ver Miguel Galvão Teles, "Constituições dos Estados e eficácia interna no Direito da União e das Comunidades Europeias — em particular sobre o Artigo 8.º, n.º 4, da Constituição Portuguesa", *in Est. Marcello Caetano*, Vol. II, 295-331, Coimbra, 2006; e Jorge Miranda, "O artigo 8.º da Constituição e o Direito Internacional", *in Est. Diogo Freitas do Amaral*, 415-458, Coimbra, 2010, 435, ss.

de Lisboa. Com efeito, por exigência de alguns Estados, a referência ao primado não consta do texto dos Tratados, mas apenas de uma declaração anexa ao Tratado de Lisboa (Declaração n.º 17), cujo valor jurídico é controverso([68]).

Em suma, a situação atual caracteriza-se por um certo compromisso ou transição entre o quadro que corresponde ao relacionamento do Direito Internacional derivado clássico com o Direito interno dos Estados por ele vinculados e o que resulta da integração das ordens jurídicas destes Estados numa ordem jurídica complexa.

D) Regulação pelo Direito autónomo do comércio internacional

Por forma geral, as teses favoráveis à *lex mercatoria*, ou Direito autónomo do comércio internacional, encontram nos contratos de empreendimento comum um privilegiado campo de aplicação([69]).

Por *Direito Autónomo do Comércio Internacional*, entendo aquelas regras e princípios aplicáveis às relações do comércio internacional que se formam independentemente da ação dos órgãos estaduais e supraestaduais, a nova *lex mercatoria*. Tenho em vista, designadamente, os usos e costumes do comércio internacional, o costume jurisprudencial arbitral e as regras criadas no âmbito da autonomia associativa dos operadores do comércio internacional ou por entidades gestoras de mercados regulamentados de instrumentos financeiros.

Em tema de contratos internacionais de empreendimento comum, as monografias mostram pouco entusiasmo quanto à aplicação da *lex merca-*

([68]) Cp. art. 51.º do Tratado da União Europeia, segundo o qual os Protocolos e Anexos dos Tratados fazem deles parte integrante, e Fausto de Quadros, *Direito da União Europeia,* 3.ª ed., Coimbra, 2013, 536, ss.

([69]) Cf. Reinhold Wolff, *Die Rechtsgrundlagen der internationalen Kartelle*, Berlim, 1929, 39, ss.; Bertrhold Goldman, "La lex mercatoria dans les contrats et l'arbitrage international: realité et perspectives", *Clunet* 106 (197) 475-505, 491, ss.; Henri Batiffol, "L'avenir du droit international privé" (1973), *in Choix d'articles rassemblés par ses amis*, 315-331, Paris, 1976, 322, ss.; Id., "L' état du droit international privé en France et dans l'europe continentale de l'ouest" (1973), *in Choix d'articles* (*cit.*), 11-31, 18, ss.; Id., *Les contrats en droit international privé comparé*, Montréal, 1981, 7, ss.; Philippe Kahn (n. 55) 100 considerando que os empreendimentos comuns [*entreprises conjointes*] são um dos domínios em que a *lex mercatoria* revela o seu dinamismo perante um "conjunto de regras assaz pobre apresentado pelos Direitos estaduais". Propostas específicas de enquadramento e regulação de contratos de empreendimento comum por Direito autónomo do comércio internacional são as avançadas por Ugo Draetta (n. 3), Goldman (n. 5) 35, ss.; e Sergio Carbone e Andrea D'Angelo, *Cooperazione tra imprese e appalto internazionali (Joint-ventures e Consortium Agreements)*, 1991. Sobre estas propostas, ver Lima Pinheiro (n. 1) § 18B.

toria([70]). A vigência de regras objetivas da *lex mercatoria* neste domínio é praticamente ignorada.

Não deve, porém, subestimar-se as consequências práticas, para a regulação destes contratos, que já decorrem da tendência para uma *auto-regulação negocial exaustiva*, da *padronização do conteúdo negocial* e do *recurso à arbitragem*. Em determinados ramos de atividade já se desenvolveram mesmo *tipos do tráfico negocial*([71]).

No ramo da prospeção e exploração petrolífera, por exemplo, esta uniformização contratual repousou, em grande parte, em práticas estaduais, nos modelos contratuais predispostos pelos Estados produtores, mas noutros ramos, designadamente no que se refere aos contratos internacionais de cooperação para a celebração e execução de um contrato de fornecimento de bens ou prestação de serviços, em especial para a realização de empreitadas de construção civil, resultou principalmente de guias e modelos elaborados por associações industriais ou profissionais internacionais.

A maior parte destes modelos manifesta uma certa aspiração à autosuficiência do contrato, tanto no que se refere a determinação dos efeitos que o contrato visa produzir como na previsão de todas vicissitudes que possam influir sobre o desenvolvimento da relação contratual.

Perante um grau elevado de padronização contratual, que inclua uma regulação minuciosa de todos os aspetos da relação, a relevância dos regimes jurídico-materiais do Direito estadual competente tende a restringir-se às suas normas e princípios imperativos. As normas imperativas que integram o regime típico dos contratos entre comerciantes ou empresários — ou que podem ser transpostas para a fixação do regime de contratos atípicos entre os mesmos celebrados — limitam-se geralmente a questões par-

---

([70]) Cf. Langefeld-Wirth (n. 5), conquanto admitindo que uma remissão para princípios não-estaduais pode ser de preferir, enquanto solução de recurso, à falta de acordo sobre o Direito aplicável; Baptista/Durand-Barthez (n. 5) 111; John Karalis, *International Joint Ventures: A Practical Guide,* St. Paul, Minn., 1992, 198 e 204, ss., não referindo a *lex mercatoria*, e considerando que a imprevisibilidade das soluções a que os árbitros chegarão numa decisão segundo os princípios gerais poderá suprimir as vantagens da aplicação de um Direito neutral a contratos de empreendimento comum celebrados entre Estados e particulares; Herzfeld (n. 4) [31, ss.; menos reservado, mas também não encarando a *lex mercatoria* como Direito objetivo aplicável a estes contratos, Lucius Huber, *Das Joint-Venture im internationalen Privatrecht*, Basileia e Francoforte-sobre-o-Meno, 1992, 51, ss. Com respeito aos *joint ventures* em países em desenvolvimento, Carola Staudenmeyer, *Das Wirtschafts- und Vertragsrecht transnationaler Gemeinschaftsunternehmen in Entwicklungsländern*, Berlim e Nova Iorque, 1991, 265, ss., admite a existência de usos do comércio e "conceções jurídicas uniformes", limitando a sua relevância a uma função interpretativa.

([71]) Ver Lima Pinheiro (n. 1) § 2 B.

ciais bem delimitadas. Daí decorre que tais relações são, em vasta medida, objeto de uma conformação e regulação autónomas.

Para além disso, verifica-se a reiterada utilização de *modelos contratuais*, ou pelo menos de certo número de cláusulas, e, com ela, a existência de usos ou complexos de usos do comércio que podem constituir a base de formação de Direito consuetudinário, mas que, independentemente disso, são sempre relevantes na arbitragem transnacional.

A *jurisprudência arbitral* também pode contribuir para a formação de regras autónomas, mas ainda não deu corpo um regime autónomo aplicável aos contratos internacionais de empreendimento comum.

Tudo isto não obsta a que na *decisão arbitral de litígios emergentes de contratos internacionais de empreendimento comum possam ser aplicadas regras e princípios autónomos*, pelo menos quando as partes os escolham ou constituam costumes ou usos do comércio([72]).

E) Regulação pela ordem jurídica estadual

Embora a necessidade de atender a diferentes modalidades de contrato de empreendimento comum não se limite à regulação pela ordem jurídica estadual, ela assume especial relevância perante o *Direito de Conflitos geral*, aplicável pelos tribunais estaduais.

Em todas modalidades de contrato de empreendimento comum há geralmente uma pluralidade de contratos, designadamente o contrato-base e acordos de execução. O que coloca desde logo a questão de saber se *os acordos de execução estão submetidos à mesma lei que o contrato-base ou a uma lei diferente*.

Nas modalidades em que se institui uma empresa comum é indiscutível que há também que ter em conta *o estatuto institucional do ente coletivo*, designadamente a lei pessoal da sociedade que explora a empresa comum. Mas mesmo quando se institui apenas uma organização de coordenação, coloca-se a questão de saber se esta organização é regida por um estatuto institucional que pode ser diferente da lei que rege o contrato-base.

Vou começar pelo problema do *estatuto institucional*.

As pessoas coletivas têm como lei pessoal a lei do Estado onde têm a sede principal e efetiva da administração (art. 33.º/1 CC). O art. 3.º/1 C. Soc. Com. manda também atender à lei da sede estatutária das sociedades

---

([72]) Ver Luís de Lima Pinheiro, *Direito Internacional Privado*, Vol. II — *Direito de Conflitos/ /Parte Especial*, T. I, 5.ª ed., Lisboa, 2023, § 77 B e C, com mais referências.

comerciais nas relações com terceiros e, na prática, é a lei da sede estatutária que é normalmente aplicada às sociedades comerciais([73]).

Quanto ao *Direito aplicável à filial comum*, importa distinguir conforme a sua gestão está apenas submetida a diretrizes globais convertidas em atos de gestão corrente pela administração da filial ou são de facto geridas pelas partes do contrato de base. Neste segundo caso, na medida em que seja relevante a sede da administração, esta localiza-se no lugar onde as decisões são tomadas pelas partes do contrato de empreendimento comum([74]).

E relativamente aos *entes organizados sem personalidade jurídica*? Segundo o entendimento dominante, nas doutrinas germânica e portuguesa, as normas de conflitos reguladoras das pessoas coletivas são aplicáveis analogicamente a certos entes organizados sem personalidade jurídica([75]).

A atribuição de um estatuto institucional deve basear-se na conformação concreta e global do ente e, no mínimo, há-de pressupor uma *unidade que atua no tráfico jurídico como ente individualizado*, graças a mecanismos jurídicos que permitam a *formação de um vontade coletiva* e a *imputabilidade de atos praticados em seu nome*. De entre os outros traços caracterizadores a *ter em conta*, salientam-se o grau de estruturação orgânica, a existência de um património autónomo([76]), a fixação de um sede([77]) e o emprego de uma denominação social([78]).

Já não se justifica uma aplicação analógica das normas de conflitos reguladoras das pessoas coletivas nos casos em que o Direito considere externamente relevantes meras relações contratuais de cooperação ou aquelas em que exista uma organização meramente interna.

É o que manifestamente se verifica, por exemplo, quando as partes de um consórcio estabeleçam um órgão de coordenação das suas atividades e designem um chefe de consórcio, sem que o consórcio seja invocado perante terceiros e atuando o chefe do consórcio, na relação com terceiros, em seu próprio nome e não na sua qualidade funcional.

([73]) Ver Lima Pinheiro (n. 72) § 59 D.

([74]) Ver Reithmann/Martiny/Göthel, *Internationales Vertragsrecht. Das internationale Privatrecht der Schuldverträge*, 9.ª ed., Colónia, 2022, n.º 24.11.

([75]) Ver Lima Pinheiro (n. 72) § 58 B, com mais referências.

([76]) Afeto à atividade da organização e que responda pelas dívidas resultantes desta atividade, com ou sem exclusão da responsabilidade pessoal dos seus membros.

([77]) Ebenroth (n. 5) 266 adverte que a sede da empresa comum constituída ao abrigo do contrato de *joint venture* não pode ser vista como centro organizativo do acordo de base; uma vez que são as partes que, de facto, dirigem o *joint venture*, como seu centro organizativo deve antes considerar-se o lugar onde se realizam as reuniões regulares das partes.

([78]) Cp., por forma acentuadamente restritiva, *IPRG Komm.*/Vischer/Weible, *Zürcher Kommentar zum IPRG*, 3.ª ed., Zurique, Basileia e Genf, 2018, Art. 150 n.os 23-25, e HUBER (n. 70) 61, ss.

Nestes casos, o problema da aplicabilidade das normas relativas à administração ou à representação terá de ser examinado em função das relações individualizadas. Nas relações internas, entre os sócios, tais disposições serão aplicáveis quando integrarem a *lex contractus*. Nas relações com terceiros, haverá que ter em conta, em primeiro lugar, a lei aplicável a estas relações bem como a que for competente para reger a representação voluntária([79]).

No caso de relações de cooperação meramente obrigacional ou em que se institui apenas uma organização interna, aplica-se ao contrato de empreendimento comum o Regulamento Roma I([80]).

Quando, por se instituir uma empresa comum ou uma organização externa, entra em jogo um estatuto institucional, coloca-se a questão de saber se o contrato-base de empreendimento comum fica submetido a este estatuto. Alguns autores respondem afirmativamente([81]). Não é esta a minha posição.

O papel da organização comum é muito variável. Frequentemente trata-se apenas de coordenar as atividades desenvolvidas por cada uma das partes e de assegurar a realização de certas tarefas complementares ou marginais. Esta organização pode estar submetida a um regime até certo ponto semelhante ao das pessoas coletivas; mas as principais atividades necessárias à realização do empreendimento comum são desenvolvidas em nome e por conta dos seus membros.

Também quando se constitui uma ou mais filiais comuns, se torna necessário, na maioria dos casos, regular a colaboração num contrato-base, limitando-se o ato constitutivo às menções legalmente exigidas. Além das disposições parassociais, que dizem respeito à atuação dos sócios nos órgãos da sociedade, é o contrato-base e outros negócios complementares que regulam toda a teia de relações que se estabelecem.

Em minha opinião, o próprio *contrato de sociedade* está, em princípio, submetido às normas de conflitos reguladoras das obrigações voluntárias([82]).

([79]) Ver, sobre o ponto, Frank Vischer, Lucius Huber e David Oser, *Internationales Vertragsrecht*, 2.ª, Berna, 2000, 314; Willis Reese, Maurice Rosenberg e Peter Hay, *Cases and Materials on Conflict of Laws*, 9.ª ed., Westbury, Nova Iorque, 1990, 971, ss. e 975, ss.; Cp. art. 3º/*a* da Convenção sobre a Lei Aplicável aos Contratos de Mediação e à Representação (1978)

([80]) Ver *MünchKomm.*/Martiny [2021: Art. 4 Rom I-VO n.º 350]; Reithmann/Martiny/Göthel (n. 74) n.º 24.7; ver também *MünchKomm.*/Kindler [2021: IntGesR n.º 730], relativamente ao Direito aplicável ao acordo de base, vindo a defender que em última instância se atenda ao ponto de referência preponderante da relação jurídica visada, designadamente o estatuto da empresa comum.

([81]) Ver Reithmann/Martiny/Göthel (n. 74) n.º 24.25

([82]) Ver Lima Pinheiro (n. 72) § 59 C, com mais referências.

O domínio de aplicação da lei reguladora do negócio constitutivo abrange todas as questões relativas à *formação e validade do negócio* que não sejam objeto de conexões especiais, bem como às *obrigações geradas pelo negócio*. No entanto, no que toca às pessoas coletivas constituídas com a intervenção de órgãos públicos, deve entender-se que as normas imperativas relativas ao contrato de sociedade integram o estatuto da constituição e não o estatuto do negócio. Por conseguinte, serão aplicáveis as normas imperativas relativas ao contrato de sociedade que vigorem no Direito do lugar da constituição([83]). Para além disso, a lei reguladora do negócio é a exclusivamente aplicável à *interpretação e à integração* do mesmo.

Quanto ao Direito de Conflitos aplicável a estes contratos é necessário distinguir.

O Regulamento Roma I exclui do seu âmbito de aplicação as "questões reguladas pelo direito das sociedades e pelo direito aplicável a outras entidades dotadas ou não de personalidade jurídica, tais como a constituição, através de registo ou por outro meio, …" (art. 1.º/2/*f*). Esta formulação pode ser interpretada no sentido da exclusão dos negócios diretamente constitutivos de todos os entes com organização externa que sejam regulados enquanto tal pela lei competente para definir o seu estatuto institucional.

A estes negócios constitutivos, geradores de obrigações, e que não estejam submetidos a um estatuto especial, aplicam-se as normas de conflitos internas reguladoras das obrigações voluntárias (arts. 41.º e 42.º CC)([84]).

Em suma, *as normas de conflitos sobre obrigações voluntárias de fonte interna são aplicáveis aos contratos de empreendimento comum que além de estabelecerem uma relação obrigacional instituam diretamente pessoas coletivas ou organizações a elas assimiláveis*([85]).

Quanto aos efeitos organizativos ou institucionais, haverá que atender ao disposto nas normas de conflitos em matéria de pessoas coletivas, quando a organização constituída pelo contrato for uma pessoa coletiva ou quando, tratando-se de uma organização sem personalidade jurídica, se justificar a aplicação analógica destas normas de conflitos.

([83]) Naturalmente que os efeitos da invalidade do negócio sobre o ente coletivo ficarão dependentes da sua lei pessoal.

([84]) Haverá que ter em conta, além das normas contidas nos arts. 41.º e 42.º CC, ao Direito de Conflitos dos negócios jurídicos em geral (arts. 35.º, ss.), bem como ao conjunto das normas sobre interpretação e aplicação das normas de conflitos que integram o sistema geral de normas de conflitos.

([85]) *MünchKomm.*/Martiny [2021: Art. 4 Rom I-VO n.º 351] defende a aplicação das regras do Regulamento Roma I ao acordo de base que visa a instituição de uma empresa comum, mas distinto do contrato de sociedade propriamente dito. Ver também Drinhausen (n. 31) n.os 13-15.

As relações contratuais de cooperação entre sujeitos inseridos em diferentes sociedades estaduais são um dos domínios em que o fenómeno da dispersão dos elementos de conexão se manifesta mais frequentemente e por forma mais acentuada.

Por vezes será muito difícil determinar *o Direito aplicável a um contrato de empreendimento comum*.

Perante estas dificuldades, *a escolha pelas partes do Direito aplicável ao contrato de empreendimento comum é especialmente aconselhável* (art. 3.º do Regulamento Roma I e art. 41.º CC)([86]).

As partes podem submeter todo o esquema negocial a uma única lei, ou submeter os diversos negócios jurídicos que o integram a leis diferentes ou ainda submeter partes separáveis de cada contrato a leis diferentes. Tem sido assinalada a importância prática das designações parciais com respeito aos *contratos de empreendimento comum*. Por um lado, há um compreensível interesse na submissão do esquema negocial, no seu conjunto, a uma única lei([87]). Evitam-se assim as contradições normativas e as dessintonias resultantes da aplicação de uma pluralidade de leis.

Por outro lado, porém, dada a frequente complexidade e longa duração das operações envolvidas, são múltiplos os aspetos que as partes podem ter interesse em submeter a um estatuto especial. Alguns destes aspetos poderiam mesmo ser objeto de contratos separados, tornando-se com isso evidente o caráter separável da questão quando as partes os compreendam num único contrato. São igualmente separáveis certas cláusulas características das relações contratuais de longa duração — por exemplo, as cláusulas relativas à adaptação do contrato e à renegociação — bem como certas cláusulas que são específicas dos contratos celebrados com Estados ou com outros sujeitos públicos, designadamente as cláusulas de estabilização e intangibilidade([88]).

A escolha da lei aplicável pode ser expressa ou tácita. Um indício importante, mas não de per si conclusivo, da escolha tácita da lei de determinado Estado, é a atribuição de competência aos tribunais do mesmo Estado. A constituição da filial comum central segundo o Direito de determinado Estado também é um indício relevante([89]).

([86]) Ver, em sentido convergente, Klaft/Menrath (n. 31) n.º 34.

([87]) Cf. Erik Jayme, "L'autonomie de la volonté des parties dans les contrats internationaux entre personnes privées. Rapport provisoire", *Ann. Inst. dr. int.* 64-I (1991) 36-52, 42, e Goldman (n. 5) 34.

([88]) Ver Lima Pinheiro (n. 1) § 15 C. A possibilidade de submeter a cláusula de indexação a uma lei diferente é mencionada por Mario Giuliano e Paul Lagarde, "Rapport concernant la convention sur la loi applicable aux obligations contractuelles", *JOCE* C 282, 31/10, 17.

([89]) Ver Reithmann/Martiny/Göthel (n. 74) n.º 24.31.

Na falta de escolha pelas partes da lei aplicável, os autores têm apontado diversos caminhos para evitar ou tornear dificuldades geradas pela dispersão de elementos de conexão nas relações contratuais de cooperação económica.

Em geral, reconhece-se que não se afigura possível encontrar uma solução satisfatória mediante a consagração de uma regra de conflitos especializada de tipo tradicional, i.e., com um elemento de conexão determinado. Sugere-se antes que se explore todas as virtualidades dos critérios legalmente consagrados, tanto no que se refere à determinação da prestação característica quanto na concretização do critério da conexão mais estreita com base noutros elementos([90]). Mas isto nem sempre conduz a soluções satisfatórias.

Como o contrato de empreendimento comum não integra nenhum dos tipos referidos no art. 4.º/1 do Regulamento Roma I, *o contrato será regulado pela lei do país da residência habitual do devedor da prestação característica*, se esta for determinável (art. 4.º/2).

Todavia, a doutrina da prestação característica foi pensada para os contratos comutativos, principalmente para aqueles que concernem à troca de bens e serviços por dinheiro. A sua transposição para os contratos de empreendimento comum e, mais em geral, para os contratos de fim comum, suscita dificuldades que são, em muitos casos, insuperáveis([91]).

Isto não obsta a que os critérios geralmente utilizados para identificar o devedor da prestação característica sejam transponíveis para *certos* contratos de empreendimento comum.

É o que se verifica, em primeiro lugar, com aqueles contratos de empreendimento comum em que *uma das partes contribui preponderantemente com transferência de tecnologia*, quando as contribuições realiza-

---

([90]) Cf. Reithmann/Martiny/Göthel (n. 74) n.º 24.33.

([91]) Cf. Bernd von Hoffmann, "General Report on Contractual Obligations", *in European Private International Law of Obligations*, org. por *Lando*, *et al.*, 1-41, Tubinga, 1975, 9]; Zweigert/von Hoffmann (n. 4) 208; Lando (n. 53) 388; Miguel Virgós Soriano, "El Convenio de Roma de 19 de junio de 1980 sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales", *in Tratado de Derecho Comunitario Europeo*, Vol. III, 753-825, Madrid, 1986, 785; *MünchKomm.*/Martiny [2021: Art. 4 Rom I-VO n.º 350]; Reithmann/Martiny/Göthel (n. 74) n.os 24.35-24.36; Huber (n. 70) 96; Roberto Baratta, *Il collegamento più stretto nel diritto internazionale privato dei contratti*, Milão, 1991, 153; Eugénia Galvão Teles, *A prestação característica: um novo conceito para determinar a lei subsidiariamente aplicável aos contratos internacionais. O artigo 4.º da Convenção de Roma sobre a Lei Aplicável às Obrigações Contratuais* (relatório mestrado policopiado), s.l, 1994, 62, ss. e 111, ss.; Alberto Malatesta, "La legge applicabile ai contratti di cooperazione tra imprese secondo la Convenzione di Roma", *in La Convenzione di Roma sul diritto applicabile ai contratti internazionali,* org. por Sacerdoti e Frigo, 2.ª ed., Milão, 1994, 174, ss. e 177. Ver ainda Ivo Schwander, "Die Behandlung der Innominatverträge im internationalen Privatrecht", *in Innominatverträge*, *in FS Walter Schluep*, 501-513, 1988, 508.

das pelas outras partes consistirem principalmente em dinheiro. Será possível, neste caso, contrapor a prestação que realiza a transferência de tecnologia, como característica, às prestações pecuniárias das outras partes([92]). Assim, por exemplo, se duas partes, estabelecidas em países diferentes, colaboram na realização de um empreendimento comum em terceiro país, e uma delas contribui preponderantemente com transferência de tecnologia, enquanto a outra contribui exclusivamente com dinheiro.

Isto é, porém, contestado por outros autores, que assinalam que a contribuição de transferência de tecnologia não caracteriza o contrato de empreendimento comum([93]).

Seja como for, na maioria dos casos não será possível estabelecer uma contraposição tão clara entre as contribuições realizadas pelas partes, porque todas se obrigam a transmitir ou licenciar direitos de propriedade intelectual ou saber-fazer, ou nenhuma delas assume um dever principal com esse conteúdo ou apesar de só uma delas contrair tal dever as prestações que as outras devem realizar também não consistem principalmente na entrega de uma quantia pecuniária.

Um outro grupo de casos em que parece possível individualizar uma prestação característica é aquele em que *uma das partes assume o encargo da administração da organização instituída diretamente pelo contrato de empreendimento comum*. Esta parte obriga-se a realizar uma prestação que assume inegável especificidade, a par de outra ou outras prestações, e o conjunto das suas prestações reveste-se de maior complexidade que as prestações devidas pelas restantes partes. Razão por que parece possível considerá-la como sendo a devedora da prestação característica([94]). Se, por

---

([92]) Cf. Reithmann/Martiny/Kleinschmidt, 4.ª ed., 1988, n.º 816.

([93]) Cf. Reithmann/Martiny/Göthel (n. 74) n.os 24.35-24.36. Convergentes, em resultado, Huber (n. 70) 103 e 110, por entender que sendo o contrato caracterizado pelo elemento de cooperação, só em casos excecionais, quando outros critérios não permitam estabelecer a conexão mais estreita, será de considerar a prestação da parte que transfere a tecnologia como caracterizadora da relação de base; e Eugénia Galvão Teles (n. 91) 63, ss., entendendo que nestes contratos não se pode considerar que a prestação não pecuniária é característica, porque a prestação em dinheiro não constitui uma retribuição ou pagamento duma prestação, mas sim uma contribuição para um fim comum. No entanto, este último entendimento baseia-se num particular critério "de identificação da prestação característica" (o da "prestação contra pagamento ou retribuição") que por se prender a considerações específicas dos contratos sinalagmáticos não é transponível para os contratos de fim comum.

([94]) Ver François Knoepfler, François e Olivier Merkt, "Les accords de joint venture et les limites du droit international privé", *in Conflits et harmonisation*, *Mélanges Alfred von Overbeck*, 747-768, Friburgo, 1990, 764, ss., invocando a jurisprudência do Tribunal federal suíço em matéria de sociedade simples; Tito Ballarino, "La Convenzione di Roma del 1980 sulle obbligazioni contrattuali e le società commerciali", *Rivista del notariato* 47 (1993) 1-14, 12 (a respeito do consórcio bancário). Observe-se ainda que Frank Vischer e A. von Planta, *Internationales Privatrecht*, 2.ª ed., Basileia,

exemplo, duas partes estabelecidas em países diferentes celebram um contrato de consórcio para a realização de uma empreitada de construção civil num terceiro país, e uma delas assume o encargo de coordenar a execução da empreitada e de representar externamente o consórcio.

O que ainda deixa de fora todos aqueles casos em que o contrato de empreendimento comum não institui diretamente uma organização ou em que, instituindo-a, a sua administração não seja confiada exclusivamente a uma das partes.

Pode suceder que o contrato não institua diretamente uma organização, mas regule a constituição, por negócio separado, de uma empresa comum com personalidade jurídica, bem como a atuação das partes na condução dos assuntos sociais. Se a gestão da empresa comum for, pelo contrato-base, atribuída exclusivamente a uma das partes, será ainda possível encontrar aí a individualização da prestação característica.

Tendo-se em primeira linha em vista aqueles *joint ventures* em que se institui uma empresa comum, foi ainda sugerido que se poderia considerar como característica a prestação da parte que exerce uma influência determinante sobre o *joint venture* e que realiza os principais investimentos, detendo uma participação maioritária([95]). Todavia esta sugestão não pode ser aceite à face da doutrina da prestação característica, tal como se encontra consagrada no Regulamento Roma I. Nem a influência determinante nem o *quantum* da contribuição conferem à prestação realizada por uma das partes aquela especificidade que, segundo essa doutrina, permitiria caracterizar o conteúdo do contrato. Isto não quer dizer que tais elementos não possam ganhar alguma relevância para estabelecer a conexão mais estreita, quando elementos mais significativos se mostrem inconclusivos.

Nos *contratos de objeto complexo*, a individualização da prestação característica encontra dificuldades de outra ordem.

Se o contrato contém a par de um elemento de empreendimento comum um elemento comutativo, será na maioria dos casos individualizável uma prestação característica neste segundo elemento. Pense-se, por exemplo, no contrato em que uma das partes se obrigue, por determinado preço, a construir e instalar e uma unidade fabril que será objeto de exploração conjunta durante certo período. Todavia, a possibilidade de indivi-

---

1982, 183, se pronunciam no sentido de submeter os contratos de sociedade à residência habitual do sócio que em primeira linha está encarregado dos negócios da sociedade.

([95]) Cf. Anton Schnyder, "Internationale Joint Ventures — verfahrens—, anwendungs- und schiedsgerichtsrechtliche Fragen", *in Kooperations- und Joint Venture Verträge*, org. por Meier-Schatz, 81-89, 1994, 95.

dualizar, como característica do elemento comutativo do contrato, a prestação da parte que constrói e instala a unidade fabril ou que assegura o transporte, não significa que o contrato deva, no seu conjunto, ser submetido à lei do respetivo devedor. Parece que só deverá ser assim se o elemento a que disser respeito for o elemento preponderante do contrato([96]).

Não sendo possível determinar a prestação característica, resta recorrer subsidiariamente ao *critério geral da conexão mais estreita* (art. 4.º/4)([97]).

Uma conexão manifestamente mais estreita com um Estado também pode, excecionalmente, afastar a lei de outro Estado primariamente aplicável ao contrato (art. 4.º/3 — *cláusula de exceção*).

É geralmente reconhecida, no domínio dos contratos obrigacionais, uma *primazia dos interesses das partes*. Como se observou anteriormente, as partes têm um interesse conflitual na aplicação da lei a que estão mais intimamente ligadas. De onde resulta que os elementos de conexão pessoais são os que em primeira linha devem servir para estabelecer a conexão mais estreita com o contrato. São também estes elementos de conexão que melhor podem traduzir a *inserção do contrato de empreendimento comum na esfera económico-social de um Estado*. Por certo que o empreendimento comum, em si considerado, pode apresentar-se mais ligado à vida económica do Estado em cujo território é executado. Mas trata-se aqui de conectar a relação contratual de cooperação considerada no seu conjunto e não a atividade que resulta desta cooperação.

Se as partes do contrato de empreendimento comum têm a sede ou o estabelecimento relevante no mesmo país, pode partir-se do princípio que o contrato apresenta a conexão mais estreita com este país([98]).

Já quando nem todas as partes se encontrarem ligadas ao mesmo país por laços tão importantes quanto o lugar da sede ou o estabelecimento, poderão ser decisivos elementos de conexão reais, designadamente *o lugar da execução do contrato* e, no caso da cooperação organizada, *o lugar da sede da organização instituída diretamente pelo contrato*.

Por outro lado, se estes laços não forem conclusivos no caso concreto, nem a filial for regida a partir de outro Estado, há outros laços que podem ser relevantes, como o laço com Estado em que está localizada a

---

([96]) Ver, sobre o ponto, Virgós Soriano (n. 91) 785. Ver também Considerando n.º 19 do Regulamento Roma I.

([97]) Ver Lima Pinheiro (n. 1) 1215, ss.

([98]) Em sentido convergente, Zweigert/von Hoffmann (n. 4) 208; Reithmann/Martiny/Kleinschmidt (n. 92) n.º 817; *MünchKomm.*/Martiny [2021: Art. 4 Rom I-VO n.º 351]. Ver ainda, em tese geral, Rui Moura Ramos, *Da Lei Aplicável ao Contrato de Trabalho Internacional*, Coimbra, 1991, 541, ss.

parte que realiza a prestação principal ou que administra a organização ou a localização dos bens afetos à organização([99]). Tem-se aqui primeiramente em vista a organização instituída pelo contrato para coordenar o conjunto das atividades desenvolvidas pelas partes para a realização do empreendimento comum, *a associação consorcial*.

Quando se trate de *cooperação meramente obrigacional*, pode partir-se do princípio que a conexão mais estreita, num contrato celebrado entre partes de países diferentes e em que não é possível determinar a prestação característica, se estabelece com o país onde o contrato deve ser executado([100]). Esta solução encontrará, porém, dificuldades nos casos em que haja uma pluralidade de lugares de execução ou em que se trate de serviços transfronteiriços, como o são, por exemplo, os transportes ou as telecomunicações internacionais. No primeiro caso, é concebível que se atenda ao *lugar de execução preponderante*, quando exista. Um dos lugares onde ocorre uma parte importante da execução do contrato, ainda que não seja a preponderante, pode ser relevante para a determinação da conexão mais estreita, se coincidir com a sede ou o estabelecimento de uma das partes.

Passe-se agora a considerar o contrato de empreendimento comum que leve à constituição de uma *empresa comum central*. Normalmente trata-se de uma filial comum que é instituída por um negócio constitutivo separado. O lugar da sede da filial comum não constitui, por conseguinte, um elemento de conexão que se reporte a um dos elementos do contrato-base. No entanto, existe um *nexo funcional* entre o contrato-base e a filial comum, que pode ser tido em consideração para determinar a conexão mais estreita do contrato-base([101]), quando as partes não tenham a sua sede ou estabelecimento relevante no mesmo país.

Se a sede da empresa comum é estabelecida no mesmo país em que uma das partes tem a sua sede ou estabelecimento relevante, será este o país que, em princípio, apresenta uma conexão mais estreita com o contrato([102]). Contudo, as circunstâncias do caso podem apontar em sentido

---

([99]) Ver sem sentido convergente Reithmann/Martiny/Göthel (n. 74) n.º 24.48.

([100]) O supracit. ac. STJ 8/2/66 (n. 51) pronunciou-se sobre um relação contratual, que qualificou como contrato-promessa de associação (tendo em vista a "colaboração técnica" na realização de uma empreitada), estabelecida por uma empresa portuguesa aparentemente com um profissional independente ou empresário em nome individual estrangeiro. O caso é apreciado como se fosse meramente interno, sendo certo que se situava em Portugal a sede de uma das partes bem como o lugar de execução do contrato.

([101]) Ver também Huber (n. 70) 104. Para o efeito é irrelevante que o contrato-base contenha ou não uma promessa de constituição da sociedade.

([102]) Em sentido convergente, ver Zweigert/von Hoffmann (n. 4) 208; Reithmann/Martiny/ /Kleinschmidt (n. 92) n.º 817.

diferente, designadamente quando o *joint venture* é constituído por força da lei de investimento estrangeiro do Estado da constituição e a parte local não dá um contributo material efetivo para a realização do empreendimento comum([103]).

Não se verificando esta hipótese, deve ter-se em atenção que, nesta modalidade de cooperação, o contrato-base tem principalmente uma eficácia parassocial, a partir do momento em que é constituída a empresa comum. Tem sido defendido que os acordos parassociais apresentam uma conexão mais estreita com o país onde está sediada a sociedade([104]). A solução parece em princípio de reter para os contratos de empreendimento comum ora em consideração, mas só quando elementos de conexão relativos às partes não apontem para outro país.

Como procurei demonstrar noutro lugar, mesmo nos sistemas que adotam a teoria da sede em matéria de estatuto pessoal das sociedades, e que, por isso, atendem formalmente à sede da administração, a sede relevante nesta matéria é, em princípio, a sede estatutária([105]). No entanto, no que toca à determinação da lei aplicável ao contrato de empreendimento comum, a sede mais relevante para a concretização do critério da conexão mais estreita é a sede da administração. E a este respeito deve ter-se em conta a que a filial comum pode ser gerida, mesmo quanto aos atos de gestão corrente, pelas partes do contrato de empreendimento comum a partir de um Estado diferente do da sua sede. O laço com este Estado pode ser mais importante para a determinação da lei aplicável ao contrato.

Quanto aos *contratos de empreendimento comum celebrados por particulares com Estados ou outros sujeitos públicos estaduais*, o Regulamento Roma I apenas é diretamente aplicável àqueles que não envolvam o exercício de poderes de autoridade (art. 1.º/1). Poderia pensar-se em continuar a aplicar a Convenção de Roma sobre a Lei Aplicável às Obrigações Contratuais (1980) aos contratos com sujeitos públicos estrangeiros que envolvam o exercício de poderes de autoridade e não estejam submetidos

---

([103]) Reithmann/Martiny/Göthel (n. 74) n.º 24.46.

([104]) Cf. Schwander (n. 90) 510; *IPRG Komm.*/Kren Kostkiewicz (n. 77) [Art. 117 n.º 191]; Ballarino (n. 92) 972, ss., com diferenciação. Cp. *MünchKomm.*/Kindler [2021: IntGesR n.os 595-596, distinguindo acordos obrigacionais dos sócios, submetidos às regras do Regulamento Roma I, por um lado, dos acordos sobre responsabilidade e dos acordos de voto, submetidos ao estatuto da sociedade, por outro; Drinhausen (n. 31) n.º 16, distinguindo acordos dos sócios que afetam a estrutura da sociedade, submetidos ao estatuto da sociedade, e outros acordos, submetidos às regras do Regulamento Roma I.

([105]) Ver Lima Pinheiro (n. 72) § 59 B e D.

a Direito Internacional de Conflitos(106). No entanto, uma vez que o Regulamento Roma I visou substituir a Convenção de Roma, será mais defensável a aplicação analógica do regime do Regulamento Roma I a esses contratos de Estado, com os ajustamentos que se imponham(107).

Já sabemos que, com muita frequência, o contrato-base é secundado por *contratos de execução ou complementares* separados. No seu conjunto, estes contratos formam um esquema negocial que tem subjacente uma mesma operação económica. Com base no nexo funcional que une os negócios de execução ou complementares ao contrato-base pode estabelecer-se uma *conexão acessória* para estes negócios(108).

Esta conexão acessória pode fundamentar-se quer numa escolha tácita da lei que rege o contrato-base(109), quer, se os indícios não forem suficientes para estabelecer uma vontade tácita, com base na cláusula de exceção, se a lei primariamente aplicável for determinável com base nos arts. 4.º/1 ou 2, ou, caso contrário, com base no critério subsidiário da conexão mais estreita (art. 4.º/4)(110).

O nexo de acessoriedade constitui assim um dos elementos que relevam para o estabelecimento da conexão mais estreita. Por conseguinte, o contrato-base e os contratos de execução ou complementares deverão ser considerados como dizendo respeito a uma *relação global*, em princípio submetida à

---

(106) Ver, aparentemente neste sentido, Paul Lagarde e Aline Tenembaum, "De la convention de Rome au règlement Rome I", *R. crit.* 97 (2008) 727-780, 733.

(107) Ver Lima Pinheiro (n. 62) I.C e (n. 72) § 65 A; *Staudinger*/Magnus [2011: Art. 1 Rom I-VO n.º 26 e Art. 4 n.º 626], mas só em relação ao art. 3.º, uma vez que defende a conexão supletiva com o Direito do sujeito público contratante; e *MünchKomm.*/Matiny [2021: Art. 1 Rom I-VO n.º 6].

(108) Ver Vischer/Huber/Oser (n. 79) n.os 270-271 e 276; Henri Batiffol e Paul Lagarde, *Droit international privé*, Vol. II, 7.ª ed., Paris, 1983, 300, ss.; Erik Jayme, "Kollisionsrechtliche Techniken für Langzeitverträge mit Auslandsberühung", *in Der komplex Langzeitvertrag. Strukturen und Internationale Schiedsgerichtsbarkeit*, org. por Fritz Nicklisch, 311-318, Heidelberga, 1987, 313; Gerhard Kegel e Klaus Schurig, *Internationales Privatrecht — ein Studienbuch*, 9.ª ed., Munique, 2004, 665]; *MünchKomm.*/Martiny [2021: Art. 4 Rom I-VO n.os 301, ss., e 309]; Eugénia Galvão Teles (n. 91) 93; relativamente aos contratos complexos de longa duração, Christoph von der Seipen, *Akzessorische Anknüpfung und engste Verbindung im Kollisionsrecht der komplexen Vertragsverhältnisse*, Heidelberga, 1989, 276, ss.; especificamente em relação aos contratos de *joint venture*, Alberto Malatesta, "Rapporti tra fonti normative negli accordi di joint venture con particolare riferimento ai paesi europei (già) socialisti", *RDIPP* 27 (1991) 925-952, 951; Huber (n. 70) 98, ss.; e Knoepfler/Merkt (n. 94) 767. Cp. Schnyder (n. 95) 95, no sentido da submissão ao "seu próprio Direito" de "acordos especiais" tais como os contratos de gestão ou os acordos de saber-fazer. Max Keller e Kurt Siehr, *Allgemeine Lehren des internationalen Privatrechts*, Zurique, 1986, 284, ss., referem-se à conexão acessória [*akzessorische Anknüpfung*] no sentido de conexão dependente. Cp. Von der Seipen, *op. cit.*, 48, ss.

(109) Ver Reithmann/Martiny/Göthel (n. 74) n.os 24.63, ss.; ver também Giuliano/Lagarde (n. 88) 49.

(110) Ver Reithmann/Martiny/Göthel (n. 74) n.º 24.68.

mesma lei que rege o contrato-base, seja a título de lei escolhida pelas partes ou de lei do país que apresenta a conexão mais estreita com este contrato. Só será de conectar separadamente os contratos de execução ou complementares quando as partes os submetam a uma lei diferente ou da avaliação do conjunto das circunstâncias resulte que não é justificada uma conexão acessória baseada numa designação tácita ou na cláusula de exceção([111]).

Foi anteriormente assinalado que *o Direito de Conflitos das obrigações voluntárias* de fonte interna tem um papel a desempenhar na regulação de certos contratos de empreendimento comum que se encontram excluídos do âmbito de aplicação do Regulamento Roma I.

Nos termos do art. 41.º CC, as partes podem escolher a lei aplicável ao contrato, desde que escolham lei de um Estado que tem uma conexão atendível com o contrato ou tenham um interesse sério nessa escolha. Nos termos do art. 42.º CC, o contrato é submetido, na falta de escolha pelas partes, à lei da residência habitual comum ou da sede comum das partes e, na sua falta, à lei do lugar da celebração.

Nas mais das vezes os contratos de empreendimento comum, à semelhança do que se verifica com a generalidade dos contratos internacionais, são contratos entre ausentes, caso em que o elemento de conexão lugar da celebração constitui um laço jurídico que carece de ser concretizado mediante uma construção jurídica. Segundo o entendimento que tem sido defendido entre nós, é de proceder a uma transposição, com adaptações, do critério estabelecido no art. 224.º CC sobre o momento da perfeição da declaração negocial recetícia. De onde resulta que o contrato se considera celebrado, em princípio, no lugar onde seria normalmente recebida ou conhecida a aceitação([112]).

Estas soluções são cada vez menos adequadas aos contratos internacionais([113]), razão porque, apesar do seu reduzido campo de aplicação, a disciplina de certos contratos internacionais de empreendimento comum reforça a justificação para a sua reforma.

([111]) Ver Lima Pinheiro (n. 1) § 23 B e Reithmann/Martiny/Göthel (n. 74) n.º 24.73. Ver ainda Von der Seipen (n. 108) 315, ss.

([112]) Ver art. 25.º/II do Anteprojeto de 1951 e comentário, *in* António Ferrer Correia eF. Ferreira Pinto, *Direito Internacional Privado. Leis e Projectos de Leis. Convenções Internacionais*, Coimbra, 1988, 57]; Isabel de Magalhães Collaço 1954, *Da Compra e Venda em Direito Internacional Privado, Aspectos Fundamentais*, Vol. I , Lisboa, 1954, 229, ss.; Id., *Direito Internacional Privado. Sistema de normas de conflitos portuguesas. Das obrigações voluntárias* (Lições proferidas no ano letivo de 1972/1973. Apontamentos de alunos), Lisboa, 1973, 58, ss.; art. 27.º/2 do Anteprojeto de 1964; Luís de Lima Pinheiro, *A Venda com Reserva da Propriedade em Direito Internacional Privado*, Lisboa, *et. al.*, 1991, 96]. Ver também ac. STJ 6/1/1977 [*BMJ* 263: 185].

([113]) Ver Lima Pinheiro (n. 72) § 66 A.

V. Considerações finais

À semelhança do que assinalei anteriormente com respeito aos *smart contracts*([114]), também o problema da determinação do Direito aplicável aos contratos de empreendimento comum é, em princípio, solucionável com base em técnicas conflituais "tradicionais". O problema é que estas soluções nem sempre são satisfatórias.

A prestação característica pode ser determinável em alguns casos, mas nem sempre permite aplicar a lei com uma ligação especialmente significativa com o contrato. A cláusula de exceção só permite excecionalmente resolver o problema. Seria preferível uma solução do tipo da Convenção de Roma sobre a Lei Aplicável às Obrigações Contratuais, em que a conexão mais estreita seja o critério de conexão primário e a doutrina da prestação característica só intervenha quando não é possível determinar claramente a conexão mais estreita com um determinado Estado.

No entanto, a dispersão dos elementos de conexão também pode reduzir o significado do critério da conexão mais estreita como critério de conexão. A conexão mais estreita nem sempre representará, neste caso, uma ligação significativa com o contrato. É o que se verifica nos casos em que o contrato de empreendimento comum celebrado entre parceiros de países diferentes seja executado parcialmente, por cada um deles, nos respetivos países, mas compreenda igualmente uma fase de execução integrada, num terceiro país. Existe uma conexão mais estreita com este terceiro país, mas não é uma ligação significativa.

Por conseguinte, também no caso de contratos de empreendimento comum que não apresentam uma clara conexão mais estreita com um determinado Estado o critério das regras de Direito mais apropriadas ao litígio, permitido pelo Direito Transnacional da Arbitragem([115]), poderia facultar soluções mais satisfatórias.

([114]) "Smart Contracts e Direito Aplicável", *in Discussões sobre Direito na Era Digital*, org. por Anna Carolina Pinho, 503-527, Rio de Janeiro, 2021, e "Laws Applicable to International Smart Contracts and Decentralized Autonomous Organizations (DAOS)", *LSN Comparative Law eJournal*, Vol. 22, N.º 121, 06/13/2023(=*Transnational Litigation/ Arbitration, Private International Law, & Conflict of Laws eJournal*, Vol. 9, No.80 6/13/2023), *Law & Society: Private Law — Contracts eJournal*, Vol. 8, N.º 18, 6/12/2023) (acessível em <http://papers.ssrn. com>).

([115]) Ver, sobre este critério, Lima Pinheiro (n. 72) § 77 B.

A DIGNIDADE DA PESSOA E AS FORMAS BÁSICAS DA TUTELA DA PERSONALIDADE

Por Manuel Carneiro da Frada(*)(**)

Sumário:

1. A pessoa e a sua dignidade no centro da tutela da personalidade. **2.** As formas básicas da tutela da personalidade e a sua consonância com a tríplice tutela dos direitos subjectivos (negatória, ressarcitória e restitutória). **3.** As providências do art. 70.º/2 do Código Civil enquanto expressão de uma tutela negatória, não indemnizatória, dos direitos subjectivos. **4.** O enriquecimento sem causa como terceira forma de tutela dos direitos de personalidade. **5.** Conclusão: por uma (re)leitura "melhorada" das formas de tutela da personalidade previstas na lei.

1. A pessoa e a sua dignidade no centro da tutela da personalidade

I — Propomo-nos abordar a protecção jurídica da personalidade humana e as formas básicas em que ela se desdobra.

O tema é essencial: não só porque, logo desde um ponto de vista justeorético, a defesa ou a promoção da dignidade da pessoa humana se apresentam como o fim último do Direito, mas também em virtude de, entre nós, ser a própria Constituição da República que, no seu art. 1.º, erige essa mesma dignidade a valor angular do sistema jurídico-positivo português.

(*) Doutor em Direito. Professor da Faculdade de Direito da Universidade do Porto.

(**) O presente estudo é dedicado a Fernando Pinto Bronze.

Em si mesma, e por outro lado, a tutela segue a definição e o conteúdo do direito, que teleologicamente a precede. A concreta configuração por ela assumida depende, naturalmente, do tipo de posição jurídica a proteger, e das faculdades e poderes que a integram.

A tutela da personalidade é, portanto, função do conceito juscivil de pessoa. Terminologicamente, o legislador acoplou-a, por certo, de modo redutor, ao "indivíduo" e à defesa da sua "integridade física ou moral" (cf. o art. 70.º/1 do Código Civil). Mas está em causa — até por imperativo constitucional (cf. o art. 1.º da CRP) —, o indivíduo como pessoa: em toda a sua amplitude, pois, a pessoa humana, considerando a dignidade de que se reveste em virtude da natureza que lhe corresponde; sem necessidade de concessão, portanto, a ideologias de cariz individualista.

II — Nem o conceito de pessoa, nem o da sua dignidade (de resto, assim como o da relação, de "natureza", que as enlaça e justifica), são noções vazias, ou pensáveis enquanto categorias operativas essencialmente formais, a pretexto da diversidade de entendimentos que a seu respeito possam existir na sociedade. Nenhuma ordem jurídica que se queira minimamente justa pode prescindir de uma noção material de pessoa e da dignidade que, por natureza, lhe corresponde. Quanto maior for o seu reconhecimento e aceitação, mais integrada se mostrará a comunidade social([1/2]).

([1]) Retomamos, embora com acentos diversos, uma temática já desenvolvida no nosso «O conceito de dignidade da pessoa humana/Um mapa de navegação para o jurista», in *Católica Law Review*, IV, 2, Maio 2020, p. 139, ss. A noção de pessoa e da sua dignidade é essencial para qualquer ordenamento jurídico; no nosso caso, por imperativo constitucional. O tema geral da tutela da personalidade tem vindo por isso a merecer justificadamente, em tempos recentes, uma maior atenção da doutrina. Entre a extensa a reflexão que sobre ela se vem produzindo, veja-se, *colorandi causa*, depois da monografia central de Capelo de Sousa, *O Direito Geral de Personalidade*, Coimbra, 1995, os contributos de Diogo Leite de Campos, *Nós/Estudos sobre o direito das pessoas*, Coimbra, 2004, Pedro Pais de Vasconcelos, *Direito de Personalidade*, Coimbra, 2006, Paulo Mota Pinto, *Direitos de Personalidade (e Direitos Fundamentais)/Estudos*, Coimbra, 2018, e Ana Mafalda Miranda Barbosa/Tomás Prieto Álvarez, *O Direito (ao Livre Desenvolvimento) da Personalidade/Sentido e Limites*, Coimbra, 2020. O tema recebe hoje também, justificadamente, maior desenvolvimento em lições dedicadas. Cf. Diogo Costa Gonçalves, *Lições de Direitos de Personalidade/Dogmática Geral e Tutela Nuclear*, Lisboa, 2022, abordando com amplo enquadramento filosófico-jurídico o conceito fundamental de "pessoa", ano 151 (2021). No campo das obras gerais, *vide* em especial Oliveira Ascensão, *Direito Civil/Teoria Geral, I (Introdução, as Pessoas, os Bens)*, Coimbra, 2000, (*v.g.*, com exposição das razões para uma refutação de um direito geral de personalidade e da não extensão da categoria às pessoas colectivas), Menezes Cordeiro, *Tratado de Direito Civil IV/Parte Geral (Pessoas)*, 5.ª ed., Coimbra, 2019 (*v.g.*, 32, ss. — com síntese do pensamento da dignidade da pessoa humana e da sua evolução —, e 102, ss. sobre a construção geral do "direito de personalidade" e muito amplo tratamento dos direitos de personalidade em especial) e, mais recentemente, Ana Mafalda Miranda Barbosa, *Lições de Teoria Geral do Direito Civil*, Coimbra, 27, ss., 262, ss., 305, ss., 527, ss. (com grande desenvolvimento dado aos direitos de personalidade sobre a base do personalismo ético, e demarcando bem a essa luz os termos pos-

Uma postura coerentemente relativista a seu respeito enfrenta dificuldades teóricas e práticas insuperáveis. Há exigências básicas da vida social — condutas que havemos de poder pedir ou exigir dos demais — que não são possíveis a não ser que pensemos de modo não relativo acerca da pessoa e da sua dignidade, apesar da ineliminável singularidade individual que qualquer compreensão destas realidades implica. A própria exigibilidade da tolerância para com concepções divergentes a seu respeito — e a possibilidade de as expressar — o requer, especialmente num ambiente pluricultural como o que marca as nossas sociedades modernas; a tolerância baseia-se na necessidade de respeitar as convicções ou opiniões dos demais *como pessoas que são*([3]).

Em qualquer caso, as concepções acerca da dignidade da pessoa não são todas iguais, nem têm todas o mesmo valor. A variedade com que se podem apresentar — manifestando-se, como é óbvio, numa diversidade de implicações no plano do Direito — não pode conduzir a uma redução dessa dignidade ao mero denominador comum de tais concepções, qual expressão de um consenso social mínimo ou de uma "teoria da verdade (apenas) como (mero) consenso", seguida à risca. Semelhante compreensão — correspondente a um conceito fraco de dignidade da pessoa, que o esvazia por forma a assegurar-lhe a maior extensão possível — não faz jus, nem à excelência da pessoa expressa por essa mesma dignidade, nem à pedra angular que essa mesma dignidade constitui no sistema jurídico português, ao colocar-se todo o ordenamento sob a sua égide. Deve, pois, ser rejeitada, e pugnar-se, no seu lugar, por um conceito "forte" de pessoa([4]).

---

síveis de uma reflexão jurídica em torno dos "direitos dos animais" e das "pessoas electrónicas", e da inteligência artificial).

([2]) A pessoa — em todas as dimensões de que ela se reveste — perpassa, aliás, toda a obra e reflexão de Fernando Pinto Bronze sobre o Direito. Como lapidarmente anuncia "tenho[-me] atrevido a compreendê-lo (a compreender o homem-pessoa) como a expressão sintética das constituendas exigências axiológicas intencionadas e densificantes do direito": cf. «Do pensamento ao pensamento jurídico metodologicamente comprometido (notas mais ou menos soltas relativas a alguns dos elos que os articulam)», *in* RLJ, ano 151 (2021), 4, ss. Insistindo sempre em que "a justiça traduz o que devemos aos outros e os outros nos devem a nós para podermos ser cada um de nós e todos, verdadeiramente pessoas": veja-se só, elucidativamente, *Lições de Introdução ao Direito*, 2.ª ed., Coimbra, 2006, 34, ss., 43, ss., 121, ss., 213, ss., e *passim*, vigorosamente na linha do seu predecessor na leccionação da referida disciplina (*vide*, de Castanheira Neves, *v.g.*, «Dignidade da pessoa humana e direitos do homem», in *Digesta*, Vol. 2.º, Coimbra, 1995, 425, ss.).

([3]) Cf., com mais desenvolvimento, o nosso «Relativismo, Valores, Direito», destinado aos Estudos em Honra do Professor Doutor Martim de Albuquerque e publicado na *Revista da Faculdade de Direito de Lisboa*, LI, 1 e 2, Coimbra, 2010, 141, ss.

([4]) Esse o perigo que vemos na acentuação da "neutralidade do Estado" relativamente às concepções sobre a dignidade da pessoa socialmente vigentes: relega-se assim a dignidade humana para

III — Para o seu preenchimento importa convocar a melhor tradição cultural dos povos; joeirando as suas mais felizes experiências, entre os equívocos e enganos da história, com auxílio da razão, reflexiva e crítica; e aproveitando-se a diversidade dessas tradições como factor de enriquecimento da noção de pessoa e da sua dignidade: "adicionando", pois, em vez de "subtrair". As concepções filosóficas — e é justo lembrar a proeminência da reflexão filosófica ocidental em torno da pessoa e da sua dignidade — constituirão um auxiliar precioso na sua ponderação e análise racional.

Por contraste, o acentuar, no lugar dos consensos historicamente sedimentados, das divergências e dificuldades que, nalgumas situações, experimentou o pensamento sobre o conceito de pessoa e da sua dignidade — por vezes (ab)usadas depois, para conferir legitimidade a filosofias nihilistas de pós-verdade —, representa com frequência o desprezo de entendimentos e expectativas validadas pela experiência das pessoas comuns (que mais deveriam interessar ao Direito), corroendo representações sociais de modo contra-intuitivo e (socialmente) indesejável.

De facto, a pessoa e a sua dignidade não podem, simplesmente, entender-se segundo concepções (restritas) de "auto-convencidos" (de cariz individualista-subjectivista, e muito menos em função de cartilhas ideológicas propagadas por "vanguardas de iluminados"). Assim, se ao jurista, sobretudo se universitário, há-de certamente pedir-se que não se demita de identificar e pugnar por aquilo que constituem as exigências da dignidade da pessoa humana, a um juiz, que tem por função administrar a justiça "em nome do povo" (cf. o art. 202.º da CRP) não está consentido deixar de considerar as concepções amplamente partilhadas a tal respeito que se mostrem sedimentadas na consciência social.

---

um limbo conceptual difuso, incoerente e frouxo, extremamente volátil e facilmente instrumentalizável por cada um, ao sabor dos interesses, das circunstâncias e das dinâmicas do poder. Aqui se revela, portanto, a delicadeza de que se reveste a harmonização prática entre o respeito e a tolerância — por suposto, necessárias — perante concepções diferentes acerca da dignidade humana, e a necessidade de preservar e promover esta última segundo o mandamento constitucional. A margem da tolerância não é nem pode ser, nesse sentido, indeterminada e indefinidamente elástica (para uma problematização deste ponto pode ver-se Ana Gaudêncio, *O Intervalo da Tolerância nas Fronteiras da Juridicidade: fundamentos e condições de possibilidade da projecção jurídica de uma (re) construção normativamente substancial da exigência de tolerância*, Coimbra, 2012, assim como Paulo Mota Pinto, «Nota sobre o imperativo da tolerância e seus limites», in *Direitos de Personalidade*, *cit.*, 185, ss.). Tanto a prudência como as exigências da razão constituem dois critérios absolutamente cruciais para a determinação dos seus limites, sendo que é sempre a dignidade humana que se trata de promover, e que esta não é relativizável. A tolerância é uma virtude possibilitadora da convivência. Não implica a equivalência entre as concepções da dignidade humana.

IV — Porque assim deve ser — e o Direito não pode ser aprisionado numa torre de marfim tão só habitada por alguns —, pergunta-se qual o papel daquelas compreensões da pessoa e da sua dignidade socialmente vigentes. A interrogação atinge em particular aquelas que, pela sua natureza, como o são as que correspondem a sensibilidades amparadas em percepções religiosas, se mostram amplamente difundidas no tecido social.

O Estado de uma sociedade pluralista não pode nem deve, por si, privilegiar nenhuma resposta religiosa particular a interrogações básicas próprias da natureza humana. Mas o facto de um dado entendimento da dignidade da pessoa socialmente implantada reflectir, em maior ou menor medida, concepções específicas sobre Deus, a pessoa e o sentido da vida ou do mundo, não autoriza só por isso a sua desvalorização, considerando a abrangência, o reconhecimento e a aceitação de que possam pela sua própria índole beneficiar junto de uma generalidade de pessoas. A não confessionalidade constitucionalmente consagrada do Estado português não deve entender-se assim, na perspectiva da tutela da personalidade, como um "laicismo" — enquanto postura adversa a concepções religiosas socialmente vigentes, apagando ou extirpando os seus vestígios no diálogo social. Há-de expressar antes uma "laicidade" em favor da liberdade de adesão ou de não adesão, de todos e de cada um dos cidadãos, às respectivas representações([5]).

Semelhante posição não põe em causa que — tendo agora em conta, em particular, as raízes culturais lusas — a expressão mais excelsa (e, até, dir-se-ia, conceptualmente insuperável) da pessoa e da sua dignidade provirá certamente do cristianismo, ao conferir a cada pessoa a dignidade de "filho de Deus", feito à sua "imagem e semelhança"([6]).

Esta perspectiva — transcendente — confere à discussão em torno da pessoa e da dignidade humana um ponto fixo; funda-se ela, numa âncora firme, imune a subjectivismos, relativismos, ideologizações e instrumentalizações. Com vantagens que facilmente se percebem: o reconhecimento de um *Logos* criador e inteligente justifica a acessibilidade das exigências da dignidade humana à razão, assegura sentido ao porfiar pela sua indagação e realização histórica, preserva a liberdade e confere-lhe um fim elevado. Através da inerente "transcensão" da pessoa, cada um fica idealmente protegido contra o arbítrio e os abusos do poder (qualquer que ele seja, e mesmo perante maiorias democraticamente legitimadas); ao mesmo tempo que se fundamenta de

---

([5]) Para uma análise recente na doutrina especializada, cf. Jorge Bacelar Gouveia, *Direito da Religião/Laicidade, Pluralismo e Cooperação nas Relações Igreja-Estado*, Coimbra, 2024, 133, ss. e *passim.*

([6]) Cf., *v.g.*, *Génesis*, 1, 26-27; 2,7; Mateus 6, 9-13. Para uma explicação deste aspecto central do cristianismo, pode ver-se Bento XVI, *Testamento/Permanecei firmes na fé*, Lisboa, 2023, 18, ss.

forma superlativa um conjunto de exigências da pessoa face aos demais e à comunidade política estadual — e destes em relação aos demais; combate-se o egoísmo, a lassidão e o desinteresse social para com os outros([7]). Uma perspectiva que se diria, pois, ser muito de encorajar do ponto de vista de uma estratégia não conformista, de promoção efectiva da dignidade humana([8]).

Trata-se, em todo o caso, de uma substanciação da dignidade humana que — além de não resolver sem mais os problemas colocados pela necessidade da sua densificação no devir histórico —, pode não ser reconhecida ou "empatizada" (aliás legitimamente) por muitos e não deve, portanto, num Estado não confessional como o nosso, ser tomada *per se*, tal qual se disse, como critério da dignidade humana.

As concretizações que acolheu ou recebe semelhante substanciação são, porém, relevantes para o entendimento dessa dignidade, e não podem, como tal, ser acantonadas a domínios meramente privados, sem direito a expressão ou diálogo públicos. Constituindo, naturalmente, em si mesmas, e como quaisquer outras, expressões culturais legítimas, elas concorrem, no diálogo social e sob a égide constitucional, com outras perspectivas em ordem ao preenchimento do conceito jurídico de pessoa e da sua dignidade: sem especial privilégio no ponto de partida, mas também sem qualquer discriminação.

V — À razão crítica e à prudência do julgador, mais do que a maiorias sociológicas (com o seu critério puramente empírico e arbitrário), cabe depois a palavra ordenadora (por suposto, não absoluta, e, por isso,

---

([7]) "Esta é a razão mais profunda da inviolabilidade da dignidade humana contra qualquer tentação de avaliar a pessoa em conformidade com critérios utilitaristas de poder." (Bento XVI, *Testamento*, *cit.*, 28.). A referência da dignidade da pessoa a Deus tem, de resto, consequências mais profundas, por isso que só ela é capaz, derradeiramente, de possibilitar e assegurar um sentido ao mundo e ao Direito. É assim também que, como observa percucientemente Bento XVI, pode dizer-se que a nossa origem (de pessoas) não é o irracional ou a necessidade, mas a razão, o amor e a liberdade; "tudo o que Deus cria é belo e bom, repleto de sabedoria e de amor; o gesto criador de Deus traz ordem, incute harmonia e confere beleza" (cf. *Testamento*, *cit.*, 26-27). Com o que o devir histórico adquire uma nota de esperança, no lugar de uma fatalidade, conferindo utilidade à pugna pela dignidade da pessoa humana de cada geração.

([8]) Por contraste, as maiores atrocidades perpetradas no século XX, por exemplo, terão sido cometidas por ideologias ou regimes ateus. Sendo que a maior parte das perversões cometidas historicamente em nome da religião se deveram, na realidade, no nosso espaço cultural, a atitudes genuinamente não religiosas, designadamente à sua instrumentalização a objectivos de outra ordem. Tem, na verdade, sido reconhecida a importância, para as sociedades democráticas actuais, embora secularizadas, de valores originários da visão cristã do mundo, importantes para assegurar uma cultura (de cidadania) necessária à sua preservação e desenvolvimento: cf. Jürgen Habermas no seu diálogo com Joseph Ratzinger em torno dos fundamentos morais pré-políticos do Estado constitucional, reproduzido em *Estudos/Revista do Centro Académico de Democracia Cristã*, 3 (2004), 41, ss. (com prólogo de João Loureiro).

revisível), como corresponde a uma noção aberta e transsistemática — transconstitucional — como a da "dignidade da pessoa humana"([9]).

Desta perspectiva, delineada em termos muito gerais, fluem algumas consequências. Uma delas é a de que a dignidade da pessoa e as suas exigências básicas não dependem do reconhecimento por parte de uma certa comunidade política — tal qual decorreria de uma postura positivista e relativista: relativismo e positivismo jurídico são recognoscivelmente, correlativos entre si([10]). A pessoa constitui, portanto, um *prius* relativamente à comunidade política.

Esta última não pode, por outro lado, construir-se, fundamentalmente, como uma ordem de deveres: sem prejuízo da responsabilidade que a cada um cabe enquanto ser social — a pessoa só o é e se realiza com os demais —, a ordem jurídica que estrutura a sociedade há-de entender-se, antes de mais, enquanto ordem de "direitos" decorrentes da dignidade humana. O facto de essa mesma dignidade humana implicar deveres e proibições (para consigo mesmo e para com os demais) não altera a prioridade teleológico-valorativa dos direitos sobre os deveres que importa estabelecer. A dignidade funda os direitos das pessoas e justifica, consequentemente, os deveres de cada um para com os demais.

A liberdade assegurada pelos direitos é, com efeito, absolutamente necessária à realização da pessoa e — logo — condição *sine qua non* do respeito pela excelência humana. Aliás, enquanto a dimensão social do ser humano pode implicar diversas restrições à liberdade — intervindo o Direito para harmonizar a liberdade de cada um com a dos outros e as exigências do bem comum —, a dimensão moral da sua excelência requer absolutamente essa liberdade([11]). Garantir a liberdade constitui, assim, missão principalíssima do Direito (como será, certamente, exigência moral de cada um preservá-la)([12]).

Neste sentido, os direitos subjectivos — *rectius*, os direitos da pessoa — têm primazia sobre o direito objectivo (do que resulta uma vinculação do legislador ao seu respeito e sua promoção). O que implica a rejeição de

---

([9]) Cf. o nosso "O conceito da dignidade de pessoa humana", *cit.*, 139, ss.

([10]) Assim ocorre em regra. Cf. o nosso «Relativismo, positivismo e jurisdição», in *Os Tribunais, o Direito e a Lei*, Coimbra, 2024, 191, ss. (no prelo).

([11]) «Eis o mais alto grau de dignidade nos homens: que por si, e não por outros, se dirija para o bem» (assim Tomás de Aquino, *lectura Super Epístolas S. Pauli ad Romanos*). De um ponto de vista jurídico valerá um certo análogo: pode dizer-se que a dignidade da pessoa humana implica a sua liberdade, mas não tem nela (mesmo para o Direito) a sua fonte de validade e o seu fim últimos.

([12]) «A felicidade é o fruto da liberdade, e a liberdade é o fruto da coragem», terá exclamado Péricles (Tucídides, *História da Guerra do Peloponeso*, Livro II, n.º 43) com permanente (e renovada) actualidade.

uma visão positivista-legalista — ou também positivista-sociológica — da ordem jurídica. E, concomitantemente, a assunção de uma concepção material-valorativa do Direito, tal como dos sistemas jurídicos em que este se especifica, na realidade chamados a realizar a intencionalidade última daquele: a dignidade da pessoa constitui o ápice e o sentido último da justiça convocada pelo Direito([13]). Pode dizer-se assim, na feliz síntese de Pinto Bronze, que *a justiça traduz aquilo de que somos devedores perante os outros e os outros nos devem a nós para podermos ser, cada um de nós e todos, verdadeiramente pessoas*([14]).

VI — Uma posição do tipo da que defendemos — a pugna por uma compreensão "forte" da dignidade humana — implica assim, para o jurista, a rejeição de ambiguidades, conformismos e falsas neutralidades. E poderá convocá-lo, portanto, a preferências e escolhas claras: por suposto, nunca arbitrárias, sempre subordinadas às exigências de uma justificação, e sem preclusão do diálogo crítico com outros entendimentos.

A medida e a forma de conciliação das perspectivas assim privilegiadas relativamente a outras — numa sociedade plural e tolerante, precisamente porque orientada pela dignidade da pessoa — é função da força que a razão crítica pode emprestar a esses entendimentos, assim como da prudência, que tomará naturalmente em conta a extensão do seu reconhecimento social perante entendimentos alternativos.

Razão e prudência; duas dimensões da juridicidade. As exigências da dignidade da pessoa manifestam-se historicamente, e é através das coordenadas de tempo e lugar em cada caso verificadas que hão-de ser por elas descortinadas pelo julgador. Sendo que o ser humano, embora por certo produto da história — geral ou individual —, igualmente se eleva acima dela, chamado a transcender-se a si mesmo. Ele é, na realidade, também o maior crítico de si mesmo e da história. As próprias sociedades não estão irremediavelmente confinadas aos horizontes das suas percepções maioritários em dado momento. Podemos dar passos para lá de nós mesmos([15]) e é importante saber ousá-lo.

Cremos, pois — e reiteramos —, justificar-se na nossa ordem jurídica uma concepção substancialista, valorativamente espessa, da pessoa e da sua dignidade, decorrente da "natureza humana" de que participa — por suposto,

---

([13]) A dignidade da pessoa humana constitui o sentido último de um direito justo (assim também Paulo Otero, *Instituições Políticas e Constitucionais*, I, Coimbra, 2007, 561).

([14]) Cf. *Lições de Introdução ao Direito*, *cit.*, 43.

([15]) Veja-se, a propósito, o filósofo muniquense Robert Spaemann, *Schritte über uns hinaus/ Gesammelte Reden und Aufsätze*, Stuttgart, 2010, I, 7, ss.

como dissemos, não aprioristicamente declarada, mas experiencialmente desvendada, comprovada e confrontada no diálogo social sob a égide da razão.

Nessa medida, fluirá, certamente, do ser — do "ser pessoa" e da sua "dignidade" — um dever-ser: esse, na realidade, o pressuposto de que o Direito possui em si mesmo uma dimensão ideal, e a garantia de que ao sistema jurídico — em particular ao nosso — inere também uma capacidade de autocrítica e, assim, uma pulsão de auto-aperfeiçoamento em ordem a uma sempre mais ajustada densificação substantivo-material das exigências da dignidade da pessoa; para lá dos voluntarismos de legisladores irresponsáveis ou sem escrúpulos, ou ainda do vaivém de maiorias sociológicas voláteis, insensíveis ou embotadas.

2. As formas básicas da tutela da personalidade e a sua consonância com a tríplice tutela dos direitos subjectivos (negatória, ressarcitória e restitutória)

Identificado o cerne nuclearmente intencionado pela protecção da personalidade, e explicitadas algumas das coordenadas com vista à identificação do que nela se implica, é altura de nos debruçarmos sobre as formas básicas por que a sua tutela pode operar.

A norma central é constituída pelo art. 70.º/2 do Código Civil. Embora a exegese do preceito seja, na manualística, convergente e pacífica, justificar-se-á um aprofundamento; se se quiser uma revisão crítica do seu conteúdo: com vista a uma adequada integração do preceito dentro do sistema de protecção dos direitos que vigora, em geral, no direito civil.

É o que propõem, brevemente, as considerações seguintes.

A tutela dos direitos subjectivos apresenta-se por princípio, tal qual cremos, estruturalmente tripla([16]): além de negatória e indemnizatória — as duas dimensões evocadas no art. 70.º/2 —, também restitutória (com a extensão que o enriquecimento sem causa assume, paradigmaticamente, nos direitos absolutos, entre os quais precisamente os direitos de personalidade).

À incompletude do referido preceito daqui resultante soma-se a falta de clareza das coordenadas dogmáticas do disposto no art. 70.º/2 *in fine* —

([16]) Cf. o nosso «Quando os lobos uivam/Sobre a tríplice tutela dos direitos subjectivos (a respeito de um trecho de Oliveira Ascensão e de um acórdão da Relação de Coimbra sobre baldios)», *in RFDUL/Homenagem ao Prof. José de Oliveira Ascensão*, ano XLIV, 2023, I/3, 1503, ss.

do que sejam as providências adequadas às circunstâncias do caso (a fim de evitar a consumação da ameaça ou para atenuar os efeitos da ofensa cometida); importando evitar-se — diga-se desde já — a polarização destas em torno da responsabilidade civil.

Desenvolvamo-lo.

3. As providências do art. 70.º/2 do Código Civil enquanto expressão de uma tutela negatória, não indemnizatória, dos direitos subjectivos

I — Considerar apressadamente o art. 70.º/2 poderia levar a uma precipitada homogeneização entre a obrigação de indemnizar e as providências nele referidas, sem distinguir ambas na sua natureza, pressupostos e efeitos. E compreender mesmo as segundas, sobretudo, como funcionalmente destinadas a evitar o dano ou a sua extensão (e, portanto, reconduzíveis, no seu cerne, ao direito da responsabilidade civil; tanto mais que a obrigação de indemnizar é a primeira das consequências *apertis verbis* referida na lei para a ofensa à personalidade física ou moral dos sujeitos)([17]).

Não parece, porém, que deva entender-se assim. Com efeito, apesar de alguma imperfeição ou ambiguidade do texto legal, o foco da protecção conferida pelo segmento final do preceito está em assegurar ao titular o seu direito a sua realização, em lhe garantir a atribuição (*rectius*, o aproveitamento efectivo) do bem que constitui o seu objecto, eliminando a dificuldade ou o obstáculo que o exercício desse mesmo direito esteja facticamente a sofrer e pondo cobro à situação de violação do direito que possa ocorrer: precisamente os objectivos e a função, portanto, do que, com alguma imprecisão embora, pode designar-se por "tutela negatória" dos direitos subjectivos([18]).

Esta é autónoma da tutela indemnizatória — aliás, separadamente mencionada na parte inicial do preceito —, a qual se orienta para a reparação de um dano([19]). Importa, na verdade, distinguir entre a eliminação de

---

([17]) Nós próprios as consideramos fundamentalmente desse modo no nosso *Direito Civil/Responsabilidade Civil (O método do caso)*, 2.ª reimpr., Coimbra, 2011, 109. Pensamos hoje que o seu enquadramento dogmático deve ser diferente.

([18]) Cf. o nosso «Quando os lobos uivam/Sobre a tríplice tutela dos direitos subjectivos, *cit.*, 1510, ss.

([19]) Assim já Filipe Albuquerque Matos, *Responsabilidade Civil por Ofensa ao Crédito e ao Bom Nome*, Coimbra, 2011, 549, ss.

uma perturbação existente ao exercício de um direito e a remoção de um dano. Do obstáculo ao exercício de um direito não se segue necessariamente um prejuízo patrimonial para o seu titular, sendo também que aquilo que alguém sente como um dano económico pode não decorrer da perturbação actual de um direito. Nas acções preventivas, haverá, portanto, de distinguir-se igualmente entre as que são inibitórias de uma perturbação futura e as que visam evitar a produção futura de um dano.

Do exposto resulta uma certa precedência desta tutela (negatória) sobre a ressarcitória: pois ao Direito interessa, principalmente, conferir ao titular de um direito a possibilidade de o exercer; só porque essa tutela é insuficiente ordena o ressarcimento do dano, reagindo às consequências patrimoniais desfavoráveis de uma violação do direito.

Através da tutela negatória o titular do direito reage, portanto, a uma desconformidade entre a ordem dos factos e a atribuição dos direitos estabelecida pela ordem jurídica: para eliminar, negar ou pôr cobro à situação fáctica da sua perturbação por parte de alguém; repondo ou restaurando a correspondência da realidade com essa mesma ordem jurídica, de modo a que o titular do direito obstaculizado possa exercê-lo. Está em causa uma *vindicatio* do titular contra aquele que perturba o seu direito (de que acção de reivindicação constitui precisamente uma expressão paradigmática e particularmente sedimentada, como o serão, noutro plano embora, as acções possessórias; e ainda as acções de simples apreciação negativa intentadas pelo titular do direito contra "perturbações jurídicas" quando alguém se arroga uma posição que não tem)([20]). E pode, esta mesma tutela negatória, ser antecipatória, quando o titular reage preventivamente à possibilidade de uma perturbação futura do seu direito.

São múltiplas as providências que podem ser solicitadas pelo titular de um direito de personalidade no âmbito desta forma de tutela: além da sempre possível intimação à abstenção de quaisquer comportamentos lesivos desse direito, também a condenação em condutas positivas, como a insono-

---

([20]) O tema entrou recentemente no radar dos autores nacionais. Cf., em especial, Lurdes Pereira, *Direito da Responsabilidade Civil/A obrigação de indemnizar*, Lisboa, 2021, 442, ss., e Henrique Sousa Antunes, *Um Ensaio sobre a Reconstituição Natural*, Lisboa, 2022, 37, ss., ambos apontando a especificidade da tutela que aqui chamamos negatória, em conformidade, de resto, com as expressões *actio negatoria*, *actio quase negatoria* e responsabilidade negatória em uso na Alemanha, onde são igualmente objecto de controvérsia. Cf. também, paradigmaticamente, a discussão entre dois autores germânicos de proa, Canaris e Picker, sintetizada em Canaris, *Lehrbuch des Schuldrechts, II/2*, 13.ª ed., München 1994, 694, ss. Veja-se ainda, sobre o pensamento de Picker — absolutamente central no tema que nos ocupa —, Lurdes Pereira, *Direito da Responsabilidade Civil*, *cit.*, 444, ss. Cf. entretanto também Pedro Múrias, *A Análise Axiológica do Direito Civil*, Lisboa, 2023, 116, ss., 649, ss., com entendimento muito próximo do que defendemos.

rização de espaços, a demolição de instalações ruidosas ou insalubres, o encerramento de estabelecimentos de diversão nocturna ou a limitação do seu período de funcionamento, a apresentação de desmentidos públicos de factos em meios de comunicação social, a eliminação de ficheiros informáticos ou a destruição de imagens e reproduções, a apreensão de gravações não autorizadas, o acesso ao passado clínico pessoal, etc.([21]).

A tutela da personalidade inclui, sem dúvida, uma protecção deste tipo. Ela não é meramente provisória ou antecipatória relativamente a outra, antes definitiva e autónoma (sendo por isso susceptível de ser servida por providências cautelares diversas). Podendo também ser cumulada com pretensões indemnizatórias([22]).

E, embora possa pretender-se que a última das medidas referidas no art. 70.º/2 — destinada a "atenuar os efeitos da ofensa já cometida" — se apresenta literalmente mais dirigida à reparação do dano do que à eliminação da perturbação, facto é que o preceito merece uma releitura a esta luz.

Está fora do nosso propósito proceder a uma adequada interpretação dessa norma à luz do elemento histórico, racional ou sistemático. Cremos em todo o caso que, qualquer que seja o seu alcance exacto, a tutela da personalidade, nos termos do sistema jurídico-civil luso, apresenta uma dimensão tríplice — negatória, indemnizatória e restitutória.

O tema não é apenas teórico-dogmático. Apresenta grandes consequências práticas.

II — Com efeito, se se entendesse que as providências do art. 70.º constituíam, no essencial, expressões ou decorrências da responsabilidade civil delitual — enquanto medidas/acções preventivas de danos ou eliminatórias de consequências danosas ulteriores (para as quais a prioridade da reconstituição natural apontada pelo art. 566.º/1 constituirá certamente um suporte dogmático relevante) —, elas deveriam ficar então dependentes dos pressupostos da responsabilidade civil.

Porém, a possibilidade de o titular do direito reagir a uma perturbação dele por parte de outrem não depende de um juízo de culpa([23]) (assim como o êxito da reivindicação não depende da culpa do possuidor, proce-

---

([21]) Cf. Menezes Cordeiro, *op. cit.*, 131, ou Elsa Vaz Sequeira, *Teoria Geral do Direito Civil/ /Princípios fundamentais, situações jurídicas e sujeitos*, 2.ª ed., Lisboa, 2022, 35, em comentário ao art. 70.º/2.

([22]) Para uma interessante situação deste tipo, aceitando por via de princípio a cumulação, pode ver-se o acórdão do STJ de 12.10.2023 (rel.ª Maria dos Prazeres Beleza), disponível em <www.dgsi.pt>.

([23]) A doutrina converge neste ponto. Cf., por todos, Pedro Pais de Vasconcelos, *op. cit.*, 143, ss., e Capelo de Sousa, *op. cit.*, 472, ss.

dendo ela mesmo contra um possuidor de boa fé). Tal aponta inequivocamente para a autonomia deste meio de tutela relativamente à responsabilidade civil.

Mas mais do que isso: muitos casos há em que é forçoso concluir que a tutela negatória intervém perante uma mera perturbação do direito, ainda que a conduta do sujeito nada tenha de objectivamente reprovável e, portanto, de ilícito.

Sirva um exemplo relacionado com ofensas a direitos de personalidade cometidas na *internet*, por certo uma das áreas de expansão da tutela da personalidade na actualidade.

Ao responsável pela plataforma *web* através da qual circulam múltiplas informações não será ordinariamente exigível o controlo do seu conteúdo, nem que se certifique de que tal conteúdo não ofende direitos de personalidade de outrem para que as possa difundir ou transmitir licitamente. Mas se uma dessas informações é, apesar disso, atentatória da honra ou do bom nome de alguém, verifica-se objectivamente a perturbação de um direito de outrem, podendo esse sujeito ser alvo de uma tutela negatória e intimado a fazê-la cessar. Tanto um simples *acess provider* como até um *host provider* — mesmo não tendo deveres gerais de indagação para prevenção de ofensas a direitos de personalidade([24]) — perturbam, violam, nestes casos, objectivamente, um direito. Podendo bem duvidar-se de que faça sentido falar-se de uma ilicitude quando o sujeito não tinha por que a prevenir, nem podia prevê-la: pelo menos enquanto a ilicitude se quiser referida a um comportamento e não a uma realidade puramente objectiva.

A tutela da personalidade não dependerá, portanto, nessa medida, de uma censura subjectiva que impenda sobre aquele que a lesa. Pode prescindir mesmo de uma desaprovação que possa objectivamente mereça um comportamento dele. Fundamenta-se tão só na perturbação do direito; não na culpa ou, mesmo, na violação de um dever de comportamento por parte de outrem de se abster de interferir no direito.

Por isso, na acção negatória o seu autor não carece de alegar ou provar o conhecimento ou a cognoscibilidade, pelo réu, da violação do direito, nem da exigibilidade de um outro comportamento deste, perante a sua

---

([24]) Veja-se o disposto nos arts. 12.º e seguintes do Decreto-Lei n.º 7/2004, de 7 de Janeiro. A primeira das referidas disposições é clara ao estabelecer que "os prestadores intermediários de serviços em rede não estão sujeitos a uma obrigação geral de vigilância sobre as informações que transmitem ou armazenam ou de investigação de eventuais ilícitos praticados no seu âmbito".

existência ou possibilidade. Só é necessária a prova do direito e da sua perturbação pela outra parte([25]).

A conclusão é, de resto, especialmente importante nas hipóteses de mera responsabilidade objectiva (eventual), pois aí a tutela negatória perante uma perturbação do direito não se detém a pretexto da ausência de uma ilicitude([26]).

III — Se a perturbação do direito que desencadeia a tutela negatória não requer por si a ilicitude da conduta do perturbador — ainda que se apresente acompanhada desta muitas vezes —, então desvenda-se, à plena luz, a centralidade e a importância do conceito de "violação do direito" (autónomo da ilicitude) para o sistema geral de tutela dos direitos.

Evidencia-se uma profunda razão de ser para a destrinça entre ambas levada a cabo pela lei, no âmbito dos requisitos da responsabilidade civil; paradigmaticamente exposta no art. 483.º/1, mas também na responsabilidade obrigacional, através do conceito paralelo de falta de cumprimento do art. 798.º([27]); uma diferenciação que transluz afinal também no próprio art. 70.º/1, a impor a distinção (sob pena de redundância) entre a ofensa à personalidade física ou moral do sujeito e a sua qualificação como ilícita.

A noção de violação do direito é precisamente aquela que unifica ou permite centralizar toda a tutela dos direitos subjectivos: opere esta por via

---

([25]) Os autores, mesmo distinguindo os meios de tutela de que falamos da responsabilidade civil, preferem, porém, em geral, operar com a categoria da ilicitude, falando de uma supressão do ilícito. Assim, em sede de direitos de personalidade, Filipe Albuquerque Matos, *Responsabilidade Civil por Ofensa ao Crédito e ao Bom Nome*, *cit.*, 549, ss. Mais em geral, cf. Henrique Sousa Antunes, *Um Ensaio sobre a Reconstituição Natural*, *cit.*, 37, ss. Diversamente — e em consonância com o que nos parecem ser, como se verá, os dados do nosso direito —, Lurdes Pereira, *Direito da Responsabilidade Civil*, *cit.*, 444, ss.

([26]) O tema pode também ser prescrutado no âmbito das ofensas a direitos de personalidade na *internet*. Por exemplo em caso de violação de disposições de protecção de dados, área onde se discute a natureza da responsabilidade dos encarregados da protecção de dados e dos responsáveis pelo seu tratamento. O certo é que, mesmo para quem a considere objectiva, a tutela negatória do direito de personalidade dos titulares de dados pode operar. Cf., a respeito, Henrique Antunes, «A responsabilidade civil extracontratual do *data controller* por actos do *data processor*», *in Revista de Direito da Responsabilidade*, ano 3 (2021), 124, ss. (pugnando por uma responsabilidade de cariz objectivo, e a usar para o efeito uma noção muito alargada de ilicitude). A disciplina jurídica da protecção de dados em vigor enfatiza a responsabilidade civil, mas a tutela negatória (tendente à eliminação, à correcção ou à prevenção da transmissão dos dados pessoais) é principalíssima, embora por vezes negligenciada na análise jurídica.

([27]) Distinguindo, já o nosso *Contrato e Deveres de Protecção*, Coimbra, 1994, 129, ss. O tema reflecte-se por exemplo, como temos muitas vezes sublinhado, no âmbito da presunção de culpa do art. 799.º/1: esta abrange, quer a culpa em sentido estrito, quer, para além dela, a ilicitude da conduta do devedor e a causalidade desta em relação à falta de cumprimento (quando não se encontrem demonstradas): cf. o nosso *Contrato e Deveres de Protecção*, *cit.*, 188, ss.

negatória, indemnizatória ou restitutória. É a partir dela que cada um destes subsistemas de tutela desenvolve depois o seu regime e o seu esquema de pressupostos específicos: a responsabilidade civil, ordinariamente com recurso à ilicitude, que todavia o enriquecimento sem causa, pelo menos de acordo com a maior parte da doutrina, dispensa([28]).

A devida dilucidação deste ponto requereria, naturalmente, o aprofundamento da noção de ilicitude, aqui impossível. Diremos apenas que só quem entenda ser o resultado um *quid* totalmente objectivado pode pretender assimilar, dentro da ilicitude, a violação do direito. Já uma noção de ilicitude centrada no desvalor da conduta em si mesma — por princípio certamente de preferir — não poderá fazê-lo. Queira, portanto, prescindir-se da noção de violação do direito, distinguindo-a da ilicitude, e acabará por trazer-se para o conceito de ilicitude uma ambiguidade, ao ter esta de albergar e compaginar entre si, em simultâneo, um *Verhaltensunrecht* e um *Erfolgsunrecht*([29]).

Os dados do sistema parecem, porém, claros. A autonomização, em sede de tutela da personalidade e nas cláusulas gerais de responsabilidade civil, da ilicitude relativamente à violação do direito — da falta de cumprimento na responsabilidade obrigacional — mostra que a nossa lei optou decididamente por uma ilicitude referida ao comportamento.

IV — Um último aspecto realçamos para mostrar a especificidade da tutela negatória relativamente à responsabilidade civil.

Nesta, o direito à remoção do dano mediante uma reconstituição natural não procede — e a indemnização pode ser fixada substitutivamente em dinheiro — se ela se apresentar excessivamente onerosa para o devedor. Ora, tal juízo/restrição é descabido no âmbito da tutela negatória, que opera independentemente do sacrifício que possa causar ao perturbador em virtude da incondicionalidade do respeito a que o reconhecimento de um direito obriga.

Cremos que a parte final do art. 70.º/2 pode ser lida em conformidade: a providência destinada a atenuar os efeitos da ofensa cometida procede independentemente da onerosidade de que o seu decretamento possa

---

([28]) Cf. já, discutindo este ponto, Francisco Pereira Coelho, *O Enriquecimento e o Dano*, Coimbra, 1970, 60, ss., e *passim*.

([29]) Uma revisita do tema — como se disse, aqui impossível —, procurando superar essa dicotomia no quadro de uma teoria da imputação apropriada no direito da responsabilidade, pode ver-se em Ana Mafalda Miranda Barbosa, *Do Nexo de Causalidade ao Nexo de Imputação/Contributo para a compreensão da natureza binária e personalística do requisito causal ao nível da responsabilidade civil extracontratual*, Cascais, 2013, I e II, 567, ss., e *passim*.

revestir-se para quem se encontra objectivamente a violar o direito. Não há lugar a um juízo de proporcionalidade.

Tal entende-se bem. Diversamente da responsabilidade civil — em que é central a preocupação de remover ou reparar um dano havido essencialmente como prejuízo (patrimonial) —, a tutela negatória não atende em rigor ao dano, nem ao seu relevo, que pode até ser insignificante, antes se basta com a perturbação do direito ou com o perigo de que esta venha a ocorrer. Assim, a difusão não autorizada de uma mensagem de voz de uma celebridade a convidar os demais à solidariedade com os atingidos por uma catástrofe natural ou humanitária pode ser impedida, ainda que dela resulte um benefício objectivo para a reputação do sujeito.

No fundo, quando a ordem jurídica confere um direito, fá-lo até ao fim, exigindo a sua observância incondicional e, por isso, irrestritamente, a remoção de tudo o que possa afectar o seu exercício por parte de quem o obstaculiza. Ao invés, se se trata apenas de averiguar em que termos alguém possa ter de responder por um dano que já causou, haverá de poder poderar-se a situação do lesado e do lesante: não se trata de garantir um direito, mas de eliminar as consequências de uma violação já perpetrada.

De modo resumido: para a tutela da personalidade, o que importa decisivamente — o critério, a tónica — está na protecção da pessoa lesada. Já a ilicitude — requerida para o arbitramento de uma indemnização — convoca uma apreciação da conduta do lesante e das suas circunstâncias (mais ou menos justificadoras), o que naturalmente diminui à partida o raio de eficácia da protecção([30]).

V — A ordem jurídica dá, de resto, no contexto dos direitos de personalidade, exemplos do que por certo se enquadrará dogmaticamente melhor no âmbito de uma tutela negatória do que numa tutela indemnizatória de tais direitos. Assim ocorre, quando, nos termos do art. 72.º/1 e 2, estabelece as providências de defesa do direito ao uso do nome. E, ainda, de acordo com o disposto no art. 75.º/2, ao determinar o destino da carta confidencial após a morte do seu destinatário (com propósito preventivo de uma violação do direito).

A própria pretensão a um desmentido de uma notícia falsa e denegridora do bom nome de alguém não é — supomos — nuclearmente oriunda da responsabilidade civil (com vista à reparação em espécie de um dano já produzido): constitui antes uma forma de repor a verdade, a honra ou o

---

([30]) Cf. percucientemente, Oliveira Ascensão, *Direito Civil/Teoria Geral*, *cit.*, 96, em nota.

respeito que o sujeito merece e a que tem direito. Por isso, uma revista pode ser condenada a rectificar uma notícia objectivamente falsa sem necessidade da culpa e da ilicitude de quem deu a ordem da publicação, e mesmo independentemente da alegação e prova da ocorrência de um concreto dano reputacional([31]). É o mesmo meio de tutela aquele que se mobiliza quando a notícia falsa cujo desmentido se pretende não ocasionou qualquer prejuízo, por a informação não ser verdadeira, embora favorável.

São igualmente pensáveis, sem dependência desses pressupostos, acções negatórias visando cautelarmente evitar a entrada da revista em circulação ou, então, retirá-la (*ex post*); acções que podem também ser intentadas contra um distribuidor, um armazenista onde os exemplares impressos se encontrem depositados ou uma transportadora que as leve aos mais diversos pontos do país e os distribua: em qualquer caso sem dependência da ilicitude ou da culpa dos sujeitos alvo de tais medidas, ou mesmo do dano ou tipo de dano que esteja em causa. Tal como pode ser pedido o bloqueio de um motor de busca na *internet* que potencia a difusão de uma notícia que afecta gravemente um direito de personalidade do sujeito, haja ou não de considerar-se censurável (objectiva ou subjectivamente) a conduta da entidade que detém o referido motor de busca([32]).

Por fim: o processo especial de tutela da personalidade, regulado nos arts. 878.º e segs. do Código de Processo Civil (aliás em estreita sintonia com o disposto no art. 70.º/2 do Código Civil), expressa a tutela negatória de que falamos. As providências aí mencionadas como susceptíveis de serem decretadas visam principalmente remover a lesão do direito (ou o perigo dessa lesão) —, não ressarcir um dano([33]).

([31]) O exemplo não deixa de ser delicado. Canaris refere que depois da publicitação da notícia se extingue a perturbação do direito; caberia apenas reparar o dano, actuando sobre um prejuízo já consumado para o remover. É, com efeito, fluida a distinção entre a lesão da honra e a reparação do dano não patrimonial ocorrido. Pensamos, porém, que podendo um direito de resposta ou a uma rectificação operar à margem dos comuns pressupostos da responsabilidade civil — sem dependência de culpa, ilicitude e, mesmo, de dano —, não haverá razão suficiente para a integrar na responsabilidade civil. Já a retractação ou um pedido de desculpas exigido do ofensor, ao visar uma acção *contra o próprio lesante* (e não apenas a preservação, *v. g.*, do bom nome) parece implicar ilicitude, culpa e dano, pelo que se justificará o seu tratamento na órbita da responsabilidade civil: veja-se, nesse sentido, Filipe Albuquerque Matos, *Responsabilidade Civil por Ofensa ao Crédito e ao Bom Nome*, *cit.*, 654, ss.

([32]) Para um caso deste tipo, pode ver-se entre nós o acórdão do STJ de 7.9.2021 (rel.ª Fátima Gomes), acessível *in* <www.dgsi.pt>.

([33]) Cf. a respeito dos objectivos e regime deste processo, João Paulo Remédio Marques, «Alguns aspectos processuais da tutela da personalidade humana na revisão do processo civil de 2012», *ROA*, 72, 2012, II/III, 653, ss.

4. O enriquecimento sem causa como terceira forma de tutela dos direitos de personalidade

A terceira forma básica de tutela de um direito subjectivo opera através do enriquecimento sem causa, que assegura ao sujeito os benefícios patrimoniais susceptíveis de serem obtidos com o direito de que é titular.

Também a personalidade humana e os direitos de personalidade fruem deste tipo de tutela, na medida em que sejam "mercantilizáveis" por forma a impedir que alguém possa tirar, com violação daqueles, um proveito(34). Assim, se um sujeito comercializa camisolas com a imagem de um jogador de futebol ou de um cantor famoso sem o seu consentimento terá de restituir os rendimentos obtidos. A importância deste meio de tutela torna-se especialmente patente quando não se prove e se possa discutir a efectiva ocorrência de um prejuízo na esfera jurídica da pessoa atingida, mas sejam por contraste certas as vantagens que o lesante tirou da sua conduta(35).

Está em causa, sobretudo, o enriquecimento por intervenção; modalidade que guarda, como é sabido, uma conexão privilegiada com a teoria do conteúdo de destinação dos direitos (*Zuweisungsgehaltstheorie*), construída sobre a asserção básica de que quando a ordem jurídica confere um direito a alguém lhe confere também as utilidades económicas que esse direito é susceptível de produzir para o seu titular.

De certo modo, a tutela restitutória constituirá um prolongamento da tutela negatória: se esta visa garantir ao titular o bem objecto (primário) do direito (para que dele possa usar, fruir e dispor), então a tutela restitutória estende-a até ao resultado ou benefício patrimonial do seu uso, fruição e disposição levados a cabo por outrem, ordenando a sua entrega ao titular

---

(34) Convocando pertinentemente o enriquecimento sem causa para a tutela da personalidade, *v.g.*, Pedro Pais de Vasconcelos, *op. cit*., 147, ss., e Paulo Mota Pinto, «Os mecanismos de protecção civil da honra e a comunicação social», *in Direitos de Personalidade*, *cit.*, 470, ss.; já também Capelo de Sousa, *op. cit*., 340, em nota 855). A articulação deste instituto com o da responsabilidade civil não é objecto deste estudo. Alguns preferem proceder à ablação das vantagens que possam ter advindo ao lesante da ofensa da personalidade alheia através da sua condenação numa indemnização punitiva. Admitindo para a responsabilidade civil uma função punitiva, a operar também no âmbito da tutela da personalidade, Menezes Cordeiro, *op. cit.*, 128-129. A favor de um resgate do lucro ilegítimo através dos mecanismos da responsabilidade civil extracontratual, mas distinguindo-o da função punitiva, Henrique Sousa Antunes, *Da Inclusão do Lucro Ilícito e de Efeitos Punitivos entre as Consequências da Responsabilidade Civil Extracontratual: a sua Legitimação pelo Dano*, Lisboa, 2010, por ex., 205, ss.; com uma orientação diversa, o nosso *Direito Civil/Responsabilidade Civil (O método do caso)*, *cit.*, 64, ss., assim como Paulo Mota Pinto, *ibidem*.

(35) O ponto, embora não tematizado, transluz no acórdão do STJ de 16.11.2023 (rel.ª Maria Clara Sottomayor), acessível em <www.dgsi.pt>.

do direito. Evitando — dir-se-ia, por sub-rogação real ou do valor — que outrem deles se aproprie definitivamente.

Assim se fecha o círculo e completa a tutela.

5. Conclusão: por uma (re)leitura "melhorada" das formas de tutela da personalidade previstas na lei

É tempo de concluir.

Importa proceder a uma adequada compreensão e integração dos modos de protecção consagrados na norma central do art. 70.º/2 na dogmática geral da tríplice tutela dos direitos subjectivos: negatória, indemnizatória e restitutória. Meios autónomos, mas cumuláveis entre si, dada a diversidade de funções que preenchem.

A lei confere à personalidade humana uma ampla protecção ressarcitória, distinguindo dela, *apertis verbis*, as providências destinadas a evitar a consumação da ameaça aos direitos de personalidade do sujeito ou a atenuar os efeitos da ofensa já cometida. Tal corresponde ao reconhecimento de que os direitos de personalidade gozam, como os demais direitos subjectivos, de uma tutela negatória, tutela essa que deve distinguir-se da protecção indemnizatória.

A preocupação do legislador de facultar à personalidade humana uma protecção de grande amplitude ficou, porém, expressa aquém do desejável, uma vez que a tutela através do enriquecimento sem causa não é mencionada na norma que centralmente dela se ocupa (como mereceria por simetria com as demais formas de protecção, negatória e indemnizatória). Mas nada obsta, pois deve proceder-se a uma integração sistemática da protecção da personalidade nas formas básicas de tutela dos direitos subjectivos. O conceito central que as unifica é o da ofensa à personalidade([36]).

([36]) Há, por certo, na leitura que propomos, uma certa dificuldade de harmonização entre o disposto nos n.os 1 e 2 do art. 70.º do Código Civil. Se, afinal, a tutela da personalidade pode prescindir de uma ilicitude da ofensa, então o n.º 2 não pode ser lido como mera concretização do n.º 1. O que cremos todavia é que, tudo somado, considerando as razões substanciais pelas quais a ilicitude não será, afinal, um pressuposto necessário para a tutela do sujeito, o art. 70.º/1 deverá ser alvo de uma interpretação mais conforme com as linhas dogmáticas gerais da protecção dos direitos (desvalorizando-se esse qualificativo da ofensa para efeito da respectiva protecção).

Facto é que, tanto o aprofundamento contemporâneo das exigências da dignidade da pessoa, como os perigos a que ela está renovadamente exposta no devir histórico — características que marcam já profundamente o nosso século —, conferirão constantemente interesse e vida a esta tríplice tutela da personalidade.

FUNÇÕES SÓCIO-ECONÓMICAS DA MARCA(*)

Pelo Dr. M. Nogueira Serens(**)

1. Como foi dito por Robert Liefman "em regime de livre concorrência [o regime prevalecente no tempo do primeiro capitalismo industrial (*grosso modo*: desde a abolição do sistema corporativo do *Ancien Régime* até ao ultimo quartel do século XIX)](1), os comerciantes, aproveitando a falta de união dos industriais provocavam lutas entre estes, assumindo a função decisiva em todo o processo económico"(2). Por outras palavras, que são ainda do mesmo Autor(3), nessa época, o comércio era o elemento organizador do processo de troca, e que, por isso mesmo, assumia a tarefa de (procurar) equilibrar a procura com a oferta.

***a*)** Nesse quadro, o impluso para a oferta (*produção*) provinha do lado da procura (*consumo*), cabendo aos industriais (muitos e todos muito pequenos) produzir *aquilo* que os comerciantes (também eles muitos e muito pequenos), interpretando os "*sinais do mercado*" — e podiam fazê-lo melhor que os industriais, visto estarem *mais próximos* dos consumidores finais —, lhes queriam comprar, e sem que os vendedores (os industriais, entenda-se) tivessem poder para decidir sobre as condições de venda.

(*) Texto extraído da Dissertação de Doutoramento do Autor, intitulado *A monopolização da concorrência e a (re-)emergência da tutela da marca*, Almedina, Coimbra, 2007.

(**) Professor Jubilado da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Professor da Faculdade de Direito da Universidade Lusófona — Centro Universitário de Lisboa.

(1) Na conhecida asserção de Schönlank (que foi presidente do Partido Social Democrata Alemão), "quando, em Viena, em Maio de 1873, soava o toque de finados do 'crescimento económico', era anunciado por repiques o nascimento do tempo dos cartéis" (no original: "Am 9. Mai. 1873, als in Wien die Sterbeglocke des 'witschaftlichen Aufschwungs' gellte, wurde die Geburtsstunde der Kartelle eingeläutet"); cf. o nosso *A monopolização da concorrência e a (re-)emregência da tutela* da *marca,* Coimbra, 2007, p. 120, nota 312, e p. 631, s.

(2) *Cartells et trusts — Évolution de l'organisation économique*, trad., Paris, 1914, p. 113.

(3) *Ob. cit.*, *loc. cit.*

***b*)** Com a *monopolização da concorrência*([4]), os comerciantes viram *fugir-lhes* essa posição de supremacia no processo económico e transformaram-se (*rectius*: foram transformados) em *distribuidores,* íamos a dizer, *entalados* entre a produção e o consumo; tomando nas suas próprias mãos a *função de organizadores e reguladores do processo de troca*, os industriais de maior porte cuidavam de procurar o equilíbrio da oferta com a procura — e não às avessas como faziam os comerciantes —, e, assim, é (do lado) da oferta (produção) que passa a desenhar-se o *impulso* para a procura (consumo), deixando, do mesmo passo, os comerciantes de vender os produtos que lhes interessava comprar, antes passando a comprar os produtos que aos industriais interessa vender([5]).

***c*)** Essa *subordinação* da procura dos comerciantes à oferta dos industriais, que reforçava a posição dos consumidores finais, para ser plenamente eficaz, exigia que a oferta dos comerciantes fosse *subordinada* à procura desses consumidores. Mas, para lograr esse objectivo, que era só um meio para alcançar o fim da subordinação da procura dos comerciantes à oferta dos industriais, esta última tinha que ser *identificável* ou, se preferirmos, tinha que ser *retirada do anonimato.*

2. A marca, cuja disciplina volta então ao *proscénio*([6]), servia, é claro, para isso. Donde a sua *função de distinção,* que sempre foi por todos reconhecida. Discutido, e muito, foi — e ainda é — o *fundamento* dessa função. A importância que este ponto assume, no quadro da teoria das funções da marca([7]), justifica que dele cuidemos com algum desenvolvimento.

([4]) Cf. nota 1.

([5]) Cf. o nosso "Proibição da publicidade enganosa: Defesa dos consumidores ou protecção (de alguns) dos concorrentes?", *in: Comunicação e Defesa do Consumidor — Actas do Congresso Internacional organizado pelo Instituto Jurídico da Comunicação da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra* (de 25 a 27 de Novembro de 1993), Coimbra, 1996, p. 238.

([6]) Desenvolvidamente, sobre a (longa) história da marca e o *momento* e as *razões* para a generalização do seu uso e da sua (efectiva) tutela no capitalismo industrial, *vide* o nosso *A monopolização da concorrência …*, *cit.*, p. 687, s.

([7]) Referimo-nos, note-se, às funções *sócio-económicas* da marca. E, cingindo a nossa análise a essas funções da marca — deixando, pois, de lado as suas *funções* jurídicas —, faremos ainda outras restrições: ocupar-nos-emos apenas das *marcas individuais* e, dentro destas, não pensaremos senão nas marcas de produtos, às quais cabia a antiga designação de "*marcas de fabrica*" — uma expressão que era então sinónima de "marcas industriais", dado a *não tutelabilidade* (no quadro da lei do sinal) das marcas de serviços; só deixou de ser assim com a lei norte-americana de 1946 (o chamado "Lanham Act": *Sections* 3 e 23), que *abriu caminho* para a consagração na CUP (revisão de Lisbos de 1958) do art. 6.º-*sexies*, assim redigido: "Os Países da União comprometem-se a proteger as marcas de serviço.

***a*)** É óbvio que um signo, que seja distintivo (marcante, *hoc sensu*), diferencia os objectos aos quais é aposto dos objectos da mesma categoria aos quais é aposto um signo, também ele distintivo, mas diferente (e ainda dos objectos da mesma categoria aos quais não é aposto qualquer signo ou aos quais é aposto um signo que não é distintivo; por comodidade de exposição, deixaremos de lado estas outras situações).

***aa*)** Essa diferença (entre objectos da mesma categoria com signos não-confundíveis) pode resumir-se ao próprio signo, que assim é *constitutivo* dela: neste caso, diremos que dois signos diferentes, apostos em dois objectos iguais, tornam estes objectos diferentes (a diferença estará apenas e só no respectivo signo); mas também pode acontecer que a diferença (entre objectos da mesma categoria com signos não-confundíveis) seja, digamos, *de raiz,* servindo a presença dos signos — necessariamente diferentes: existindo essa diferença *de raiz* entre dois objectos da mesma categoria, se fossem usados signos iguais tornavam-se "iguais" objectos que eram diferentes (havendo, por conseguinte, sempre a possibilidade de alguém se enganar, ou melhor, de ser enganado) — para *declarar* essa diferença, e já não para a constituir: neste outro caso, diremos que os signos distinguem dois objectos, que já eram diferentes, não dois objectos, antes iguais.

***bb*)** Procuraremos explicar melhor, recorrendo a exemplos (com ovos). Pensemos então em dois ovos com a mesma cor, com o mesmo tamanho, com o mesmo peso, em suma, dois ovos *iguais;* e admitamos também que tenham sido *postos* pela mesma galinha (*provenientes* da mesma galinha, também se poderia dizer). Para podermos distinguir/individu(aliz)ar, em qualquer momento que seja, cada um desses ovos, será indispensável que os *marquemos,* isto é, que aponhamos em cada um deles um signo diferente, que seja distintivo (*v. g.,* num dos ovos um *x* e no outro um *y*).

Não são obrigados a prever o registo destas marcas"; cfr., entre nós, o Decreto-Lei n.º 40/87, de 27 de Janeiro —, o que também significa que não nos ocuparemos das *marcas de comércio*, que ganharam, digamos, uma *nova vida*, no quadro da chamada "*Grande Distribuição*" (mais apropriado seria chamar-lhe "*Grande Comércio*"), em cujo seio abunda a prática do *private label*. Que consiste, muito resumidamente, no seguinte: industriais, dos mais diversos sectores, produzindo ou não para mercado — e, quando o fazem, usam, via de regra, as suas próprias marcas —, produzem para um ou mais "Grandes Distribuidores", apondo, nos respectivos produtos, a marca destes (*v.g.,* "Continente", "Pingo Doce", "Por si"), dispondo, para o efeito, da devida autorização (há *homologia* entre esta prática e a prática do *contract manufacturing,* as quais não deixam, porém, de apresentar uma diferença não despicienda: no *contract manufacturing,* ambas as partes são industriais; cf. *infra*, notas 22 e 106 e o texto a que estão ligadas).

***cc*)** A este exemplo, juntaremos um outro: dois ovos com a mesma cor, com o mesmo tamanho, com o mesmo peso, ou seja, também agora dois ovos *iguais,* sendo que cada um deles foi *posto* (*proveio*) de uma galinha diferente. Também neste segundo exemplo, à semelhança do primeiro, para podermos distinguir/individu(aliz)ar, em qualquer momento que fosse, cada um dos ovos, seria indispensável que os *marcássemos,* isto é, que apuséssemos em cada um deles um signo diferente, que fosse distintivo (*v. g.,* num dos ovos um *a* e no outro um *b*).

***dd*)** Quer isto dizer que, em ambos os exemplos, a função dos signos é a mesma: a distinção/individu(aliz)ação dos ovos aos quais são apostos. A *base* dessa função é, porém, diversa: (*i*) se os ovos são *iguais* e provêm da *mesma* galinha, nada há que os distinga para além dos próprios signos e, por conseguinte, são estes que tornam os respectivos ovos diferentes, ou melhor, *diferenciáveis*; (*ii*) se os ovos provenientes da mesma galinha, apesar de serem iguais — iguais nos aspectos antes referidos e, até, no valor nutritivo ou calórico, é dizer, na *qualidade* (se as galinhas, nas quais estamos a pensar, forem da mesma raça, guardadas no mesmo galinheiro e receberem o mesmo tipo de alimentação, o mais provável é que os ovos tenham todos a mesma *qualidade*) —, têm sempre essa *diferença*, respeitante à sua *proveniência* (ou *origem*), e que *pré-existe* à aposição dos respectivos signos, os quais, por isso mesmo, não são constitutivos dela, servindo, sim, para a *revelar.*

3. Pensemos agora nos sinais distintivos que as marcas são, situando-nos na época da sua *redescoberta* como meio de *evitar* a concorrência — o ultimo quartel do século XIX, que foi a época da "monopolização da concorrência" —, e abstraindo da existência de qualquer disciplina jurídica que lhe coubesse.

***a*)** À primeira vista, pareceria um contra-senso afirmar que elas serviam para distinguir/individu(aliz)ar produtos diferentes. Por um lado, se dois produtos são diferentes, é da natureza das coisas que eles se não confundam e, não se confundindo, não carecem que os distingamos por meio de um signo adrede pensado. Por outro lado, os diferentes industriais, que marcavam os seus produtos, tinham primacialmente em vista diferenciá-los dos produtos (*merceologicamente*) iguais, e não dos produtos (*merceologicamente*) diferentes (exemplificativamente: o fabricante de sapatos, marcando-os, tinha em vista contradistingui-los dos produtos merceologicamente iguais, que eram os sapatos que os outros fabricantes, seus con-

correntes, *punham* no mercado, e não, por exemplo, das bicicletas que aí eram *postas* pelos fabricantes destes outros produtos merceologicamente diferentes).

***b*)** O segundo exemplo (dos ovos), antes figurado, prova que este contra-senso é realmente só aparente. Mesmo que houvéssemos de concluir que os produtos (os sapatos de que antes falávamos) *provenientes* (*postos* no mercado) de dois industriais diferentes eram iguais — iguais não só do ponto de vista merceológico, é claro, mas também nos vários outros aspectos que pudessem ser invocados para sustentar essa conclusão —, sempre haveria entre eles uma diferença: a *diferença* relativa à sua *proveniência* (ou *origem*).

***aa*)** Acresce que, do mesmo jeito que dois produtos, que *provinham* (eram *postos* no mercado) de industriais (empresários) diferentes, eram sempre produtos diferentes — *a diferença poderia residir apenas na sua proveniência* (ou *origem*) —, também dois produtos, que *provinham* (eram *postos* no mercado) do mesmo industrial (empresário), eram sempre produtos iguais — *a igualdade podia residir apenas na sua proveniência* (ou *origem*).

***bb*)** Consequentemente, a função de distinção da marca encerrava, digamos, uma dúplice dimensão*:* (*i*) a de *revelar uma diferença* (*dimensão negativa*) entre os produtos que a ostentavam e os produtos (merceologicamente iguais e, pelas razões que adiante exporemos, também merceologicamente afins) sem marca ou com uma marca não confundível; (*ii*) a de *afirmar uma identidade/igualdade* (*dimensão positiva*) em relação a todos os produtos que a ostentavam([8]).

***cc*)** E onde radicava essa identidade/igualdade de todos os produtos (*merceologicamente iguais*) que ostentavam a mesma marca? Perguntando de outro modo: o que é que todos esses produtos tinham em comum? A sua *proveniência* (ou *origem*), seguramente. A função de distinção da marca concretizava-se, pois, numa outra, que era precisamente a *função de proveniência* ou *origem:* a presença no mercado de produtos merceologicamente iguais, ostentando a mesma marca, levava o público necessaria-

---

([8]) Cf., *ex pluribus*, A. Vanzetti, "Funzione e natura giuridica del marchio", *Rivista del Diritto Commerciale e del Diritto Generale delle Obligazioni*,1961, I, p. 18, W. R. Schluep, *Das Markenrecht als subjektives Recht*, Basel, 1964, p. 68, G. Riehle, *Markenrecht — Ein Betrag zur Grundlagen und zur Territorialität des Warenzeichenrechts*, Stuttgart, 1968, p. 107, e U. Loewenheim, *Warenzeichen und Wettbewerbsbeschränkung*, Bad Homberg v. d. H., 1970, p. 226.

mente a pensar que a proveniência ou origem desses produtos era a mesma.

***c*)** Quando, como nós aqui fazemos, se pensa nas marcas na época em que o seu uso se voltou a generalizar, e abstraindo da sua concreta disciplina jurídica, sobressai a seguinte conclusão: não havia marcas que não fossem conhecidas do público, em consequência do seu uso nos respectivos produtos. E conhecendo o público uma determinada marca por causa da sua *afixação* em determinados produtos, *que sabia terem de provir de alguém,* natural seria que admitisse que esse "*alguém*" era o titular da marca que os produtos ostentavam; admitindo isso, o público estava também a admitir, ainda que implicitamente, que esses produtos provinham de uma determinada empresa: a existência desta, nas mãos do titular da marca, fazendo dele empresário, é que lhe permitia ser a *fonte* ou *origem* dos produtos, fonte ou origem à qual a marca que os produtos ostentavam se "referia".

4. Essa "referência", ínsita na marca, à fonte ou origem dos produtos que a ostentavam — ou, se preferirmos, a sua *função de origem*, entendida como uma concretização da sua função de distinção — justificava (do ponto de vista do respectivo titular, é claro) uma tutela do signo para além da existência do risco de confusão sobre os próprios produtos. Ou seja, justificava (do referido ponto de vista) que o exclusivo (o monopólio, *hoc sensu*), inerente à titularidade da marca, se afirmasse, não apenas quando um terceiro fizesse uso de uma marca igual ou semelhante para assinalar produtos merceologicamente iguais, mas também quando um terceiro fizesse uso de uma marca igual ou semelhante para assinalar produtos merceologicamente afins; é certo que, nesta segunda situação, mesmo que as marcas fossem iguais, não haveria o risco de os produtos serem confundidos (*scilicet:* tomados uns pelos outros), mas, dada a afinidade merceológica que entre eles existia, não poderia excluir-se que o público lhes imputasse *erradamente* a mesma origem, é dizer, julgasse erradamente que todos eles tinham sido *postos* no mercado pelo mesmo empresário([9]).

***a*)** Este era, digamos, o "lado bom" (do ponto de vista do titular da marca) da função de origem. Mas, para que esse "lado bom" não fosse

---

([9]) Mais desenvolvidamente, cf. o nosso *A monopolização da concorrência …*, *cit.*, p. 724, s. e p. 940, s.

submerso por um "mal maior", houve que "*volatilizar*" o próprio conceito de origem.

***aa*)** Se pensássemos a tutela da marca apenas à luz de evitar a confusão entre uma marca anterior e uma marca posterior, para assim evitar que os respectivos produtos (*merceologicamente iguais*) fossem tomados uns pelos outros, teríamos, obviamente, de pressupor que o público, exactamente porque conhecia a marca primeiramente usada, a confundia com a que passara a ser usada em momento ulterior — *só se confunde aquilo que se conhece.*

bb) Visando a tutela da marca mais longe, isto é, sendo ela afirmada para impedir a confusão sobre a origem dos produtos, pareceria lógico que o pressuposto houvesse de ser agora este outro: porque conhecia a origem dos produtos que ostentavam uma determinada marca, o público confundia-a (a origem, entenda-se) com a dos produtos (merceologicamente iguais ou merceologicamente afins) que ostentavam uma marca igual ou semelhante; a favor deste entendimento, para além, é claro, do dito de há pouco de que "só se confunde aquilo que se conhece", poderíamos ainda aduzir que, não conhecendo o público a verdadeira origem de um produto que ostentava uma determinada marca, ser-lhe-ia impossível saber que dois produtos, ostentando a mesma marca, tinham a mesma origem.

***b*)** Se a tutela da marca contra riscos de confusão sobre a origem dos produtos assentasse no referido pressuposto ou, dizendo de outra forma, se a marca apenas fosse protegida contra riscos de confusão desse tipo quando, em presença dela, o público conhecesse a verdadeira origem dos produtos, é dizer, *identificasse* (a empresa d)o empresário que os *pusera* no mercado, teríamos o tal "mal maior" que submergia o "lado bom" da função de origem da marca.

***aa*)** À partida, as únicas marcas que tinham tutela garantida seriam as que fossem compostas com (parte d)as firmas ou nomes dos respectivos titulares. Em relação às marcas de fantasia, a sua tutelabilidade seria altamente problemática. Não custaria admitir que, em certos casos, o *anonimato,* que é da essência das marcas desse tipo, fosse superado: uso (nos respectivos produtos e/ou na publicidade) da marca de modo a torná-la *falante* sobre a pessoa (humana ou jurídica) do respectivo titular (assim, e por exemplo, utilização da marca sempre acompanhada da firma ou do nome do respectivo titular). Manifestamente insuficiente para esse efeito já seria, porém, a possibilidade que o público sempre teria de ficar a conhecer o verdadeiro titular da marca (e, nessa medida, a verdadeira ori-

gem dos produtos que ela assinalava), recorrendo ao serviço de registo competente([10]). Ocioso dizer que essa possibilidade só se afirmaria no que respeita às marcas registadas. Mas, para além disso, seria difícil imaginar o público a recorrer ao referido serviço para ficar a saber quem eram os titulares das marcas (anónimas) que enxameiam o mercado, contradistinguindo produtos de largo consumo.

***bb*)** Tudo isto, que já era muito, constituía, em todo o caso, só parte do "mal maior" associado à subordinação da tutela da marca contra riscos de confusão sobre a origem dos produtos ao pressuposto do conhecimento pelo público da verdadeira origem dos produtos contradistinguidos com a marca cuja tutela estava em causa. Pense-se, por exemplo, na *utilização de marcas diferentes, pelo mesmo industrial, para assinalar produtos iguais, e todos provenientes da sua empresa*([11]). Essa estratégia, explorando a (natural) tendência do público para raciocinar com base na ideia "*uma marca, uma empresa*", cria uma *falsa aparência* de concorrência, exactamente porque simula a existência de um número de concorrentes no mercado em causa que não corresponde à realidade.

***cc*)** Independentemente da questão de saber se a tão propalada liberdade de escolha do consumidor, que se diz da essência da economia de mercado, é a *liberdade de escolher o mesmo, julgando que se escolhe coisa diferente,* o que aqui importa salientar é o seguinte: a estratégia (monopolística) dita "*multi-marca*" (associada ou não aos sistemas de distribuição selectiva)([12]), que é altamente vantajosa para os titulares das marcas, por isso que lhes permite a *metamerização* do mercado([13]), dificil-

---

([10]) No mesmo sentido, cf. G. Riehle, *ob. cit.,* p. 108, nota 11, criticando a opinião contrária de W. R. Schluep, *ob. cit.*, p. 70.

([11]) Esse comportamento, mesmo que não possa ser proibido legalmente — deixamos essa *tarefa* para os muitos adeptos do *consumerism* ... —, roça (digamo-lo por nossa conta) a iniquidade (cf. a seguir no texto). Sobre o fenómeno da chamada "*dual distribution*", pois é isso que está em causa, *vide,* M. Balz, "Paradigmenwechsel im Warenzeichenrecht? — Zu einigen Grundsatzproblemen der Europmarke", *RabelsZ* 1981, 323, s., L. Akazaki, "Source Theory and Guarantee Theory in Anglo-American Trade Mark Policy: A Critical Legal Study", (72) *JPTOS* 1990, 270, s. e, mais desenvolvidamente, F. Henning-Bodewig/A. Kur, *Marke und Verbraucher — Funktionen der Marke in der Marktwirtschaft,* Bd. I, *Grundlagen*, Weinheim/Bassel (Schweiz)/Cambridge/New York, 1988, p. 270, e *Marke und Verbraucher — Funktionen der Marke in der Marktwirtschaft*, Bd. II, *Einzelprobleme,* Weinheim/Bassel (Schweiz)/Cambridge/New York, 1988, p. 329, s.

([12]) Cf., por todos, F. Henning-Bodewig/A. Kur, *ob. cit*., Bd. I, p. 34, s.; *vide* tb. o nosso *A monopolização da concorrência …, cit.*, p. 421, s. (sob o tópico: A concorrência *intrabrand*: "*enteada*" ou "*filha dilecta*" do *direito antitrust*?).

([13]) "You could separate the idea of the company from the product which it made; and therefore (…) each product could be aimed at a specific group of people — (…) at a target market. / You

mente poderia ser adoptada se as únicas marcas protegidas (contra riscos de confusão sobre a origem dos produtos) fossem as que não "escondessem" a identidade de quem as usava. Não nos deteremos mais sobre este ponto.

***c*)** O que ficou dito é suficiente para ver quão certeiras são as palavras de Neil J. Wilkof: "If the function of a trade mark had been limited to the identity of the actual source of manufacture of the goods, the trade mark right would have become largely irrelevant"(14).

---

could produce a whole range of products aimed at different groups; it didn't really matter if the intrinsic difference between the products was negligible, providing they all had individual names and packaging, and were promoted separately in ways appropriate to each target audience" (Wally Olins, *in: Corporate Identity,* 1990, p. 115, *apud* Thomas D. Drescher, "The Transformation and Evolution of Trademarks — From Signals To Symbols To Myth", (82) *TMR*1992*,* 324, nota 75).

(14) Cf. *Trade Mark Licensing,* London, 1995, p. 26. Em Inglaterra, na segunda metade do século XX, a "strict source theory of trademark function" — isto é: a ideia de que a marca servia "to represent to the customer only the physical source or origin of the product (…) in conexion with which the mark was used" (J. Thomas McCarthy, *Trademarks and Unfair Competition,* 3.th ed., New York, 1992, § 3.03[1], 3-11) — tinha ainda defensores no seio dos tribunais inferiores. Ilustra-o o caso que opôs um tal McDowell, em consequência do seu pedido de registo da marca "Nuvol" para assinalar "medicinal oil", à "Standard Oil Company", titular da marca "Nujol" para assinalar os mesmos produtos. Em primeira instância, a decisão foi favorável ao requerente do registo, tendo o tribunal argumentado do seguinte jeito: visto os produtos "Nujol" serem comercializados em Inglaterra, não pela própria "Standard Oil Company" (titular da marca), mas através de um "agente de vendas local" ("The Anglo-American Company"), que actuava em nome próprio, "*the British public did not know the actual source of* '*Nujol*'". Este entendimento não foi, contudo, partilhado pelo tribunal de recurso; sobressaem as palavras de Lord Justice Warrington: "(…) The deception which I think the registration would be calculated to produce is that the two products emanate *from the same source,* and for the purposes of the present question it does not, in my opinion, matter whether the public do, or do not, know what that source is" *(Re McDowell's Application,* 43 R.P.C. 313, 1926; cf. Neil J. Wilkof, *ob. cit.*, 27, e Frank 1. Schechter, "The Rational Basis of Trademark Protection", (40) *Harvard L. Rev.* 1927, 817, que também cita o seguinte trecho da autoria de um dos outros juízes: "The public will be equally deceived for all practical purposes, if they merely identify or confuse the producers of 'Nuvol' with the producers of 'Nujol', whether they know the actual name of the producers of 'Nujol' or not". Na mesma época, na Alemanha, a concepção da função de origem da marca, no sentido acima referido, é dizer, como "função-de-nome" estava ainda presente na jurisprudência do RG: "Warenzeichen, seien es Bild- oder Wortzeichen, sind nur Herkunftszeichen, die den Namen oder die Firma des Herstellers oder Händlers ersetzen" (acórdão-"Bandmaster", de 16 de Novembro de 1926; cf. H. H. von Raurcher auf Weeg, "Bindung an den Geschäftsbetrieb, Eintragbartkeit und Übertragbarkeit von Warenzeichen bei wirtschaftlich verbunden Unternehmen", *in*: *Die Warenzeichenlizenz — Rechtsvergleichende Untersuchungen über die gemeinschaftliche Benutzung von Warenzeichen, FS für E. Ulmer* (Hersg: F. K. Beier/E. Deutsch/W. Fikentscher), 2. Aufl., München/Köln/Berlin/Bonn, 1966*,* p. 492, s.); a concepção da função de origem da marca como *função-de-nome* podia, de resto, louvar-se no ensinamento de J. Kohler: "(…) es [o sinal que a marca é] will bloss Erkennungszeichen sein, es wil bloss das Mittel bilden, um die Herkunft der Ware von einer bestimmten Person, von einem bestimmten Geschäftshause anzukündigen" (cf. *Warenzeichenrecht — Zugleich Zweite Auflage des Rechts des Markenschutzes mit Berücksichtigung ausländischer Gesetzgebungen (1884),* Mannheim/Leipzig, 1910, p. 62).

***aa*)** Para preservar o "lado bom" (do ponto de vista do titular da marca) da função de origem — entendida, reitere-se, como uma concretização da função distintiva —, que era o aumento do *tamanho* do monopólio que a tutela do signo implicava, sendo esta entendida como uma forma de obstar à existência de risco de confusão sobre a origem dos produtos, evitando-se, do mesmo passo, que "the commercial value of trade mark protection would have become nil"([15]) — numa linguagem figurada, para que o titular da marca pudesse ter "*sol na eira e chuva no nabal*" —, houve, como antes dissemos, que "*volatilizar*" o conceito de origem.

***bb*)** Este não podia ser entendido no sentido de o público, em presença de uma marca, dado o modo como ela era composta ou a maneira como era utilizada, identificar a pessoa (humana ou jurídica) do respectivo titular e, por conseguinte, ficar a conhecer a verdadeira origem — que só poderia ser a empresa da pessoa que a marca identificava([16]) — dos produtos assinalados com a marca; o sentido implicado no referido conceito era, sim, o de o público, em presença de uma marca, independentemente do modo como fosse composta ou da maneira como fosse utilizada, poder acreditar na *constância* da origem dos produtos que essa marca contradistinguia ou, por outras palavras, poder acreditar que, havendo igualdade entre as marcas que assinalavam produtos merceologicarnente iguais, a origem ou proveniência (*empresarialmente falando*) de tais produtos, conquanto fosse dele (do público) desconhecida, seria sempre a mesma, ou melhor, única([17]).

([15]) As palavras (obviamente exageradas) são de Neil J. Wilkof, *ob. cit*., p. 26.

([16]) No quadro da "*strict source theory of trademark function*" (cf. penúltima nota), não se concebia, é claro, que o titular de uma marca não fosse empresário, nem tampouco se concebia que a titularidade de uma marca e o respectivo uso fossem dissociáveis.

([17]) Foi num texto de Frank I. Schechter que vimos defendido pela primeira vez esse entendimento — mais *souple* — da função de origem da marca (o que não significa, é claro, que tenha sido ele o primeiro a defendê-lo). Escreveu este Autor o seguinte: "*Discarding* (…) the idea that a trademark (…) informs the consumer as to the actual source or origin of goods, what does it indicate and with what result? lt indicates, not that the article in question comes from a definite or particular source, the characteristics of which or the personalities connected with which are specifically known to the consumer, *but merely that the goods in connection with which it is used emanate from the same — possíbly anonymous — source* (…); *cf.* "The Rational Basis …". (40) *Harvard L. Rev., cit.*, p. 816, e, já antes, *The Historical Foundations of the Law Relating to Trade-Marks,* New York, 1925, p. 149-150. A defesa da função de origem da marca, independentemente de esta, dado o modo como era composta ou a maneira como era utilizada, identificar a pessoa (humana ou jurídica) do respectivo titular e, identificando esta, identificar a sua empresa e a verdadeira origem dos produtos — o que permitia, reitere-se, dispensar uma tutela merceologicamente ampliada também às *marcas de fantasia* (tutela contra riscos de confusão sobre a origem dos produtos) — foi abraçada por muitíssimos autores, em diferentes países. Assim, e por exemplo: 1) Na Suíça: F. Falb, *Die Übertragung der Fabrik- und Handels-*

5. Essas duas diferentes concepções da função de origem da marca, no plano económico — doravante, por comodidade de exposição, designá-

---

marke nach Art. 11 MSchG: *ein Betrag zur Frage der freien Übertragbarkeit der Marke,* Basel, 1943, p. 50 ("hinter jeder Marke steht ein *bestimmter, sich gleichbleibender Ceschäftsbetrieb*"), e W. R. Schluep, *ob. cit.,* p. 70 ("Die Marke gewährt dem Adressaten die Gewißheit der Herkunft aus dem nämlichen Betrieb, aus dem die gleich markierte Ware stammt. *Die Marke wird so zur Garantie für die gleich bleibende Herkunft*). 2) Na Áustria: H.-G. Koppensteiner, *Österreichisches und europäisches Wettbewerbsrecht*, 3. Aufl., Wien, 1997, p. 829 ("Unterscheidungsmittel ist der mit dem Gebrauch der Marke einhergehende Hinweis, *gleich gekennzeichnete Waren/Dienstleistungen stammten aus dem Unternehmen des Markeninhabers*"). 3) Em Espanha: C. Fernández-Novoa, *Fundamentos de derecho de marcas,* madrid, 1944, p. 47 ("En efecto, al contemplar una marca puesta en relación con un producto o servicio, el consumidor piensa lógicamente que el *produto ou servicio procede de uma determinada empresa*: de aquella empresa de la que proceden todos los productos o servicios de la misma clase que están dotados com la misma marca"). 4) Em França: P. Roubier, *Le droit de la propriété industrielle*, Vol. I, Paris, 1952, p. 18 ("La marque est un moyen matériel de garantir à l'acheteur d'un produit qu'il *provient bien de tel fabricant*"), e P. Mathély, *Le droit français des signes distinctifs*, Paris, 1984, p. 12 ("En raison de sa nature, et en raison du fait qu'elle est apposée sur l'objet désigné par l'entreprise ou la personne d'où provient cet objet, la marque, par la force des choses, *indentifie l'objet couvert par l'indication de sa provenance ou de son origine.* / Certes, il est bien claire que la marque ne détermine pas cette origine. / Elle ne révèle pas l'identité de l'entreprise ou de la personne qui fabrique (…) l'objet désigné. / Elle ne révèle pas non plus le lieu de l'établissement de cette entreprise ou de cette personne. / *Mais elle fournit l'assurance que les objets désignés ont une même origine*"). 5) Na Alemanha: G. Riehle, *ob. cit*., p. 109 ("Solange (…) von *Herkunftsfunktion* überhaupt die Rede ist, meint man damit ein und denselben Sachverhalt: *die Fähigkeit des Zeichenes, auf eine anonyme betriebliche Quelle hinzuweisen*"*),* U. Loewenheim, *ob. cit*., p. 227 ("Man stellt nicht auf die Herkunft der Ware aus einer konkreten Herkunftsstätte ab, sondem legt die Betonung auf deren Gleichmäßigkeit: *Gleiche Warenzeichen weisen darauf hin, daß die mit ihnen gekennzeichneten Erzeugnisse aus der gleichen Herkunftsstätte stammen, ohne daß diese näher bekannt zu sein braucht*"), F. K. Beier. Krieger., "Wirtschaftliche Bedeutung, Funktionen und Zweck der Marke", *GRUR-Int.* 1976, p. 126 ("Als Herkunftszeichen verbürgt die Marke dem Abnehmer, *daß die Ware stets aus dem gleichen Untemehmen, nämlich dem des Markeninhabers stammt*"*),* A. Kraft, "Markenrecht und Markenschutz", *in: Markenartikel heute — Marke, Markt und Marketing*, Wiesbann, 1978, p. 93 ("Die marken identifizieren nämlich nicht nur die Waren des Herstellers oder Händlers gegenüber seinen anderen Waren, *sondern weisen auch auf die betrieblich Herkunft jeder der gekennzeichneten Ware hin*"). 6) Em Itália: A. Vanzetti, "Funzione …", *Rivista di Diritto Commerciale*, *cit.*, p. 38 ("II marchio identifica il prodotto cui è apposto *come proveniente da una fonte di produzione che resta sempre costante*"*),* M. Rotondi, *Diritto industriale*, 5. ed., Padova, 1965, p. 108 ("La funzione differenziatrice del marchio nei confronti dei prodotti è logicamente una *conseguenza di quella che è la sua essenziale finalità: l'indicazíone di provenienza da una detemiinata azienda*"), e F. Leonini, *Marchi famosi e marchi evocativi*, Milano, 1991, pp. 30-31 ("il segno esplica questa funzione [distintiva dei prodotti] *indicando che tutti gli oggetti contrassegnati provengono da una medesima impresa che il produce* (…). / Ciò non significa, ovviamente, que il marchio distingua l'impresa da cui provengono i prodotti contrassegnati, consentendo ai consumatori di individuare il produttore (…)"). 7) Nos EUA (para além, é claro, do já referido Frank I Schechter): J. Thomas McCarthy, *Trademarks*, *cit.*, § 3.03[2], 3-13 ("the 'source' identified by a trademark need not be known by name to the buyer. lt may be anonymous in the sense that the buyer does not known, or care about, the name of the corporation that made the product or the name of the corporation which distributs it. *But the buyer is entitled to assume that all products carrying the same trademark are somehow linked with or sponsored by that single, anonymous source*"), e J. Gilson, *Trademark Protection and Practice*, Matthew Bender, New York,

-las-emos "*função de origem nominada*" e "*função de origem anónima*" —, reflectiam-se no sentido e importância da sua *função de qualidade* (também dita *função de garantia* ou *função de confiança*), nesse mesmo plano.

1992, § 1.03[1], 1-22 ("A trademark functions and is accorded legal protection because it (a) *designates the source or origin of a particular product* (…) *even though the source is to the consumer anonymous*"). 8) Em Portugal, o destaque, até pelo seu pioneirismo, vai para J. G. Pinto Coelho, "O problema da admissibilidade da 'licença' em matéria de marcas", *RLJ*, ano 94.º, 1962, 290: "Ainda que a marca, pela sua constituição, seja puramente objectiva, consistindo numa simples designação de fantasia, ou numa figura emblemática, sem qualquer alusão ao estabelecimento ou à pessoa do seu proprietário ou criador, a verdade é que a marca importa sempre um vínculo entre o produto e o industrial ou o comerciante que a adopta. O público quando adquire o produto coberto com uma certa marca, produto que lhe agradou e por que mostra preferência, quer obter esse artigo, fabricado ou vendido por certo produtor ou por certo comerciante, ainda que desconheça a sua identidade. *A marca é pois sempre um indicativo de origem.* Só os produtos dessa origem ou proveniência têm a preferência do comprador, que se guia pela marca e vê nela, em certo modo, uma garantia de qualidade" (alguns sublinhados são nossos); na mesma linha, mas com significativas *nuances*, cf. M. Nogueira Serens, *A tutela das marcas e a* (*liberdade*) de *concorrência,* Coimbra, 1990, p. 165. s., Carlos Olavo, *Propriedade industrial*, Vol. I, *Sinais distintivoos do comércio, Concorrência desleal*, 2.ª ed., Coimbra, 2005, p. 73, s., Pedro Sousa e Silva, "O princípio da especialidade da marca. A regra e as excepções", *ROA*, Ano 58, I, 1998, 381, s., A. Côrte-Real Cruz, "O conteúdo e extensão do direito à marca: A marca de *grande presígio*", *in: Direito industrial*, Vol. I, 2001, p. 79, s., Maria M. R. Morais de Carvalho, *Merchandising de Marcas (A comercialização do valor subjectivo das marcas*), Coimbra, 2003, p. 211, s., Américo S. Carvalho, *Direito de marcas,* Coimbra, 2004, 105, s., e, mais desenvolvidamente, L. M. Couto Gonçalves, *Função distintiva da marca,* Coimbra, 1999, *passim.* Lá fora, e também entre nós, a função de origem (*anónima*) da marca (cf. a seguir no texto) sempre contou, porém, com opositores de peso. Em Itália, avultavam os nomes de R. Franceschelli, "Saggio sulla cessione dei marchi", *Rivista del Diritto Commerciale e del Diritto Generale delle Obbligazioni*, 1948, I, 1, s., e, mais recentemente, *Sui marchi di impresa*, 4.ª ed., Milano, 1988, p. 247, F. Ferrara J.or, *La teoria giuridica dell'azienda,* 2.ª ed., Firenze, 1948, p. 190, s., T. Ascarelli, *Teoria della concorrenza e dei beni immateriali*, 2.ª ed., Milano, 1960, p. 430, G. Guglielmetti, *II marchio. Oggetto e contenuto,* Milano, 1968, p. 8, s., e G. Sena, "Brevi note sulla funzione del marchio", *RDI,* I, 1989, p. 5, s.; na Alemanha, o destaque vai para L. Heydt, "Zur Funktion der Marke", *GRUR-Int.* 1976, p. 339, s., e W. Oppenhoff, "Wandel der Markenrechtskonzeption?", *GRUR-lnt.* 1973, p. 433, s. No seio da doutrina pátria, o Professor Ferrer Correia, *Lições de direito comercial, Reprint,* 1994, pp. 179-180, encarava expressamente a questão de saber se "a marca, além de individualizar as mercadorias ou produtos [função de distinção], os relacionava com uma pessoa ou entidade determinada — um certo empresário ou uma certa empresa [função de origem]". E, no quadro dessa questão, apontava a diferença entre a marcas que, pelo modo como eram compostas, designavam a empresa de onde provinham as mercadorias e as outras, as marcas de fantasia, que, como tais, não forneciam qualquer indicação sobre a procedência dos bens. Nestas últimas marcas (*anónimas*), a função de relacionação dos produtos que elas assinalavam com os empresários ou as empresas que introduziam esses produtos no mercado "era actuada de modo apenas indirecto, razão suficiente para que se não fizesse intervir este elemento na definição do respectivo conceito". O Mestre de Coimbra não deixava, contudo, de *relativizar* esta sua conclusão, advertindo que perante legislações que só admitissem a sua transmissão em conjunto com o estabelecimento — à época era esse o caso, por exemplo, das legislações alemã e italiana; entre nós, o art. 118.º do Código da Propriedade Industrial, aprovado pelo Decreto n.º 30 679, de 24 de Agosto de 1940 (doravante, CPI/1940), então em vigor, rompia claramente com esse princípio dito de conexão —, ainda podia dizer-se que a marca, além de sinal distintivo das mercadorias, assegurava provirem estas de uma certa empresa — sempre a mesma. Posteriormente, a função de origem da marca foi também objecto de crítica por banda de J. M. Couti-

***a*)** O industrial que apunha nos produtos por si fabricados uma marca que, revelando a verdadeira origem dos produtos, o identificava enquanto titular de uma certa empresa (função de origem nominada), estando lá longe, no início do processo económico, era como se estivesse sempre *face a face* com aquela parcela (maior ou menor) do público que optava pela aquisição dos produtos assinalados com a marca em causa.

***aa*)** A opção dessa parcela do público podia, pois, assentar exclusivamente no conhecimento que ela tinha sobre a origem dos produtos: (a empresa de) um empresário, que se sabia quem era, e que, também por isso, lhe inspirava *confiança* e, inspirando-lhe confiança, lhe dava a *garantia* de não a decepcionar sobre a *qualidade* dos produtos que punha no mercado — dir-se-ia que a marca, exactamente porque permitia conhecer a "*árvore*", permitia, só por isso, conhecer os "*frutos*".

***bb*)** Talvez encontremos na sequência, que foi ainda agora exposta, "*confiança* (na pessoa — humana ou jurídica — do titular da marca) → *garantia de* (não desapontamento sobre a) → *qualidade* (dos respectivos produtos) a razão para o uso, frequentemente sinonímico, das expressões "*função de qualidade*", "*função de garantia*" e "*função de confiança*".

***cc*)** Seja como for, a verdade é que essa sequência, ancorada como estava no conhecimento que o público tinha da concreta origem dos produtos, só era possível no quadro da função de origem nominada. Mas aí, como sequência que era, tornava-se despicienda: tudo o que ela trazia de *economicamente valioso* para o titular da marca, e que se traduzia na *evidenciação* de importantes factores de escolha dos respectivos produtos (confiança em quem os pusera no mercado, donde a garantia de não desapontamento relativamente à sua qualidade), estava já presente na própria função de origem da marca — função de origem nominada, entenda-se.

***b*)** Falecendo a identificação através de uma determinada marca (da empresa) do industrial que a usava, para assinalar os produtos que punha no mercado, nem por isso a função de qualidade (ou de garantia) do signo deixava de estar presente.

***aa*)** É claro que agora o industrial, "escondendo-se atrás da marca", não podia, ele mesmo, ganhar a confiança do público, mesmo daquela por-

---

nho de Abreu, "Marcas (Noção, Espécies, Funções, Princípios constituintes)", *in: BFDUC*, Vol. LXIII — 1997, p. 121, s., e J. Oliveira Ascensão, "As funções das marcas e os descritores (*Metatags*) na Internet", *in: Estudos do Direito do Consumidor,* n.º 4, Coimbra, 2002, p. 102, s.

ção (maior ou menor) dele que optava pela aquisição dos *seus* produtos. Donde a conclusão, que antes deixámos intuída, da impossibilidade da sequência "*confiança* (na pessoa — humana ou jurídica — do titular da marca) → *garantia de* (não desapontamento sobre a) → *qualidade* (dos respectivos produtos)", no quadro da função de origem anónima.

***bb*)** Em todo o caso, o industrial, não obstante saber-se "escondido atrás da marca", não podia deixar de *calcular* que o público valorizaria as suas experiências (aquisitivas) com os produtos marcados, e que isso condicionaria futuras decisões de compra: consoante essa valoração fosse positiva ou negativa, assim se afirmaria, naturalmente, a tendência para voltar a adquirir os produtos com a mesma marca ou para não mais os adquirir.

***cc*)** A inevitabilidade desse *cálculo* do industrial, que decidia introduzir os seus produtos no mercado, assinalando-os com uma *marca de fantasia* — a utilização de uma marca desse tipo, conquanto permitisse ao respectivo titular "esconder-se atrás dela", não deixava, contudo, de *denominar* os produtos aos quais era aposta e, sendo esse (novo) *nome* de uso exclusivo em relação a esses mesmos produtos, o público passava a poder *identificá-los* e, nessa medida, podia continuar a dar-lhes a sua preferência ou passar a rejeitá-los (a valoração, positiva ou negativa, de anteriores experiências aquisitivas de produtos com esse *nome* haveria, por certo, de ser tida em conta) —, associada ao seu intuito de maximização do lucro, de que era pressuposto o aumento da porção do público que adquiria esses produtos, *estimulava* esse industrial a elevar o padrão de qualidade desses mesmos produtos ou, quando menos, a não o baixar.

***dd*)** Esse *estímulo* do titular da marca — e que este, na prossecução dos seus próprios interesses, tinha toda a vantagem em acatar … —, para, ao menos, não deteriorar o padrão de qualidade dos respectivos produtos, exactamente porque era *imanente* ao uso da marca, permitia atribuir a esta uma *função de qualidade.*

6. Explicitada a função de qualidade da marca, partindo da concepção da sua função de origem anónima, fácil será agora perceber a razão por que aquela primeira função passou também a ser habitualmente designada *função de garantia.* A diferença terminológica reflectia, afinal, as duas maneiras possíveis de olhar para a mesma realidade: o estímulo que a utilização da marca representava para o respectivo titular de, pelo menos, não

deteriorar o padrão de qualidade dos respectivos produtos (fosse ele qual fosse, em concreto) era a função de qualidade da marca; não se furtando o titular da marca, *como era do seu interesse,* a esse estímulo, a convicção que o público criaria de que o padrão de qualidade dos respectivos produtos seria, pelo menos, mantido era a função de garantia da marca; usando-se uma ou outra fórmula, estava a designar-se algo que se reconduzia à função de origem (*anónima*) da marca.

***a*)** Com efeito, era a convicção que o público formava de que, havendo igualdade entre as marcas que assinalavam produtos merceologicamente iguais, a origem de tais produtos, conquanto fosse dele desconhecida, era a mesma, ou melhor, *única*, que lhe permitia (ao público, entenda-se) formar esta outra convicção: a de que esses produtos manteriam, pelo menos, o mesmo padrão de qualidade. Dito de outro modo, mais abreviado: a constância (*rectius*: a *unicidade*) de origem dos produtos, assinalados com uma determinada marca, implicava, na perspectiva do público, a constância de qualidade desses mesmos produtos.

***b*)** A circunstância de a função de qualidade (ou de garantia) da marca se deixar reconduzir à sua função de origem anónima não significava, porém, que esta mantivesse, no plano económico, a *centralidade* que era apanágio da função de origem nominada. E é fácil ver porquê.

***aa*)** No quadro da função de origem nominada, aquela porção (maior ou menor) do público, que optava pela aquisição de produtos com uma determinada marca, fazia-o conhecendo a verdadeira origem dos produtos em causa; e, como é evidente, esse conhecimento da (empresa da) pessoa (humana ou jurídica) da qual provinham os produtos acabaria necessariamente por funcionar como um importante, porventura decisivo, factor de escolha.

***bb*)** Deixava de ser assim no quadro da função de origem anónima. Agora, na base da opção que o público (ou melhor: uma porção dele, maior ou menor) fazia pelos produtos assinalados com uma determinada marca já não podia estar a sua origem, que se desconhecia; na base dessa opção (o que não significava, note-se, que houvesse de ser o único factor que a motivava …) estava, sim, a convicção de que o titular da marca, fosse ele quem fosse, não desapontaria os compradores dos seus produtos, deteriorando o padrão de qualidade destes.

***cc*)** Deixando a marca de importar como sinal que permitia identificar a concreta origem dos produtos, para passar a importar como sinal que

permitia identificar os produtos com um constante padrão de qualidade (alto, médio, baixo, não importa), não foi difícil romper com o princípio da *indissociabilidade* da titularidade da marca e do seu uso — ou seja, não foi difícil admitir que uma marca cuja titularidade era *una* fosse objecto de uso *plúrimo* e, por conseguine, fosse usada também por que não era seu titular.

***dd*)** O raciocínio foi simples. Nessas situações, passariam, é certo, a circular no mercado produtos merceologicamente iguais, contradistinguidos com a mesma marca, com *múltiplas origens* — cada uma das (várias empresas das) pessoas (humanas ou jurídicas) diferentes do titular da narca que desta faziam uso —, mas daí não decorria necessariamente que o público, optando pela aquisição desses produtos, não pudesse estar tão seguro sobre a constância do seu padrão de qualidade como estaria se a sua origem, conquanto desconhecida, fosse única: tratando-se, como se tratava, de uso (plúrimo) *autorizado* (ancorado em relação contractual adrede instituída e/ou em relação de cariz societário) pelo titular da marca, as "*wirtschaftlichen Sachgesetze*"([18]), que *forçavam* este a, pelo menos, não deteriorar o padrão de qualidade dos produtos que a marca assinalava, sendo ele o único a usá-la — o acatamento dessas "leis" redundava, como antes vimos, numa vantagem para o titular da marca … —, mantinham o seu valimento; e, se acaso não fosse este o entendimento, bastaria então que as referidas "leis" fossem, digamos, *institucionalizadas*, fazendo impender sobre o titular da marca o *ónus* de controlar a qualidade dos produtos provenientes das (várias empresas das) pessoas (humanas ou jurídicas) *autorizadas* a usar a marca em causa, para assim assegurar a constância do seu padrão de qualidade.

***c*)** O tratamento deste ponto cabe no estudo das funções jurídicas da marca, estudo que está fora dos nossos propósitos; limitar-nos-emos, pois, a deixar aqui dito o seguinte: (*i*) no quadro da *função de origem nominada*, era aberrante, para dizer o menos, que uma marca pudesse ser usada por outrem que não o seu titular — a titularidade, que era una, repudiava o uso plúrimo —; (*ii*) a *função de origem anónima*, que permitia que as marcas de fantasia não fossem deixadas sem protecção, era mais *dúctil* relativamente ao princípio da indissociabilidade da titularidade da marca e do seu uso: se a origem, conquanto desconhecida, houvesse de ser única, a rup-

---

([18]) A expressão, que poderemos traduzir por "*leis económico-factuais*", é usada por G. Riehle, *ob. cit.*, p. 110; R. Sack, "Die rechtlichen Funktionen des Warenzeichens", GRUR 1972, p. 445, fala de "*wirtschaftliche Vernunft*", que poderemlos traduzir por "*razão económica*".

tura com o referido princípio seria, para voltar a dizer como há pouco, no mínimo aberrante; ao invés, abrindo-se mão desse conceito de origem com base no argumento de que a unicidade de origem só importava para o público enquanto forma de obstar à *multiplicidade* de padrões de qualidade dos produtos assinalados com a mesma marca, deixava de haver razão para não romper com o princípio da indissociabilidade da titularidade da marca e do seu uso, ou seja, deixava de haver razão para não admitir as marcas colectivas, as licenças de marca e as marcas de grupos de sociedades([19]).

7. A *qualidade* de que se fala quando se fala da função de qualidade da marca deve ser entendida em *sentido objectivo*([20]). Com efeito, uma coisa é *qualidade dos produtos,* que releva para a dita função, outra coisa é a *imagem* (ou *estereótipo*) dos produtos, frequentemente associada à *função de publicidade* (também dita *função sugestiva*) da marca([21]).

***a*)** Imaginemos dois produtos intrinsecamente iguais — tão iguais que foram produzidos na mesma fábrica e na mesma "linha de montagem" —, aos quais foram apostas marcas diferentes: uma, que era a do próprio fabricante dos produtos em causa, intensamente publicitada, e a outra, cujo titular era um terceiro [parte de um *contract manufacturing*([22]) celebrado com esse fabricante], e em relação à qual escasseava a publicidade; e, imaginando isso, imaginemos ainda o seguinte: que os produtos assinalados com a marca muito publicitada (a marca do fabricante) eram objecto de um sistema de distribuição selectiva (*distribuição indirecta-integrada*), ao passo que os produtos assinalados com a marca pouco ou nada publicitada eram acessíveis a quaisquer comerciantes (*distribuição indirecta não-integrada*); e que, em consequência disso, os primeiros produtos eram vendidos a preços elevados, mas em locais (material e humanamente) requintados, com um excelente serviço de venda e pós-venda, ao passo que os

---

([19]) A história da licença de marca, no quadro do direito norte-americano, é deveras elucidativa; sobre essa história, cf. o nosso *A monopolização da concorrência …*, *cit.*, p. 1193, s., nota 2358.

([20]) No mesmo sentido, G. Riehle, *ob. cit*., p. 110, s., e U. Loewenheim, *ob. cit.*, p. 229, s., com várias indicações; contra, *vide*, por exemplo, W. R. Schluep, *ob. cit.,* p. 87, s., e F. M. Scherer/D. Ross, *Industrial Market Structure and Economic Performance,* 3.rd ed., Boston, 1990, p. 585 ("the 'relative quality' variable is avowedly subjective, emphasing consumers' perception rather than imposing an objective standard, and hence corresponds closely to the notion of product image").

([21]) Cf. *infra,* número 8.

([22]) Sobre a origem e importância actual dessa figura contratual, bem como sobre algumas das suas implicações em matéria de direito das marcas, *vide* Neil J. Wilkof, *ob. cit.,* p. 153, s.

segundos eram vendidos a preços módicos, mas em locais (material e humanamente) modestos com um razoável serviço de venda e sem qualquer serviço de pós-venda.

***b*)** Ocioso dizer que a *imagem* dos produtos assinalados com a marca muito publicitada seria (muito) diferente da dos que eram assinalados com a marca pouco ou nada publicitada: os primeiros estariam, digamos, impregnados de "*utilidades adicionais*"([23]), que lhes conferiam um determinado *perfil,* que nada tinha a ver com o dos segundos, exactamente porque a estes faltavam essas "utilidades adicionais", estabelecendo-se assim entre eles uma *diferenciação emocional*([24]) (conducente, como adiante veremos, aos chamados "*monopólios de opinião*"([25]). Mas todavia a sua qualidade — a qualidade de que se fala quando se fala da função de qualidade da marca — era (e continuava a ser) a mesma: as *características físicas* de uns e outros não diferiam minimamente.

***c*)** A *imagem* de um produto e a *qualidade* deste, e sem que agora interesse qual é que mais importa para o titular da marca que esse produto ostenta, por ser aquela que *mais condiciona* os consumidores nas suas opções de compra, configuram-se, pois, de modo diferente: a *imagem* é o resultado de um conjunto de elementos (ou circunstâncias) de índole predominantemente subjectiva e, até, psicológica, os quais, por isso mesmo, são insusceptíveis de comprovação; a *qualidade* é o somatório de uma variedade de características físicas (ou materiais), ordenáveis segundo uma determinada escala de avaliação e, nessa medida, comprováveis e comparáveis (donde os precisamente chamados *testes comparativos* que amiúde surgem, entre nós e lá fora, em diferentes publicações, mormente nas editadas pelas associações de consumidores).

***d*)** Diferente da imagem de um produto é a sua eventual *boa fama* — esta, sim, intimamente associada à qualidade (em sentido objectivo) do produto em causa. Com efeito, as experiências aquisitivas de determinados

---

([23]) A propósito do conceito de "utilidades adicionais" (*Zusatznutzen*) e, mais em geral, sobre os aspectos psicológicos das "necessidades do consumo", *vide* F. Henning-Bodewig/Annette Kur, *ob. cit*., Band I, p. 12, s., com numerosas indicações.

([24]) O texto é antigo, e a citação em terceira mão, mas vale a pena reproduzi-lo aqui: "Differentiation may include anything and everything from the color of material used in the product to the last detail of the retail package, from the location and architecture of the store in which it is sold to the *manner and the manicure* ef *the girl who sells it*" (as palavras são de Nourse, *Price making in a Democracy,* 1944, 232, os sublinhados fomos nós que os acrescentámos; cf. W. R. Schluep, *ob. cit.*, p. 89, nota 13).

([25]) Cf. *infra*, nota 100 e o texto a que está ligada.

produtos, assinalados com uma determinada marca, que comprovem o elevado padrão de qualidade (em sentido objectivo) desses produtos, acabará necessariamente por derramar sobre eles boa fama.

8. A boa fama de que os produtos gozam, em consequência da sua qualidade, gera obviamente um *efeito de publicidade* da marca que os individu(aliz)a. E, neste caso, é de *publicidade informativa* que se trata([26]): a marca mais não faz que *comunicar* ao público a qualidade dos respectivos produtos, emergindo como *símbolo* dessa mesma qualidade — mas só dela —, com vantagem, é claro, para o seu titular.

***a*)** Não é, porém, nesse sentido que, desde há muito, se atribui à marca uma *função de publicidade* (*função sugestiva,* também se diz). Do que agora se trata é da *força atractiva* que uma marca pode apresentar, em si mesma, independentemente, pois, da qualidade dos produtos que assinala; como todos sabemos, o êxito que dois produtos iguais, em termos de qualidade e de preço, contradistinguidos com marcas diferentes, logram no mercado não é necessariamente o mesmo — a explicação para essa diferença, que se reflecte numa *vantagem-na-concorrência* de um produto em relação ao outro (e, mais fundamente, de um concorrente em relação ao outro), passa necessariamente pela *desigualdade,* em termos de força atractiva autónoma, das respectivas marcas.

***b*)** Era já desta capacidade da marca para, por si só, *criar procura* para os produtos por ela individu(aliz)ados que falava Frank I. Schechter quando escrevia: "(…) today the trademark is not merely the symbol of good will [efeito publicitário da marca gerado pela qualidade dos produtos] but often the most effective agent for the creation of good will, imprinting upon the public mind an anonymous and impersonal guaranty of satisfaction, creating a desire for further satisfactions. The mark actually *sells* the goods. And, self-evidently, the more distinctive the mark, the more effective is its selling power [a força atractiva autónoma da marca *ou* a função publicitária em sentido próprio]"([27]).

***c*)** É, porém, a Herman Isay que costuma apontar-se o mérito da dilucidação das possíveis causas da força atractiva autónoma da marca([28]).

([26]) Cf., por exemplo, W. R. Schluep, *ob. cit*., p. 76, e G. Riehle, *ob. cit*., p. 111.

([27]) Cf. "The Rational Basis …", (40) *Harvard L. Rev.*, *cit.*, p. 819 (sublinhado no original).

([28]) Cf. "Die Sebständigkeit des Rechts an der Marke", *GRUR* 1929, p. 23, s.; na esteira de Isay, e sem deixarem de lhe imputar o referido mérito, *vide,* entre outros, W. R. Schluep, *ob. cit.*,

O *conteúdo ideográfico e/ou imagético* da marca era a primeira dessas causas; a segunda era o "*efeito de associação*" que a marca, apesar de não apresentar nenhuma particularidade imanente, gerava; a terceira — e também a última, mas não em importância, é claro — era a "*publicidade*"([29]) de que a marca era objecto([30]).

***aa*)** As marcas cuja *Werbekraft* (usamos agora a expressão do próprio Isay) radica na primeira das causas apontadas são, pela natureza das coisas, uma raridade. O desígnio que preside à *ideação* de um sinal, que se quer que venha a constituir uma marca, não é — nem nunca foi — o de fazer *obra de encantar.* E por duas ordens de razões, cremos. Por um lado, a ideação de um sinal, cuja finalidade precípua é contradistinguir produtos (ou serviços) — contradistinguir produtos (ou serviços), e *não ornamentá-los* ou *enfeitá-los* —, ocorre num quadro de múltiplos constrangimentos (fácticos e, até, legais), com os quais a *imaginação criadora* se dá mal; por outro lado, e admitindo que esses constrangimentos podiam, em certas situações, ser superados, a experiência ensina que esse esforço, por si só, de pouco ou nada vale: um sinal (*scilicet:* uma marca) que nasça como "obra de encantamento", isto é, com uma significativa força atractiva autónoma, se acaso não (se lhe) fizer *culturismo* (e aqui já releva, é claro, a terceira causa de *Werbekreaft* da marca de que falava Isay…), acabará necessariamente por perder esse *viço* lá onde verdadeiramente ele importa — no mercado, pois claro. Passemos adiante.

***bb*)** E olhemos agora para a segunda causa de *Werbekraft* da marca, apontada por Isay: o "efeito de associação" gerado pela marca, não obstante esta não oferecer laivo de encantamento imanente. O Autor dava (apenas) dois exemplos de marcas desta espécie: "Graf Zeppelin" ("Conde Zeppelin") e "Völkerbund" ("Sociedade das Nações")([31]). Havia nestes

---

p. 76, s., H. Sieche, *Die gemeinschaftliche Benutzung von Warenzeichen* (*Warenzeichenlizenz und Kinzernzeichen*), Heidelberg, 1967, p. 27, s., G. Riehle, *ob. cit.*, p. 112, e U. Loewenheim, *ob. cit.*, p. 231, s.

([29]) Sobre o porquê do uso das aspas, cf. *infra,* número 10., *sub a*).

([30]) "An dritter Stelle — assim dizia H. Isay, "Die Selbständigkeit …", *GRUR*, *cit.*, p. 26 — ist die Gattung derjenigen Marken zu nennen, *die ihre Werbekraft der großen für sie gemachten Reklame verdanken* (…)" (sublinhámos).

([31]) Cf. "Die Selbständigkeit …", *GRUR*, *cit.*, p. 26. Referindo-se à marca "Quaker", cujo primeiro registo ocorreu nos EUA, em 1877, e que é considerada "the first trademark for a breakfast cereal in history", Charles Goodrum/Helen Dalrymple, *Advertising in America*: *The First 200 Years,* New York, 1990, p. 57, dizem que o seu titular a adaptou por ter visto "a picture in an encyclopedia of a Quaker who, he believed, looked 'earnest, hard-working, and virtuous'. He had an image drawn that appeared the very personification of friendly rectitude with a scroll in the Friend's hand on which the single word PURE could easily be read". A ter sido realmente assim, eis um bom exemplo de uma

dois exemplos uma característica comum, que era a de as respectivas marcas tirarem a sua força atractiva originária da associação de ideias que provocavam — num caso, com um personagem histórico famoso; no outro, com um acontecimento histórico relevante —, associação de ideias, essa, que pela *agradabilidade* (ou *encantamento*) que lhe era inerente, fornecia ao público uma razão para a escolha dos respectivos produtos, que nada tinha a ver com a sua qualidade.

9. À época em que Isay escrevia — nos finais da terceira década do século XX, recorde-se —, a possibilidade de as marcas surgirem dotadas *ab initio* de *vis atractiva* por essa forma, digamos, *emprestada,* sendo real, apresentava-se muito circunscrita. Os personagens históricos famosos, cujos nomes e/ou retratos, sendo livremente apropriáveis, se prestavam, outrossim, pelas associações de ideias que geravam, para serem usados como marcas de determinados produtos — marcas dotadas de força atractiva originária, note-se —, eram em número relativamente limitado e, mais importante do que isso, o seu verdadeiro *viço* carecia quase sempre de demonstração; e o mesmo se podia dizer, é claro, em relação aos acontecimentos ou factos históricos relevantes.

***a*)** A "lição" de Isay — dizendo assim, podemos estar a "enfeitar" este conceituado Autor com "penas" que não são dele, mas isso é aqui o que menos importa… — foi, contudo, bem aprendida no *mundo da empresarialidade.* A história da actividade de *merchandising,* que hoje constitui objecto de uma verdadeira indústria([32]), aí está para o comprovar. Não cabe nos nossos propósitos o estudo dessa actividade, nos seus múltiplos aspectos económicos e jurídicos([33]). Importa, todavia, que lhe dediquemos algumas linhas, pois só assim o nosso leitor perceberá onde queremos chegar quando falamos da "lição" de Isay.

***b*)** Em *termos alegóricos*, poderíamos dizer que o *merchandising* (independentemente do seu objecto) constitui, do ponto de vista econó-

---

marca que, pelo menos aos olhos do seu titular, tinha *vis atractiva* originária, graças à associação de ideias que gerava.

([32]) Cf., entre nós, Maria M. R. Morais de Carvalho, *ob. cit.*, p. 16, s., e L. M. Couto Gonçalves, *Função Distintiva … cit.*, p. 236, com indicação de alguns autores estrangeiros.

([33]) O estudo de Maria M. R. Morais de Carvalho, citado na nota anterior, constitui um bom contributo, mormente no que respeita aos aspectos jurídicos do *merchandising.* E o mesmo se diga das páginas que L. M. Couto Gonçalves dedicou ao tema (cf. *Função Distintiva …*, *cit.*, pp. 231-256); cf. ainda Carlos Olavo, "Contrato de licença de exploração da marca". *ROA*, Ano 59, I, 1999, p. 118, s.

mico, uma "*fábrica de redevances*", do ponto de vista psico-social, uma "*caçada aos sentimentos*" e, do ponto de vista jurídico, o "*estabelecimento da ilusão como objecto de contrato*". Mantendo o modo de falar figurado, poder-se-ia ainda dizer que o *merchandising* resulta do *encontro* da vontade dos que têm uma "*isca*" com a vontade dos que têm um "*anzol*".

***aa*)** Comecemos então pela "*isca*". A *natureza* desta (como aliás acontece com uma isca em sentido verdadeiro e próprio) pode, é claro, ser muito diversa; referiremos apenas as hipóteses económico-socialmente mais relevantes: (*i*) uma *obra* (objecto de tutela do direito de autor), nomeadamente, o nome e a imagem de *personagens imaginários* (de banda desenhada, de séries televisivas, de filmes, de romances, etc.); (*ii*) um *bem* (objecto de tutela enquanto bem eminentemente pessoal) de uma personagem da vida real (do mundo do desporto, da televisão, do cinema, da música, da moda, etc.), nomeadamente, o seu nome e/ou a sua imagem; (*iii*) um sinal distintivo típico (uma firma, um logótipo, uma marca, etc.), bem como um nome(-denominação) de uma pessoa colectiva de direito público ou de direito privado (de natureza não-societária) com o chamado factor "LAS" (*lealdade*, *afeição*, *simpatia*; *v. g.*, Universidades, Clubes de Futebol).

***bb*)** Consoante a natureza da "isca", assim o *merchandising* toma um qualificativo (taxinómico) diferente: nas hipóteses *sub* (*i*), fala-se de *character merchandising;* nas *sub* (*ii*), de *personality merchandising;* nas *sub* (*iii*), poder-se-á falar de *brand merchandising* (*merchandising* de sinais distintivos de destinação objectiva) e de *corporate merchandising* (*merchandising* de firmas e de denominações)([34]).

***c*)** Como é de todos sabido, essas diferentes "iscas" — é chegada a altura de sublinhar que a alegoria não pode ser entendida em sentido pejorativo — beneficiam, desde há muito, de tutela própria. No caso das obras [sejam elas o resultado de uma criação isolada ou de uma criação integrada([35])], a tutela do direito de autor [se não fosse a *corrupção* de que a expressão, ainda que por via indirecta, foi objecto, nós preferiríamos dizer

---

([34]) Sobre esta e outras (possíveis) classificações, *vide* L. M. Couto Gonçalves, *Função Distintiva …*, *cit.*, p. 233, s., e Maria M. R. Morais de Carvalho, *ob cit.*, p. 27, s., cujo estudo assenta na seguinte classificação: (*i*) "*merchandising* de direitos de autor" (31-50); (*ii*) "*merchandising* de direitos de personalidade" (50-72); (*iii*) "*merchandising* de sinais distintivos de empresas e de produtos ou serviços" (72-104); (*iv*) "hipóteses residuais de *merchandising*" (105-108)).

([35]) Sobre ambas as categorias, *vide*, entre nós, J. Oliveira Ascensão, *Direito de autor e direitos conexos*, Coimbra, 1992, p. 105, s.

direito intelectual([36])]; no caso do nome e da imagem das pessoas humanas, a tutela dos direitos de personalidade([37]); no caso dos sinais distintivos típicos de destinação objectiva, a tutela do direito industrial; no caso da firma, uma tutela específica, tradicionalmente incluída nos Códigos Comerciais; finalmente, no caso das denominações de pessoas colectivas de direito público ou de direito privado (de natureza não-societária), não haveria de ser a falta de uma tutela específica que faria delas *res nullius* (pelo menos a invocação de lugares paralelos, nomeadamente a aplicação analógica das normas sobre a protecção do nome das pessoas humanas, seria sempre cabida; cf., hoje, Decreto-Lei n.º 129/98, de 13 de Maio, sobre o regime jurídico do registo nacional de pessoas colectivas, e o art. 12.º, n.º 2, da Constituição).

***d*)** Essa tutela (de cada uma das referidas "iscas") — uma tutela, reitere-se, há muito afirmada nas ordens jurídicas dos países nos quais a tal "lição" de Isay foi bem aprendida no *mundo empresarial* — contendia, obviamente, com os terceiros (e, entre estes, estavam, é claro, os donos dos "anzóis"). Urge intercalar aqui uma "razão de ordem".

A análise, ainda que perfunctória, do conteúdo e do âmbito de tutela de cada um dos *bens* (deixemos agora de lado o modo de dizer alegórico),

---

([36]) O uso dessa outra expressão convocava necessariamente a expressão "propriedade intelectual", que constitui hoje uma espécie de "*albergue espanhol*". O Acordo ADPIC/TRIPs é, a este propósito, verdadeiramente paradigmático. Lê-se no seu art. 1.º, n.º 2, o seguinte: "Para efeitos do disposto no presente Acordo, a expressão 'propriedade intelectual' refere-se a todas as categorias da propriedade intelectual que constituem objecto das secções 1 a 7 da parte II". Tais categorias são as seguintes: "direito de autor e direitos conexos" (secção 1: arts. 9.º-14.º); "marcas" (secção 2: arts. 15.º-21.º); "indicações geográficas" (secção 3: arts. 22.º-24.º); "desenhos e modelos industriais" (secção 4: arts. 25.º-26.º); "patentes" (secção 5: arts. 27.º-34.º); "configurações (topografias) de circuitos integrados" (secção 6: arts. 35.º-38.º); "protecção de informações não divulgadas" (secção 7: art. 39.º). Caberia perguntar qual a afinidade, em termos de *merecimento intelectual,* entre, por exemplo, uma *sinfonia* e uma *indicação geográfica,* ou entre uma *marca* e um *romance!* … Caberia perguntar isso, e talvez também coubesse perguntar se, à luz de um *padrão intelectivo* de tão baixa intensidade (tão rasteiro, *hoc sensu*; as marcas, e, quiçá em maior medida, as indicações geográficas, ilustram-no) não será também de "propriedade intelectual" que importa falar quando se fala da *propriedade* de um agricultor sobre, por exemplo, as batatas que produz!…

([37]) "Por certo não se ignora que as pessoas constituem bens, que, posto que irredutíveis a um equivalente pecuniário e, portanto, não patrimoniais, são fonte de interesses patrimonais, quer para elas quer para os outros (…). Também se sabe que os poderes em que se analisam os direitos sobre esses bens assumem carácter de poderes directos e imediatos — não mediatados através de intervenções de outra pessoa, não propiciados pela sua acção ou omissão —, talqualmente acontece com os direitos das coisas ou, se se prefere, os direitos sobre as coisas. Daí que se tenda a construí-los, quanto aos direitos de personalidade, como *jura in se ipsum* ou como aspectos de um único *jus in se ipsum* (tomando a pessoa verdadeiramente como objecto) (…)" — Orlando de Carvalho, *Direito das coisas* (coordenação: Francisco Liberal Fernandes/Maria Raquel Guimarães/Maria Regina Redinha), Coimbra, 2012, pp. 79-80 (omitimos as notas).

de que temos estado a falar, levar-nos-ia muito longe — desnecessariamente longe, à luz do que nos propomos demonstrar com esta referência ao *merchandising.* Elegemos, por isso, dois desses bens: as *obras* e as *marcas*.

***e*)** O direito de autor, que a criação de uma obra([38]) implica, traduz-se na afirmação de um *exclusivo* a favor do respectivo titular([39]). O *tamanho* deste exclusivo é determinado, não só por aquilo que o seu titular pode fazer com a obra que dele é objecto, mas também por aquilo que ele pode impedir que os terceiros façam com essa mesma obra.

***aa*)** No cerne desta segunda dimensão (*dimensão de proibição,* digamos assim) do exclusivo, inerente à titularidade do direito de autor, sempre esteve a utilização (e consequente fruição) económica da respectiva obra pelos terceiros. Esse tipo de utilização podia — e pode —, é claro, ser o mais variegado. Não vem ao caso dilucidar quão variegado ele podia — e pode — ser; limitar-nos-emos a apontar que era esse tipo de utilização que sempre se entendeu estar em causa na hipótese de um terceiro apor nos produtos da sua indústria, para assim os contradistinguir, uma obra que constituísse objecto de um direito de autor (na hipótese em que estamos a pensar, da titularidade de um sujeito diferente daquele que usava a obra como marca).

***bb*)** Quer isto dizer que os "donos dos anzóis", isto é, todos quantos, sendo empresários, tinham produtos para marcar, *gostando-lhes* usar uma certa "isca", que seria uma determinada obra (*v. g.*, a imagem de um personagem imaginário, fosse ele de uma banda desenhada, de uma série televisiva ou de um filme) — e isto, é claro, para criar o tal efeito de associação de que falava Isay, introduzindo, por conseguinte, um importante, porventura decisivo, factor de escolha dos respectivos produtos, que funcionaria independentemente da sua qualidade (em sentido objectivo) —,

---

([38]) Aproveitando os dizeres do nosso actual CDA (art. 1.º, n.º 1), uma criação intelectual do domínio literário, científico e artístico, por qualquer modo exteriorizada.

([39]) A natureza jurídica desse exclusivo ou, o que vai dar ao mesmo, a concepção do direito de autor divide, profundamente, e desde há muito, a doutrina — divide-a tão profundamente que é azado falar-se, a propósito, de uma *vexata quaestio.* Dela tratou, entre nós, de forma desenvolvida, Alexandre Dias Pereira, *Informática, direito de autor e propriedade tecnodigital,* Boletim da Faculdade de Direito, *Studia Juridica*, 55, Coimbra, 2001, p. 113, s.; o Autor, depois de referir, como ele próprio diz "as orientações clássicas que têm animado o debate", contrapõe a "teoria da propriedade" e a "teoria do monopólio", uma e outra com ilustres defensores entre nós (aos muitos autores nacionais aí citados, cabe agora acrescentar, por exemplo, J. J. Gomes Canotilho, "Liberdade e exclusivo na Constituição", *in: Direito industrial*, Vol. IV, 2005, 57, s., que concebe o direito de autor "como um *direito unitário* e, mais do que isso, como um direito de *troncalidade* subjectivamente radicado na *pessoa do autor* e não apenas na *obra do autor*").

estavam impedidos de o fazer. A não ser… Bom, a não ser que quem tinha essa "isca" — entenda-se: o titular do direito de autor cujo objecto era a obra em causa —, estivesse disponível para lhes dar (aos "donos dos anzóis": os tais que, sendo empresários, tinham produtos para marcar) a devida *autorização,* supondo obviamente que esta era legalmente admitida e, nessa medida, juridicamente vinculante.

***bb*)** Dois *obstáculos* de natureza muito diferente, como é facil ver, e cuja remoção operava, por isso mesmo, a níveis diferenciados. A *vontade* do titular do direito de autor autorizar o uso da obra, que constituía objecto desse direito, como marca por banda dos empresários que nisso mostravam interesse, e cujos produtos tinham um *perfil* compatível com o da obra, essa vontade, com maior ou menor dificuldade, os empresários interessados acabariam por conseguir que ela se manifestasse, fazendo uso da sua *carteira* (que, obviamente, alguns desses empresários teriam mais recheada que outros…). Relativamente ao segundo obstáculo, a sua remoção implicava que a *dimensão de permissão* do exclusivo, inerente à titularidade do direito de autor, tivesse o mesmo *desenho* que fora dado à sua dimensão de proibição. Ou seja, implicava aceitar, no plano da lei, que o titular desse direito pudesse autorizar os terceiros a fazer com a obra respectiva aquilo que lhes podia proibir. Ora, como todos sabemos, cedo esta concepção se impôs, inclusive nas convenções internacionais sobre a matéria, admitindo-se, por conseguinte, a possibilidade de o titular (originário ou derivado) do direito de autor autorizar (licenciar) a utilização (em exclusividade ou não) da obra por terceiro([40]).

***cc*)** Nesse quadro, e supondo, é claro, que o proprietário de uma certa "isca" — o titular de um direito de autor sobre uma determinada obra (no exemplo já antes dado: a imagem de um personagem imaginário, fosse ele de uma banda desenhada, de uma série televisiva ou de um filme) — chegava a acordo com o proprietário de um certo "anzol" — o empresário que fabricava um determinado produto com o *perfil* compatível com o da

---

([40]) Não se considera aqui a possibilidade, igualmente admitida por algumas ordens jurídicas (cf., entre nós, art. 40.º, alínea *b*), CDA), de "alienação global do direito de autor" (cf., criticamente, J. Oliveira Ascensão, *Direito de autor*, *cit.*, p. 377, s., e, mais complacente, L. Francisco Rebello, *Introdução ao direito de autor*, Vol. I, Lisboa, 1994, p. 138, s.; sobre o tema, com referências de direito comparado, cf. ainda António M. Vitorino, *A eficácia dos contratos de direito de autor,* Coimbra, 1995, p. 53, s.). E a explicação é simples: quando acima caracterizámos, em termos alegóricos, o *merchandising,* dissemos que este constituía uma "fabrica de *redevances*" — a alienação (definitiva) do conteúdo patrimonial do direito de autor sobre a obra significaria que essa "fabrica" ou não chegava a abrir ou, tendo aberto, seria encerrada.

obra em causa —, no que respeita à utilização da primeira (a obra) como marca do segundo (o produto), ser-lhes-ia possível fazer uma de duas coisas([41]): (*i*) ficarem-se pela simples autorização (*licença*)([42]) — em regime de exclusividade ou não, o que obviamente condicionaria o montante da retribuição (*royalties*) — para a utilização da obra como marca de facto; (*ii*) irem mais fundo, acordando no registo da obra como marca, registo feito, é claro, em nome do empresário (o tal "dono do anzol") para tanto autorizado ou licenciado([43]).

***dd*)** Talvez haja quem seja tentado a dizer que, havendo a intenção de manter a "fábrica de *redevances*" a *laborar*, nos estamos a esquecer de uma terceira possibilidade, qual fosse a de o titular do direito de autor sobre a obra requerer, ele mesmo, o registo dessa obra como marca para assinalar os diversos produtos cujo *perfil* julgava compatível com o da própria obra, passando em seguida a conceder licenças (simples ou exclusivas), não já em relação ao uso desta, mas em relação à marca em que ela se *transmutara.* Mas a verdade é que nós não nos esquecemos desta outra possibilidade. Impõe-se distinguir duas *eras*.

***ee*)** Na primeira, que era aquela que estávamos a considerar, exigindo-se — como se exigia —, mesmo nas ordens jurídicas nas quais o direito à marca se adquiria com base no seu registo, que o requerente deste tivesse a *qualidade* de *empresario* ou, quando menos, estivesse na *iminência de a adquirir*, a referida possibilidade só muito dificilmente poderia ser encarada. O titular do direito de autor, que pretendia registar como marca a obra que constituía objecto desse direito, podia, com efeito, ter essa qualidade. Mas tal não significava que essa sua pretensão devesse, só por isso, ser acolhida: a *empresa*, na qual assentava a qualidade de empresário, que era pressuposto da aquisição de um direito à marca com base no

---

([41]) Cf. nota anterior.

([42]) Como diz o Professor J. Oliveira Ascensão, *Direito de autor*, *cit.*, p. 385: "*Não há tipicidade taxativa das autorizações.* As partes podem dar as autorizações que entenderem. A conclusão será facilitada por (…) estas figuras terem eficácia obrigacional". Sobre a atipicidade dos negócios sobre os direitos de autor, *vide* do mesmo Professor, *Direito de autor*, *cit.*, p. 419.

([43]) Cf., entre nós, o art. 232.º, n.º 2, alínea *b*), do actual Código da Propriedade Industrial, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 110/2018, de 10 de Dezembro (doravante, CPI/Actual) — o preceito tinha correspondente no CPI/1940 (cf. art. 93.º, n.º 8.º), no Código da Propriedade Industrial, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 16/95, de 24 de Janeiro [doravante, CPI/1995; cf. art. 189.º, n.º 1, alínea *h*)], e no Código da Propriedade Industrial, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 36/2003, de 5 de Março [doravante, CPI/2003; cf. art. 239.º, n.º 2, alínea *b*)] — que refere como motivo de recusa de registo como marca o facto de o sinal constituir "infracção de direitos de autor". O preceito reflecte a *dimensão de proibição* e a *dimensão de permissão* do exclusivo, inerente à titularidade do direito de autor, antes referidas no texto.

seu registo, haveria de ter, digamos, *aptidão*, necessariamente apreciada à luz do seu objecto, para produzir os bens que a marca se destinava a assinalar, e cuja indicação era exigida no próprio pedido de registo. Explicaremos melhor, recorrendo a um exemplo. Suponhamos que uma determinada pessoa (humana ou jurídica), que não explorava senão uma empresa cujo objecto era a produção de bicicletas, pretendia registar uma marca — que até poderia ser igual àquela que antes registara para assinalar os produtos da sua indústria (as bicicletas) — para assinalar sapatos. Impunha-se denegar-lhe essa pretensão: a qualidade de empresário, de que poderia fazer alarde, não assumia, para o caso, qualquer relevância, tudo se passando, pois, como se o pedido de registo em causa tivesse sido feito por quem não era empresário([44]). Não é difícil admitir que esta haveria de ser, pelo menos em regra, a situação em que se encontraria o titular de um direito de autor sobre uma determinada obra, que ele próprio julgava poder funcionar como um importante, porventura decisivo, factor de escolha de uma panóplia de produtos, aos quais fosse aplicada como marca — uma obra, no modo de dizer alegórico já antes usado, que podia funcionar como uma "fábrica de *redevances*". Explicada está, pois, a razão por que não considerámos a tal terceira possibilidade, que seria a de o titular do direito de autor *transmutar* a obra, objecto desse direito, numa marca, registando-a a este outro título, para de seguida licenciar o uso desta última.

***ff*)** Situando-nos na segunda *era*, que é aquela em que hoje vivemos, sobre a legitimidade para a aquisição do direito de marca, com base no registo desta, o discurso terá necessariamente de ser diferente. Com efeito, hoje, entre nós como em muitos outros países — os económico-socialmente mais relevantes a nível mundial, que são obviamente aqueles onde o *merchandising* constitui objecto de uma verdadeira indústria — não vale o *princípio da acessoriedade* de que antes falámos([45]): qualquer

---

([44]) Entre nós, essa solução decorria do art. 76.º, n.º 1.º, CPI/1940 , que, na sua versão originária (cf. *infra*, nota 47), rezava assim: "O direito de usar marcas compete aos industriais ou fabricantes para assinalar os produtos do *seu* fabrico" (este princípio, a que poderíamos chamar da *acessoriedade da marca,* valia igualmente para as marcas de comércio: cf. o n.º 2 do mesmo artigo). Nos termos do art. 122.º, n.º 1, a concessão do registo de marca "a pessoa sem a qualidade para o adquirir" implicava a "anulação" (*rectius:* a nulidade) desse registo; sobre a necessidade, que já então se afirmava, de distinguir entre causas de anulabilidade e causas de nulidade do registo de marca, não só à luz desse artigo, mas também do art. 123.º, *vide* o nosso *A* "*vulgarização*" *da marca na Directiva 89/104/CEE, de 21 de Dezembro de 1988* (*id est, no nosso direito futuro*) — Separata do Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra — "Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Ferrer Correia", Vol. IV., Coimbra, 1995, p. 51, s. (hoje também *in: Marcas — Estudos*, Coimbra, 2023, p. 74, s.)

([45]) Assim, e por exemplo, em França (cf. A. Chavanne/J.-J. Burst, *Droit de la propriété indus-*

pessoa, seja humana ou jurídica, e, neste último caso, quer se trate de uma pessoa jurídica de direito privado ou de direito público, tem legitimidade para obter o registo de uma marca, para assinalar os produtos (ou serviços) que lhe aprouver, independentemente de poder ou não alardear a qualidade de empresário. Havia, porém, e pensando agora apenas nos países da União Europeia, um motivo de recusa de registo, o qual motivo, se for caso disso, se volve em causa de nulidade do mesmo, expressamente previsto na Primeira Directiva do Conselho, de 21 de Dezembro de 1988, que harmoniza as legislações dos Estados-Membros em matéria de marcas (doravante, Primeira Directiva) — cabe, todavia, lembrar que essa mesma

---

trielle, 4.ª ed., Paris, 1963, p. 561, em Itália (cf. A. Vanzetti/V. Di Cataldo, *Manuale di diritto industriale,* 2.ª ed., Milano, 1996*,* p. 169, s., G. Sena, *Il nuovo diritto dei marchi — Marchio nazionale e marchio communitario*, Milano, 1994, p. 85, s., e V. Di Cataldo, *I segni distintivi*, 2.ª ed., Milano, 1993, p. 31, s.), na Alemanha (cf. K. H. Fezer, *Markenrecht,* 2.ª Aufl., München, 1999, § 3, anots. 66, s., R. Inger/CH. Rohnke, *Markengesetz — Gesetz über den Schutz von Marken und sonstigen Kennzeichen,* 2. Aufl., München, 2003, § 3, anot. 10, CH. Schertz, *Merchandising — Rechtsgrundlagen und Rechtspraxis,* München, 1997, p. 70, s., e F. Hacker, *in: Ströbele/Hacker — Kommentar zum Markengesetz,* 7. Aufl., Köln/Berlin/Bonn/München, 2003*,* § 27, anot. 12, e P. Lange, *Marken- und Kennzeichenrecht*, München, 2006, p. 99 e p. 381) e em Inglaterra (cf. Amanda Michaels, *A Practical Guide ToTrade Mark Law,* 2.nd ed., Londres, 1996, p. 54, s., e W. Cornish/D. Llewelyn, *Intellectual Property*: *Patents, Copyright, Trade Marks and Allied Rights,* London, 2003, p. 639). O princípio da não acessoriedade vale igualmente em relação à marca comunitária, como decorre do art. 5.º, n.º 1, do Regulamento (CE) n.º 40/94 do Conselho, de 20 de Dezembro de 1994, sobre a marca comunitária (doravante, Reg/CE n.º 40/94): "Podem ser titulares de marcas comunitárias as pessoas singulares ou colectivas, incluindo entidades públicas (…)"(o mesmo princípio é hoje afirmado no art. 5.º do Regulamento (UE) 2017/1001 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 14 de Junho de 2017, sobre a marca da União Europeia, no qual se lê: "Qualquer pessoa singular ou colectiva, incluindo entidades públicas, pode ser titular de uma marca da UE"; este texto é igual ao do art. 5.º do Regulamento (CE) n.º 207/2009, de 26 de Fevereiro de 2009, sobre a marca comunitária. *Vide,* por todos, R. Ingerl, *Die Gemeinschaftsmarke*, 1996, p. 42, s. Nos EUA, depois da aprovação do TLRA (1988), o *pedido* de registo de uma marca deixou de estar condicionado ao (prévio) "*use in commerce*" da marca em causa. O respectivo *registo* continuou, porém, subordinado a essa condição, a qual se entende preenchida — *et pour cause* — se a marca for usada "*by a controlled licensee*" (as palavras são de J. Thomas McCarthy, *Trademarks*, *cit.*, § 18.14[5], 18-68, mas a solução está expressamente consagrada na segunda parte da *section* 5 do *Lanham Act,* aditada pelo TLRA, que estatui o seguinte: "If first use of a mark by a person is controlled by the registrant or applicant for registration of the mark with respect to the nature and quality of the goods or services, such first use shall inure to the benefit of the registrant or applicant, as the case may be"). Instituiu-se assim um novo sistema de (pedido de) registo de marca — "*Intent-To-Use Application* ", assim se lhe chama —, que calhava bem às necessidades da indústria do *merchandising.* Claramente tributária desse sistema é a solução consagrada no art. 15.º, n.º 3, do Acordo ADPIC/TRIPs: "Os Membros podem subordinar a elegibilidade para *efeitos de registo* à utilização. *No entanto,* a utilização efectiva de uma marca não *constituirá uma condição para o depósito de um pedido de registo.* Um pedido não poderá ser recusado pelo simples facto de a utilização prevista da marca não se ter verificado antes do termo do prazo de período de três anos a contar da data do pedido". Este preceito terá de ser lido em conjugação com o constante no art. 19.º, n.º 2, do mesmo Acordo (cf. *infra*, nota 51).

Directiva deixava aos Estados-Membros inteira liberdade no que respeita à determinação da disciplina dos sujeitos do direito de marca —, que, não sendo um verdadeiro "*ferrolho das portas*" do registo, assim tão *generosamente* "escancaradas", pode constituir um "*pequena tranca*". Falamos do art. 3.º, n.º 2, alínea *d*), do referido diploma([46]), onde se estatuía que "qualquer Estado-membro [podia] prever que [fosse] recusado o registo de uma marca ou que o seu registo, uma vez efectuado, [ficasse] sujeito a ser declarado nulo quando e na medida em que o requerente [tivesse] apresentado de má fé o pedido de registo da marca". Por certo que não daremos novidade a ninguém se dissermos que hão-de ser os casos, em que o requerente do registo de marca não tem a qualidade de empresario, os mais *propícios* para a existência de pedidos de registo feitos de má fé. Esta "pequena tranca das portas" do registo existe também na nossa lei. Encontramola no proémio do art. 211.º CPI/Actual([47]): o "*legítimo interesse*", que é aí exigido para aceder à titularidade do direito à marca, por via do registo desta, não é senão a *inexistência de má fé* por banda de quem formula o correspondente pedido([48]).

***gg*)** À primeira vista pareceria perverso admitir o registo de uma marca, para assinalar, não importa que produtos (ou serviços), por quem, não sendo titular de uma empresa cujo objecto seja a produção dos produtos (ou serviços) para os quais a marca foi registada, tão-pouco tem a intenção de criar ou adquirir uma empresa com esse objecto, afirmando-se, do mesmo passo, a caducidade do direito (ou, o que vai dar ao mesmo, do registo) à marca por falta de uso mais ou menos prolongado([49]) — dir-se-

---

([46]) Que passou a ser o art. 3.º, n.º 2, alínea *d*), da Directiva 2008/95/CE do Parlamento e do Conselho, de 22 de Outubro de 2008, que aproxima as legislações dos Estados-Membros em matéria de marcas (doravante, Directiva 2008/95/CE), sendo hoje o art. 4.º, n.º 2, da Directiva (UE) 2015/2436 do Parlamento e do Conselho, de 16 de Dezembro de 2015, que aproxima as legislações dos Estados-Membros em matéria de marcas (doravante, Directiva (UE) 2015/2436).

([47]) A norma tinha correspondente no CPI/1995 (proémio do art. 168.º) e no CPI/2003 (proémio do art. 225.º); a ruptura com o princípio da acessoriedade ocorreu, contudo, ainda da vigência do CPI/1940, com a promulgação do Decreto-Lei n.º 40/87, de 27 de Janeiro, que introduziu no art. 76.º desse Código o seguinte proémio: "O direito de usar [*sic*] marcas compete a quem tiver legítimo interesse, em especial (…)".

([48]) Contra, mas sem (nos) convencer, cf., porém, L. M. Couto Gonçalves, *Função distintiva* … , *cit.*, p. 153, s. (o Autor escrevia, note-se, na vigência do CPI/1995 — cf. nota anterior —; tendo voltado ao tema, *Manual de direito industrial*: *Patentes, marcas, concorrência desleal,* Coimbra, 2005, p. 211, s., já na vigência do CPI/2003, verifica-se que *adoçou* a sua anterior posição, mas continuou a não nos convencer); revelando alguma hesitação sobre o verdadeiro sentido do requisito do "legítimo interesse", *vide* Maria M. R. Morais de Carvalho, *ob. cit.,* p. 47, s., p. 184, s. e p. 216, s.

([49]) Nos termos do art. 12.º, n.º 1, Primeira Directiva: "O registo de uma marca fica passível de caducidade se, durante *um período ininterrupto de cinco anos*, não tiver sido objecto de *uso sério*

-ia que o legislador "*dava com uma mão e tirava com a outra*". Será realmente assim? É óbvio que não. Com efeito, na generalidade das ordens jurídicas nas quais o não uso da marca constitui motivo de caducidade do respectivo registo, admitindo-se, outrossim, que a marca seja objecto de contratos de licença (simples ou exclusiva), não falta uma previsão legal([50]), considerando o uso que o(s) licenciado(s) faz(em) da marca como uso feito pelo próprio titular da marca, assim se obstando à ocorrência do referido motivo de caducidade([51]).

---

no Estado-Membro em causa para os produtos ou serviços para que foi registada e se não existirem motivos justos para o seu não uso (…)". Tratava-se de uma norma de transposição obrigatória, o que significa, obviamente, que está hoje consagrada em todos os países da União Europeia (cf., entre nós, art. 268.º, n.º 1, CPI/Actual; e, já antes, art. 269.º, n.º 1, CPI/2003 e art. 216.º, n.º 1, alínea *a*), CPI/1995). Nos EUA, o princípio da caducidade do direito à marca por falta de uso tem igualmente assento legal: "A mark shall be deemed to be 'abandoned' when either the of the following occurs: (1) When its use has been discontinued with the intent no to resume such use. Intent not to resume may be inferred from circumstances. *Nonuse for 3 consecutive years* shall be prima facie evidence of abandonment. 'Use' of a mark means the bona fide use of such mark made in the ordinary course of trade, and not made merely to reserve a right in a mark" (*section* 45 do *Lanham Act*). Sobre a caducidade do direito à marca por falta de uso, cf. ainda o art. 5.º-C), 1, CUP ("Se num país o uso da marca registada for obrigatório, o registo só poderá ser anulado depois de decorrido *um prazo razoável* e se o interessado não justificar a sua inacção"; sobre a história deste preceito, introduzido na revisão da Haia de 1925, *vide* C. M. Mayr, *L'onere di utilizzazione del marchio,* Padova, 1991, p. 17, s.), o art. 19.º, n.º 1, do Acordo ADPIC/TRIPs ("Caso a utilização de uma marca seja exigida como condição para a manutenção do registo, o registo só poderá ser anulado, *após um período ininterrupto de não utilização de pelo menos três anos,* a não ser que o titular da marca apresente razões válidas baseadas na existência de obstáculos a essa utilização (…)") e o art. 58.º, n.º 1, alínea *a*), do Regulamento (UE) 2017/ /1001 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 14 de Junho de 2017, sobre a marca da União Europeia ("É declarada a perda dos direitos do titular da marca da UE, na sequência de pedido apresentado ao Instituto ou de pedido reconvencional num processo de infração quando, durante um periodo ininterrupto de cinco anos, a marca não seja objeto de utilização séria na União em relação aos produtos ou serviços para que foi registada e se não existirem motivos justos para a sua não utilização (…)"; anteriormente, art. 50.º, n.º 1, do RegCE/40/94 e art. 51.º, n.º 1, do Regulamento (CE) 207/2009 do Conselho, de 26 de Fevereiro de 2009); desenvolvidamente, sobre a caducidade por falta de uso da marca comunitária, *vide*, por exemplo, C. Fernández-Novoa, *El Sistema comunitario de marcas*, Madrid, 1995, p. 355, s.

([50]) Ressalve-se a *originalidade lusa*, que era o CPI/1995: não obstante admitir expressamente os contratos de licença de marca (simples e exclusivas; territorialmente irrestritas e territorialmente circunscritas; mercelogicamente limitadas e merceologicamente ilimitadas), faltava essa previsão legal!

([51]) Nos termos do art. 10.º, n.º 3, Primeira Directiva, "o uso da marca com o consentimento do titular (…) será considerado feito pelo titular" [sucessivamente: art.10.º, n.º 2, da Directiva 2008/95/CE e art. 16.º, n.º 6, da Directiva (UE) 2015/2436]; à semelhança do que dissemos acontecer em relação ao art. 12.º, n.º 1, tratava-se, também agora, de um preceito de transposição obrigatória, constando hoje, por conseguinte, das ordens jurídicas internas de todos os Estados-Membros [entre nós, *vide* art. 267.º, n.º 1, alínea *c*), CPI/Actual, que era o art. 268.º, n.º 1, alínea *c*), CPI/2033]: "Considera-se uso sério da marca a utilização da marca por um terceiro, *desde que seja sob o controlo do titular e para efeitos da manutenção do registo*". Relativamente aos EUA, essa solução já vinha da

***hh*)** Destarte, e voltando agora a pensar mais directamente no caso das obras registadas como marcas, não importa para que produtos (ou serviços), pelos titulares dos direitos de autor de que essas obras são objecto, por certo que muitas dessas marcas, cujo uso (autorizado e *pago*) não se afigura apetecível para quemquer (exactamente porque não constituem "iscas" interessantes), acabarão assim por se transformar em "*ramos secos*", com a consequente caducidade dos direitos que o seu registo fizera nascer; muitas outras, porém, exactamente porque são consideradas pelos terceiros, os industriais que têm produtos (ou serviços) para marcar (os tais "donos dos anzóis"), susceptíveis de gerar um "efeito de associação", implicante de um importante, porventura decisivo, factor de escolha dos produtos (ou serviços), independentemente da qualidade (objectiva) destes, terão, decerto, melhor sorte — em relação a essas pode, pois, dizer-se que o sistema de imputação de uso da marca([52]) constitui o *alvará* das "fábricas de *redevances*" que elas são.

***f*)** A consagração, na própria lei do sinal, de uma *tutela excepcional*(*mente monopolística*) a favor de uma certa categoria de marcas — "*marca de prestígio*"(lei portuguesa); "*marca renombrada*" (lei espanhola); "*bekannte Marke*" (lei alemã); "*marchio rinomato*" (lei italiana); "*marque renomée*" (lei francesa); "*reputed trade mark*" (lei inglesa); "*famous mark*" (lei federal norte- americana)([53]) —, mesmo nos países sócio-economicamente mais relevantes a nível mundial, ocorreu em época relativamente recente.

---

versão originária do *Lanham Act,* o qual previa expressamente a licença de marca (cf. *supra,* nota 19), e consta, ainda hoje, da sua *section* 5, primeira parte, que reza assim: "Where a registered mark or a mark sought to be registered is or may be used legitimately by related companies, such use shall inure to the benefit of the registrant or applicant for registration, and such use shall not affect the validity of such mark or of its registration, provided such mark is not used in such manner as to deceive de public". O *sistema de imputação do uso* da marca, digamos agora assim, está hoje também consagrado no art. 19.º, n.º 2, do Acordo ADPIC/TRIPs ("A utilização de uma marca por uma outra pessoa, *desde que sob o controle do seu titular,* será reconhecida como utilização da marca para efeitos de manutenção do registo") e o art. 15.º, n.º 3, do Reg/CE n.º 40/94 ("A utilização da marca comunitária com o consentimento do titular é considerada como feita pelo titular"); este texto foi reproduzido no art. 15.º, n.º 3, do Regulamento (CE) n.º 207/2009 do Conselho, de 26 de Fevereiro de 2009, constando hoje do art. 18.º, n.º 2, do Regulamento (UE) 2017/1001 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 14 de Junho de 2017, sobre a marca da União Europeia.

([52]) Cf. nota anterior.

([53]) Cf. o nosso *A monopolização da concorrência …*, *cit.*, p. 964, s., nota 1983, e também "Sobre a 'teoria da diluição da marca' no direito norte-americano", *Nos 20 de Anos do Código das Sociedades Comerciais — Homenagem aos Profs. Doutores A. Ferrer Correia, Orlando de Carvalho e Vasco Lobo Xavier*, Vol. I, Faculdade de Direito/Coimbra Editora, Coimbra, 2007, p. 201, s. (hoje também publicado *in: Marcas — Estudos*, *cit.*, p. 241, s.).

***aa*)** A Primeira Directiva (dos finais dos anos oitenta do século passado, recorde-se) e, em maior medida, o RegCE n.º 40/94, e no que respeita, é claro, aos países que já então integravam a (hoje chamada) União Europeia, constituíram dois marcos fundamentais no sentido dessa *viragem.* Nos EUA, não obstante o movimento legislativo, a nível estadual, a favor da *aristocratização* (jurídica) de certas marcas, ser muito mais temporão, a *viragem* apenas foi assumida pelo legislador federal na segunda metade da última década do século passado([54]).

***bb*)** Muito antes da mudança de paradigma, que a consagração, no quadro da própria lei do sinal, dessa tutela excepcional(mente monopolística) de certas marcas implicou, já os tribunais, com retóricas argumentativas diferenciadas, quer do lado de cá, quer do lado de lá do Atlântico, tinham, contudo, chegado ao mesmo resultado. Revelavam, é certo, um grande comedimento. Todavia, agiam à luz do mesmo princípio reitor: indispensabilidade da *desigualização* das marcas, não já, e apenas, quando se tratava da sua tutela contra riscos de confusão (sobre a origem dos respectivos produtos ou serviços), mas sobretudo quando se tratava de as *proteger* à margem da existência de qualquer risco desse tipo (protecção, essa, que ao tempo teria de encontrar protecção alhures que não na lei do sinal).

***cc*)** O *comedimento* (dos tribunais), há pouco referido, não era obviamente coisa de somenos. Em consequência dele, as marcas às quais cabia essa protecção, dirigida à sua *função de publicidade,* por isso que se afirmava lá onde a sua função de origem já não estava em causa, eram relativamente poucas([55]). Acresce que, tratando-se — acabámos agora mesmo de o dizer — de uma protecção dirigida ou, o que ia dar ao mesmo, *imposta* para salvaguardar a função de publicidade da marca, era no mínimo duvidoso que houvesse coincidência entre o *desenho* da *dimensão de proibição,* inerente ao exclusivo que assim se afirmava sobre uma determinada marca — uma "*marca célebre*" ou de "*alta reputação*", como então se dizia —, e o *desenho* da *dimensão de permissão.* Vejamos.

***g*)** Olhemos primeiro para as marcas cuja tutela não ia além da que resultava do próprio direito do sinal — tutela contra riscos de confusão (sobre a origem dos produtos ou serviços).

([54]) Cf. nota anterior.

([55]) Tratámos desenvolvidamente deste ponto, a propósito dos *pressupostos* e do *conteúdo* da tutela da "marca célebre" no direito alemão, em *A* "*vulgarização*" *da marca* …, *cit.*, pp. 121-183; sobre a história da protecção da "marca famosa" (*dilution theory*) no direito norte-americano, que já era objecto de uma referência nesse mesmo trabalho (pp. 183-190), cf. penúltima nota.

***aa*)** O titular de uma marca dessas — marcas que seriam, afinal, a esmagadora maioria, dado o tal *comedimento* dos tribunais de que antes falámos —, e pensando agora apenas na hipótese de essa titularidade radicar no registo da marca em causa, tinha o direito (permissão, *hoc sensu*) de a usar para assinalar os produtos ou serviços para os quais a registara. A par desse direito, afirmava-se — e afirma-se: o uso do pretérito ocorre apenas por comodidade de exposição —, porém, um outro, no qual relevava a *dimensão de proibição* inerente ao respectivo exclusivo: os terceiros ficavam impedidos de usar uma marca igual ou semelhante para assinalar produtos ou serviços iguais ou produtos ou serviços semelhantes quando, em consequência disso, houvesse risco de confusão (sobre a origem dos produtos ou serviços em causa).

***bb*)** Exactamente porque o titular da marca tinha o direito (*permissão*) de a usar para assinalar os produtos ou serviços para os quais fizera o respectivo registo, não foi difícil admitir que ele pudesse *autorizar* os terceiros a usá-la para assinalar esses mesmos produtos ou serviços — isto, é claro, depois da "*volatilização*" do conceito de origem e da consequente perda de *centralidade* (no plano económico) da respectiva função da marca a favor da função de qualidade (nesse mesmo plano)([56]), ou seja, depois de removidos os obstáculos à dissociabilidade da titularidade da marca e do seu uso, que constituíam outros tantos estorvos à admissibilidade de licenças de marcas.

***cc*)** E que dizer quanto ao uso da marca para assinalar os produtos ou serviços para os quais ela não fora registada, mas que, todavia, pertenciam à categoria daqueles que os terceiros não podiam contradistinguir com uma marca igual (ou semelhante, que fosse), exactamente para evitar a existência de risco de confusão (sobre a origem desses mesmos produtos ou serviços)?

***dd*)** Parece(-nos) evidente que, não tendo o titular da marca o direito (*permissão*) para dela fazer uso para assinalar *esses* produtos ou serviços (os produtos ou serviços considerados semelhantes àqueles para os quais a marca fora registada), não se lhe podia reconhecer o direito (*permissão*) de autorizar esse uso por banda de terceiros, através de um contrato adrede celebrado — um contrato de licença, na terminologia (social e legalmente) consagrada([57]).

([56]) Cf. *supra,* número 4.

([57]) O art. 8.º, n.º 1, Primeira Directiva era, inquestionavelmente, tributário dessa evidência:

***ee*)** A *carência* de objecto ou, quando menos, a impossibilidade legal deste constituiria uma causa de nulidade desse contrato. Coisa diferente, pelo menos em termos jurídicos, seria o titular da marca, *conhecendo o uso* que terceiros dela faziam para assinalar produtos ou serviços semelhantes, não lançar mão dos correspondentes meios de tutela ou, se se prefere, *tolerar* esse uso.

***ff*)** Supérfluo dizer que essa *tolerância* do titular da marca podia — e pode: o uso do pretérito ocorre, como já antes dissemos, por comodidade de exposição — ser *comprada*; e, em tal hipótese, criar-se-iam com a *conivência* (*interesseira*) do próprio titular da marca situações de risco de confusão (sobre a origem dos respectivos produtos ou serviços), cujo evitamento é da essência do direito do sinal.

***gg*)** Haveria algum modo, verdadeiramente eficaz, de atalhar a tais situações? Nós, sinceramente, não o descortinamos. Com efeito, esse meio só poderia ser a *publicização* do risco de confusão, ou seja, o entendimento segundo o qual o risco de confusão relevava da *ordem pública* (económica); se fosse este o entendimento *plasmado* no direito do sinal, o titular da marca, que, conhecendo o uso que terceiros dela faziam para assinalar produtos ou serviços semelhantes àqueles para os quais a marca fora registada, sujeitava-se à *perda* do respectivo direito ou, o que vai dar aqui ao mesmo, à *caducidade* do registo que dele fora constituinte: o motivo seria a *deceptividade intrínseca superveniente*([58])

"Uma marca pode ser objecto de licenças para a totalidade ou parte dos produtos ou serviços *para os quais tenha sido registada* (…)"; este texto foi reproduzido no art. 8.º, n.º 1, Diretiva 2008/95/CE, constando hoje do art. 25.º, n.º 1, Directiva (UE)2015/2436. E o mesmo se diga, é claro, em relação ao art. 22.º, n.º 1, do RegCE n.º 40/94: "A marca comunitária pode ser objecto de licenças para a totalidade ou parte dos produtos ou serviços *para os quais tiver sido registada* e para toda ou parte da Comunidade. As licenças podem ser exclusivas ou não exclusivas"; este texto foi reproduzido no art. 22.º, n.º 1, do Regulamento (CE) n.º 207/2009 do Conselho, de 26 de Fevereiro, constando hoje do art. 25.º, n.º 1, do Regulamento (UE) 2017/1001 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 14 de Junho de 2017, sobre a marca da União Europeia. O texto do art. 31.º, n.º 1, do nosso CPI/Actual é mais equívoco; lê-se aí o seguinte: "Os direitos referidos no n.º 1 do artigo anterior [e entre estes contam-se, é claro, os "*direitos emergentes de marcas*"] podem ser objecto de licença de exploração, total ou parcial, a título gratuito ou oneroso, em certa zona ou em todo o território nacional, por todo o tempo da sua duração ou por prazo inferior" (o preceito é em tudo igual ao do art. 30.º, n.º 1, CPI/1995 e ao do art. 32.º, n.º 1, CPI/2003). A expressão "direitos emergentes da marca" poderia, eventualmente, ser entendida no sentido de o respectivo titular, que, com base nesses direitos, pode proibir o uso por terceiros de uma marca igual para assinalar produtos ou serviços iguais ou semelhantes aos que foram cobertos pelo registo da marca, ter, outrossim, legitimidade para celebrar contratos de licença respeitantes ao uso da marca para aqueles outros produtos ou serviços. O *princípio de interpretação conforme* (com a Directiva) posterga, porém, esse entendimento.

([58]) Sobre esse conceito, *vide* M. Nogueira Serens, "Aspectos do princípio da verdade da

da marca em causa sobre a origem (*empresarial*) dos respectivos produtos ou serviços.

***hh*)** A verdade, porém, é que a publicização do risco de confusão, que constituiria o pressuposto desta solução, faltando, como em regra faltava, um preceito legal que expressamente a consagrasse (e não era, obviamente, apenas entre nós que isso acontecia), foi sempre muito *malquista*([59]). Deveras significativa — mas não surpreendente, à luz dos *reais interesses* que inspiram os princípios reitores do direito das marcas — foi a opção do legislador comunitário, expressa no art. 4.º, n.º 5, Primeira Directiva. Lia-se aí o seguinte: "Os Estados-Membros podem permitir que, *em circunstancias adequadas,* o pedido de registo de uma marca não tenha de ser recusado ou o registo de uma marca não tenha de ser declarado nulo uma vez que o titular da marca anterior ou do direito anterior *consinta* no registo da marca posterior"([60]).

***ii*)** O sentido do preceito não oferece dúvidas: os legisladores nacionais podiam, se assim o entendessem, consagrar expressamente o *princípio da despublicização* do risco de confusão (sobre a origem dos produtos ou serviços), dando assim ao titular do direito à marca a possibilidade de

---

marca", *in: Volume Comemorativo do 75.º Tomo do Boletim da Faculdade de Direito (BFD),* Coimbra, 2003*,* p. 620, s. (hoje também *in: Marcas — Estudos*, *cit.*, p. 188, s.); criticando-o, cf. L. M. Couto Gonçalves, *Manual ...*, *cit.*, p. 329, s.

([59]) Conquanto não cobrasse, nem de perto nem de longe, a mesma eficácia, poder-se-ia excogitar um outro meio de *sancionar a conivência* (interesseira) do titular de uma marca na criação de riscos de confusão (sobre origem de produtos ou serviços) — falamos, lembre-se, do titular de uma marca que, conhecendo o uso que *alguns terceiros* dela faziam para assinalar produtos ou serviços semelhantes àqueles para os quais a marca fora registada, *tolerava* esse uso, fazendo-se pagar por isso, não importa a maneira. Com efeito, no caso de um qualquer outro terceiro, isto é, um terceiro que não integrasse o círculo daqueles que tinham "comprado" a tolerância do titular da marca, decidir fazer o mesmo que estes outros faziam — uso da marca em causa para assinalar produtos ou serviços semelhantes àqueles que o registo da marca cobria —, por certo que ele, o titular da marca, não deixaria de lançar mão da acção de contrafacção (*lato sensu*); para se concluir no sentido da improcedência dessa acção, parecer-nos-ia azado invocar o *tu quoque,* a tal "fórmula — usamos palavras de Menezes Cordeiro, *Da boa fé no direito civil*, Vol. II, Coimbra, 1984, p. 837 — [que] traduz, com generalidade, o aflorar de uma regra pela qual a pessoa que viole uma norma jurídica não poderia, sem abuso, exercer a situação jurídica que essa mesma norma lhe tivesse atribuído" (sempre nas palavras do mesmo Professor: "Está em jogo um vector axiológico intuitivo expresso em brocardos como *turpitudinem suam allegans non auditur* ou *equity must come with clean hands*").

([60]) A norma foi reproduzida no art. 4.º, n.º 5, Directiva 2008/95/CE e consta hoje do art. 5.º, n.º 5, Directiva (UE) 2015/2436, cabendo, porém, acentuar que este ultimo preceito apresenta uma diferença, deveras relevante, relativamente aos das Directivas anteriores: a expressão "os Estados-Membros *podem*" foi substutída pela expressão "os Estados-Membros *devem*", o que significa que a *despublicização* do risco de confusão, nas ordens jurídicas nacionais, que começou por ser facultativa, é hoje obrigatória.

"*seleccionar os contrafactores*"([61]). Do uso dessa prerrogativa, pelo nosso legislador, resultou o art. 189.º, n.º 2, CPI/1995, onde se estatuía: "Para a concessão de registo de marca confundível com outra anteriormente registada, *que não induza o público em erro sobre a qualidade do produto ou serviço*, é exigível autorização do titular desse registo e do possuidor de licença exclusiva, se a houver, e o contrato não dispuser de forma diferente". Ocupámo-nos deste preceito noutra sede, tendo então dito o seguinte:

> Não cabe (…) dúvida de que, no quadro do nosso actual direito, a marca, à qual falta a novidade (por ser igual ou semelhante a outra anteriormente registada para contradistinguir os mesmos produtos ou serviços ou produtos ou serviços semelhantes), não é havida, só por isso, como (*intrinsecamente*) deceptiva. Para ser assim considerada, tornando-se, por conseguinte, insusceptível de registo mesmo que haja autorização do titular da marca anterior(mente registada), a marca posterior, exactamente porque cria riscos de confusão sobre a proveniência empresarial dos respectivos produtos ou serviços, há-de ser susceptível de induzir o público em erro *sobre a qualidade* desses mesmos produtos ou serviços. Na hipótese de dois (ou mais) empresários usarem marcas iguais para contradistinguir os respectivos produtos ou serviços — supondo, é claro, que se trata dos mesmos produtos ou serviços ou de produtos ou serviços semelhantes — não pode excluir-se que cada um deles ofereça no mercado produtos ou serviços com um padrão de qualidade diferente; e, se o fizerem, o risco de o público ser induzido em erro sobre a qualidade dos produtos ou serviços, decorrente da sua indução em erro sobre a sua proveniência empresarial, é inevitável: satisfeito com a qualidade do produto ou serviço contradistinguido com uma determinada marca, o consumidor, pretendendo repetir essa sua experiência aquisitiva, voltará a dar a sua preferência ao produto ou serviço contradistinguido com a marca em causa, mas, ao fazer assim, pode, afinal, estar a adquirir um produto ou serviço com um padrão de qualidade diferente. Essa deceptividade das marcas — *deceptividade superveniente,* diga-se, e que atinge tanto a marca que foi objecto de registo como a(s) marca(s) que o titular desse registo autorizou que fosse(m) registada(s) a favor de terceiros(s) —, que ocorre no seguimento do uso que delas fazem os seus titulares, implica a caducidade dos respectivos registos [art. 216.º, n.º 2, alínea *a*), CPI/1995, que é hoje o art. 268.º, n.º 2, alínea *b*), CPI/Actual, depois de ter sido o art. 269.º, n.º 2, alínea *b*), CPI/2003([62])]. Com a norma do art. 189.º, n. 2, CPI/1995, o legislador quis impedir o registo de uma marca à qual falta a novidade, e que, logo no momento em que a autoridade administrativa se pronuncia sobre a sua registabilidade, se apresenta como deceptiva no sentido acabado de expor, ou seja, quis impedir o registo de uma marca igual ou confundível com outra anteriormente registada para contradistinguir os mesmos produtos ou serviços ou produtos ou ser-

---

([61]) Cf. "Aspectos …", *in: Volume Comemorativo*, *cit.*, p. 585, s., e *Marcas — Estudos*, *cit.*, p. 150, s.

([62]) A solução constava do art. 12.º, n.º 2, alínea *b*), da Primeira Diectiva, e daí passou, primeiro, para o art. 12.º, n.º 2, alínea *b*), da Directiva 2008/95/CE e, depois, para o art. 20.º, alínea *b*), da Directiva (UE) 2015/2436.

viços de *qualidade diferente* daqueles que a marca anterior(mente registada) contradistinguia. Pode acontecer que a marca, à qual falta a novidade, já esteja a ser usada à data em que a autoridade administrativa é chamada a decidir sobre o pedido de registo (formulado pelo respectivo utente com a autorização do titular da marca igual ou confundível anteriormente registada para contradistinguir os mesmos produtos ou serviços ou produtos ou serviços semelhantes — e, se essa marca foi objecto de um contrato de licença exclusiva, e este não dispuser de forma diferente, também com a autorização do licenciado). À parte esta hipótese, não parece que a autoridade administrativa tenha condições para apurar se a marca (posteriormente registada) é ou não susceptível de induzir o público em erro sobre a qualidade dos produtos ou serviços. Se, por exemplo, o titular da marca anterior(mente registada) pertencer ao mesmo "grupo de empresas" do requerente do registo da marca confundível, poder-se-á *presumir* que um e outro não venham a oferecer no mercado produtos ou serviços com um diferente padrão de qualidade. Mas não será possível ir além disso([63]).

***hh*)** Dizendo isto, queríamos, afinal, evidenciar que a norma em causa (constante, recorde-se, do art. 189.º, n.º 2, CPI/1995), tinha escasso ou nulo conteúdo, constituindo, pois, uma espécie de *mostrança.* Nesta perspectiva, não pode deixar de aplaudir-se a norma do art. 243.º CPI/2003 (a que corresponde o art. 236.º CPI/Actual), que consagrou o princípio da despublicização do risco de confusão (sobre a origem dos produtos ou serviços), de *forma crua*; reza ela o seguinte: "O *registo de marca susceptível de confusão com marcas* ou outros direitos de propriedade industrial anteriormente registados *exige declaração de consentimento* dos titulares desses direitos e dos possuidores de licenças exclusivas, se os houver e os contratos não dispuserem de forma diferente". É claro que esta *descamuflagem* da despublicização do risco de confusão (sobre a origem dos produtos ou serviços) pode ter redundado na transposição incorrecta (ou melhor, *inconveniente,* à luz da tão propalada preocupação com a defesa do consumidor …) do art. 4.º, n.º 5, Primeira Directiva (lembre-se que este preceito deixava aos Estados-Membros liberdade para *despublicizarem* expressamente o já tão falado risco de confusão "*em circunstâncias adequadas*"([64]). Mas essa é outra questão.

***h*)** Olhemos agora para as marcas ditas "célebres" ou de "reputação excepcional", as quais, como antes dissemos, beneficiavam de uma tutela *excepcional*(*mente monopolística*), afirmada à margem das leis do sinal, e, por isso mesmo, *desvinculada* do princípio da especialidade (protecção

---

([63]) Cf. penúltima nota.

([64]) Lembre-se, outrossim, que, por força do art. 5.º, n.º 5, Directiva (UE) 2015/2436 (cf. *supra*, nota 60), os Estados-Membros deixaram de ser livres de não consagrar, na sua ordem jurídica interna, essa solução.

contra riscos de confusão sobre a origem dos produtos ou serviços). Importa lembrar que essas marcas, sendo *as mais fortes das marcas fortes*, eram já *privilegiadas* no quadro desse princípio.

***aa*)** Com efeito, cedo se impôs na generalidade da doutrina e da jurisprudência de vários países — os mesmos países cujas leis de marcas não previam a falada tutela excepcional(mente monopolística) a favor de qualquer categoria de marcas — a distinção, que não tinha base legal, entre *marcas* (mais) *fortes* e *marcas* (mais) *fracas,* para efeitos de determinação do âmbito da respectiva tutela.

***bb*)** Com base nessa distinção vieram, aliás, a formar-se duas diferentes orientações jurisprudenciais. Assim, e por exemplo, nos EUA, em França, em Itália e, conquanto mais serodiamente, também em Portugal, os tribunais passaram a deduzir da maior ou menor força (ou *viço*) da marca uma dupla consequência*:* (*i*) no conflito entre duas marcas, se a primeira(mente registada) fosse uma marca forte, a segunda, para não ser considerada semelhante, haveria de apresentar um *grau de dissemelhança* maior do que aquele que seria exigido se a marca anterior fosse fraca; (*ii*) dois produtos (ou serviços) que não seriam considerados semelhantes (ou, como então era mais frequente dizer-se, afins) se a marca cuja tutela estava em causa fosse fraca, passavam a ser considerados semelhantes só porque essa marca era forte.

***cc*)** Nesta perspectiva, o *carácter forte* de uma marca, que, no limite, podia atingir o estatuto da "celebridade", condicionava, quer o juízo sobre a sua semelhança com outras marcas, quer o juízo sobre a semelhança dos produtos ou serviços. Por outras palavras, o conceito de semelhança entre as marcas e o conceito de semelhança (ou afinidade) entre os produtos (ou serviços), que determinavam a existência de risco de confusão (sobre a origem dos produtos ou serviços em causa), eram ambos *relativos*([65]).

([65]) Com (maior ou menor) tradição, nomeadamente na jurisprudência nos países que foram referidos (cf. o nosso *A* "*vulgarização*" *da marca …*, *cit.*, p. 9, s., em nota), essa *relativização* de ambos os conceitos — obviamente de *grande préstimo* para as empresas de maior dimensão, por isso que são elas, pela natureza das coisas, os titulares das marcas mais fortes — foi acolhida pelos Juízes do Luxemburgo (em relação aos quais calha bem o brocardo: *Roma locuta, causa finita),* em diferentes acórdãos respeitantes à interpretação dos arts. 4.º, n.º 1, e 5.º, n.º 1, Primeira Directiva (a que correspodem os arts. 4.º, n.º 1, e 5.º, n.º 1, Directiva 2008/95/CE e os arts. 5.º, n.º 1, e 10.º, n.º 1, Directiva (UE) 2015/2436); exemplificativamente: (*i*) acórdão de 11 de Novembro de 1997, Proc. C-251/95, *Sabel BV./. Puma AG, Rudolf Dassler Sport,* Colectânea-I 1997, p. 6191, s.; (*ii*) acórdão de 29 de Setembro de 1998, Proc. C-39/97, *Canon Kabushiki Kaisha. / Metro-Goldwyn-Mayer Inc.,* Colectânea-I 1998,

***dd*)** Na Alemanha, os tribunais não iam tão longe; conquanto aceitassem que o carácter forte da marca, cuja tutela estava em causa, condicionava o juízo sobre a sua semelhança com outras marcas (fortes ou fracas), recusavam-se admitir que produtos (ou serviços), que não seriam considerados semelhantes (afins, na tal outra maneira de dizer) se a marca cuja tutela estava em causa fosse fraca, pudessem ser considerados semelhantes porque essa marca era forte. Por outras palavras, os tribunais alemães, relativizando o conceito de semelhança entre as marcas, recusavam-se a relativizar o conceito de semelhança entre os produtos (ou serviços)([66]).

***ee*)** No quadro de ambas essas orientações jurisprudenciais — muito mais no quadro da primeira (norte-americana, francesa, italiana e portuguesa) que no da segunda (alemã), importa dizê-lo)([67]) —, pese embora a *manobrabilidade* de que o princípio da especialidade passou a ser objecto, e da qual as principais beneficiárias eram as marcas "célebres" ou de "alta reputação", exactamente porque eram as mais fortes das marcas fortes, não deixava, todavia, de continuar a existir uma espécie de "*no man's land*" relativamente ao uso e/ou registo de tais marcas. Ou seja, os produtos (ou serviços) para cuja individu(aliz)ação o terceiro usava e/ou registava uma marca *igual* ou *quase-igual*([68]) a uma marca "célebre" ou de "alta reputação" podiam estar merceologicamente tão distantes daqueles que esta última assinalava que seria absurdo admitir que o público (*qualquer que ele fosse*) pudesse supor que todos esses produtos, tão diferentes([69]), provinham da mesma empresa ou de empresas (económica ou juri-

---

p. 5507, s.; (*iii*) acórdão de 22 de Junho de 1999, Proc. C-342/97, *Lloyd Schuhfabrik Meyer & Co. GmbH. / Klijsen Handel BV,* Colectânea-I 1999, p. 3819, s.; (*iv*) acórdão de 22 de Junho de 2000, Proc. C-425/98, *Marca Mode CV. / Adidas AG e Adidas Benelux BV*, Colectânea-I 2000, p. 4861, s.). Sobre o ponto, cf. ainda o nossso *A monopolização da concorrência …*, *cit.*, p. 964, s., nota 1983, e p. 1066, s., nota 2080.

([66]) *Vide* o nosso *A* "*vulgarização*" *da marca …*, *cit.*, p. 126, s., em nota, com várias indicações.

([67]) Cf. nota anterior.

([68]) Cf. os nossos *A monopolização da concorrência …*, *cit.*, p. 964, s., nota 1983, e *A* "*vulgarização*" *da marca…, cit.*, p. 149, s., em nota.

([69]) No exemplo dado pela *Corte di Cassazione* (acórdão de 24 de Março de1983) "Doces" e "máquinas agrícolas" (no quadro da jurisprudência do mais alto tribunal italiano, sobressai o acórdão de 21 de Outubro de 1988, no qual se considerou que os titulares das marcas "Veuve Cliquot Ponsardin", "Don Perignon" e "Munn Courdon Rouge", usadas para contradistinguir *vinho espumante* "Champagne", não podiam impedir o uso, por banda de um terceiro, dessas mesmas marcas e também da denominação de origem "Champagne", para contradistinguir uma *espuma* (ou *gel*) *de banho,* que aliás era vendida num recipiente idêntico ao usado pelos produtores de vinho "Champagne"; cf. o nosso *A* "*vulgarização*" *da marca …*, *cit.*, p. 24, em nota, com várias referências). O juiz Learned Hand, no *Waterman case* (1934), figurava um exemplo próximo desse. Falava de "baton" e "escavadoras a vapor", mas excluía terminantemente a possibilidade de esses produtos não serem tão diferentes

dicamente) ligadas, por mais "célebre" que fosse a marca cuja tutela era reivindicada.

***ff*)** Era, pois, para atalhar a essas situações de uso e/ou registo de uma marca igual ou *quase-igual* a uma marca "célebre" ou de "alta reputação" por banda de terceiro, para assinalar produtos (ou serviços) cuja distância merceológica em relação aos produtos (ou serviços) assinalados pela marca "célebre" ou de "alta reputação" em causa se considerava não poder ser "*anulada*" pela "celebridade" dessa mesma marca, falecendo, por conseguinte, a sua tutelabilidade no quadro da lei do sinal (inexistência de risco de confusão sobre a origem dos produtos ou serviços([70]), que a falada tutela excepcional(mente monopolística) tinha lugar, e para cujo fundamento se invocava a disciplina da concorrência desleal e/ou a disciplina da responsabilidade civil extracontratual.

***i*)** Tudo junto, impõe-se concluir que a *dimensão de proibição* inerente à titularidade de uma marca "célebre" ou de "alta reputação" — referimo-nos, lembre-se, à época em que as leis do sinal não dispensavam às marcas outra tutela que não fosse a que era *construída* com base no princípio da especialidade — tinha um *desenho* diferente da *dimensão de proibição* inerente à titularidade de uma marca, digamos, *comum.*

***aa*)** Essa diferença assentava, como é fácil de ver, numa dúplice razão: por um lado, os produtos (ou serviços) considerados semelhantes àqueles que a marca "célebre" ou de "alta reputação" assinalava eram em (muito) maior número que aqueles que eram assim considerados relativamente aos que a marca "comum" assinalava — a *relativização* do conceito de semelhança (ou afinidade), antes referido, assim o impunha —; por outro lado, a *dimensão de proibição* inerente à titularidade de uma marca "célebre" ou de "alta reputação" estendia-se para além do princípio da especialidade, ou seja, abarcava o uso por banda de terceiros de uma

---

como seria necessário para excluir a sua afinidade (ou semelhança); nas suas próprias palavras: "*There is indeed a limit;* the goods on which the supposed infringer puts the mark may be too remote from any that the owner would be likely to make or sell. *It would be hard,* for example, *for the seller of a steam shovel to find ground for complaint in the use* of *his trademark on a lipstick*" (cf. o nosso *A monopolização da concorrência …*, *cit.*, p. 964, s., nota 1983). Ainda mais longe foi a nossa jurisprudência *(v. g.,* acórdão da Relação de Lisboa, de 3 de Julho de 1990), que considerava que a "celebridade" da marca podia anular quaisquer distâncias merceológicas (cf. o nosso *A "vulgarização" da marca …*, *cit.*, pp. 25-27, em nota).

([70]) Sobre os diferentes tipos de riscos de confusão relevantes, cf. M. Nogueira Serens, "Aspectos…", *in: Volume Comemorativo, cit.*, pp. 644-656, nota 48 (hoje também *in: Marcas — Estudos, cit.*, p. 212-224, nota 48).

marca igual ou quase-igual, para assinalar produtos (ou serviços) que, de tão diferentes que eram daqueles que a marca "célebre" ou de "alta reputação" em causa assinalava, não podiam ser considerados semelhantes (afins) a estes, ao passo que a *dimensão de proibição* inerente à titularidade de uma marca "comum" nunca ia além dos limites postos pelo princípio da especialidade.

***bb*)** Não obstante a referida diferença entre o *desenho* da *dimensão de proibição* inerente à titularidade de uma marca "célebre" ou de "alta reputação" e o *desenho* dessa mesma *dimensão* inerente à titularidade de uma marca "comum", a verdade é que ela não condicionava o *desenho* da *dimensão de permissão* inerente à titularidade de uma e outra marcas: o titular da marca "célebre" ou de "alta reputação" tinha o direito (*permissão*) de fazer uso dessa marca para assinalar os produtos (ou serviços) cobertos pelo respectivo registo, e o mesmo acontecia em relação ao titular da marca "comum".

***cc*)** As considerações antes feitas, já sobre a celebração de *contratos de licença,* já sobre a "venda" da *tolerância,* por banda do titular de uma marca "comum", respeitantes ao uso dessa marca por terceiros para assinalar produtos (ou serviços) *semelhantes* àqueles que eram cobertos pelo respectivo registo, valiam, pois, e por *identidade de razão,* para esses mesmos *negócios* celebrados com terceiros pelo titular de uma marca "célebre" ou de "alta reputação", respeitantes ao uso dessa marca para assinalar produtos (ou serviços) *semelhantes* — necessariamente em maior número: a *relativização* do conceito de afinidade, e como já antes dissemos, assim o impunha — aos que eram cobertos pelo respectivo registo. Permitimo-nos, por conseguinte, remeter o leitor para essas nossas considerações.

***dd*)** E que dizer acerca dos referidos negócios, respeitando eles ao uso por terceiros de uma marca "célebre" ou de "alta reputação", para assinalar, não já produtos ou serviços semelhantes àqueles que eram cobertos pelo registo dessa marca, mas antes produtos que, apesar de toda a "celebridade" da marca em causa, seria absurdo, por tão diferentes eles serem dos que o registo dessa marca cobria, considerá-los semelhantes a estes últimos produtos, mas que, todavia, eram abrangidos pela *dimensão de proibição* inerente à titularidade dessa mesma marca?

***ee*)** No caso do contrato de licença, a razão antes apontada para afirmar a sua invalidade quando ele tinha por objecto o uso por terceiro de uma marca "célebre" ou de "alta reputação" para assinalar produtos (ou serviços) semelhantes aos que eram cobertos pelo registo dessa marca —

apontámos essa razão, remetendo para o que dissemos sobre a sorte do contrato de licença de uma marca "comum", respeitante ao uso desta por terceiro para assinalar produtos ou serviços semelhantes àqueles para os quais essa marca fora registada — valia nesse outro caso; explicitando: o contrato de licença, respeitante ao uso por terceiro de uma marca "célebre" ou de "alta reputação" para assinalar produtos (ou serviços) considerados *não-semelhantes* (ou *não-afins)* àqueles que essa marca *assinalava,* não obstante esses produtos (ou serviços) serem abrangidos pela *dimensão de proibição* inerente à titularidade dessa mesma marca, carecia de objecto ou, quando menos, este era legalmente impossível.

***ff*)** No caso da "venda" da *tolerância* do titular de uma marca "célebre" ou de "alta reputação", respeitante ao uso dessa marca por terceiro para assinalar produtos ou (serviços) não-semelhantes (ou não-afins) àqueles que essa mesma marca assinalava, os quais eram, porém, abrangidos pela *dimensão de proibição* inerente à sua titularidade, não se concebendo nessa situação a existência de risco de confusão sobre a origem dos produtos (ou serviços) para cuja individu(aliz)ação a marca era usada, a eventual publicização desse risco não a atingiria.

***gg*)** Mas isto não significava que o titular de uma marca "célebre" ou de "alta reputação", que negociava a sua tolerância, não corresse, por causa disso, sérios riscos. Com efeito, se um qualquer outro terceiro, é dizer, um terceiro que não pertencia ao círculo daqueles que tinham "comprado" a tolerância do titular da marca "célebre" ou de "alta reputação", dela fazia uso para assinalar os produtos para os quais esses outros terceiros(-"compradores" da tolerância do respectivo titular) a usavam — para assinalar esses produtos e também todos os outros que, não obstante serem considerados não-semelhantes (não-afins), eram abrangidos pela *dimensão de proibição* da marca "célebre" ou de "alta reputação" em causa —, não faltaria fundamento para não proibir esse comportamento desse terceiro: a invocação do direito sobre uma marca "célebre" ou de "alta reputação", por banda do respectivo titular, independentemente de se estribar na disciplina da concorrência desleal e/ou na disciplina da responsabilidade civil extracontratual, *para proibir a alguns o que era tolerado a outros*, falecendo a legitimidade para, de forma juridicamente vinculante, autorizar a quemquer aquilo que a uns proibia e a outros tolerava, constituía exercício abusivo desse direito.

***j*)** Eis, pois, as principais razões que impediam ou, quando menos, desaconselhavam que o titular de uma marca "célebre" ou de "alta reputa-

ção" a transformasse numa "fábrica de *redevances*" — autorização e/ou tolerância, mediante o recebimento de uma contrapartida financeira (*royalties*), do uso dessa marca, necessariamente prenhe de *vis atractiva* e, nessa medida, constituindo uma excelente "isca" por banda de terceiros que tinham produtos (ou serviços) para marcar (os "donos dos anzóis"), produtos esses que, não tendo afinidade merceológica, tinham aquilo a que se poderia chamar *afinidade mítica*([71]) (alguns, poucos, exemplos: automóveis e óculos de sol ou relógios; cigarros e vestuário informal; canetas e pastas ou carteiras; perfumes e isqueiros), e cuja individu(aliz)ação com a marca "célebre" ou de "alta reputação" em causa constituía um importante, porventura decisivo, factor de escolha desses produtos (ou serviços), que funcionaria independentemente da sua qualidade (objectiva).

***aa*)** Tudo se resolveria, é claro, e a favor dos titulares de marcas "célebres" ou de "alta reputação", os "donos das iscas", e dos terceiros (com a *carteira* recheada …) que tinham produtos ou serviços para marcar com a tal afinidade mítica, que, por isso mesmo, consideravam essas "iscas" interessantes para esses seus "anzóis" — a favor de uns e de outros, pois aos consumidores, os tais de cuja *soberania* tanto se fala, não restava outro papel que não fosse o de "*morder essas iscas*", ou seja, e para continuar o falar figurado, estava(e está)-lhes reservado o papel de "*peixes*" (outros, mais sarcásticos, diriam mesmo "*peixinhos*")([72]) —, se os primeiros (os titulares das marcas "célebres" ou de "alta reputação", entenda-se) pudessem registar essas suas marcas para a panóplia de produtos (ou serviços) em relação aos quais acreditavam ser possível *transferir a imagem* (ou *estereótipo*) dos produtos (ou serviços) que essas marcas assinalavam, e relativamente aos quais tinham adquirido o estatuto da "celebridade" (nessa panóplia estariam, afinal, incluídos todos os produtos ou serviços sem afinidade merceológica, mas com afinidade mítica).

***bb*)** Com efeito, se os titulares das marcas "célebres" ou de "alta reputação" pudessem fazer isso, ou seja, se se lhes permitisse o registo

---

([71]) Cf. Thomas D. Drescher, "The Transfornation and Evolution of Trademarks…", (82) *TMR, cit.*, p. 332, s.

([72]) Havia — e há: hoje, até mais do que ontem (cf. adiante no texto) —, é claro, outros *participantes* no mercado, afectados por esse "*comércio de iscas*" (a esses, que também "vivem" no *mar da concorrência,* dispensamo-nos de lhes pôr nome): eram — e são — os *concorrentes directos* dos terceiros aos quais o titular da marca "célebre" *deixava* que dela fizessem uso para assinalar os produtos (ou serviços) da sua própria indústria (produtos ou serviços sem afinidade merceológica, mas com afinidade mítica), mediante o pagamento de uma adequada contrapartida financeira (mais desenvolvidamente, *vide* o nosso *A* "*vulgarização*" *da marca …*, *cit.*, pp. 149-151, em nota).

dessas marcas, para quaisquer produtos (ou serviços), o direito (*permissão*) de delas fazerem uso para os produtos (ou serviços) cobertos por esse mesmo registo, direito, esse, que assim se constituiria, comportaria, pelas razões acima expostas, a faculdade de, através de contratos adrede celebrados (contratos de licença, na terminologia consagrada, e que poderiam implicar ou não exclusividade), *autorizar* esse mesmo uso por banda de terceiros — isto, é claro, e como acima também dissemos, depois da "volatilização" do conceito de origem e da consequente perda de *centralidade* (no plano económico) da respectiva função da marca a favor da função de qualidade (nesse mesmo plano), ou seja, depois de removidos os obstáculos à dissociabilidade da titularidade da marca e do seu uso, que constituíam outros tantos estorvos à admissibilidade de licenças de marcas.

***cc*)** No tempo a que agora nos reportamos — a tal primeira *era* sobre a legitimidade para a aquisição do direito de marca, com base no registo desta, de que atrás falámos (a propósito dos titulares de *obras* que pretendiam *transmutá-las* em marcas) — não era, porém, esse o entendimento legal, na generalidade dos países nos quais o *merchandising* de marcas "célebres" ou de "alta reputação" se apresentava, aos olhos dos seus titulares, como uma indústria deveras auspiciosa (alcandoradas à "celebridade", essa marcas poderiam manter esse *estatuto*, sendo que os custos, nomeadamente em publicidade, para o efeito exigidos, seriam também, ou sobretudo, suportados pelos terceiros: os empresários que nelas viam excelentes "iscas" para os seus "anzóis", que eram os produtos ou serviços da sua própria indústria).

***dd*)** Fazendo, como efectivamente faziam, depender a aquisição do direito à marca com base no registo desta, da qualidade de empresário (ou, quando menos, da iminência da aquisição dessa qualidade), as leis do sinal, nesses mesmos países, exigiam, ademais, que a empresa na qual assentava (ou assentaria) a qualidade de empresário tivesse, como antes dissemos, *aptidão,* necessariamente apreciada à luz do seu objecto, para produzir os bens que a marca se destinava a assinalar, e cuja indicação era exigida no próprio pedido de registo.

***ee*)** Desta sorte, dificilmente se concebe (dizemos assim por cautela) que o titular de uma marca "célebre" ou de "alta reputação" a pudesse registar *validamente* para a panóplia de produtos (ou serviços) em relação aos quais acreditava ser possível transferir a "imagem" (ou "estereótipo") dos produtos (ou serviços) que essa marca assinalava, e por cujo uso se tornara "célebre": é certo que ele tinha a qualidade de empresário, mas o

alarde que podia fazer dessa sua qualidade não assumia, para o caso, qualquer relevância, tudo se passando, pois, como se o pedido de registo da marca "célebre" ou de "alta reputação" para esses outros produtos (ou serviços) — merceologicamente diferentes, mas miticamente afins dos que essa marca assinalava — tivesse sido feito por quem não era empresário([73]).

***l*)** Do exposto decorre que as marcas "célebres" ou de "alta reputação" só poderiam deixar de ser "fábricas de *redevances*", digamos, *clandestinas*, para se tornarem "fábricas de *redevances*", digamos agora, com *alvará*, se a sua tutela excepcional(mente monopolística) — uma tutela dirigida à função de publicidade, por isso que se afirma lá onde a sua função de origem e, consequentemente, a sua função de distinção já não estão em causa — radicasse na própria lei do sinal, o que obviamente pressupunha que os seus titulares tivessem legitimidade para fazer o seu registo, para os produtos que lhes aprouvesse([74]). Compreende-se, assim, e sem custo, que o legislador, em diferentes países da União Europeia — não sabemos se em todos eles, é certo, mas sabemos que tal aconteceu naqueles deles que são os económico-socialmente mais relevantes (*scilicet:* naqueles em que o *merchandising* de marcas constitui um *ramo* da indústria do *merchandising* em geral) —, tivesse tirado partido da *dupla liberdade* (o que, só por si, já é deveras significativo …), que o legislador comunitário lhe deixou: tutela de uma *certa categoria* de marcas, fora do princípio da especialidade, na própria lei do sinal, continuando, todavia, esta lei *alicerçada* no referido princípio, e *despedida* do chamado princípio da acessoriedade da marca.

***aa*)** Deste último ponto tratámos acima quando nos referimos, já à possibilidade (existente entre nós e lá fora([75]) de o titular de uma *obra* a *transmutar* em marca, registando-a a este título, não importa para que produtos (ou serviços), já ao sistema de imputação do uso de marca registada, feito pelo(s) licenciado(s), ao titular (do registo) dessa marca, ou seja, ao licenciante([76]). O que então dissemos vale, *mutatis mutandis,* agora aqui.

***bb*)** Em relação ao segundo ponto, isto é, à protecção excepcional (mentemonopolística) de uma "certa categoria de marcas", no quadro da

---

([73]) Cf. *supra*, nota 44 e o texto a que está ligada.

([74]) Essas eram as duas condições *sine quibus non,* à luz do objectivo de permitir que o titular da marca explore — usamos palavras de Thomas D. Drescher, "The Transformation and Evolution of Trademarks …", (82) *TMR*, *cit.*, p. 332 — "*not only the symbolic importance of the mark but also the mythic importance of the symbol*" (sublinhámos).

([75]) Cf. *supra,* nota 45 e o texto a que está ligada.

([76]) Cf. *supra*, notas 49, 50 e 51 e o texto a que estão ligadas.

própria lei do sinal, põe-se obviamente a questão de saber quais são essas marcas. Estando nós a referir-nos às leis do sinal dos países da União Europeia(77), tal questão releva do direito comunitário — sucessivamente: (*i*) arts. 4.º, n.º 4, alínea *a*), e 5.º, n.º 2, Primeira Directiva; (*ii*) arts. 4.º, n.º 4, alínea *a*), e 5.º, n.º 2, Directiva 2008/95/CE; (*iii*) arts. 5.º, n.º 3, e 10.º, n.º 1, alínea *c*), Directiva (UE) 2015/2436. Destes preceitos — em qualquer das suas versões linguísticas mais conhecidas, cuja *terminologia* é, de resto, muito diferenciada(78) — resulta inequivocamente que o legislador comunitário quis baixar o *standard* das marcas elegíveis para a tal protecção, que nós apelidámos de excepcional(mente monopolística), exactamente porque, sendo dirigida à função publicitária da marca, se afirma fora do princípio da especialidade — ou seja: quis que outras marcas que não apenas aquelas que, antes e em diferentes ordens jurídicas nacionais, eram consideradas "célebres" ou de "alta reputação", e para cuja tutela, à margem da existência de risco de confusão sobre a origem dos produtos (ou serviços), se recorria à disciplina da concorrência desleal e/ou à disciplina da responsabilidade civil extracontratual.

***cc*)** A par desta certeza, existia — e, para nós, continua a existir(79) —, porém, um *mar de dúvidas.* Chamado a pronunciar-se, por via de uma questão prejudicial posta por um tribunal de comércio belga, respeitante à interpretação do referido art. 5.º, n.º 2, Primeira Directiva — implicitamente, a questão prejudicial respeitava, outrossim, à interpretação do também referido art. 4.º, n.º 4, alínea *a*), Primeira Directiva —, o TJUE, no seu acórdão de 14 de Setembro de 1999, Proc. C-375/97, *General Motors Corporation./.Yplon* SA(80), deu (*a sua*) resposta a algumas dessas dúvidas, incluindo à mais importante de todas elas, que era — e é — a do sentido que importa dar às expressões marca "[que goze] de *prestígio"* (versão portuguesa), marca "[que goce] de *renombre"* (versão espanhola), marca "[que jouit d'une] *renommée*" (versão francesa), marca "[que] *has reputation*" (versão inglesa), marca "[que gode] *notorietà*" (versão italiana) e marca "[que] *bekannt ist*" (versão alemã).

***dd*)** Pronunciámo-nos sobre este importante acórdão em outro lugar(81). Criticámos a sua doutrina, e cremos ter deixado alguns subsídios

---

(77) Sobre essa mesma questão, à luz do "Federal Trademark Dilution Act" (FTDA), promulgado nos EUA, em 1995, cf. nosso *A monopolização da concorrência …*, *cit.*, p. 964, s., nota 1983.

(78) Cf. o nosso *A monopolização da concorrência …*, *cit.*, p. 964, s., nota 1983.

(79) Cf. o nosso *A monopolização da concorrência …*, *cit.*, p. 964, s., nota 1983.

(80) Colectânea-I 1999, p. 5421, s.

(81) Cf. o nosso *A monopolização da concorrência …*, *cit.*, p. 964, s., nota 1983; cf. ainda

para a interpretação que julgamos a mais correcta dos dois referidos preceitos da Primeira Directiva — e, consequentemente, para os preceitos que lhes correspondem na Directiva 2008/95/CE e na Directiva (UE) 2015/ /2436 — e, em função dela, definimos o *círculo* das marcas elegíveis para a tutela excepcional(mente monopolística) neles prevista de forma (bem) mais restritiva que os Juízes do Luxemburgo([82]).

"Sobre a 'teoria da diluição'…", *in: Nos 20 Anos do Código das Sociedades Comerciais*, *cit.*, p. 248, s. (hoje também *in: Marcas — Estudos*, *cit.*, p. 298, s.).

([82]) É consabido que os arts. 4.º, n.º 4, alínea *a),* e 5.º, n.º 2. Primeira Directiva (e o mesmo se diga em relação aos arts. 4.º, n.º 4, alínea *a*), e 5.º, n.º 2, da Directiva 2008/95/CE) , que respeitavam apenas — e *só* — à protecção (merceologicamente ampliada, ou melhor, fora do princípio da especialidade) das marcas *nacionais* de "*prestígio*" (com referência, é claro, a cada um dos diferentes Estados--Membros), não eram de transposição obrigatória. E é seguro que o nosso legislador os não transpusera para o CPI/95; na vigência desse Código, a "falta" de transposição do art. 5.º, n.º 2, Primeira Directiva — mas só essa; considerando-se, por conseguinte, que o art. 4.º, n.º 4, alínea *a*), Primeira Directiva tinha sido objecto de transposição, constando esta do art. 191.º daquele mesmo Código — foi também apontada por Pedro Sousa e Silva, "O princípio da especialidade da marca. A regra e as excepções: As marcas de prestígio", ROA, Ano 58, I, 1998, p. 391, s., L. M. Couto Gonçalves, *Função Distintiva …*, *cit.*, p. 167, s.; no mesmo sentido, Maria M. R. Ramos de Carvalho, *ob. cit.*, p. 102, e L. M. Pedro Domingues, "A função da marca e o princípio da especialidade", *in: Direito Industrial*, Vol. IV, 2005, p. 480, s. Em nosssa opinião (cf. *A monopolização da concorrência …*, *cit.*, p. 981, s., nota 1983), outro tanto aconteceu no que respeita ao CPI/2003; com diferente entendimento, invocando o art. 323.º, alínea *e*), do referido Código, cf., porém, L. M. Pedro Domingues, "A função da marca …", *Direito Industrial*, *cit.*, p. 480 (o referido preceito, ao contrário do que defendia o Autor, não abrangia senão os casos de violação do direito da marca de "prestígio", cuja tutela decorria do art. 242.º. a qual nada tinha a ver com com a tutela das marcas nacionais de "prestígio" — aplicá-lo, para sancionar a violação do direito sobre uma marca deste último tipo, implicaria desrespeito pelo princípio "*nullum crimen sine lege*"). Verdade se diga que as instâncias comunitárias não se cansaram de afirmar que "todos os Estados-Membros usaram da faculdade concedida pelo art. 5.º, n.º 2, da directiva" — cf., por exemplo, o número 5 das Conclusões do Advogado-Geral F. G. Jacobs, no acórdão *Adidas Salomon AG*, *anteriormente Adidas Benelux BV./.Fitnessworld Trading Ltd.*, Proc. C-408/01, de 23 de Outubro de 2003, Colectânea-I 2003, p. 12 541 —, mas, pelo menos em relação a Portugal, essa afirmação carecia de fundamento (continuando a defender a "falta" de transposição do art. 5.º, n.º 2, Primeira Directiva, à luz do CPI/2003 — e esse era também, recorde-se, o nosso entendimento —, *vide* Maria M. R. Ramos de Carvalho, *ob. cit.*, p. 180). A tutela excepional(mente monopolística) das marcas nacionais de "prestígio" consta hoje dos arts. 5.º, n.º 3, alínea *a*), e do art. 10.º, n.º 2, alínea *c*), Directiva (UE) 2015/ /2436. O primeiro reza assim: "(…) o registo de uma marca é recusado ou, caso já tenha sido efectuado, é passível de ser declarado nulo se *a marca for idêntica ou semelhante a uma marca anterior, independentemente de os produtos ou serviços para os quais for pedida ou registada serem idênticos, afins ou não afins àqueles para os quais a marca anterior foi registada,* sempre que a marca anterior goze de prestígio no Estado-Membro para o qual é pedido o registo ou é registada a marca ou, no caso de uma marca da UE, goze de prestígio na União e a utilização da marca posterior procure, sem justo motivo, tirar partido indevido do carácter distintivo ou do prestígio da marca anterior ou possa prejudicá-los". A redacção do art. 10.º, n.º 2, alínea *c*), é esta outra: "Sem prejuízo dos direitos adquiridos pelos titulares antes da data de depósito ou da data de prioridade da marca registada, o titular dessa marca registada fica habilitado a proibir que terceiros, sem o seu consentimento, utilizem na vida comercial, relativamente a produtos ou serviços, sinais que sejam idênticos ou semelhantes à marca, *independentemente de serem utilizados relativamente a produtos ou serviços que sejam idênticos, afins ou não afins àque-*

10. Depois deste *excurso,* respeitante ao *merchandising,* com particular incidência em duas das suas modalidades (*character merchandising* e *merchandising* de marcas) — e que veio aqui a propósito da segunda das causas (há muito) apontada por Herman Isay da *vis atractiva* da marca —, centremos agora a nossa atenção na terceira dessas causas, de acordo com o elenco do mesmo Autor; nas suas próprias palavras: "An dritter Stelle ist die Gattung derjenigen Marken zu nennen, *die ihre Werbekraft der großen für sie gemachten Reklame verdanken,* in denen also die Kosten dieser Reklame verkörpert sind"([83]).

***a*)** É possível que Isay, usando o termo "Reklame" *(reclame),* e não o termo "Werbung" *(publicidade)* — e isto apesar de falar de "*Werbekraft*" da marca, e não de "*Reklamekraft*" —, não tivesse em vista estabelecer qualquer diferença entre esses dois termos ou, se se prefere, que os tivesse tomado como sinónimos. Cremos, porém, que essa diferença fazia — e faz — todo o sentido, mormente, quando se pensa no tipo de "publicidade" (as aspas pretendem reflectir o que acabamos de dizer) que era (ao tempo de Isay) — e é (nos tempos que correm) — causa da *vis atractiva* das marcas (*rectius:* de algumas marcas, precisamente daquelas que são objecto desse tal tipo de "publicidade"). Senão vejamos.

***aa*)** "Publicidade" — dizem-no os Dicionários da língua portuguesa (a única que agora nos interessa) — significa, *inter alia,* "qualidade do que é público", "conhecimento público" e "divulgação"; remetidos para esta última palavra, dela encontramos nos mesmos Dicionários, os seguintes significados: "acto ou efeito de divulgar"; "tornar público"; "dar

---

les para os quais a marca foi registada, sempre que que esta goze de prestígio no Estado-Membro e que a utilização desses sinais, sem motivo justo, tire partido indevido do carácter distintivo ou do prestígio da marca, ou os prejudique". Trata-se de dois preceitos de *transposição obrigatória*, ao contrário, lembre-se, do que acontecia em relação aos arts. 4.º, n.º 4, alínea *a*), e 5.º, n.º 2, da Primeira Directiva e da Directiva 2008/95/CE. Conquanto a sua redacção não seja aprimorada, o art. 235.º CPI/Actual responde à exigência de transposição do art. 5.º, n.º 3, alínea *a*), antes transcrito; quanto à transposição do art. 10.º, n.º 2, alínea *c*), encontramo-la no art. 249.º, n.º 1, alínea *c*), do mesmo Código. Os dois referidos preceitos da Diretiva (EU) 2015/2436 trouxeram outra novidade: consagraram expressamente a possibilidade de o "risco de diluição" intervir onde o "risco de confusão" podia alcançar (*existência de semelhança/afinidade entre os produtos ou serviços*) e já não, apenas, a de fazer intervir aquele primeiro risco onde o segundo não alcança, assim se preenchendo a *lacuna*, que o TJUE — contra a opinião do advogado-geral F. G. Jacobs, note-se — disse existir nos arts. 4.º, n.º 4, alínea *a*), e 5.º, n.º 2, da Primeira Directiva (acórdão de 9 de Janeiro de 2003, Proc- C-229/00, *Davidoff & Cie SA e Zino Davidoff./. Gofkid Ltd*, Colectânea-I 2003, p.389, s.; cf., desenvolvidamente. M. Nogueira Serens, "Sobre a 'teoria da diluição' …", *in: Nos 20 Anos do Código das Sociedades Comerciais*, *cit.*, p. 219, s., hoje também *in: Marcas — Estudos*, *cit.*, p. 263, s.).

([83]) Cf. "Die Selbständigkeit …", *GRUR*, *cit.*, p. 26 (sublinhados nossos).

a saber". Destarte, se pensássemos no caso de um empresário que, não importa por que *meio,* mas sempre com recurso à respectiva marca([84]), *tornasse público* ou, como também poderíamos dizer, *desse a saber* determinados factos relativos aos produtos da sua indústria — exemplificativamente: características técnicas desses produtos, indicações sobre o modo mais correcto da sua utilização, prazo de garantia, preço de venda ao público (comparando-o ou não com os dos seus concorrentes) —, seria apropriado que falássemos de *publicidade.* Outro tanto não acontece, porém, quando pensamos no caso de um empresário que, não importa também agora por que *meio,* mas sempre com a ajuda da respectiva marca([85]), propala que a aquisição dos produtos (ou serviços) da sua indústria constitui a *chave do êxito*, seja ele de que tipo for — veio-nos agora à lembrança um exemplo do tempo da nossa juventude que era o do fabricante de sabonetes, contradistinguidos com determinada marca, que dizia serem esses os sabonetes "preferidos por nove entre cada dez estrelas" (do cinema, que eram ao tempo as estrelas por antonomásia) —; agora, não é de publicidade, no sentido próprio do termo, que se trata, é, sim, de *reclame.*

***bb*)** Com efeito, não se trata aí de *tornar público* ou de *dar a saber* uma qualquer realidade atinente aos produtos ou serviços individu(aliz)ados com uma certa marca; ocorre antes uma espécie de *grito* — lembre-se que os Dicionários da língua portuguesa referem que "reclame" (ou "reclamo") provém do firancês *réclame,* sendo que este termo é aí usado (desde 1560, segundo o "Le Petit Robert") para significar o "*cri ou signal pour rappeler l'oiseau* [o falcão], *le faire revenir au leurre ou sur le poing*" … — ou de *súplica* — lembre-se agora que o nosso "reclamar" (francês: "réclamer") provém do latim *reclamare,* e significa, *inter alia,* "implorar", "suplicar" — dirigida ao *deus* que o público (dos consumidores) é.

***cc*)** Este nosso reparo à propriedade do uso da palavra "publicidade" para referir a terceira causa da *vis atractiva* da marca — coisa que, como vimos, Isay não fazia, sendo, porém, duvidoso se, usando a palavra "*Reklame*", não a tomava como sinónimo de "*Werbung*" — não perde valimento pela *adjectivação* de que essa "publicidade" é objecto: fala-se, com efeito, de "publicidade *sugestiva*". Trata-se agora de uma expressão que é,

---

([84]) É óbvio que sem a individu(aliz)ação dos produtos (ou serviços), que as marcas permitem, não seria possível outra publicidade que não fosse a respeitante a uma classe de produtos (ou serviços) *qua tale* (publicidade ao leite, publicidade aos iogurtes, publicidade aos detergentes, publicidade à cerveja, publicidade aos refrigerantes, publicidade aos automóveis, publicidade ao crédito à habitação, publicidade ao crédito ao consumo, etc., etc., etc.).

([85]) Cf. nota anterior.

em si mesma, contraditória: a publicidade, que o é em sentido próprio, *não sugestiona* ou *persuade*, antes *informa*, exactamente porque *torna público* ou *dá a saber* uma certa realidade — no caso, uma certa realidade atinente aos produtos (ou serviços) que uma determinada marca individu(aliz)a; consequentemente, quando o fito é a sugestão ou persuasão, independentemente da *técnica* usada, não é de publicidade que se trata, mas sim, e como antes dissemos, de *reclame.* Evitando esta palavra, procura-se, é claro, dissimular a carga pejorativa inerente à prática que ela designa; como se diz, de modo certeiro, em uma das referências do já citado "Le Petit Robert", "publicidade [é uma] palavra *savant,* [que] *apparaît comme plus noble, plus prestigieux que réclame*".

***b*)** Quando se pensa na tal terceira causa da *vis atractiva* da marca, apontada por Isay, sobressai, pois, uma questão terminológica: o reclame de que a marca é objecto é essa causa, sendo que, dada a sua indispensabilidade para o êxito do próprio sistema económico, o *prestígio* deste postula que se lhe dê outro *nomen.* Deixemos que assim seja, e falemos então, também nós, de publicidade (adjectivada de) sugestiva.

***aa*)** Cabe, em primeiro lugar, que nos ocupemos do porquê da sua existência. Vimos antes, falando da sua função de distinção e da sua função de origem, que a marca permitia ao industrial — e permite: o uso do pretérito ocorre aqui porque nos estamos a referir ao tempo da generalização do uso do sinal entre os industriais(-fabricantes) — *orientar* as escolhas dos consumidores, forçando os comerciantes a vender o que eles (os consumidores) queriam comprar.

***bb*)** Na verdade, no tempo em que o sabão([86]) era *só* sabão — e houve um tempo assim: o da primeira fase do capitalismo industrial

---

([86]) O "exemplo do sabão" já foi por nós usado em "*A proibição da publicidade enganosa ...*", *in: Congresso Internacional*, *cit.*, p. 240, s. À época não conhecíamos, porém, o seguinte texto de Thomas D. Drescher, "The Transformation and Evolution of Trademarks …", (82) *TMR*, *cit.*, pp. 326-327: "The soap industry provides an outstanding early example of the entire branding process from the creation of a distinct product to the promotional exploitacion of trademarks as symbols. *As late as the 1880s,* soap was either made at home or purchased in bulk. *Bars of soap were cut by the grocer from large slabs at the customer's request, and were sold by weight.* Not only were soaps interchangeable, their quality was inconsistent from one batch to the next (…)./ By the turn of the century, William Procter and James Gamble in the United States, and William Hesketh Lever in Great Britain had changed all this. With the help of a newly discovered chemical formula, both were able to create soap products of a consistent quality. IVORY *was registered as a trademark in 1879*; SUNLIGHT *in 1884.* The themes of purity and quality suggested by the trademarks were immediately exploited in full-fledged promocional campaigns, informative handbooks, packaging that projected the symbolic themes, and highly visible advertising. *Lever promoted* SUNLIGHT *as a soap to meet the needs of the working*

(*grosso modo*: desde a abolição do sistema corporativo do *Ancien Régime* até ao último quartel do século XIX) —, os consumidores, que haviam feito uma experiência aquisitiva de um determinado sabão, corriam o risco de, ao pretenderem repeti-la, adquirir *outro sabão,* é dizer, o sabão de *outro fabricante.* Tudo dependeria, afinal, da vontade — *rectius*, do interesse — do comerciante, junto do qual esses consumidores se abasteciam, de continuar a comprar sabão ao mesmo fabricante. De outra maneira, bem diferente, se apresentam as coisas, a partir do momento em que os vários fabricantes de sabão o passam a *individu*(*aliz*)*ar* e, indvidu(aliz)ando-o, a *diferenciá-lo,* apondo-lhe uma marca.

***cc*)** Os consumidores podiam, agora, *forçar* o comerciante a dirigir a sua procura daquele produto para um determinado fabricante — exactamente para o fabricante que produzia aquele sabão que os consumidores desejavam (continuar a) comprar, e que era *identificado* pela respectiva marca. Mas porquê o sabão desse fabricante e não o de um outro? Perguntando de outro modo, o que é que poderia levar os consumidores a preferir o sabão com a marca *x,* que provinha do fabricante *A*, e não o sabão com a marca *y*, proveniente do fabricante *B*? Vejamos.

***dd*)** Se os produtos tivessem idênticos padrões de qualidade, subsistindo diferenças substanciais de preço, a razão por que os consumidores (o público, *hoc sensu*) preferiam um produto *marcado* a outro (*também ele marcado*) poderia ser exactamente o seu preço; mas, se os produtos (marcados) fossem todos vendidos sensivelmente ao mesmo preço — falamos, é claro, de todos os produtos *directamente* concorrentes —, a razão da preferência dos consumidores já seria a diferença (no seu padrão) de qualidade, se a houvesse, é claro; por último, se não existissem substanciais diferenças de preço, apresentando os produtos (*marcados*) idênticos padrões de qualidade, a razão da preferência podia ser a própria marca, na hipótese, é claro, de esta ser dotada da tal *Werbekraft* de que falava Isay.

***ee*)** Ora, como já antes referimos a generalização do uso da marca (e, consequentemente, a generalização da sua tutela jurídica) foi coeva da *monopolização da concorrência*. Vale isto por dizer que os industriais passaram a usar marcas, para assim *diferenciarem* os produtos do seu fabrico,

---

woman. After the success of SUNLIGHT was established, Lever followed through in 1894 with another brand, LIFEBUOY, which was promoted as a desinfectant soap. *Thus, a once generic product of inconsistent quality was branded with highly suggestive marks embodyings themes which were exploited and reinforced by aggressive advertising campaigns targeted at a specific market*" (omitimos as notas, mas sublinhámos).

precisamente na época em que a *concorrência de preço* e também os *sucedâneos* dela se tornaram *abomináveis*. Com efeito, sendo os "cartéis de preço" muito frequentes, muitos eram os industriais que se *vinculavam* a não concorrer por esse meio; quanto aos concorrentes directos desses industriais (os *outsiders,* que os havia sempre([87]), a impossibilidade de privilegiarem a concorrência de preço, que era reflexo da necessidade de salvaguardar os fins monopolísticos desses cartéis, advinha da aplicação (rigorosa) da *nova*(-*velha*) disciplina da concorrência desleal([88]). Por outro lado, é também inquestionável que, nessa época, muitos produtos — *maxime,* produtos de largo consumo, que passam a ser diferenciados através de uma marca, e em relação aos quais se verificam as chamadas "aquisições de impulso"([89]) — começam já a apresentar idênticos padrões de qualidade (tornando-se, pois, em "*parity products*"([90]): emergência do

---

([87]) Cf. o nosso *A monopolização da concorrência …*, *cit.*, p. 1145, s.

([88]) Cf. nota anterior.

([89]) Esses são, via de regra, *"experience goods*", isto é, produtos cujas características/qualidades só podem ser comprovadas *post acquisitionem,* através da utilização que deles se faz, e também "*credence goods*", que são os produtos que, mesmo depois de serem objecto de utilização, não chegam a revelar (todas) as suas características/qualidades; a uns e a outros contrapõem-se os chamados "*search goods*": os produtos cujas características/qualidades (merceologicamente) mais relevantes podem ser inspeccionadas antes de se optar pela sua aquisição. Sobre estas diferentes categorias de produtos, *vide,* por exemplo, Phiplip Nelson, "Information and Consumer Behavior", (78) *Joumal of Political Economy* 1970, p. 311, s., Nicholas S. Economides, "The Economics of Trademarks", (78) *TMR* 1988, p. 527, F. M. Scherer/D. Ross, *Industrial Market Stucture …, cit.*, p. 576, F. Henning-Bodewig/Annette Kur, *ob. cit*., Band I, p. 142, T. Martino, *Trademark Dilution,* New York, 1996, p. 75, T. Martino/W. Ullah, "The quality guarantee funktion of trade marks: an economic viewpoint", *EIPR* 1989, p. 268, s., E. MaCkaay, *Economics of Information and Law,* Boston/The Hague/Londres, 1992, p. 146, R. van den Bergh/M. Lehmann, "Informationsökonomie und Verbraucherschutz im Wettbewerbs- und Warenzeichenrecht", *GRUR-Int.* 1992, p. 591, Th. Schönfeld, *Die Gemeinschaftsmarke als selbständiger Vermögensgegenstand eines Unternehmen — Eine rechtsdogmatische und ökonomische Analyse zur Property-Rights-Theorie,* Baden-Baden, 1994, p. 160, s.

([90]) A expressão foi usada por Ch. Goodrum/H. Dalrymple, *Advertising in America …*, *cit.*, p. 45, que precisavam o seu significado do seguinte modo: "In every category there were four or five major companies that produced essentially the same thing. A row of five detergents looked, and smelled, and cost, and washed essentially the same way. Cereals, soaps, cosmetics, coffee, margarine came in different packages but with substantially the same ingredients. Rosser Reeve [que se presume ser o responsável por uma importante agência de publicidade] said: 'Our problem is — *a client comes into my office and throws two newly minted half dollars onto may desk and says,* '*Mine is the one on the left. You prove it's better*'" (sublinhámos). Sobre o ponto (aí apresentado sob o tópico "Homogenität des Produktangebots", cf. ainda, por exemplo, F. Henning-Bodewig/Annette Kur, *ob. cit*., Band I, p. 13: "(…) auf die *Gegebenheiten der modernen Industriegesellschaften* zu konstatieren, daβ die Vielfalt und Komplexitat der den Verbraucher umgebenden Produkte, *die zudem häufig für ihn keine erkennbaren Unterschiede aufweisen* (…)" — os últimos sublinhados são nossos —; as Autoras fazem referência ao estudo de Röper, *in: Blume/Müller/Röper, Werbung für Markenartikel — Auswirkungen auf Markttransparenz und Preis,* Gottingen, 1976, p. 593, dele citando o seguinte trecho: "Auf sieben von

chamado fenómeno da "estandardização" (ou da *produção em massa*), que é reflexo da predominância da *máquina* no processo produtivo. Finalmente, e pelos motivos que atrás expusemos([91]), os casos em que uma marca tinha força atractiva *originária* — já por causa do seu conteúdo ideográfico e/ou imagético, já por causa das "associações de ideias" (favoráveis) que gerava, não obstante não apresentar nenhuma particularidade imanente([92]) — eram verdadeiramente excepcionais, sendo certo que a força atractiva da marca *derivada* da boa fama de que gozavam os respectivos produtos, a qual, por sua vez, decorria da *qualidade* desses mesmos produtos (*efeito de publicidade*, chamámos-lhe antes), se tornou mais difícil de consolidar à medida que os diversos produtos (entre si concorrentes) apresentavam idênticos padrões de qualidade.

***ff*)** Num tal quadro, é claro que o uso da marca, por si só, *não podia determinar* a escolha de um produto (marcado) em detrimento de outro (concorrente, e também ele marcado): iguais (ou, quando menos, sem significativas diferenças) no preço, os produtos (concorrentes) também se equivaliam no que respeita ao seu padrão de qualidade, e se as respectivas marcas não se apresentavam, em si mesmas, dotadas de força atractiva, resultava *indiferente* para o público (dos consumidores) adquirir um ou outro desses produtos; na falta desses meios de concorrência, o uso da marca, e como já antes dissemos, apenas permitia *orientar* a escolha do público (dos consumidores) reforçando a sua posição face aos comerciantes, com vantagem, é claro, para os industriais (cuja oferta, graças ao uso de uma marca, *fora retirada do anonimato*): o público (dos consumidores), que adquirira um determinado produto com uma certa marca, proveniente de um determinado (porventura, desconhecido) industrial, poderia, com segurança, repetir essa sua experiência aquisitiva, isto é, poderia vol-

---

neun untersuchten Märk ten sind etwa zwei Drittel bis drei Viertel der angebotenen Produkte einander relativ ähnlich. *ln manchen Fällen sind sogar überhaupt keine objektiven Unterschiede vorhanden*" (sublinhámos).

([91]) Cf. *supra,* número 8., *sub c*).

([92]) Referimo-nos, é claro, ao período anterior ao advento da "indústria do *merchandising*" (cf. *supra* número 9.). De todo o modo, importa ter presente que os *bens,* que constituem objecto dessa "indústria", apesar da sua diferente natureza — o nome e/ou a imagem de um personagem da vida real, uma *obra,* uma marca, etc. —, têm uma característica comum: a força atractiva, adquirida no âmbito da sua utilização primigénia, em consequência, muitas vezes, do *culturismo* que aí se lhes faz, e que depois se *transfere* para o âmbito da(s) sua(s) utilização(ões) subsequente(s) — no caso, por exemplo, das marcas *mercadejadas* é a intensidade de tal publicidade sugestiva, de que elas são objecto no âmbito da sua utilização primigénia, que lhes confere a sua força atractiva, a qual é depois *transferida* para a sua utilização subsequente, isto é, como marca de produtos sem afinidade merceológica, mas com afinidade mítica.

tar a adquirir, sem o risco de ser induzido em erro, um produto com a mesma proveniência empresarial daquele que antes adquirira, podendo, por conseguinte, confiar na constância do respectivo padrão de qualidade.

***c*)** Essa *insuficiência* da marca para determinar a escolha dos produtos, que está associada ao carácter oligopolista dos mercados —, irá ser suprida pelo recurso à *publicidade,* que assim *voltava*([93]) a ser encarada como *meio de concorrência:* falamos, é claro, não já na *publicidade informativa,* que se traduziria no esforço de divulgação, não importa por que *meio*, da existência de múltiplos produtos com diferente proveniência empresarial aptos a satisfazer uma determinada necessidade do público (dos consumidores), apontando-lhes as respectivas características/qualidades merceológicas; numa palavra, não falamos da publicidade cujo objectivo fosse apenas o de informar o público (dos consumidores) sobre as várias possibilidades de escolha que o mercado lhe oferecia, falamos, sim, da *publicidade dita sugestiva ou persuasiva*.

***d*)** Os múltiplos efeitos dessa publicidade — que assume, hoje como ontem, pelas razões antes expostas, inquestionável predominância, e que os meios audiovisuais do nosso tempo (mormente, a televisão) transformaram em "*publicidade-espectáculo*", cujos custos são apenas comportáveis para as empresas de maior dimensão… —, nomeadamente, os seus efeitos económicos, (psico-)sociais e, até, culturais, alimentam, desde há muito um aceso debate, contando com defensores, os mais ferrenhos, e com opositores, os mais severos.

***aa*)** A nós — honradamente o dizemos —, escasseia-nos a competência para teorizar sobre tal matéria. Limitar-nos-emos, pois, ao alinhavo de algumas considerações, com as quais procuraremos evidenciar a importância (*monopolística*) da função de publicidade da marca, no plano económico, função *construída,* é claro, precisamente com base na publicidade sugestiva de que a marca é objecto.

***bb*)** Todos os nossos leitores sabem o que essa publicidade (nos) faz: provoca(-nos) euforia, uma vezes, e angústia, outras vezes; instiga(-nos) ilusão, frequentemente, e desilusão, não raramente. Numa palavra, todos os nossos leitores sabem que essa publicidade não se dirige à (nossa) razão; procura, sim, e a verdade é que o consegue, atingir os (nossos) sentimentos ou, se se prefere, a (nossa) "alma". Cada produto — *rectius:* cada

---

([93]) Cf. o nosso *A proibção da publicidade enganosa …, cit.*, p. 229, s.

produto posto no mercado (oligopolista, via de regra) pelas empresas de maior dimensão (nacionais ou transnacionais), que são, como há pouco dissemos, as únicas que têm capacidade financeira para dotar as respectivas marcas de *vis atractiva,* através de intensas e incessantes campanhas de publicidade sugestiva — deixa, assim, de ser (aos nossos olhos e mesmo na nossa mente) apenas aquilo que verdadeiramente é, ou seja, deixa de ser (por nós) entendido como um simples bem com determinadas utilidades de uso (utilidades essenciais, também poderíamos dizer), para se tornar em um *reflector* (em cujo *centro* está a marca) de uma *certa imagem,* capaz de nos *encandear*, não raramente porque existe (em nós) o desejo de (sermos nós próprios a) *encandear* os outros.

***cc*)** Essa *imagem* (ou *estereótipo*) é, obviamente, um *constructus*, cuja *trave-mestra* é a marca, e que incorpora diversos *estratos* (as tais "utilidades adicionais" a que antes aludimos)([94]): peculiaridades estéticas dos produtos e/ou das suas embalagens, sistema de distribuição, exortações (textuais e/ou imagéticas) afectivas ou emocionais (*v. g.*, convibialidade, êxito, festividade, poder, masculinidade ou, se for esse o caso, feminilidade, luxúria, sanidade física, jovialidade, snobismo, arrojo, aventura), cunho de prestigiosidade, etc.; tudo isto, e o muito mais que aqui se omite, pois a tanto a nossa imaginação não alcança, associado como está a *vivências emocionais, alicerça* uma "diferenciação psíquica ou subjectiva" ("*diferenciação emocional*" é como outros lhe chamam)([95]) dos produtos([96]) e das marcas que os contradistinguem.

***e*)** O êxito dessa forma de *diferenciação* — diferenciação que alguns dizem reflectir a "*personalidade*" de que os produtos([97]) passam a ser dotados([98]), o que leva implícita a ideia da marca como um "símbolo dessa personalidade" — evidencia que a (propalada) racionalidade do *homo economicus* é um mito([99]). Mas não é sobre isso que agora importa sequer discretear.

([94]) Cf. *supra*, nota 23 e o texto a que está ligada.

([95]) Cf. *supra,* número 7., *sub b*).

([96]) E também, é claro, dos serviços, por isso que também eles são hoje, e como todos sabemos, contradistinguíveis com uma marca. De resto, a *publicidade sugestiva*, neste outro sector (dito terciário) da actividade económica atinge hoje áreas em que, não há muito, seria considerada *sacrílega*: referimo-nos aos serviços financeiros e, mais concretamente, ao crédito ao consumo e ao crédito à habitação, e não só.

([97]) Cf. a nota anterior.

([98]) *Vide*, por exemplo, F. Henning-Bodewig/Annette Kur, *ob. cit.*, Band I, p. 17, s.

([99]) Daniel Pope, *The Making of Modern Advertising,* New York, 1983, 240, *apud* Thomas D. Drescher, "The Transformation and Evolution of Trademarks …", (82) *TMR*, *cit.*, p. 326, nota 85,

***aa*)** Ao caso vem, sim, a referência a algumas das consequências monopolísticas do fenómeno. Em primeiro lugar, a inversão do processo (*mental* de escolha dos produtos: sentindo uma determinada necessidade, o consumidor não pensa na categoria dos produtos que lha podem satisfazer (por exemplo: sente sede, não pensa em adquirir um refrigerante ou uma cerveja), fazendo depois a escolha que tivesse por mais conveniente (inclusive em termos de preço) de um concreto refrigerante ou de uma concreta cerveja, servindo-se, para o efeito, das respectivas marcas; em vez desta *sequência* (que nos permitiria, digamos assim, ver a liberdade de concorrência a funcionar no espírito do consumidor), verifica-se esta outra: sente(-se) sede (usemos agora apenas o exemplo de há pouco, cientes, porém, que o mesmo ocorre com muitíssimas outras necessidades), pensa(-se) numa determinada marca de refrigerante ou numa determinada marca de cerveja (e isto também significa que a "concorrência entre marcas" *se substitui* à "concorrência entre produtos"), ignorando(-se) assim as possibilidades de escolha que, em relação a essas categorias de produtos, o mercado (nos) oferece — no *espírito* do consumidor tudo se passa; pois, como se o produto com a marca "escolhida", que *encarna* a *imagem* desse produto, fosse *único* ou, se se prefere, como se esse produto *não estivesse em concorrência com outros* (muitos ou poucos, não importa), cuja eventual aquisição poderia até revelar-se mais vantajosa, nomeadamente, em termos da relação qualidade/preço([100]).

---

refere um tal William A. Shryer ("a Detroit publisher and mail-order merchant"), que cedo se terá "apercebido" disso mesmo, dizendo: "It is a favorite superstition that because reason is peculiar to the human being it is his prevailing guide to action. Nothing could be much farther from the truth. Man (…) actually (…) is a creature of habits". "Consumers — são agora palavras do próprio Daniel Pope — did not calculate costs and benefits, they responded to suggestions and stimuli. Reasons, facts, and information did not in themselves cause action. Thus, Shryer contended, it made no sense to trust reason to motivate purchasing".

([100]) O *monopólio,* que assim se afirma, diz-se *de opinião,* mas nem por isso deixa de ser *um monopólio;* cf., por exemplo, W. R. Schluep, *ob. cit.*, p. 97, s., A. Troller, "Wesen und Unwesen der Mark", *in: Festschrift für Philipp Möhring,* München/Berlin, 1995, p. 305 e p. 309, G. Riehle, *ob. cit*., p. 116, U. Loewenheim, *ob. cit.*, p. 64, s. e F. Henning-Bodewig/Annette Kur, *ob. cit*., Band I, p. 50, s., todos com múltiplas referências (entre as quais, destacaríamos a do primeiro dos Autores citados a Lisowsky, *MA* 1951, p. 212: "Ein Meinungsmonopol ist gegeben, wenn eine positive Vorstellung, eine Ansicht, ein Glaube, kurz, die 'Meinung' besteht, daβ bestimmte erwünschte und wertgebende Eigenschaften nur jener Wirtschaftserscheinung eigentümlich sind, so da sie nur von dort aus dem Markt dargeboten und verkauft werden konnen"). De resto, essa mesma consequência económico-concorrencial da publicidade sugestiva foi há muito apontada por Ralph S. Brown Jr. Ouçamo-lo: "Most entrepeneurs strive to achieve some degree of control, for it enables them to have a *price policy* directed at maximizing profits, instead of leaving all two the chances of a competing market. *They seek to escape from competition* in to principal ways: (1) (…). (2) By differentiating their products, in order to carve out a separate market in which demanded, price, and output can be manipulated within limits to be dis-

***bb*)** As duas outras consequências mais relevantes da *diferencíação emocional dos produtos,* conquanto não possam ser dissociadas da que se acaba de referir, tem (ainda) mais directamente a ver com a *autonomia da vontade* (com a soberania, *hoc sensu*) da pessoa que todo o (homem-)consumidor é. À vista de uma marca, não importa de que espécie de produtos, objecto de intensa e incessante publicidade sugestiva, o consumidor — a pessoa — reage, digamo-lo sem menoscabo, *à maneira dos cães* de Ivan Pavlov: automática e reflexamente([101]), invadem-no os sentimentos ou emoções e, até, as vivências nos quais assenta a *imagem* da marca em causa, que *encarna,* como antes dissemos, a *imagem* dos respectivos produtos([102]). Será, por certo, exagerado dizer que isso lhe — ao consumidor, explicite-se, que pode, afinal, ser cada um de nós — tolda a mente. Mas *é* inquestionável que esvanece o seu discernimento: a opção por determinados produtos, ou melhor, pela marca que os contradistingue, ocorre no *limbo da razão,* à margem, pois, de qualquer juízo comparativo (de *raiz concorrencial*) sobre as suas qualidades/características, objectivamente consideradas, e também sobre o seu preço([103]).

---

cussed. *The main drive if advertising is to facilitate this latter form of control* (…). / (…) from the point of view of the advertiser as well as that of the economist, whether the dfferentiation is real or spurious does not affect the result. *The only necessity is for buyers to belive that there is a difference,* and to be willing to pay to satisfy the preference created for the advertised product. *Their willingness establishes the degree of market control. / Even if the main drive of advertising is to decrease competition*, *what about the frequent fierce rivalry between advertisers*? Is that not competiton? Emphatically, it is not, in economically useful sense of the word. *The only kind of competition contemplated by the major cigarette manufacturers* [o exemplo de um mercado oligopolista, de que o Autor se servia] *is competition for a higher degree of monopoly power,* for a larger share of a market which is already insullated from the price competition of non-advertisers" (cf. "Advertising and the Public Interest: Legal Protection of Trade Symbols", (57) *Yale L. Journal* 1948, pp. 1171-1173; omitimos as notas, mas sublinhámos).

([101]) Cf. R. Weil, *Absatzwerbung, Mittel und Ausdruk der Vermassung,* Winterthur, 1961, p. 22, s.e p. 77, s., W. R. Schluep, *ob. cit.*, p. 96, s., A. Troller, "Wesen und Unwesen …", *in: Festschrift für Philipp Möhhring, cit.*, p. 305 e p. 309, e G. Riehle, *ob. cit.*, p. 114.

([102]) "Explaining the content of televison advertisements for automobiles, General Motors advertising execucive Sean Fitzpatrick observed that '*Image is not one way to differentiate yourself* (…). *It's the only way*'. The Chevrolet 'Heartbeat of America' advertisements aired in 1988, he continued 'may look unorganized (…) but every detail is cold-hearttedly calculated. *People see the scenes they want to identify with*; *there's a Chevy for everyone. It's not verbal. It's not rational. It's emotional, just the way people buy cars*'" (cf. F. M. Scherer/D. Ross, *ob. cit.*, p. 573, nota 5; sublinhámos).

([103]) A *lealdade* a (um produto de) determinada marca conduz(-nos) a situações que ilustram bem esse *limbo da razão*; D. F. Greer, *Industrial Organisation and Public Policy,* 1990, 87, s., *apud* A. K. Sanders/S. M. Maniatis, "A Consumer Trade Mark: Protected Based on Origin and Quality", *EIPR* 1993, p. 409, nota 21, refere uma dessas situações, escrevendo: "Although the consumers could not identify their brand in blind tests, *they overwhelmingly preferred their brand when compared with others even when the bottled beer did not correspond with the brand label*" (sublinhámos).

***cc*)** Fica o resto, onde reina a imponderabilidade do espírito. É desse resto, que *é* muito, que releva a famosa asserção do Juiz Frankfurter: "If it is true that we live by symbols, it is no less true that we purchase goods by them. A trade-mark is a merchandising short-cut which induces a purchaser to select what he wants, *or what he has been led to believe he wants*. The owner of a mark exploits this human propensity by making every effort to impregnate the atmosphere of the market with the drawing power of a congenial symbol"([104]).

***dd*)** Faremos apenas o seguinte reparo: os *símbolos,* que as marcas são, ou melhor, em que elas se tornaram, por força, é claro, da publicidade sugestiva de que passaram a ser objecto — não falta mesmo quem as eleve ou, para sermos mais precisos, quem eleve algumas delas, que são relativamente muito poucas, à categoria de *mitos*([105]) — não *impregnam* apenas a "atmosfera do mercado", *impregnam* a "atmosfera da vida social".

***ee*)** Como antes dissemos, um produto, objecto de intensas e incessantes campanhas de publicidade sugestiva — um produto *posto* no mercado por uma *grande empresa* (transnacional ou não), muitas vezes produzido, ao abrigo de *contracts manufacturing*([106]), nas chamadas "*fábricas-andorinhas*", (des)localizadas em países de mão de obra barata e desprovida de quaisquer direitos sociais: as tais intensas e incessantes campanhas de publicidade sugestiva não estão ao alcance de qualquer um… —, deixa de ser (aos nossos olhos e mesmo na nossa mente) apenas aquilo que verdadeiramente é, ou seja, deixa de ser (por nós) entendido como um simples bem com determinadas utilidades de uso (utilidades essenciais, já atrás lhes chamámos), para se tornar um *reflector* (em cujo *centro* está a marca) de uma *certa imagem,* capaz de nos encandear, não raramente porque existe (em nós) o desejo de (sermos nós próprios a) encandear os outros.

***f*)** É chegada agora a altura de explicitar a parte final deste nosso arrazoado. O comportamento-de-consumo, mesmo o de um consumidor o "mais normal", assume uma óbvia dimensão sociológica: a preferência por um determinado produto (ou serviço), reflectindo uma decisão pessoal, e

---

([104]) *Mishawaka Rubber & Woolen Mfg. Co.* v. *S. S. Kresge Co.*, 316 U.S. 203, 53 USPQ 323, 325 (1942); sublinhados nossos.

([105]) "Historically, once the mark became a symbol with a story to tell, once it became a device designed to express the intangible values and attributes of a product, it inevitably attached itself to corresponding cultural myths" — Thomas D. Drescher, "The Transformation and Evolution of Trademarks …", *TMR*, *cit.*, p. 339.

([106]) Cf. *supra*, nota 22 e texto a que se encontra ligada.

sem que agora importe quão *embotado* foi o discernimento que lhe subjaz, traduz o desejo de identificação ou de contraste com um determinado grupo social (com uma determinada "*classe*", também poderíamos dizer)([107]).

***aa*)** De resto, não cremos que isto constitua uma particularidade das *formações sociais* do nosso tempo (e do nosso espaço cultural); ainda assim, há nestas formações sociais algo de novo que releva, sobremaneira, para o caso: a "insegurança de *status*"([108]). As fronteiras das "*classes*" tornaram-se mais permeáveis, quando menos no sentido de que a *pertença* a um determinado estrato social não é mas prescrita e imposta irremediavelmente pelo nascimento([109]).

***bb*)** Mas todavia o *status* — no sentido da determinação da posição própria na sociedade — manteve a sua antiquíssima importância. E, é claro, cuida de se revelar, ou melhor, cuida-se de o revelar nas situações da vida as mais diversas, sendo certo que o consumo não foge a essa regra: a compra de determinados produtos(-objectos) e/ou a utilização de determinados serviços, individu(aliz)ados com as ditas "grandes marcas" é, com efeito, um meio por todos reconhecido de demonstrar *status* social([110]) (por nossa conta e *sans rancune,* diríamos: o que a indiferença (da cor) do sangue *misturou*, a diferença (do montante) da conta bancária *segmentou*…)([111]).

([107]) Mais desenvolvidamente, *vide* F. Henning-Bodewig/Annette Kur, *ob. cit*., Band I, p. 12, s., com várias referências.

([108]) Carl Baudenbacher, *Suggestivewerbung und Lauterkeitsrecht,* Zürich, 1978, p. 52, s.

([109]) Apontando essa *pemeabilidade* das fronteiras das "classes", nas sociedades contemporâneas, *vide* F. Henning-Bodewig/Annette Kur, *ob. cit*., Band I, p. 14, s.

([110]) Cf. F. Henning-Bodewig/Annette Kur, *ob. cit*., Band I, p. 15, e, mais desenvolvidamente, U. Lowenheim, *ob. ct.*, p. 273, s., com várias referências.

([111]) No seio da vastíssima doutrina estrangeira sobre as funções sócio-económicas da marca, não é difícil encontrar quem refira outras funções, já para "substituir" as que foram enunciadas, já para as "completer". Entre os Autores mais antigos, sobressai a posição de M. Ghiron: "La reale funzione del marchio consiste (…) nella sua opera penetratrice presso il pubblico, opera con la quale si attiva il processo de formazione della clientela" (cf. *Corso di diritto industriale*, Vol. II, Roma, 1937, p. 10). A qualificação que o conceituado Autor italiano assim fazia da marca como "*collettore di clientela*" (e a expressão foi cunhada por ele) — na mesma linha, *vide* A. Troller, "Wesen und Unwesen …", *in: Festschrift für Philippe Möhring*, *cit.*, p. 304, s., que se referia à marca como "*Kundensammler*" — era, em si mesma, de escasso préstimo (A. Vanzetti, "Funzione …", *Rivista di Diritto Commerciale*, *cit.*, p. 49-50, considerava, até, que se impunha evitar o seu uso, "proprio perché buona a tutto fare, cioè ambigua e quindi possible fonte di equivoci in una materia già di per sé complessa e dove il rigore non è sempre di casa"). A marca é, sem dúvida, isso — explicitando: um *instrumento* para a conquista, a manutenção e o alargamento da clientela —, mas é-o porque, tendo mais ou menos força atractiva (*função de publicidade*), simboliza um certo padrão de qualidade (*função de garantia*) e assinala, segundo a sua origem empresarial, os produtos ou serviços (*função de origem*), tornamdo-os assim distinguíveis de proutos ou serviços iguais ou mercelogicamente afins (*função de distinção*). Hodierna-

mente, por influência da (metodologia) da *análise económica do direito* (cfr. o nosso *A monopolização da concorrência* …, *cit.*, p. 948, s., nota 1975) — nem sempre expressamente assumida, diga-se —, tornou-se recorrente falar de uma "*função de comunicação*" da marca (dir-se-ia que na "sociedade da informação", a marca não podia ficar à margem do fenómeno … da informação, *inscrevendo-se* neste outro universo, e não já no universo do comércio!); nesse sentido, para além de William M. Landes/Richard Posner, "Tramark Law: An Economic Perspective", (30) *The Journal Law and Economics* 1987, p. 269, ("In short, a trademark conveys information that allows the consumer to say to himself 'I need not to investigate the attributes of the brand I am about to purchase because the trademark is a shorthand way of telling me that the attibutes are the same as that of the brand I enjoined earlier"), *vide*, por exemplo, Ch. Gielen, "Harmonisation of Trademark Law: The First Trade Mark Harmositation of the European Council", *EIPR* 1992 , p. 264 ("The modern approach is that a trade mark functions as a mean of identification and communication (…). In other words, the *trade mark is messenger*"); A. Kamperman Sanders/Spyros M. Maniatis, "A Consumer Trade Mark …", *EIPR*, *cit.*, p. 406 ("Trade marks make up of either words or signs are a traditional form of expression and are valuable conveyors of information. Enabling man to convey a message to his fellow man about the products or services that he owns or wants to trade in allows a multiplicity of funcions to be satisfies. This information can be categorized in many forms depending on the perception of the exchanged message)"; Jerre B. Swann, Sr., "Dilution Redefined for the Year 2002", (92) *TMR* 2002, p. 592 ("In an information age, even more than in earlier times, consumers adopt and use the 'shortest, simplest word' that will call to mind a product they want to talk about, and modern marks have become hugely informative 'data clusters' that 'reduce [to a minimum a] customer's costs of shopping and making purchasing decisions'"; G. Sena, "marchio di impresa (natura e funzione", *in: Digesto IV Edizione* (*disc. priv. sez comm.*), Vol. IX. Torino, 1993, p. 292 ("Il marchio, che contraddistingue prodotti e servizi, è uno strumento esseziale di communicazione fra le imprese ed i consumatori e consente, attraverso la differenziazione e la individuazione dei prodotti, le scelte del mercato: strumento quindi di *comunicazione*, *informazione e concorrenza*"); C. Galli, *Funzione del marchio e ampiezza della tutela*, Milano, 1996, p. 112 ("L'esclusiva attribuita su di un marchio consente (…) al titolare di esse di essere il solo, nell' ambito al quale l'esclusiva si estende, a comunicare con il pubblico atraverso il segno che ne forma oggeto"); R. Schreiner, *Die Dienstleistungsmarke — Typus, Rechtsschutz und Funktion*, Köln/Berlin/ /Bonn/München, 1983, p. 451 ("Die Marke spielt (…) aus kommunikatioswissenschaftlicher Sicht eine doppelte Rolle: Zum einen ist sie selbst Träger einer bestimmeten Botschaft für die auserwählte Zielgruppe; zum anderen hat sie die Aufgabe einer Werbe- und Kommunikationskonstanten, mit deren Hilfe eine Fülle anderer Informationsvermittlungen durchgeführt werden können"); M. Lehmann, "*Die wettbewerbswidrige Ausnützung und Beeinträchtigung des guten Rufs bekannnter Marke, Nämen und Herkunftsangaben*. *Die Rechtslage in der Bundesrepublik Deutschland*", *GRUR-Int* 1986, p. 14, *ID., RDI* 1988, p. 276 ("Il diritto di marchio permette infatti al respettivo titolare de acquistare ed esercitare un *Property Right*, cioè un diritto, esclusivo e positivo, di contradistinguire e diversificare le proprie offerte rivolte al mercato. L'imprenditore dispone, grazie ad esso, di un *strumento esclusivo di comunicazione*, che drovrebbe facilitare notevolmente il referimento ad uno preciso 'autore' della attività imprenditoriali di comunicazione di mercato in senso lato, cioè, per esempio, pubblicità, pubbliche relazioni, *product placements*, *sponsoring*"); A. Zeug, *Die Konzernmarke — eine ökonomische, warenzeizeichenrechtliche und steuerrechtliche Analyse,* München, 1987, p. 11 ("Die Marke wirkt sozusagen *als Signal, das in kodiert Form bestimmte Botschaften übermittelt*"); F. Henning-Bodewig/Annette-Kur, *ob. cit.,* Band I, p. 9 ("Die marke bei der *Erfüllung ihrer Kommunikatinsfunktion in mehrfacher Weise wirksam wird*. Sie benennt den Gegenstand der Kommunikation, sie kann selbst eine Botschaf enthalten, und sie wirkt als 'Signalcode' und kann dadurch grundsätzlich zur Übermittlung von Botschaften beliebiger Art eingesetzt werden"); Th. Schönfeld, *ob. cit*., p. 171 ("Die Marke enthält Schlüsselinformation über die gekennzeichneten Produkte; sie erspart damit extensive Informationssuche und stellt zugleich einen 'Kunstgriffs' dar, mit dem die festgestellten Schwierigkeiten der Ware Information teilweise umgangen werden können"); K.-H. Fezer, *Markenrecht*, 2. Aufl., München, 1999,

---

Einleitung, anot. 34 ("Die *Kommunikatiosfunktion der Marke* beschreibt die Kommunikationsbeziehung zwischen Markeninhaber und Verbraucher aufgrund der Marke. *Kommunikationsinhalte bestimmt das Produktimage*. Als ein angebotsdifferenzierender Sigalcode wirkt die Marke im *Informatioskanal zwischen den Marseiten des Angebots und der Nachfrage*"; entre nós, parecendo aproximar-se desse entendomento, cf. J. M. Coutinho de Abreu, "Marcas …", *BFDUC. cit.*, p. 130 ("Como qualquer signo, as marcas comunicam ideias por intermédio de mensagens. O titular e/ou os utentes legítimos da marca (os emissores) comunicam por ela ao público (receptor) algo respeitante a produtos (referente) — comunicam, no mínimo, que os produtos assinalados com a marca são produtos individualizados e distintos (ainda que a diferença resida tão-só no signo …) de outros bens da mesma espécie (marcados — com outros signos —, ou não"). No plano económico, não nos parece que a "*função de comunicação*" da marca ou, como alguns também dizem, a concepção da marca como "*mensageiro*" constitua um verdadeiro *novum* relativamente às funções, digamos, clássicas das quais cuidámos no texto: Por um lado, não há *comunicação* que não tenha uma *fonte* ou, se se prefere, não há *mensageiro* sem existir a correspondente *mensagem* da autoria de alguém — a função de origem da marca diz-nos isso mesmo —; por outro lado, o "significante", que a marca é, pressupõe um "significado", que são os produtos ou serviços que ela individu(aliz)a — nada que a função de distinção da marca já não evidenciasse —; finalmente, a "mensagem", trazida pela marca, como "mensageiro" que é, podendo, eventualmente ser intrínseca à marca, resulta, via de regra, da publicidade (sugestiva) que lhe é feita — não é de coisa diferente que se fala quando se fala da função de publicidade da marca. "Supérflua" no plano económico, a "função de comunicação" da marca encerra, porém, imensas virtualidades (monopolísticas) quando transposta para o plano juídico — e é, obviamente, aí que os seus defensores, mais ou menos deliberadamente, pretendem chegar. A protecção dirigida à marca passaria então a ser concebida como uma protecção contra as *interferências* dos terceiros no "*canal de comunicação*" que (se diz que) ela é. E, pelo menos, *a priori*, qualquer uso (não autorizado) da marca poderia ser assim qualificado — mormente, em se tratando de um uso desse tipo de uma "grande marca", que se apresentará, é claro, como um "canal de comunicação" com elevada *potência.* O tratamento deste ponto extravasa as fronteiras deste nosso trabalho. Mas não deixaremos de referir que esse entendimento *facilita,* sobremaneira, até em termos dogmáticos, a tutela de certas marcas (os "canais de comunicação" mais potentes) à margem do princípio da especialidade; *justifica* a proibição, mais ou menos mitigada, do uso da marca de um concorrente em publicidade comparativa verdadeira; *potencia* a proibição do uso de um signo igual à marca de outrem a outro título que não de marca; *respalda* as restrições ao uso de uma marca em domínios que relevam da criação artística, etc., etc.

Jurisprudência dos Conselhos

Consulte os pareceres do Conselho Geral e do Conselho Superior em:

<https://portal.oa.pt/advogados/pareceres-da-ordem/>

Ou através do QR Code

Pareceres sobre as Iniciativas Legislativas

No âmbito do processo legislativo sempre que, nos termos do artigo 3.º, alínea *j*) do EOA, a Ordem dos Advogados é "ouvida sobre os projetos de diplomas legislativos que interessem ao exercício da Advocacia e ao patrocínio judiciário em geral e propor como alterações legislativas que se entendam convenientes" são emitidos os respetivos pareceres os quais se encontram disponíveis em:

<https://portal.oa.pt/advogados/pareceres-da-ordem/processo-legislativo/>

Ou através do QR Code

Vida Interna

Estatuto da Ordem dos Advogados — lei n.º 145/ /2015, de 9 de setembro, com as alterações decor-rentes da lei n.º 23/2020, de 6 de julho, e da lei n.º 79/2021, de 24 de novembro, e da lei n.º 6/ /2024 de 19 de janeiro. Consulte o estatuto em:

<https://portal.oa.pt/ordem/regras-profissionais/estatuto-da-ordem-dos-advogados/>

Ou através do QR Code

Regime Jurídico dos Atos de Advogados e Solicitadores — lei n.º 10/ /2024 de 19 de janeiro. Consulte este regime em:

<https://portal.oa.pt/ordem/regras-profissionais/regime-juridico-dos-atos-de-advogados-e-solicitadores-lei-n%C2%BA-102024-de-19-de-janeiro/>

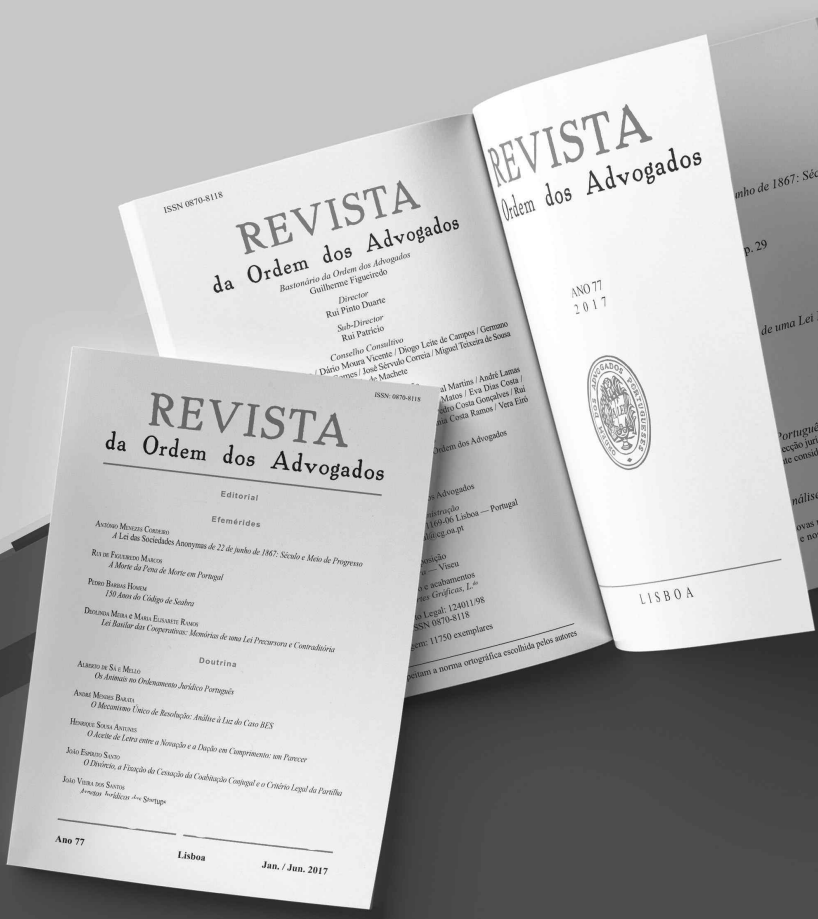
Ou através do QR Code

Regime jurídico da constituição e funcionamento das sociedades de profissionais — lei n.º 64/2023 de 20 de novembro — Alteração à lei n.º 53/ /2015, de 11 de junho, que estabelece o regime jurídico da constituição e funcionamento das sociedades de profissionais que estejam sujeitas a associações públicas profissionais. Consulte este regime em:

<https://portal.oa.pt/ordem/regras-profissionais/regime-juridico-da-constituicao-e-funcionamento-das-sociedades-de-profissionais-lei-n%C2%BA-642023-de-20-de-novembro/>

Ou através do QR Code

REVISTA
da Ordem dos Advogados



80 Anos de sabedoria
80 Anos de conhecimento jurídico

A ROA através do formulário online disponível em ***www.oa.pt***

SUBSCREVA!

Revista em suporte papel mediante assinatura com entrega no domicílio profissional

Revista em suporte E-book enviada gratuitamente para todos os Advogados com a inscrição activa e sem quotas em dívida

O prazo de entrega da ROA depende do planeamento editorial definido, da edição, revisão de textos a publicar e respectiva impressão.

Todos os números da ROA, publicada desde 1941, disponíveis no portal da OA