ISSN: 0870-8118

REVISTA
da Ordem dos Advogados

Editorial

Atualidade

Bastonário da Ordem dos Advogados
Discurso de abertura do Ano Judicial

Homenagem

Diogo Leite de Campos
Elogio Histórico de António Osório de Castro

José de Sousa de Macedo
Elogio Histórico de Maria de Jesus Serra Lopes

José Vera Jardim
Elogio Histórico de Júlio de Castro Caldas

Doutrina

Alexandre Mota Pinto
Suprimentos nas Sociedades Anónimas. Anotação ao Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 30 de novembro de 2021

António Barroso Rodrigues
Sobre a responsabilidade civil profissional do advogado e das sociedades de advogados

Diogo Figueiredo Perfeito Dias Ferreira
Reflexões juslaborais a propósito do Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 10 de Julho de 2013

Ano 82 **Lisboa** **Jan. / Jun. 2022**

João Eduardo Ferrão Abrantes
Os direitos de audiência e de defesa nos procedimentos administrativos sancionatórios — a efetivação das garantias constitucionais

Luís Correia de Mendonça
O contraditório e a proibição das decisões-surpresa

Manuel Pereira Barrocas
O recurso para Uniformização de Jurisprudência previsto no artigo 688.º e segs. CPC tem alguma utilidade prática?

Maria Amélia Barradas Carlos
Breves notas sobre o Regime Fiscal das Sociedades Gestoras de Participações Sociais (SGPS)

Rui Cardona Ferreira
O dever de contratar e a cláusula de não adjudicação na contratação pública

Tiago da Costa Andrade
A tutela criminal da confidencialidade em arbitragem: a criminalidade económico-financeira e a tensão entre os deveres de segredo e de denúncia

Jurisprudência dos Conselhos

- Parecer do Conselho Superior — Insuficiência económica/Advogado Estagiário/Alteração superveniente/Soluções manifestamente desrazoáveis no Procedimento Administrativo

- Parecer do Conselho Geral — Processo n.º 29/PP/2021-G — Conciliar a Advocacia com a actividade de Consultoria Imobiliária

Direito da União Europeia — JOUE

- Processos Judiciais manifestamente infundados ou abusivos contra a participação pública — Recomendação (UE) 2022/758 da Comissão de 27 de abril de 2022

Preço €15

REVISTA
da Ordem dos Advogados

ANO 82
2 0 2 2



L I S B O A

Catarina Monteiro Pires
Editorial p. 7

Atualidade

Bastonário da Ordem dos Advogados
Discurso de abertura do Ano Judicial p. 9

Homenagem

Diogo Leite de Campos
Elogio Histórico de António Osório de Castro p. 17

José de Sousa de Macedo
Elogio Histórico de Maria de Jesus Serra Lopes p. 21

José Vera Jardim
Elogio Histórico de Júlio de Castro Caldas p. 29

Doutrina

Alexandre Mota Pinto
Suprimentos nas Sociedades Anónimas. Anotação ao Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 30 de novembro de 2021 p. 33

Neste Acórdão, o STJ responde de forma inovadora à questão dos suprimentos, nas S.A., admitindo a qualificação como suprimentos de créditos de acionistas, com participações sociais inferiores a 10%.

António Barroso Rodrigues
Sobre a responsabilidade civil profissional do advogado e das sociedades de advogados p. 63

O presente estudo debruça-se sobre o regime da responsabilidade civil profissional do advogado e das sociedades de advogados. Aprofunda-se, em particular, o enquadramento

dogmático da matéria, nomeadamente os pressupostos da pretensão indemnizatória, a qualificação da responsabilidade emergente e, ainda, o modelo de responsabilidade repartido entre a sociedade de advogados e o advogado que nela ingressa.

Diogo Figueiredo Perfeito Dias Ferreira
Reflexões juslaborais a propósito do Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 10 de Julho de 2013 p. 139

Tendo por base uma análise reflexiva do aresto em menção, tangenciam-se diversos temas, tais como a justa causa de despedimento e a relevância das condutas extralaborais.

João Eduardo Ferrão Abrantes
Os direitos de audiência e de defesa nos procedimentos administrativos sancionatórios — a efetivação das garantias constitucionais p. 161

A efetividade do direito de audição e de defesa dos administrados, perante o poder sancionatório da Administração, enquanto garantia constitucional de um processo equitativo.

Luís Correia de Mendonça
O contraditório e a proibição das decisões-surpresa p. 185

Este artigo percorre as etapas que conduziram à configuração do contraditório em sentido forte tal como se encontra consagrado no art. 3.º, 3 do código de processo civil e analisa como, depois de legalmente consagrado, numa vertente ampla e aberta, a doutrina e a jurisprudência deram um novo rosto ao princípio, ao ponto de transformarem a excepção em regra. Acresce que o regime de impugnação, incerto e complicado, das decisões-surpresa tem agravado uma situação que carece de uma intervenção legislativa adequada.

Manuel Pereira Barrocas
O recurso para Uniformização de Jurisprudência previsto no artigo 688.º e segs. CPC tem alguma utilidade prática? p. 241

O STJ tem assumido uma jurisprudência muito defensiva e frequentemente exclusória da admissão preliminar do recurso de uniformização de jurisprudência regulado no art. 688.º e segs. do CPC. O principal obstáculo que tem levantado consiste na exigência da identidade em geral dos factos em ambos os acórdãos, sem a qual o recurso é indeferido. Aquela identidade defensiva e exlusória do recurso deve-se, segundo vários acórdãos do STJ, à necessidade de impedir que ao recorrente seja permitido dispor de uma quarta via jurisdicional (atento o disposto no art. 695.º, n.º 2. CPC) para fazer valer a sua defesa quando, a final, soçobrou na instância ordinária. Porém, não só esta posição, com o devido respeito, é, só por si, impeditiva da finalidade legal do recurso — a uniformização da jurisprudência do STJ —, mas também a matéria de facto não constitui legalmente, face ao disposto no art. 688.º, n.os 1. e 3. CPC, requisito de admissão do recurso, como ainda se revela assaz difícil reconhecer a existência de dois casos iguais. A única matéria de facto juridicamente relevante é, por inerência, a que subjaz e dá existência jurídica à questão fundamental de direito em ambos os acórdãos e não qualquer outra matéria de facto. Só assim é possível uniformizar jurisprudência do STJ e satisfazer a finalidade do recurso, que é de interesse público.

Maria Amélia Barradas Carlos
Breves notas sobre o Regime Fiscal das Sociedades Gestoras de Participações Sociais (SGPS) p. 249

O artigo faz um relance pelo regime fiscal aplicável às SGPS e pelas (des)vantagens, de natureza operacional, em face da Lei n.º 83-C/2013, de 31 de dezembro.

Rui Cardona Ferreira
O dever de contratar e a cláusula de não adjudicação na contratação pública p. 263

O artigo tem como objeto central a controvérsia sobre a admissibilidade, os limites e as implicações indemnizatórias das tradicionalmente designadas *cláusulas de não adjudicação*.

Tiago da Costa Andrade
A tutela criminal da confidencialidade em arbitragem: a criminalidade económico-financeira e a tensão entre os deveres de segredo e de denúncia p. 285

Sobre a relevância criminal das denúncias por parte de árbitros de suspeitas ou indícios de crimes de que vieram a tomar conhecimento no decurso de arbitragens confidenciais.

Jurisprudência dos Conselhos

- Parecer do Conselho Superior — Insuficiência económica/Advogado Estagiário/Alteração superveniente/Soluções manifestamente desrazoáveis no Procedimento Administrativo p. 355

- Parecer do Conselho Geral — Processo n.º 29/PP/2021-G — Conciliar a Advocacia com a actividade de Consultoria Imobiliária p. 367

Direito da União Europeia — JOUE

- Processos Judiciais manifestamente infundados ou abusivos contra a participação pública — Recomendação (UE) 2022/758 da Comissão de 27 de abril de 2022 p. 373

EDITORIAL

Este número da ROA é especialmente marcado pela homenagem histórica que a Ordem dos Advogados deve aos saudosos Bastonários Dr. António Osório de Castro, Dra. Maria de Jesus Serra Lopes e Dr. Júlio de Castro Caldas, figuras exemplares da advocacia portuguesa que dedicaram com paixão toda a sua longa e fértil vida à profissão, e que exerceram de forma brilhante os seus cargos na vida pública e na advocacia. É assim com muita honra que publicamos os sentidos testemunhos de colegas e amigos que os acompanharam e com eles partilharam alegrias e tristezas.

Mas a relevância deste número não se esgota nestes textos de homenagem, são publicados textos doutrinários de inegável interesse e atualidade, abarcando temas tão vastos como o Direito Societário, o Direito Fiscal, o Direito da Arbitragem, Direito do Trabalho e Procedimento Administrativo, entre outros.

Por último mantendo a tradição da ROA, publicam-se decisões dos seus órgãos com interesse geral e ainda se inclui uma nova secção dedicada ao Direito da União Europeia, transcrevendo-se nesta edição a Recomendação (UE) 2022/758 da Comissão de 27 de abril de 2022 sobre a proteção dos jornalistas e dos defensores dos direitos humanos envolvidos em processos judiciais manifestamente infundados ou abusivos contra a participação pública («Ações judiciais estratégicas contra a participação pública» ou SLAPP, na sigla original em inglês). As SLAPP são um dos temas mais controvertidos da atualidade e a necessitar de urgente regulação, representando uma forma particular de "assédio" com vista a impedir ou penalizar a intervenção em questões de interesse público e que assim colocam em causa os fundamentos da liberdade de expressão e da própria democracia. Esta proposta da Comissão prevê várias salvaguardas e recursos processuais contra as SLAPP desde o rápido arquivamento até indemnizações e sanções dissuasoras contra o lançamento destas ações abusivas.

Aproveitamos a ocasião para agradecer a todas as colaboradoras do departamento editorial da Ordem pelo excelente trabalho de apoio a cada edição da ROA, sob a coordenação sempre disponível da Dra. Sandra Coelho, e agradecer, em particular, à Dra. Elsa Mariano pelo empenho e apoio especial neste número.

Lisboa, 30 de Junho de 2022

Catarina Monteiro Pires

DISCURSO NA ABERTURA DO ANO JUDICIAL

20 de abril de 2022

Pelo Bastonário Luís Menezes Leitão

Senhor Presidente da República, Excelência

Senhor Presidente da Assembleia da República, Excelência

Senhora Ministra da Justiça, em representação do Primeiro-Ministro, Excelência,

Senhor Presidente do Supremo Tribunal de Justiça, Excelência,

Senhores Presidentes do Tribunal Constitucional, do Supremo Tribunal Administrativo e do Tribunal de Contas, Excelências,

Senhora Procuradora-Geral da República, Excelência,

Ilustríssimos Convidados,

Ex.mos Senhores Magistrados

Caros Colegas,

Uso pela segunda vez da palavra nesta cerimónia depois de o ter feito pela primeira vez em 6 de Janeiro de 2020. Passaram desde então dois anos e quatro meses sem que fosse realizada a tradicional cerimónia de abertura do ano judicial. Tal foi prejudicial para a nossa Justiça, uma vez que as instituições vivem dos seus símbolos, sendo esta cerimónia um símbolo da continuidade da nossa Justiça. A sua ausência simbolizou por isso uma longa e negra noite para a Justiça e o Estado de Direito em Portugal.

Na verdade, assistimos nestes dois anos e quatro meses a situações que nunca tínhamos presenciado nas mais de quatro décadas de vigência do nosso regime constitucional. Os direitos constitucionais dos cidadãos

foram suspensos através de estados de emergência decretados por quinze vezes mas, mesmo depois de levantado o estado de emergência, esses direitos continuaram suspensos com base em resoluções do Conselho de Ministros, meros regulamentos do Governo, que nunca poderiam restringir, quanto mais suspender direitos fundamentais. Mas, com base nessas resoluções do Conselho de Ministros, foram instituídas no nosso país imposições de recolher obrigatório, proibições de circulação de cidadãos no território nacional e colocação de pessoas em quarentena domiciliária por ordem administrativa, sem controlo judicial, e sem que as mesmas apresentassem qualquer infecção ou doença.

O país passou assim a viver em sucessivos estados de excepção não declarados, no que ameaça tornar-se a nova normalidade, já desconfiando os cidadãos se alguma vez regressarão a um estado normal e por quanto tempo. Na verdade, como referiu o grande filósofo e sociólogo francês Edgar Morin, "*quando o estado de excepção se tornar normal, o estado normal tornar-se-á excepcional*"(1).

Esta flagrante inconstitucionalidade das sucessivas medidas lesivas de direitos fundamentais dos cidadãos passou sem qualquer reacção das diversas entidades a que a Constituição atribui competência para a fiscalização da constitucionalidade das leis. Foram apenas os Advogados, não por acaso o único grupo profissional a quem não foi concedido qualquer apoio durante a pandemia, que reagiram nos Tribunais em defesa dos cidadãos lesados, designadamente instaurando providências de *habeas corpus* contra a ilegal privação da liberdade dos seus constituintes. E fizeram-no com inteiro fundamento, dado que o Tribunal Constitucional tem declarado sistematicamente a inconstitucionalidade destas medidas, salientando-se a título de exemplo os acórdãos 729/2020, 673/2021, 88/2022, e 89/2022.

Parece-nos, por isso, essencial que, logo após o fim da pandemia, seja feito um relatório sobre a violação dos direitos fundamentais dos cidadãos que ocorreu durante este período, para que estas situações não se venham a repetir.

E parece-nos também imperativo que a fiscalização da constitucionalidade seja reforçada em futura revisão constitucional. Como inclusivamente foi referido por anteriores Bastonários nesta ocasião, deveria ser atribuída à Ordem dos Advogados a competência para desencadear a fisca-

---

(1) <https://mobile.twitter.com/edgarmorinparis/status/1471086338522894338>: "*L'état d'exception devenant normal, l'état normal deviendra exceptionnel*".

lização da constitucionalidade das leis, à semelhança do que ocorre no Brasil. Recebemos ontem na nossa Ordem, o Presidente da Ordem dos Advogados do Brasil, José Alberto Simonetti, que nos transmitiu a importância que essa actuação tem tido para a defesa da Constituição no nosso país irmão, especialmente durante a pandemia. No passado dia 25 de Março, dia da Constituição no Brasil, o mesmo referiu "*a necessidade de sempre alimentarmos a democracia e seus valores, jamais abaixar a guarda. E isso significa defender a Constituição*"(2).

Também em Portugal é assim necessário defender a Constituição, atribuindo à Ordem dos Advogados competência para a fiscalização da constitucionalidade das leis. E é fundamental instituir o recurso de amparo para permitir aos cidadãos recorrerem directamente ao Tribunal Constitucional para defesa dos seus direitos fundamentais. O que este período negro nos demonstrou é que, sem o recurso de amparo, os cidadãos portugueses estão desamparados.

Outro motivo para o desamparo dos cidadãos reside no estado dos nossos tribunais administrativos e fiscais, em relação aos quais recentemente Sua Excelência, a Senhora Presidente do Supremo Tribunal Administrativo reconheceu ser uma vergonha a morosidade existente, onde há processos à espera de uma decisão há dez ou vinte anos.

Sobre esta situação já se tem formulado a pergunta clássica "*Cui prodest*?" (a quem aproveita isto?) e a resposta é evidente: Aproveita ao Estado que não vê as medidas que ilegalmente toma contra os cidadãos eficazmente sindicadas pelos tribunais. A Ordem dos Advogados decidiu por isso criar um grupo de trabalho, composto pelos nossos melhores advogados administrativistas, para apresentar propostas para solucionar este problema que, dizemos já, não pode passar pelo mero recurso à arbitragem administrativa e fiscal. Caberá depois ao poder político, no quadro das suas competências, decidir se acolhe ou não as propostas que viermos a formular, mas pelo menos iremos apresentar propostas de solução para um problema que já dura há tempo de mais.

Outra questão igualmente preocupante é o estado da nossa justiça cível que, deve dizer-se, só não é igualmente tão morosa em virtude do elevado valor das custas judiciais, que levam a que só lhe tenham acesso os muito ricos ou os muito pobres, estes últimos por beneficiarem do apoio judiciário. Há anos que se salienta ser imperioso a redução das custas judi-

---

(2) Cf. Notícias OAB 25/3/2022, em <https://www.oab.org.br/noticia/59511/sistema-constitucional-da-oab-assegura-de-combate-a-covid-a-separacao-de-poderes?>

ciais, sendo inaceitável que a água que deveria saciar a sede de justiça dos cidadãos seja em Portugal paga pelos mesmos ao preço do champanhe francês. A justiça não é um privilégio, é um direito, e, como tal, tem que estar acessível a todos os cidadãos.

A este propósito, a resposta que foi dada no programa do Governo de só propor a redução das custas judiciais quando não existirem meios alternativos de resolução de litígios é absolutamente decepcionante. Essa alternativa existe quase sempre, estando até a ser incrementada, como se verifica quando se propõe o tratamento das heranças e das regulações do poder paternal nos julgados de paz. Ora, estas questões são da maior importância para qualquer ser humano e fonte de grandes litígios entre os próprios familiares, não fazendo por isso qualquer sentido que sejam arredadas dos tribunais. A continuarmos nesta deriva poderemos ter no futuro, em lugar da abertura do ano judicial, a abertura do ano arbitral ou a abertura do ano dos julgados de paz.

A actual situação da nossa justiça penal também merece severas críticas. Salienta-se, em primeiro lugar, a desastrada reforma do Código de Processo Penal que recentemente teve lugar. A mesma foi realizada pelo Parlamento de uma forma absolutamente precipitada, no quadro de uma série de iniciativas legislativas aprovadas em contra-relógio, depois de uma dissolução do Parlamento já anunciada. Essa alteração ao Código de Processo Penal, apesar de aprovada por unanimidade, foi fonte de tantos problemas que já levou nos últimos dias a 150 declarações de impedimento de magistrados. Naturalmente que por isso já foi rapidamente apresentada pelo Governo uma nova proposta de lei para alterar a alteração. É manifesto, no entanto, que esta não é a forma adequada de aprovar alterações a diplomas legais e muito menos, em se tratando de um Código de Processo Penal, que tem vindo a merecer a justa qualificação de "*direito constitucional aplicado*".

A este propósito, temos vindo a assistir nos últimos tempos no espaço público a posições no sentido de diminuir ou mesmo retirar as garantias de defesa dos arguidos, que o art. 32.º da nossa Constituição impõe no processo penal, surgindo mesmo posições a defender o fim da fase de instrução no processo penal. Ora, a fase de instrução é absolutamente essencial para assegurar a jurisdicionalização da nossa investigação criminal, colocando a acusação do Ministério Público sob controlo judicial. Neste âmbito, cabe recordar as palavras do grande advogado que foi Francisco Salgado Zenha, que referia em 1968, em crítica ao processo penal da ditadura, que "*a rejudicialização do processo penal, desde os pés à cabeça, desde o início ao topo, convertendo-o num verdadeiro processo judiciário,*

e não numa pura emanação policial toucada apenas por um julgamento judiciário no seu final, é condição sine qua non para que haja uma verdadeira justiça criminal, e não uma fachada de justiça criminal"(3). É por isso que temos hoje o juiz de instrução como juiz das liberdades, garantindo os direitos dos arguidos na fase de investigação criminal, e se prevê a possibilidade de se requerer a abertura da instrução para que o juiz possa averiguar se há indícios suficientes para os arguidos serem submetidos a julgamento. A eliminação da fase da instrução representaria um duro golpe no nosso processo penal, em prejuízo dos direitos dos cidadãos.

Mas a nossa concepção do juiz de instrução como juiz das liberdades coaduna-se mal com situações como as que assistimos nos últimos tempos, de detenção de cidadãos para interrogatório, amplamente filmadas pela comunicação social, os quais passaram vários dias detidos, sem que tivesse sido pedida e muito menos decretada a sua prisão preventiva. Não se vê na verdade qualquer justificação para que um cidadão seja detido para interrogatório quando o mesmo se apresenta voluntariamente às autoridades judiciárias, e muito menos para que passe vários dias nessa situação.

Outra grande conquista do nosso Estado de Direito é a autonomia do Ministério Público, em relação à qual temos visto igualmente surgirem iniciativas políticas que a querem limitar, designadamente aumentando o número de representantes do poder político no seu Conselho Superior. Neste âmbito cabe recordar o que Fernando Emygdio da Silva, Professor sucessivamente da Faculdade de Direito de Coimbra e da Faculdade de Direito de Lisboa, escrevia avisadamente em 1909: "*Coloque-se o Ministério Público na dependência absoluta dos governos, tirem-se-lhe todas as garantias de independência e ponderação — e (ai de nós!) a perseguição nascida de ódios políticos encontra nele um instrumento dócil e obediente, e dentro do palácio da justiça, forçando as suas portas, nós veremos na cadeira honrosa do representante da sociedade o braço vingativo da animosidade partidária guiando o gesto da acusação*"(4). É assim manifesto que a autonomia do Ministério Público tem que ser em absoluto defendida e não podemos aderir a quaisquer tentativas de a controlar.

Mas, se a autonomia do Ministério Público é essencial à Justiça, a mesma também deve ser associada à máxima responsabilidade no exercício pelo Ministério Público dos seus poderes, evitando a dedução de acusações sem fundamento. Voltando a citar Salgado Zenha, o mesmo referiu:

---

(3) Cf. Francisco Salgado Zenha, *Notas sobre a instrução criminal*, Braga, 1968, p. 93.

(4) Cf. Fernando Emygdio da Silva, *Investigação criminal. Intervenção das autoridades, queixosos e arguidos no processo penal preparatório*, Lisboa, 1909, p. 34.

"*Tem-se dito, e com razão, que ninguém sabe o que é a justiça. Mas todos sabem o que é a injustiça. E uma das formas mais evidentes de injustiça não é apenas condenar um inocente; é acusar também, injusta e deliberadamente, um inocente*"(5). Ora, temos assistido nos últimos tempos a muitas absolvições de cidadãos que exerceram funções políticas ao mais alto nível, os quais, no entanto, tiveram que viver durante anos com o estigma de uma acusação criminal, abundantemente relatada na comunicação social, que depois foi julgada improcedente pelos tribunais. Efectivamente, enquanto houver juízes em Berlim, e já agora advogados em Portugal, a dedução de uma acusação não basta para condenar ninguém.

Mas perante os danos que as acusações infundadas causam nos cidadãos, esperar-se-ia, a bem da credibilidade da nossa justiça que, sendo as mesmas julgadas improcedentes nos Tribunais, os cidadãos tivessem uma explicação pública por parte do Ministério Público sobre o que motivou a sua acusação.

A credibilidade da nossa justiça é, aliás, neste momento fonte de grande preocupação, salientando-se a notícia recente de que um inquérito da DECO colocou o sistema judiciário como a instituição em que os portugueses depositam menos confiança. Grande parte dessa percepção resulta, estamos certos, da falta de investimento público na justiça. Existe neste momento uma absoluta falta de recursos humanos no nosso sistema judiciário. Temos 1960 juízes, mas só 1801 estão em funções nos tribunais, sendo que grande parte dos restantes exercem presentemente funções não judiciais. No Ministério Público faltam 195 magistrados. E temos 1000 funcionários judiciais a menos. A situação tende a agravar-se, como se vê pelas notícias de que o Centro de Estudos Judiciários perdeu 2/3 dos seus candidatos em dez anos, o que vai afectar por muitas décadas a qualidade da nossa justiça. E todos os dias se sucedem as jubilações de magistrados, sendo notório que uma das causas será a sua desmotivação com a actual situação existente no sistema judiciário.

Na Ordem dos Advogados também estamos já a notar um abaixamento do número de candidaturas ao Sistema de Acesso de Direito e aos Tribunais, que igualmente será resultado da desconsideração com que o Estado está a tratar os nossos Colegas que todos os dias dão o seu melhor na defesa dos cidadãos sem recursos. Em relação a estes Advogados, o Governo recusou-se sistematicamente a aplicar a Lei 40/2018, de 8 de

---

(5) Cf. Francisco Salgado Zenha, *Justiça de classe ou injustiça de classe?*, Lisboa, Renascença, 1968, p. 31.

Agosto, que prevê a actualização anual das suas remunerações, as quais permanecem congeladas há anos. Apenas em Junho de 2020 foi efectuada uma actualização de oito cêntimos na unidade de referência, a qual nem sequer cobriu a inflação verificada nesse ano. E, ao mesmo tempo, assistimos sem qualquer explicação à alteração sucessiva pela DGAJ das regras relativas às escalas nos tribunais, tornando cada vez mais difícil o trabalho destes nossos Colegas.

Tudo isto resulta numa profunda violação do direito dos cidadãos à justiça e numa total ineficácia das respostas para os sérios problemas existentes. Se a violência doméstica se tem vindo a tornar um flagelo em Portugal, é confrangedora a notícia de que as equipas especializadas que foram criadas para combater esse crime têm metade dos funcionários que deveriam ter e que por isso as pendências nestes processos se acumulam. Da mesma forma, Sua Excelência, o Senhor Vice-Procurador Geral da República avisou recentemente que receia uma avalanche de prescrições na justiça, não só devido à falta de magistrados, mas também à escassez de recursos humanos nas perícias e nos oficiais de justiça. Recentemente tivemos a surpresa de ser colocado em risco um mediático processo de extradição pela dificuldade de obter uma simples tradução para inglês. E até a Lei 55/2021, de 13 de Agosto, que estabeleceu mecanismos de controlo da distribuição electrónica de processos, em virtude das gravíssimas suspeitas que surgiram de manipulação nessa distribuição, não está a ser cumprida porque, apesar da disponibilidade da Ordem dos Advogados para designar advogados pra fiscalizar essa distribuição, o Ministério da Justiça não criou as necessárias escalas para o efeito.

É manifesto que, enquanto a Justiça funcionar nestes termos, a sua credibilidade junto dos cidadãos será cada vez mais reduzida.

Senhor Presidente da República,
Senhor Presidente da Assembleia da República,
Senhora Ministra da Justiça,
Excelências,

Desejo terminar este discurso que já vai longo com uma nota optimista. Da mesma forma que considerei no início os últimos dois anos e quatro meses como uma noite escura que se abateu sobre a nossa Justiça, quero acreditar que o dia de hoje possa simbolizar um novo alvorecer e que o poder político passe a tratar melhor a nossa Justiça.

Quanto aos Advogados, que hoje aqui represento, penso que será adequado recordar as palavras da nossa querida Bastonária Maria de Jesus

Serra Lopes, que recentemente nos deixou, e a cuja perene memória quero prestar a minha homenagem. Aquando da atribuição à Ordem dos Advogados da Ordem da Liberdade pelo Presidente Mário Soares, a mesma referiu-se a "*essa Liberdade que é, para os Advogados, o pão nosso de cada dia. O alimento diário sem o qual pereceríamos. A preocupação quotidiana que nos leva a ter sempre presente que «Vigilia Pretium Libertatis». A Vigilância é o preço da Liberdade*"(6).

Os Advogados portugueses permanecerão assim vigilantes perante qualquer violação dos direitos fundamentais dos cidadãos, como sempre o fizeram ao longo deste período de pandemia, recorrendo aos Tribunais em defesa dos seus constituintes. E a Ordem dos Advogados estará sempre ao seu lado nessa tarefa essencial, que é a defesa da Liberdade e da Justiça.

A todos desejo um Bom Ano Judicial.

Muito Obrigado.

(6) Cf. Maria de Jesus Serra Lopes, "Palavras da Bastonária Maria de Jesus Serra Lopes na sessão comemorativa do I Dia Nacional do Advogado, 19 de Maio de 1992", na *ROA* 52 (1992), I, pp. 307-311 (311).

ELOGIO HISTÓRICO DE ANTÓNIO OSÓRIO DE CASTRO

Pelo Prof. Doutor Diogo Leite de Campos

Excelentíssimo Senhor Bastonário da Ordem dos Advogados Doutor Luís Menezes Leitão

Vossa Excelência convidou-me para fazer o elogio histórico do Bastonário Doutor António Osório de Castro (1994-1996).

A minha primeira reflexão deteve-se na minha falta de qualificações, estas naturalmente insuficientes para a tarefa de entender e descrever tão ilustre Bastonário.

Não me recusei, porém, em atenção Àquele que me convidava.

E, por outro lado, esperava que outros falassem através de mim, que eu fosse o seu porta-voz.

A minha vida tem sido assente no ser jurista, também advogado.

Avô, advogado, que me ensinou pelo seu exemplo as qualidades humanas que fazem a pessoa digna, "máxime" o advogado: liberdade, amor, sentido de igualdade, auto-identificação… Fui seu estagiário.

Pai, Juiz: modelo que nunca me senti capaz de seguir, a não ser o exemplo que me dizia que a justiça tem de ser também compaixão.

Depois, tive a honra de conhecer de perto, e admirar, alguns dos mais ilustres advogados portugueses: Mário Raposo, Maria de Jesus Serra Lopes, Lopes Cardoso (Pai e Filho), Raul Ventura, Rui Machete, Coelho Ribeiro…

Atrevi-me a pedir a todos eles que usassem a minha voz para se referirem a Osório de Castro. Eles são a única garantia da minha possibilidade de cumprir.

Espero eu não ficar muito aquém.

Fazer o elogio do Advogado e Bastonário Doutor Osório de Castro, não tem de ser, e não deve ser, mais do que relatar, sentindo-os, momentos da sua vida. Estes falam por si e geram admiração.

Não há que descrever encomiasticamente um "cursus honorum", pois as múltiplas honras que recebeu Osório de Castro, não serviram para o honrar: foram honradas por ele, ao transformá-las em serviço da sua classe, da sua profissão e da comunidade em geral.

Osório de Castro procurou e obteve significativa melhoria das estruturas da justiça, necessárias para que esta o seja, justiça.

Vou tentar descrever o seu percurso com a empatia que sinto por Osório de Castro, permitida pelos advogados modelares com quem convivi.

Sabia o nosso homenageado do papel fulcral do advogado na realização da justiça. Na prévia compreensão dos factos da pessoa e da comunidade; no discernir o ético e o não ético; na reintegração do seu cliente na comunidade ética; no respeito pela dignidade da pessoa, suporte do Estado (como reconhece a Constituição da República Portuguesa), feita de liberdade, razão e amor.

Configurando o juridicamente relevante e a justiça que a pessoa exige.

A vida do advogado Osório de Castro assenta numa prática constante, sempre renascida, do cuidado consigo mesmo, para cuidar dos outros. Não tinha como objetivo a glória pessoal — esta decorreu da sua vida, dos seus muitos atos em procura da justiça. Estudou para se ocupar dos outros.

O seu cuidado pelos outros, clientes, colegas, comunidade em geral, foi transformando-o, tornando-o sempre mais atento aos outros e cada vez mais capaz de cuidar deles.

Um novo cliente, uma nova história de vida, um novo processo, tornavam-no cada vez mais apto para cuidar dos outros no renascer pelo novo caso.

Empático com o cliente, assumindo os seus interesses, os seus valores — reorientando-os sempre que necessário. Obtendo facilmente a simpatia do outro, feita de admiração e de gratidão.

Consciente de que para justiça social, para a coesão da comunidade, é necessária justiça para cada um e que esta só se obtém com estruturas de definição da justiça da mais alta qualidade.

Rejeitou prosseguir modelos sociais de poder e utilidade que nada têm a ver com a justiça.

Passo a assinalar os marcos miliários da sua vida. Cada um deles marcando uma nova missão que o fortalecia. Percurso que influenciou a

comunidade e que faz com que o sintamos entre nós, fazendo parte das nossas histórias.

Licenciou-se em Direito na Faculdade de Direito de Lisboa onde encontrou como mestres alguns dos mais distintos juristas da sua época, guiados pela vontade de prosseguir a justiça assente na dignidade da pessoa.

Seguiu a profissão de advogado. O advogado vive para o cliente, sente com este, dá-lhe tudo o que pode, muito mais do que reservaria para si.

Trata-se de uma das profissões em que o outro é muito mais importante do que o eu-mesmo.

O seu percurso foi tão digno, mereceu tanto respeito e admiração por parte dos seus colegas, que estes o elegeram Bastonário. Em eleição em que não estiverem presentes interesses ou vontade de poder, mas só o desejo de entregar a Ordem a alguém que corporizava os seus valores.

Sei-o como testemunha, um advogado entre muitos.

O novo Bastonário fez-se acompanhar, nos órgãos da Ordem, por advogados ilustres.

Os anos passados como Bastonário deram-lhe uma experiência de organização, de definição de objetivos coletivos éticos e da prossecução destes, que excelentemente utilizou.

Ocupado com o acesso à justiça, propôs importantes medidas e uma reforma do Código de Processo Civil para promover o mais rápido andamento dos processos judiciais.

Lançou pontes com outras entidades dirigidas ao ensino do Direito.

Ocupou-se, com resultados relevantes, da segurança social dos advogados.

Não resisto a passar ao amor pelos livros. Todos temos um amor profundo pela nossa biblioteca, pelos nossos livros. Esse amor levou o Doutor Osório de Castro a aceitar mais tarde a direção da biblioteca da Ordem.

O seu amor pelos colegas, outros eu, levou-o a continuar a cuidar deles. Assim:

Durante o período do seu mandato, no ano de1985, fundou o Instituto Jurídico franco-ibérico de Bordéus.

Em 1987 fundou a Associazione Internazionale di Giuristi di lingua italiana, da qual foi administrador entre 1988 e 2001.

Tinha sido indicado pelo Governo português em 1980 para a Convenção da Haia.

Em 1985, foi indicado como árbitro do International Centre for Settlement of Investment Disputes.

Em 2003 presidiu à delegação portuguesa do Tribunal Europeu de Arbitragem (Strasbourg).

Cultivou e praticou o Direito do Ambiente.

Tempo e trabalho que poderia ter dedicado a recolher bens materiais ou "glórias "políticas, mas que usou no desempenho destas importantes funções públicas que muito honrou.

Como alguns muito notáveis juristas portugueses e brasileiros, amou a sua língua materna e cultivou-a carinhosamente. Não só na construção da justiça, como nas "Belas Letras". É tradição da comunidade jurídica que o melhor jurista também se revela no seu estilo.

Produziu primorosas peças de português "jurídico" e não só. Homem de letras e de sentimentos recebeu o prémio do Pen Club por "A raiz afectuosa".

Dirigiu a Revista Foro das Letras, da Associação Portuguesa de Escritores, e foi membro da Academia das Ciências, Classe das Letras.

Já era "imortal" antes deste reconhecimento.

Das coisas importantes, deve falar-se pouco. Com certeza António de Lisboa, ao afirmá-lo, estava a pensar na "breve palavra" de Cristo e talvez também na curta vida do Verbo de Deus.

Segui o seu conselho, neste caso.

Do ser humano digno, familiar, não me cumpre falar. Mas a sua vida pública permite perceber que o amor, o cuidado, a ética, preencheram a sua vida.

Amando, como amo, a minha profissão de advogado, sempre precisei de modelos que me guiassem, embora soubesse que nunca os poderia atingir. Um deles é o Doutor Osório de Castro.

Sou, humildemente, venerador e obrigado.

Diogo Leite de Campos

Advogado

ELOGIO HISTÓRICO DE MARIA DE JESUS SERRA LOPES

Pelo Dr. José de Sousa de Macedo

Singelo Testemunho

Poder participar na Homenagem que a Ordem dos Advogados, em boa hora, tomou a iniciativa de promover à saudosa Bastonária, Maria de Jesus Serra Lopes, promovendo uma edição especial da conceituada "Revista da Ordem dos Advogados", congregando o testemunho de alguns dos seus Amigos e Colegas, e tendo o Bastonário Luis Menezes Leitão a gentileza de me incluir em tal iniciativa é, sem dúvida, motivo para sentir muito honrado por rever a Maria de Jesus, amiga e colega, grande Senhora que foi e uma grande Advogada.

Não escondo de imediato ter hesitado aceitar tal desafio certo, como estou, de ficar muito aquém da elevação que ela merecia.

Este meu testemunho começa, necessariamente, pelos anos em que frequentei a Faculdade de Direito de Lisboa, entre 1953 e 1958, num curso de excelentes alunos, do qual fazia parte o António Serra Lopes, então namorado da Maria de Jesus, mais tarde seu marido, também ele um colega de reputada competência e de exemplar lealdade, fácil comunicador de estórias, homem de invulgar bom humor e que foi um dos mais distintos Advogados da minha geração.

Na vida pública e na Advocacia Portuguesa, a Maria de Jesus e o António, notabilizaram-se em múltiplas situações, em cargos e funções, públicos e profissionais, do maior relevo, que a contenção natural deste testemunho não dá para descrever com o devido destaque e sem risco de imperdoável omissão.

A Maria de Jesus sempre foi pessoa de firme personalidade, caracter desassombrado e possuidora de convicções realistas e bem sustentadas, não escondendo o seu interesse pela situação politica e social do País e do Mundo; muito votada as várias modalidades da Cultura, com destaque para a música e a pintura; possuidora de uma vontade enorme para se afirmar ao longo da sua vida profissional, com especial apetência, categoria e autoridade na área dos Seguros; fez parte de órgãos sociais de diversas instituições, nacionais e internacionais, em que a sua presença e competência deu sempre acrescido valor; observadora e atenta ao progresso e disponível aos novos equipamentos tecnológicos, que foram surgindo vertiginosamente; fundadora pioneira de uma das mais conceituadas Sociedades de Advogados, a que colou o seu apelido; foram-lhe atribuídas condecorações do mais elevado grau, por altos serviços ao País e Advocacia; veio a ser mandatária nacional de Presidente da República; e investida por duas vezes como Membro do Conselho de Estado.

Acresce um aspeto muito pessoal, ter a Maria de Jesus e o António formado um casal fortemente unido pela vida fora, exemplo e motivo de admiração por quem os conheceu, como tal lembrados com muita saudade.

Isso só foi possível, seguramente, sem descurar diferenças naturais entre casal, por a Maria de Jesus ser uma Mulher de elevada inteligência, de coração muito sensível e de grande descrição.

Conheci o casal Serra Lopes, desde os tempos de estudante na Faculdade de Direito de Lisboa, no saudoso palacete do Campo de Santana, cujo largo passeio adjacente era o habitual lugar de convívio, aproveitado, sempre que possível, nos "furos" dos professores, eram muitos, bem como nos intervalos das aulas.

Então, era vulgar aparecer a Maria de Jesus e o António com sorriso aberto, felizes e sempre alegres; lá se aproximavam dos demais colegas também desejosos de uma bola de berlim, tentação irresistível, quentinha e bem coberta de açúcar, num daqueles tabuleiros de madeira, de abas largas, que uma leitaria ali perto vinha servir.

Ficou então para sempre, na memória de todos os que eramos seus colegas, o namoro da Maria de Jesus com o António, ele de nós mais próximo, por sermos do mesmo curso de 1953/58, e ela, apesar de frequentar um ano anterior, sempre ia arranjando oportunidade para coincidir com os nossos horários.

O António queria ser, e chegou, por mérito próprio, a Presidente da Associação Académica, objetivo muito cobiçado, a qual, de entre as suas várias atividades, era a editora e vendedora das velhas "sebentas", principais e mais baratos meios de estudo de algumas das disciplinas, principal-

mente daquelas cuja matéria pouco ou nada certos professores não alteravam, ano para ano.

A Maria de Jesus e o António formavam um par de namorados, de tal modo unidos e sempre tão enternecidos, que ao avançarem pelo dito passeio, sempre os dois de braço dado e inclinados ombro com ombro, mais pareciam que deslizavam sobre patins!

Não havia quem não visse nesse namoro a certeza de um casamento, sustentado por um Amor que se manteve até ao recente falecimento de ambos; creio bem que juntos continuam, como sempre mesmo foram, onde quer que estejam.

No nosso Livro de Curso, por sorte, venho a encontrar uns versos, muito expressivos, da Maria de Jesus, dedicados ao António, já Presidente da Associação Académica:

> …E desde então,
> Ó negra sorte minha,
> Nunca mais deixei
> De andar sozinha…
>
> É ele na Associação
> A trabalhar
> E ela, pelos corredores
> A esperar…
>
> Uns versinhos para ti
> Amor, são bem difíceis de fazer
> Pois não posso dizer aqui
> O que eu queria aqui dizer.

* * *

Neste resumido testemunho que presto à Maria de Jesus, achei que ela gostaria que começasse pela lembrança que acima deixo, como o principal que nos deixou e que tanto marcou a sua vida.

Ao longo dos tempos, a Maria de Jesus revelou-se pessoa sempre interessada no que se ia passando pelo País e pelo Mundo; muito bem informada e atenta, foi adquirindo uma vasta e diversificada cultura geral; um invulgar conhecimento e vasta experiência no domínio jurídico, muito assente em prática de contencioso empresarial e forense; bem como em vários cargos superiores e de direção de empresas, designadamente em seguradoras; evidenciou-se sempre, qualquer que fosse o assunto ou a

natureza da causa e quem quer que fosse o cliente ou a respetiva condição social e económica.

Cumpre salientar a sua simpatia; facilidade em gerar amizades; fidelidade e lealdade na relação com os outros; e, muito especialmente, dotada de uma cativante simplicidade.

Um dos grandes objetivos que a Maria de Jesus teria de enfrentar era a necessidade e urgência de acordar com o Poder Político a modernização e revisão das regras do Estágio, essencial para uma melhor formação dos candidatos e, no futuro, sua mais apta integração numa carreira profissional que, no mínimo, assegurasse a reputação da Advocacia.

À Maria de Jesus não faltavam qualidades para ter excelente relação com magistrados, colegas e demais agentes judiciais; e levaria já consigo um considerável conhecimento da Ordem, visto ter desempenhado elevados cargos e funções, com indiscutível dedicação e competência.

Acresce, por último, que a presença de uma mulher na Presidência da Ordem, a sua primeira Bastonária, era, por si mesmo, uma sugestiva e tentadora novidade.

Não se apresentava fácil suceder ao Bastonário Augusto Lopes Cardoso, Advogado de reputação indiscutível, de elevada competência e do maior prestígio, dentro e fora da Ordem.

Nessas circunstâncias, em tempo já próximo da campanha para as eleições, a Maria de Jesus continuava a ser a colega que, no momento, melhores condições reunia para sucessão na Presidência da Ordem dos Advogados.

Era plenamente compreensível alguma resistência, após contatos iniciais.

Ser Bastonário representava sacrifícios no âmbito profissional, bem como um considerável desgaste pessoal, incluindo familiar; não sendo de afastar alguma contingência quanto ao sucesso eleitoral.

Estava instalado, assim, um tempo de incerteza e de alguma inquietação.

Certo, porém, paralelamente à questão da escolha do Bastonário , igualmente oportuno seria para o País resolver múltiplos problemas e concretizar soluções de modernização no domínio do Sistema Justiça, o que, obviamente, interferiria com o exercício da Advocacia, ao que a Ordem dos Advogados não deveria nem poderia ser estranha.

Havia, pois, que convencer a Maria de Jesus.

Então, um muito restrito grupo de colegas — que me quis incluir — motivou-se a convidar a Maria de Jesus que, amavelmente, anuiu para um jantar, algo discreto, que veio a ter lugar no Grémio Literário; durante esse

encontro foram conversadas, quási ponto por ponto, as naturais reticências suscitadas pela Maria de Jesus; no final da noite, já tarde, lá acabou ela, vencida e convencida, a aceitar candidatar-se à Presidência da Ordem dos Advogados.

Uma quási completa Biografia da Maria de Jesus, muito bem informada, e documentada encontra-se no *site* da OA, no *link* dos Bastonários e Mandatos, pelo que me permito sugerir a sua consulta e dispensar-me em alongar este texto.

Tal circunstância, todavia, não me pode escusar de salientar algumas das principais ideias e iniciativas que nortearam a sua ação como Bastonária.

A Maria de Jesus veio a ser eleita e a primeira mulher Bastonária da Ordem dos Advogados, para o triénio de 1990 a 1992.

Importa salientar, para já, que a Maria de Jesus soube representar a Advocacia Portuguesa e a Ordem, com a maior dignidade e prestígio, quer no País quer no Estrangeiro, tendo sido distinguida e condecorada no desempenho dos mais elevados cargos para que foi escolhida; destaco entre nós, por atribuição do Presidente da República, três Grã-Cruzes, da Ordem de Mérito, da Ordem do Infante D. Henrique e da Ordem Militar de Cristo.

Logo no início do seu mandato, a tal sua grande preocupação, era debater com o Ministério da Justiça a já aludida questão do crescimento incontrolado do número de estudantes, saídos das Faculdades de Direito e que queriam logo inscrever-se como estagiários, candidatos à Advocacia, o que justificava uma modificação substancial do sistema em vigor que mostrava ser pouco exigente.

Ao Poder Político tal questão não poderia ser nem menor nem indiferente, uma vez que devia assentar, até, em critérios pedagógicos e numa melhor preparação dos estudantes nas Faculdades de Direito. E não só.

* * *

O Título do programa eleitoral da Maria de Jesus para Bastonária foi expressivo e sucinto: "Juventude, Inovação, Liberdade".

A "Juventude" constituía especial preocupação sua, tal como de tantos de nós; e decorria da óbvia necessidade de uma nova e adequada pedagogia junto dos estudantes, do primeiro ao último grau de ensino, naturalmente de modo gradual e simples, acerca do que é Nação, Estado, seus Poderes, Justiça, Direito, Constituição, Lei, Cidadania, Democracia, Estado de Direito, e tantos mais, relevantes para a formação e cultura básica de qualquer Pessoa.

Já na época da Maria de Jesus apresentavam-se como estagiários, candidatos à Advocacia, cerca de mil estudantes por ano, o que, só por si, tornava evidente que o País, e mais ainda a própria Ordem dos Advogados, não podia corresponder, satisfatoriamente, a tanta procura, mesmo considerando as outras possíveis derivas pós-licenciatura, que o curso de Direito habilitava.

A Maria de Jesus tinha bem entendido a dimensão e a gravidade da situação. Para ela, "Juventude" e "Inovação", claramente, era uma mensagem e um apelo para que as futuras gerações se conformassem com novas e mais exigentes soluções, não só quanto ao sistema de acesso à Ordem dos Advogados quer, também, quanto a conteúdos formativos do Estágio e qualificação dos advogados monitores.

Deviam, por conseguinte, as novas gerações empenhar-se em dar o seu contributo, não lhes podendo ser indiferente o prestígio da Advocacia; necessariamente, também, a reputação própria Ordem dos Advogados, na qual, obrigatoriamente, terão de fazer parte.

Para a Bastonária Maria de Jesus, todo este conjunto de situações, exigências e expectativas jamais poderiam macular o Valor superior que constitui a "Liberdade" da Pessoa Humana; e, a mesma "Liberdade", também, sob outro prisma, instruída como Valor Superior, democrático e regulatório, que os Advogados devem respeitar e assumir, seja para eles próprios seja no exercício da profissão.

Uma afirmação lapidar da Maria de Jesus, talvez exprima, ainda que sibilinamente, uma grande verdade: "Os Advogados são os verdadeiros instrumentos da liberdade dos outros".

* * *

Na impossibilidade de trazer aqui as inúmeras ideias e intervenções da Maria de Jesus Serra Lopes, ao longo dos três anos em que foi Bastonária, tentei uma breve nota, sumariando alguns temas e acontecimentos, recolhidos da já citada Biografia, a saber:

— O Sistema do Estágio, pelos motivos que destaquei;

— Preparação e Presidência do III Congresso dos Advogados Portugueses, que teve lugar no Porto;

— Definir e regulamentar o estatuto da Ordem, relativo à especialização de advogados;

— Rever e melhorar o regime das Sociedades de Advogados;

— Incentivar a revisão das incompatibilidades;

— Estimular a criação de uma Confederação Nacional das Profissões Jurídicas;

— Acompanhamento de várias questões próximas da CPOAS;

— Intensificar o combate à procuradoria ilícita;

— Conseguir a produção de alegações orais junto do STJ;

— Expressar que Confederação Nacional das Profissões Liberais seria contra o nivelamento das mesmas, por nível e critério imposto por organismo europeu;

— Dever ser atualizada a tabela do apoio judiciário;

— Manifestar oposição ao agravamento do IVA;

— Repensar situações e problemas acerca do segredo profissional;

— Promover o 1.º Dia do Advogado, no dia de S.to Ivo, Padroeiro dos Advogados;

— Ativar o Centro de Estudos da OA;

— Foram constituídas diversas Comissões ou Grupos de Estudo, particularmente, sobre fiscalidade, direito informático, telecomunicações, proteção de dados pessoais, informatização de dados dos médicos, admissibilidade de contabilidade eletrónica, e questões relativas aos novos serviços de *homebanking* e de *tele-shopping*;

— A Ordem tomou posição acerca da Guerra do Golfo, bem como sobre a grave situação que se vivia em Timor, quanto a esta obtendo expressa solidariedade de várias Organizações Internacionais.

* * *

A paixão entre Maria de Jesus e o António manteve-se até ao recente falecimento de ambos; creio eu, que ainda subsiste, com o mesmo Amor, onde quer que estejam.

A Advocacia perdeu dois dos seus mais íntegros e conceituados valores.

A Ordem dos Advogados não esquecerá a Maria de Jesus, como primeira Senhora que foi Bastonária, à qual deu tanto de si mesma, que muito a prestigiou, no País e no Estrangeiro.

Privilegiado por ter conhecido o casal Serra Lopes, honrado me sinto por participar, através deste singelo Testemunho, na tão louvável e merecida iniciativa que a Ordem dos Advogados presta à Bastonária Maria de Jesus Serra Lopes.

E aqui deixo a feliz expressão que usou para dizer como via ser Advogado:

Onde falta Advogado pode haver Direito.
Dificilmente pode haver Justiça

José de Sousa de Macedo

(Reformado; foi titular da cédula profissional 2002)

Maio, 2022

ELOGIO HISTÓRICO DE JÚLIO CASTRO CALDAS

Pelo Dr. José Vera Jardim

Em memória do Bastonário Júlio Castro Caldas

Pede me o meu Bastonário um testemunho sobre Júlio Castro Caldas.

Trata-se por um lado de tarefa simples, vividos que foram em comum mais de 40 anos que fundamentaram um conhecimento profundo e uma profunda amizade entre nós mas por outro lado, trata-se de uma tarefa muito penalizadora porque o Júlio nos deixou e, tal facto deixou-me também sem um amigo querido que faz parte de muitos anos da minha vida. Mas sinto o dever de o fazer. Poucos dos antigos ou actuais profissionais do foro, o poderiam fazer com melhor conhecimento da personalidade do Júlio.

Conhecia o Júlio, assim o tratarei neste depoimento como sempre o tratei, de ouvir falar do seu percurso universitário, designadamente da acção que desempenhou no movimento académico nos anos 60, já depois de eu ter saído da faculdade de direito de Lisboa.

Em 1969, juntamente com outros colegas fundámos uma sociedade a partir de um contrato social por nós elaborado, sendo certo não existir ainda nessa altura uma regulamentação das sociedades de advogados.

Tratava-se de uma sociedade muito peculiar e, porventura, exemplo único no meio da advocacia de então. Todos nós ganhávamos por igual e o que contava era o trabalho de cada um e não outros fatores que vieram depois a modelar as sociedades de advogados.

Pouco tempo depois fui procurado pelo Júlio, já então com o seu estágio feito, e que pretendia trabalhar connosco. Foi o meu primeiro contacto pessoal com ele. E logo ali me causou uma muito boa impressão. Ouvidos

os meus sócios, o Jorge Santos e o Macedo e Cunha, então meus sócios na "Sociedade" decidimos aceitar a colaboração do Júlio. Penso que nenhum de nós, nem dos sócios que posteriormente vieram a fazer parte da sociedade, se arrependeu de tal decisão.

Trabalhávamos então num escritório situado na Avenida Columbano Bordalo Pinheiro, por onde vieram a passar muitos outros advogados que a nós se juntaram.

Eu e o Júlio tínhamos muitas relações e amigos comuns o que resultou por exemplo, em termos sido ambos sócios fundadores da Sedes e a frequentar círculos sociais e políticos idênticos, designadamente em todos aqueles que se reclamavam de uma formação católica não-alinhada com o regime de então. A livraria Moraes, O Tempo e o modo, o António Alçada Baptista e muitos outros foram nossos amigos comuns e meios em que nos movíamos.

Depois, veio o 25 de abril e com ele a liberdade e uma mudança radical na sociedade portuguesa.

O Júlio que tinha uma relação muito próxima com o Francisco Sá Carneiro, ocupava uma parte do seu tempo em ser um colaborador muito próximo do Presidente do então PPD de que se tornou membro. Isto sem, de modo algum, deixar de prestar o seu valioso contributo para o trabalho no escritório a que sempre se dedicou de alma e coração, mostrando já aí a sua enorme capacidade de trabalho.

Pouco tempo depois juntaram-se a nós vários outros colegas, desde logo o Jorge Sampaio que tinha escritório na Rua Duque de Palmela mas que mostrou interesse em se juntar a nós. Assim nasceu uma nova sociedade constituída então, fundamentalmente, pelos três sócios que lhe deram o nome de "Jardim, Sampaio, Caldas e associados".

Algum tempo depois e porque as instalações já eram exíguas para o número de colaboradores decidimos mudar para Avenida Duque D'Ávila onde se manteve a sociedade durante muitos anos.

Entretanto, o Júlio continuava a ser um elemento fundamental no trabalho e no nome que a sociedade angariou, sempre demonstrando a sua enorme capacidade de trabalho e dedicação.

O Júlio tinha um relacionamento excepcional com todos os que o procuravam, com os colegas, com os clientes e com os empregados ao nosso serviço. Era sempre o primeiro a iniciar o seu dia de trabalho e muitas vezes o último a regressar a casa. Para além disso o Júlio era dotado de uma característica essencial para caracterizar um bom advogado — a tenacidade. O Júlio nunca desistia, pelo contrário procurava sempre a solução para defender as teses que tinha como justas dos seus clientes. Estes tinham por ele uma estima inexcedível, também construída pela sua

enorme afabilidade no trato com as pessoas baseada, aliás, numa educação de excelência que está bem à vista nos seus familiares.

E isso explica também por que razão o Júlio mereceu dos seus pares a confiança para exercer o cargo de bastonário por dois mandatos seguidos, situação que nessa altura era rara, tendo sido mesmo de minha lembrança o primeiro bastonário depois do 25 de abril a merecê-lo.

Anos depois, já no exercício desse cargo tive com ele um outro tipo de relacionamento, ocupando eu nessa altura o cargo de Ministro da Justiça o que proporcionou essa nova relação. O Júlio continuou a mostrar no exercício desse cargo essa mesma vontade tenaz na defesa dos interesses que lhe estavam confiados. Tal facto não afectou, de modo algum, a nossa profunda amizade. A defesa desses interesses como daqueles dos seus clientes nunca prejudicou o seu modo de relacionamento de grande educação e afetividade que caracterizava as suas relações pessoais. Sei que foi para ele um sacrifício a candidatura e o exercício do segundo mandato mas não hesitou, por pensar que estaria em melhor posição que outros para defender os interesses da classe e, sobretudo da administração da justiça.

O Júlio foi um homem de grande qualidade. O seu desaparecimento significou para mim e certamente para muitos outros e, tantos eram os que a ele estavam ligados por laços de profunda amizade, uma falta insubstituível.

Embora nos últimos anos de atividade o Júlio se tivesse afastado do escritório, isso não abalou o nosso relacionamento nem a grande admiração que sempre tive pelo homem bom, inteligente, afetivo que ele foi.

Logo que soube do seu gravíssimo estado de saúde apressei-me a visitá-lo; já cheguei tarde; estive com ele mas ele já não estava comigo.

E aí, pensei que uma das coisas boas que a vida me deu, foi poder ter um conjunto de amigos quer no trabalho, quer na vida pública, quer nas relações privadas que tanto me ajudaram a vencer as adversidades da vida e a formar a minha personalidade.

O Júlio foi um deles. Agora perdi-o como já perdi tantos outros. É o preço que temos de pagar quando a vida é longa e se vão perdendo não as nossas referências mas as nossas ligações afetivas.

Deixo aqui uma palavra de saudade muito comovida e o testemunho bem claro de que o Júlio foi uma pessoa de excepção.

Que todos os que hoje continuam a lutar pelo Direito e pela Justiça possam seguir o seu exemplo de vida.

Lisboa 15 de Maio de 2022

José Vera Jardim

SUPRIMENTOS NAS SOCIEDADES ANÓNIMAS. ANOTAÇÃO AO ACÓRDÃO DO SUPREMO TRIBUNAL DE JUSTIÇA, DE 30 DE NOVEMBRO DE 2021

Pelo Doutor Alexandre Mota Pinto

Sumário:

I. Acórdão de 30 de novembro de 2021, do Supremo Tribunal de Justiça. II. Anotação: 1. A questão dos suprimentos nas sociedades anónimas. *1.1.* A verificação, na prática, de contratos de suprimento neste tipo de sociedades. *1.2.* O acionista credor de suprimentos: *1.2.1.* Estado da questão, na jurisprudência e na doutrina. *1.2.2.* Posição adotada. **2.** Caráter inovador do acórdão de 30 de novembro de 2021, do Supremo Tribunal de Justiça. **3.** Conclusões.

I
Acórdão de 30 de novembro de 2021 do Supremo Tribunal de Justiça(1)

Sumário:

I. Apesar de o regime legal dos suprimentos se encontrar previsto no Código das Sociedades Comerciais, para as sociedades por quotas, é generalizada a sua aplicação às sociedades anónimas, uma vez que as razões que justificam a regulamentação específica desses empréstimos dos sócios nas sociedades por quotas também se podem verificar nas sociedades anónimas.

---

(1) João Cura Mariano (relator) — Fernando Baptista — Vieira e Cunha.

II. Tem-se, no entanto entendido, por influência da jurisprudência alemã, que, não se vislumbrando razões para que os denominados sócios investidores sejam abrangidos pelas limitações impostas pelo regime legal dos suprimentos nas sociedades por quotas, não se justifica que os empréstimos por eles efetuados não tenham um tratamento idêntico ao de um credor estranho à sociedade, atenta a distância que os separa da atividade social e a diminuta relevância do seu interesse no destino da empresa.

III. Para além de poderem ser decisivos o tratamento como suprimentos previsto no próprio pacto social ou no respetivo contrato de mútuo celebrado entre a sociedade e o acionista, o intérprete deverá definir o regime do empréstimo nas sociedades anónimas, tendo em consideração todas as particularidades do caso, designadamente, além da dimensão da participação social do acionista mutuante, o acesso deste a informações sobre a situação financeira da sociedade, o eventual desempenho de funções nos órgãos da sociedade, a influência do acionista na gestão empresarial da sociedade, a prestação de garantias pela sociedade, o facto do empréstimo se inserir numa operação coordenada de crédito à sociedade, o montante do empréstimo e a situação financeira da sociedade.

Acordam na 2.ª Secção do Supremo Tribunal de Justiça:

A Exequente intentou contra a Executada ação executiva no Juízo Central Cível, do Tribunal Judicial da Comarca …, para pagamento de € 1.588.722,65, de capital, a que acresciam juros de mora, perfazendo o valor total reclamado € 2.405.716,40.

Invocou o empréstimo à Executada de diversas quantias, em cumprimento de contratos designados de "suprimento", que somavam o valor peticionado e que a Executada não pagou, apesar de a tanto instada.

A Executada deduziu oposição à execução, alegando, além do mais, o seguinte:

— A Exequente é sua sócia, detendo o equivalente a 0,035% do capital social.

— Desde que é acionista da Executada, a Exequente celebrou com ela uma série de contratos de suprimentos que vieram a ser objeto de aditamentos, nos quais foi alterada a taxa remuneratória dos suprimentos e diferido o prazo de reembolso dos mesmos.

— O último prazo de reembolso desses suprimentos foi fixado para 31.12.2014, tendo a Executada sido, entretanto, dissolvida em Outubro de 2014.

— A quantia exequenda respeita ao reembolso dos referidos suprimentos.

— Na Assembleia Geral que decidiu a liquidação da Executada foi deliberado que primeiro seriam pagos os credores e só depois, com o remanescente, se pagavam os suprimentos dos sócios.

— A propositura da execução constitui, por isso, um abuso de direito.

Concluiu pela procedência dos embargos e pela suspensão da execução ou a sua extinção.

A Exequente contestou, alegando a inaplicabilidade do regime dos suprimentos previsto no Código das Sociedades Comerciais para as sociedades por quotas e a inadmissibilidade de ter de aguardar pela liquidação da sociedade para obter o reembolso das quantias que mutuou à Executada.

Concluiu pela improcedência dos embargos.

Foi proferido saneador-sentença que julgou procedentes os embargos, tendo declarado incompetente o Juízo Central Cível do … para tramitar o processo executivo interposto, com a consequente absolvição da Executada da instância executiva.

Apesar ter sido reconhecida a existência de uma exceção dilatória que impedia o prosseguimento da execução, aquele saneador-sentença, na sua fundamentação, em *obiter dictum*, não deixou de apreciar o mérito da execução, concluindo que os títulos apresentados não tinham força executiva e que a dedução da execução consubstanciava um abuso de direito.

A Exequente recorreu desta decisão para o Tribunal da Relação que, por acórdão proferido em 22.06.2021, "*julgou o recurso parcialmente procedente, assim se revogando parcialmente a decisão recorrida, declarando-se que o tribunal recorrido é competente em razão da matéria, mais se confirmando a sentença recorrida quanto à extinção da execução*".

Desta decisão recorreu a Exequente para o Supremo Tribunal de Justiça, tendo concluído as suas alegações do seguinte modo:

a) *A Haitong Capital — SCR, SA, recorre do douto acórdão do Tribunal da Relação de …, que confirmou a sentença proferida em 1.ª instância que declarou extinta a execução onde a recorrente ocupava a posição de exequente e a recorrida a posição de executada;*

b) *serviram de base a essa execução quatro contratos de empréstimo, por várias vezes alterados, designados "contratos de suprimentos";*

c) *a douta sentença de que se recorreu fundamentou-se na inexistência de título executivo e, numa segunda linha, na incompetência material do tribunal e no abuso de direito;*

d) *o douto acórdão julgou o recurso procedente no que se refere à existência de título executivo, à competência do tribunal e à inexistência de abuso de direito, mas confirmou a sentença recorrida quanto à extinção da execução;*

e) *efetivamente, qualificou os créditos do recorrente como sendo créditos de suprimentos (o que a sentença de primeira instância não havia feito) e, como a recorrida se encontra em liquidação, entendeu que o recorrente apenas poderia obter o pagamento coercivo dos seus créditos depois de satisfeitos todos os outros créditos de terceiros sobre a sociedade, o que consistirá numa condição suspensiva que incumbia ao exequente mostrar estar verificada (o que não fez), 715.º, n.º 1, do NCPC;*

f) *o presente recurso é admissível por força do disposto no n.º 3 do art. 671.º do NPCP, na medida em que os fundamentos para a decisão no acórdão recorrido, são fundamentalmente diferentes dos fundamentos para a decisão em 1.ª instância;*

g) *o tema central do presente recurso consiste na qualificação dos créditos do recorrente como sendo créditos de suprimentos;*

h) *na perspetiva do recorrente os créditos não são assimiláveis a suprimentos porque realizados a uma sociedade anónima, sendo-lhes inaplicáveis, por analogia, o regime previsto para essa realidade na sociedade por quotas;*

i) *o legislador podia ter inserido o regime dos suprimentos na parte geral do CSC, ou replicado esse regime na parte do CSC referente às sociedades anónimas, nunca o fez, não obstantes as inúmeras oportunidades que teve para o fazer, sempre que se verificaram alterações ao código;*

j) *esta ideia, da inaplicabilidade do regime dos suprimentos estabelecido para as sociedades por quotas às sociedades anónimas, vem reforçado com a recente alteração ao CSC que introduziu, na parte geral do código, a possibilidade para as sociedades por*

quotas de aumentarem o capital social por conversão de suprimentos (n.º 3 do art. 87.º do CSC);

k) *mesmo que se admita a aplicação analógica do regime dos suprimentos previsto para as sociedades por quotas às sociedades anónimas, essa aplicação tem de ser realizada com as devidas adaptações (a doutrina e a jurisprudência são unânimes, no que se refere a esta necessidade de adaptação divergem, apenas, na determinação de quais os créditos acionistas que devem ser sujeitos ao regime dos suprimentos);*

l) *a doutrina e a jurisprudência defendem unanimemente a necessidade de uma adequação da previsão do contrato de suprimento às características próprias da sociedade anónima no sentido de não qualificar indistintamente, como suprimentos os créditos com carácter de permanência de todos os acionistas (precisamente o oposto ao que acórdão recorrido faz);*

m) *tem-se entendido que apenas são suprimentos aqueles que correspondem a empréstimos realizados por acionistas que são detentores de uma participação social mínima;*

n) *a jurisprudência citada do supremo e alguns autores, maxime, Raúl Ventura (ob. cit.), têm entendido que essa participação mínima é de 10%;*

o) *só é sócio (acionista) para efeitos da aplicação do regime dos suprimentos — independentemente do carácter de permanência dos créditos — aquele que detenha determinadas qualidades especiais, redutíveis a uma única ideia: especial capacidade para influenciar os destinos da sociedade/obter informação (caso contrário, para os efeitos da aplicação dos arts. 243.º e seg. do CSC, tudo se passa como se fosse um não sócio);*

p) *a recorrente participa apenas em 0,035% do capital social da recorrida; trata-se de uma percentagem ínfima/irrisória, totalmente irrelevante para influenciar os destinos da sociedade ou para ter um direito especial à informação;*

q) *o limiar inferior de participação no capital social nas sociedades anónimas, para o exercício do direito à informação, é de 1% — "direito mínimo à informação" (art. 288.º do CSC) e a generalidade dos autores coloca a fasquia em 10% (a participação da recorrente é 28 vezes inferior a esse limiar mínimo de 1% e*

280 vezes inferior à fasquia colocada pela generalidade dos autores de 10%);

r) *o capital social da recorrida não se encontra muito disperso, o que podia maximizar a detenção de uma proporção ínfima do mesmo, pelo contrário 97,451% dele encontra-se na detenção da acionista dassa;*

s) *incumbia à recorrida, alegar e provar, em sede de oposição à execução, factos demonstrativos de que, não obstante a recorrente ser apenas titular de 0,035% do capital social (facto que, inevitavelmente era do seu conhecimento), se deveria aplicar aos empréstimos concedidos o regime dos suprimentos, por exemplo, demonstrando que atuou com carácter empresarial (parece ser este o sentido do acórdão do STJ de 9 de fevereiro 1999, vide transcrição efetuada in fine);*

t) *é também o que resulta da aplicação do n.º 1 do art. 342.º do CC, incumbia à recorrida alegar e provar que os créditos exequendos se sujeitavam ao regime dos suprimentos, havendo, de qualquer modo, o exequente em sede de contestação aos embargos, alegado e provado a sua participação irrisória no capital social (0,035%) e, consequentemente, a falta de um pressuposto para que se possam qualificar os respetivos créditos como suprimentos: falta o "elemento subjetivo", na expressão de Raúl Ventura;*

u) *a recorrida atua com abuso de direito ao arguir, para recusar o pagamento, a putativa qualidade de suprimento dos créditos cujo pagamento é reclamado pela recorrente e, cumulativamente, com o facto de estar em liquidação, quando se encontra nesse estado desde 2014, havendo há muito ultrapassado o prazo estabelecido no n.º 1 do art. 150.º do CSC, ainda que prorrogado;*

v) *é uma profunda injustiça cometida contra a recorrente, que fica completamente manietada na cobrança judicial do seu crédito (tutela jurisdicional efetiva), não lhe permitir essa cobrança quando: i*) *a percentagem que detém no capital é ínfima e não lhe dá nenhum direito especial na definição dos destinos sociedade e/ou na obtenção de informação, ii*) *a sociedade (e a liquidação) é dominada por uma sociedade que detém 97,5% da sociedade (domínio inerente a essa posição acionista); iii*) *a liquidação não é realizada tendo a sociedade sido dissolvida em 2014;*

w) *o nomen iuris dos contratos nada interessa: os contratos são o que são e não o que as partes dizem que são;*

x) *mesmo que assim o quisessem, as partes não podiam transformar em contratos de suprimento o que não é um contrato de suprimentos por faltar o elemento subjetivo, o inverso também é verdadeiro, as partes não podem, por acordo, desqualificar crédito que era de suprimentos, passando-o a comuns, o interesse dos restantes credores impedir-lho-ia;*

y) *é inaplicável in casu o art. 715.º do NCPC por três motivos: i*) *a inexequibilidade do crédito de suprimento na pendência da liquidação, não consiste numa condição suspensiva, ii*) *o crédito exequendo não se encontra sujeito ao regime de suprimentos, iii*) *a recorrida atua com abuso de direito ao opor-se com o fundamento de que os créditos são suprimentos e que não podem ser executados por estar em liquidação, pelos motivos supra expostos, o que deve sobrestar a aplicação da indicada norma;*

z) *o douto acórdão recorrido violou as seguintes normas: art. 243.º e 245.º do CSC, art. 715.º do NCPC, art. 334.º do CC e art. 20.º da CRP.*

A Executada respondeu, sustentando, em primeiro lugar, que o recurso de revista não é admissível, uma vez que se verifica uma situação de dupla conforme nas decisões das instâncias, e, subsidiariamente, que não há razão para alterar a decisão recorrida, devendo a mesma manter-se.

II — Da admissibilidade do recurso

Se ambas as decisões decidiram julgar extinta a execução, os motivos dessa extinção foram essencialmente distintos (incompetência do tribunal e inexigibilidade do crédito exequendo), pelo que não se verifica uma situação de "dupla conforme" que, nos termos do art. 671.º, n.º 3, do Código de Processo Civil, impeça o conhecimento do recurso de revista.

III — Do objeto do recurso

Tendo em consideração as conclusões das alegações do recurso e o conteúdo da decisão recorrida, cumpre apreciar as seguintes questões:

— se os créditos exequendos não devem ser considerados suprimentos efetuados pela Exequente à Executada?

— se os créditos exequendos são exigíveis?

— se a invocação da inexigibilidade constitui um abuso de direito?

IV — Os factos

Encontram-se provados neste processo os seguintes factos:

1. *A Embargante Controlled Sport (Portugal) — Turismo, Cinegética e Agricultura, S.A foi criada como sociedade comercial cuja atividade consistia na promoção, instalação e exploração de complexos turístico-cinegéticos e, acessoriamente, a exploração agropecuária de propriedades rurais.*

2. *A Espírito Santo Capital — Sociedade de Capital de Risco, S.A. alterou a sua denominação para Haitong Capital — SCR, S.A., entrou no capital social da Embargante por volta de 2010 e desde então manteve-se como acionista da Embargante.*

3. *Antes de tal a embargada integrava o Grupo Espírito Santo (doravante "GES") e, em ambas as sociedades António de Espírito Santo Silva Salgado tinha lugar no conselho de administração.*

4. *A Embargante é atualmente detida pela Sociedade Dassa, que tem 97,451% do capital social, e pela ora Embargada Haitong Capital — SCR, S.A., que tem 0,035% do capital social.*

5. *No dias 19 de Dezembro de 2010, 24 de Fevereiro de 2011, 1 de Agosto de 2011 e 2 de Abril de 2012 foram celebrados, entre a Embargante e a Embargada, quatro contratos designados como "contrato de suprimentos" pelos montantes globais de € 257.953,63 (duzentos e cinquenta e sete mil, novecentos e cinquenta e três euros e sessenta e três cêntimos), € 374.917,50 (trezentos e setenta e quatro mil, novecentos e dezassete euros e cinquenta cêntimos), € 562.376,25 (quinhentos e sessenta e dois mil, trezentos e setenta e seis euros e vinte e cinco cêntimos) e € 570.000 (quinhentos e setenta mil euros), respetivamente.*

6. *Nos termos da Cláusula 1.ª dos mencionados contratos de suprimentos "a ESCapital empresta à Controlled Sport Portugal, a título de suprimentos (...)".*

7. *Nos termos dos referidos "Contratos de suprimentos" de 19 de Dezembro de 2010, 24 de Fevereiro de 2011, 1 de Agosto de 2011 e 2 de Abril de 2012, o reembolso integral do montantes pelos mesmos titulados deveria ocorrer nos dias 30 de Dezembro de 2012 (para os dois primeiros contratos), 30 de Agosto de 2012 e 31 de Dezembro de 2012, para os restantes, respetivamente;*

8. *Entre as partes foi, entretanto, foram levados a cabo os designados "aditamentos ao contrato de suprimentos", que tiveram por função diferir o prazo de reembolso dos mesmos, sendo no caso do 5.º aditamento ao contrato de suprimentos relativo a cada contrato de suprimento, alterar também a forma e momentos concretos de reembolso, e os juros quanto a tal.*

Tal sucedeu quanto:

9*. Contrato de suprimentos de 29 de Dezembro de 2010 — a 02/04/2012, 11/01/2013, 22/03/2013, 28/06/2013 e 31/12/2013;*

10. *Contrato de suprimentos de 24 de Fevereiro de 2011 — a 02/04/2012, 11/01/2013, 22/03/2013, 28/06/2013 e 31/12/2013;*

11. *Contrato de suprimentos de 1 de Agosto de 2011 — a 24/08/2011, 02/04/2012, 11/01/2013, 22/03/2013, 28/06/2013 e 31/12/2013; e*

12. *Contrato de suprimentos de 02 de Abril de 2012 — a 11/01/ /2013, 30/06/2013, 28/06/2013 e 31/12/2013*

13. *Pelo que no dia 31 de Dezembro de 2013, as partes convencionaram o diferimento do prazo de reembolso de todos os contratos, de forma parcelada mas com prazo final de 31 de Dezembro de 2014, sendo tal nos termos da clausula 4.ª ali constante.*

14. *Assim, os contratos de suprimentos celebrados a 19 de Dezembro de 2010, 24 de Fevereiro de 2011, 1 de Agosto de 2011 e 2 de Abril de 2012 passaram, a partir do contrato supra, a ter um prazo final de reembolso de 31 de Dezembro de 2014.*

15. *Os referidos contratos e os seus aditamentos foram celebrados sob a forma escrita, onde fizeram apenas constar a assinatura dos seus intervenientes.*

16. *Tal também sucedeu nos aditamentos que lhe sucederam.*

17. *No dia 13 de Outubro de 2014, foi escolhido em sede de Assembleia Geral o Liquidatário da embargante.*

18. *No dia 29 de Outubro de 2014, a Embargante foi dissolvida junto dos serviços do Registo Comercial de Lisboa, sob o registo da AP. 257/20…, nos termos e para os efeitos do art. 141, n.º 1 alínea b*) *do Código das Sociedades Comerciais, encontrando-se, como a sua própria designação indica, em processo de liquidação;*

19. *Em 22 de Julho de 2016 ficou estabelecido em sede de Assembleia Geral que "Por fim, foi, ainda, referido que quando a sociedade for liquidada, o valor de liquidação deverá ser utilizado primeiramente para liquidar as dívidas dos credores, sendo o remanescente utilizado para liquidar os suprimentos dos acionistas".*

V — O direito aplicável

A Exequente, com a presente ação executiva pretende que a Executada, da qual é sócia, a reembolse do valor total de várias quantias que lhe emprestou.

A Executada deduziu oposição, alegando, além do mais, que na Assembleia Geral que decidiu a liquidação da Executada foi deliberado que primeiro seriam pagos os credores e só depois, com o remanescente, seriam então pagos os suprimentos dos sócios.

O Acórdão recorrido acolheu a pretensão da Executada, com a seguinte fundamentação:

Se a executada/embargante foi dissolvida, por deliberação dos sócios e está em marcha um processo de liquidação extrajudicial, dispondo a lei [art. 245.º, n.º 3, a)*, do CSC] que os suprimentos só podem ser reembolsados aos seus credores depois de inteiramente satisfeitas as dívidas daquela para com terceiros, norma que é imperativa, então estamos perante uma condição suspensiva legal que faz com que a obrigação não seja exigível, por força do art. 715.º, n.º 1, do NCPC (conjugado com o art. 270.º do CC);*

Assim sendo, para prosseguir a execução, cabia à recorrente/exequente o ónus da sua demonstração (nos termos do apontado 715.º, n.º 1, do NCPC) — "Quando a obrigação esteja dependente de condição suspensiva …, incumbe ao credor alegar e provar …, no próprio requerimento executivo, que se verificou a condição…".

A Exequente recorre desta decisão, alegando que os empréstimos concedidos não podem ser considerados suprimentos, apresar do *nomem juris* que consta dos respetivos contratos, pelo que o seu pagamento pela sociedade não tem que aguardar a satisfação dos demais débitos, sendo os créditos exequendos exigíveis.

Quid iuris?

Perante necessidades de financiamento de uma sociedade comercial, os sócios, em vez de enveredarem por um aumento do capital, optam por efetuar empréstimos à sociedade, não aumentando assim a sua responsabilidade relativamente à atividade social e colocando-se na posição de credores da sociedade.

Esses empréstimos, apesar de ser uma prática comum antiga, foram apenas tipificados, sob a designação de suprimentos, pelo Código das Sociedades Comerciais, que regulou os respetivos contratos nos arts. 243.º e seguintes, na parte dedicada às sociedades por quotas[1], seguindo de perto o regime da GmbHG, introduzido nos §§ 32*a* e 32*b* pela reforma de 1980[2].

A regulamentação dos empréstimos efetuados pelos sócios à sociedade visou, sobretudo, proteger a sociedade e os seus credores de ocorrerem reembolsos privilegiados aos sócios, os quais se poderiam valer da sua posição na sociedade para convencionarem, prévia ou posteriormente à realização dos empréstimos, um reembolso lesivo da sociedade ou dos interesses dos terceiros credores desta.

Assim, em síntese, determinou-se:

— na ausência de estipulação de prazo para o reembolso, o prazo deve ser fixado pelo Tribunal, o qual terá em conta as consequências que o reembolso acarretará para a sociedade, podendo, designadamente, determinar que o pagamento seja efetuado em certo número de prestações (art. 245.º, n.º 1);

— o crédito de reembolso não pode justificar um pedido de insolvência (art. 245.º, n.º 2);

— em caso de insolvência ou dissolução da sociedade, os suprimentos só podem ser reembolsados após liquidado o restante passivo e não se admite a compensação de créditos da sociedade com os suprimentos (art. 245.º, n.º 3);

— o reembolso de suprimentos efetuado no ano anterior à insolvência pode ser objeto de resolução (art. 245.º, n.º 5);

— são nulas as garantias reais prestadas pela sociedade relativas ao reembolso de suprimentos (art. 245.º, n.º 6).

Apesar de, como se referiu, o regime legal dos suprimentos se encontrar previsto para as sociedades por quotas, pois foi neste tipo de sociedades que se desenvolveu a prática dos empréstimos dos sócios à sociedade, é generalizada a sua aplicação às sociedades anónimas, uma vez que as razões que justificam a regulamentação específica desses empréstimos dos sócios nas sociedades por quotas também se podem verificar nas sociedades anónimas [3].

No entanto, na aplicação do regime dos suprimentos nas sociedades por quotas à sociedades anónimas, por influência da jurisprudência do BGH, tem-se vindo a registar uma distinção entre os empréstimos efetuados pelos acionistas empresários dos empréstimos concedidos por simples acionistas investidores, sem qualquer participação na gestão da empresa e com participações mínimas no capital da sociedade. Tem-se entendido que, não se vislumbrando razões para que estes últimos sejam abrangidos pelas limitações impostas pelo regime legal dos suprimentos nas sociedades por quotas, não se justifica que os empréstimos por eles efetuados não tenham um tratamento idêntico ao de um credor estranho à sociedade, atenta a distância que os separa da atividade social e a diminuta relevância do seu interesse no destino da empresa[4].

RAUL VENTURA[5] defendeu que só aos empréstimos dos acionistas com pelo menos 10% do capital estariam sujeitos ao regime dos suprimentos, em virtude de ser este também o limite mínimo relevante para aplicação das regras especiais de eleição dos administradores (art. 392.º do Código das Sociedades Comerciais) e de nomeação judicial de membros do conselho fiscal (art. 418.º, n.º 1, do Código das Sociedades Comerciais).

Este critério foi também adotado pelos Acórdãos do Supremo Tribunal de Justiça de 14.12.1994 e de 9.02.1999, referidos na nota 3 deste acórdão.

JOÃO AVEIRO[6] não só achou exagerado tal limite, como questionou a necessidade de existir um limite mínimo de participação no capital do acionista mutuante.

MENEZES CORDEIRO também salientou que a fixação de um limite mínimo de participação no capital social não tinha base legal.

JANUÁRIO GOMES e FRANCISCO ROCHA[7] defenderam que os suprimentos se verificam nas sociedades anónimas quando o pacto social os preveja ou regule; quando as partes o estipulem; ou quando surja um crédito que exerça, materialmente a função de suprimento, o que sucederia quando ocorre uma entrega de dinheiro ou outra coisa fungível em circunstâncias nas quais um acionista ordenado faria uma contribuição de capital.

ALEXANDRE MOTA PINTO[8], RUI PINTO DUARTE[9], PAULO TARSO DOMINGUES[10], e JOÃO PEDRO OLIVEIRA MAR-

TINS[11], optaram por uma definição casuística dos empréstimos em que o acionista se encontra numa posição idêntica à de um credor externo, sendo a dimensão da sua participação social um entre múltiplos fatores a ponderar no eventual afastamento da aplicação do regime dos suprimentos previsto para as sociedades por quotas.

Na verdade, não só um acionista com uma diminuta participação social pode ter acesso a informação sobre a situação financeira da sociedade ou influência na gestão da sua atividade, como pode mutuar elevadas somas que colocam em risco os interesses dos demais credores, fornecendo à sociedade capital alheio, quando esta carecia de capital próprio, não deixando, por isso, de se justificar a aplicação do regime previsto para os suprimentos nas sociedades por quotas.

Como refere, ALEXANDRE MOTA PINTO[12], *a qualificação dos suprimentos nas sociedades anónimas deverá basear-se num conjunto de circunstâncias que indiciam a verificação dos motivos que estão por trás da sua tutela jurídica.*

Assim, para além de poderem ser decisivos o tratamento como suprimentos previsto no próprio pacto social ou no respetivo contrato de mútuo celebrado entre a sociedade e o acionista, o intérprete deverá definir o regime do empréstimo, tendo em consideração todas as particularidades do caso, designadamente, além da dimensão da participação social do acionista mutuante, o acesso deste a informações sobre a situação financeira da sociedade, o eventual desempenho de funções nos órgãos da sociedade, a influência do acionista na gestão empresarial da sociedade, a prestação de garantias pela sociedade, o facto do empréstimo se inserir numa operação coordenada de crédito à sociedade, o montante do empréstimo e a situação financeira da sociedade.

No presente caso, a denominação utilizada pelas partes no texto escrito em que o acionista Exequente e a sociedade Executada formalizaram os contratos de empréstimo, para classificarem os contratos outorgados revela-se decisiva.

Na verdade, não obstante o *nomen juris* utilizado pelas partes na redação dada a um contrato não seja decisivo quanto à sua qualificação e muito menos, no tocante à determinação da correspondente disciplina jurídica, certo é que constitui um dos elementos auxiliares a ter em consideração no esforço interpretativo para alcançar o real sentido das declarações de vontade, sobretudo quando os contraentes são sociedades comerciais e no contrato figuram cláusulas características do correspondente tipo negocial.

Ora no texto inicial dos contratos outorgados entre a Exequente e a Executada, não só as partes adotaram o título “Contrato de Suprimento”,

como na declaração preambular referiram que "é ajustado e reciprocamente aceite o presente "contrato de suprimento", na definição do objeto do contrato na cláusula 1.ª mencionaram expressamente que o empréstimo concedido era efetuado "a título de suprimentos" e referiram-se sempre aos valores emprestados nas demais cláusulas como "suprimentos".

E, nos sucessivos contratos de aditamento as partes persistiram sempre em denominar as quantias emprestadas como "suprimentos".

Perante a evidência da redação supra referida e tendo em consideração a qualidade dos outorgantes, seguramente dotados de assessoria jurídica, não oferece dúvidas que foi vontade das partes subordinarem os empréstimos efetuados ao regime dos suprimentos. Daí que a circunstância da Exequente ser titular apenas de 0,035% do capital social não seja suficiente para afastar a aplicação do regime previsto no Código das Sociedades Comerciais para os suprimentos.

Aliás, mesmo que as partes não tivessem expressamente acordado que as quantias eram emprestadas pela Exequente à Executada, a título de suprimentos, sempre a existência de uma sequência de empréstimos, a sucessiva prorrogação dos prazos de reembolso e o seu elevado montante indiciariam a injeção na sociedade de capital alheio, quando esta carecia de capital próprio, justificativa da aplicação do regime dos suprimentos, para proteção da própria sociedade e dos seus credores.

Concluindo nós que os créditos exequendos respeitam ao direito ao reembolso de suprimentos e tendo a sociedade Executada sido dissolvida é-lhes aplicável o disposto no art. 245.º, n.º 3, *a*), do Código das Sociedades Comerciais, segundo o qual, *dissolvida, por qualquer causa a sociedade ... os suprimentos só podem ser reembolsados aos seus credores depois de inteiramente satisfeitas as dívidas daquela para com terceiros*, tal como a própria Assembleia Geral da Executada deliberou.

O reembolso dos suprimentos fica assim sujeito, por força da lei, a um termo suspensivo incerto (não a uma condição suspensiva, como refere a decisão recorrida, uma vez que o facto suspensivo não é incerto, mas sim o momento em que ele vai ocorrer), ocorrendo esse termo dilatório quando estiverem satisfeitas as dívidas dos demais credores da sociedade.

Enquanto este termo não se verificar, o reembolso dos suprimentos é inexigível[13], pelo que, tal como sucede, nos créditos condicionais (art. 715.º do Código de Processo Civil), incumbia à credora Exequente alegar e provar que já se encontravam pagas as dívidas dos demais credores, demonstrando assim a exigibilidade do seu crédito.

Alega a Exequente que a invocação da inexigibilidade dos créditos exequendos pela Executada constitui um abuso de direito, uma vez que a

liquidação da sociedade ainda não se verificou por sua culpa, tendo já decorrido o prazo para a liquidação ser efetuada.

Efetivamente a sociedade Executada foi dissolvida no dia 29 de Outubro de 2014 e os n.os 1 e 2, do art. 150.º, do Código das Sociedades Comerciais, dispõem que a liquidação deve estar encerrada e a partilha aprovada no prazo máximo de dois anos a contar da data em que a sociedade se considere dissolvida, podendo esse prazo ser prorrogado por um período inferior a um ano.

Contudo, a consequência da inobservância desse prazo é a promoção da liquidação pelo serviço de registo comercial competente, por via administrativa (art. 150.º, n.º 3, do Código das Sociedades Comerciais), não determinando essa inobservância a possibilidade de os sócios credores de reembolso de suprimentos serem pagos antes da satisfação dos demais credores sociais.

Acresce que a invocação da inexigibilidade do crédito de suprimentos, com fundamento em não se ter encerrado a liquidação dos demais créditos sobre a sociedade, quando aqueles prazos já foram ultrapassados, não é suscetível de, neste caso, constituir um exercício abusivo de uma defesa processual, não só porque não foram alegados quaisquer factos que permitam imputar essa demora à Executada, como a inexigibilidade invocada e verificada visa proteger os demais credores sociais e não a Executada.

Por todas estas razões deve o recurso ser julgado improcedente, confirmando-se a decisão recorrida.

Decisão

Pelo exposto, acorda-se em julgar improcedente o recurso de revista interposto pela Exequente, confirmando-se a decisão recorrida.

Lisboa 30 de novembro de 2021

João Cura Mariano (relator)
Fernando Baptista
Vieira e Cunha

[1] Sobre as razões que presidiram à necessidade desta regulamentação, Raul Ventura, *Sociedades por Quotas*, vol. II, Almedina, 1989, pág. 73-86.

[2] Estas disposições foram entretanto revogadas pela MoMiG, em 2008, tendo a regulamentação destes empréstimos passado para a InsO, ampliando-se o seu âmbito de aplicação.

[3] Raul Ventura, *ob. cit.*, pp. 86-87, Brito Correia, *Direito Comercial*, *2.º Vol., Sociedades Comerciais*, AAFDL, 1989, pp. 491-492, Pinto Furtado, *Curso de Direito das Sociedades*, 4.ª ed., Almedina, 2001, p. 225, Paulo de Tarso Domingues, *Do Capital Social. Noção, Princípios e Funções*, Coimbra Editora, 1998, p. 156, e *O Financiamento Societário através de Suprimentos, Prestações Suplementares e Prestações Acessórias*, Revista de Direito Comercial, "Pedro Pais de Vasconcelos *Liber Amicorum*", pp. 865-866, em <www.revistadedireitocomercial.com>, Rui Pinto Duarte, *Suprimentos, Prestações Acessórias e Prestações Suplementares. Notas e Questões*, em "Problemas do Direito das Sociedades", Almedina, 2008, pp. 266-269, Coutinho de Abreu, *Curso de Direito Comercial*, Vol. II, *Das Sociedade*s, 6.ª ed., Almedina, 2019, pp. 325-326, Paulo Olavo Cunha, *Direito das Sociedades Comerciais*, 7.ª ed., Almedina, 2019, p. 968, Pais de Vasconcelos, *A Participação Social nas Sociedades Comerciais*, 2.ª ed., Almedina, 2006, p. 285, Menezes Cordeiro, *Manual de Direito das Sociedades, II, Das Sociedades em Especial*, Almedina, 2006, pp. 278-280, Deolinda Aparício Meiar, *O Contrato de Suprimento Enquanto Meio de Financiamento da Sociedade*, Revista de Ciências Empresariais e Jurídicas, n.º 2 (2005), pp. 158-159, João Pedro Oliveira Martins, *Os Suprimentos no Financiamento Societário. Uma Abordagem Funcionalista, em Temas de Direito das Sociedades*, Wolters Kluwer, sob a marca Coimbra Editora, 2011, pp. 65-66, Januário Gomes e Francisco Rocha, *Código das Sociedades Comerciais Anotado*, 3.ª ed., Almedina, 2020, pp. 870-871, Miguel Pestana de Vasconcelos, *Direito Bancário*, 2.ª ed., Almedina, 2019, p. 170, e os Acórdãos do Supremo Tribunal de Justiça de 14.12.1994, Proc. n.º 85884 (Rel. Cardona Ferreira), e de 9.02.1999, Proc. n.º 1083/98 (Rel. Francisco Lourenço), ambos publicados na Colectânea de Jurisprudência, Acórdãos do Supremo Tribunal de Justiça, respetivamente no Ano II, Tomo 3, p. 173, ss., e Ano VII, Tomo 1, p. 101, ss.

João Aveiro, *O Contrato de Suprimento*, 2.ª ed., Coimbra Editora, pp. 123-128, e Alexandre Mota Pinto, *Do Contrato de Suprimento. O Financiamento da Sociedade Entre Capital Próprio e Capital Alheio*, Almedina, 2002, p. 294, nota 604, recorrem a uma interpretação extensiva

do disposto nos arts. 243.º e segs. do Código das Sociedades Comerciais para aplicar este regime aos empréstimos de acionistas nas sociedades anónimas.

Contra a aplicação do regime dos suprimentos previsto para as sociedades por quotas às sociedades anónimas, Pereira de Almeida, *Direito Comercial — Sociedades Comerciais*, Vol. 2.º, AAFDL, 1981, pp. 124--125, e Armando Triunfante, *Conversão de Créditos de Suprimentos em Capital (DL 79/2017, de 30.06 e Retificação n.º 21/2017, de 25.08*, em "V Congresso Direito das Sociedades em Revista", Almedina, 2018, p. 279, ss.

[4] Raul Ventura, *ob. cit.*, pp. 86-87, Paulo de Tarso Domingues, *Do Capital Social. Noção, Princípios e Funções*, *cit.*, pp. 165-166, e *O Financiamento Societário através de Suprimentos, Prestações Suplementares e Prestações Acessórias*, *cit.*, pp. 866-867, Alexandre Mota Pinto, *ob. cit.*, p. 299, ss., e *Código das Sociedades Comerciais em Comentário*, Vol. III, Almedina, 2011, pp. 633-636, e os Acórdãos do Supremo Tribunal de Justiça citados na nota 3.

Coutinho de Abreu, *ob. cit.*, pp. 326-328, entende, porém, que qualquer acionista pode ser credor de suprimentos desde que o empréstimo em causa tenha um carater de permanência.

[5] *Ob. cit.*, p. 88. A este critério também adere, Deolinda Aparício Meira, *est. cit.*, p. 159.

[6] *Ob. cit.*, p. 130.

[7] *Ob. cit.*, pp. 870-871.

[8] *Do Contrato de Suprimento. O Financiamento da Sociedade Entre Capital Próprio e Capital Alheio*, *cit.*, pp. 303-306, e *Código das Sociedades Comerciais em Comentário*, *cit.*, pp. 635-636.

[9] *Ob. cit.*, p. 268.

[10] *O Financiamento Societário através de Suprimentos, Prestações Suplementares e Prestações Acessórias*, *cit.*, p. 269.

[11] *Ob. cit.*, pp. 67-69.

[12] *Código das Sociedades Comerciais em Comentário*, *cit.*, p. 635.

[13] Marco Carvalho Gonçalves, *Lições de Processo Civil Executivo*, 4.ª ed., Almedina, 2020, p. 180.

II
ANOTAÇÃO

Neste importante acórdão, o Supremo Tribunal de Justiça ("STJ") responde à questão da aplicação do regime dos suprimentos, nas sociedades anónimas. Fá-lo, em termos inovadores, afastando-se da anterior jurisprudência, segundo a qual só deveriam ser qualificados como suprimentos os empréstimos ou créditos de acionistas, com uma participação social mínima de 10% no capital social da sociedade, adotada, nos Acórdãos do STJ, de 14 de Dezembro de 1994(2) e 9 de Fevereiro de 1999(3).

Começaremos por enunciar o problema dos suprimentos nas sociedades anónimas e os critérios que vinham a ser propostos, na doutrina e na jurisprudência, para a sua resolução (1). Veremos, a seguir, os termos inovadores com que o Supremo Tribunal de Justiça resolve este problema, no acórdão de 30 de novembro de 2021 (o "acórdão") — (2).

1. A questão dos suprimentos nas sociedades anónimas

1.1. A verificação, na prática, de contratos de suprimento neste tipo de sociedades

Além das sociedades por quotas, as sociedades anónimas também são financiadas pelos sócios com capital alheio em substituição do necessário capital próprio, sobretudo as pequenas sociedades anónimas, por vezes subcapitalizadas, em que os acionistas participam na atividade e no financiamento sociais(4). A realização de suprimentos nas sociedades anónimas é comprovada pela aparição do fenómeno nos tribunais(5), como bem revela o acórdão.

Uma vez que os acionistas também financiam a sociedade anónima, através de empréstimos ou diferimentos de créditos, há que verificar se

---

(2) Disponível na "CJ", 1994, III, p. 175, ss.

(3) Disponível na "CJ", 1999, I, p. 100.

(4) L. Brito Correia, *Direito comercial — Sociedades comerciais*, Lisboa, 1989, p. 491, já referia a frequência dos suprimentos nas sociedades anónimas, sobretudo nas que têm um número reduzido de acionistas.

(5) Cf., por exemplo, os Acórdãos do Supremo Tribunal de Justiça de 14 de Dezembro de 1994, (*in* "CJ", 1994, III, p. 175, ss.), de 9 de Fevereiro de 1999 (*in* "CJ", 1999, I, p. 100), e o Acórdão da Relação de Lisboa de 19 de Outubro de 1977 (*in* "CJ", 1977, I, p. 915, ss.).

existem razões para a não aplicação do regime jurídico do contrato de suprimento, neste tipo de sociedade.

Ora, na linha do acórdão, afigura-se que não existe qualquer motivo para excluir essa aplicação, verificando-se de igual modo nas sociedades anónimas os motivos que levaram o legislador a consagrar o contrato de suprimento. Também nas sociedades anónimas se deve evitar que os acionistas substituam o financiamento com capital próprio pelo recurso a capital alheio. Também estas sociedades deverão ser protegidas face a súbitos reembolsos de suprimentos que as coloquem em dificuldades, e, da mesma forma, também nelas será injusta a possibilidade de os acionistas concorrerem com os credores sociais, diminuindo as suas quotas na liquidação ou insolvência. Sucede, ainda, que o regime de conservação do capital social (previsto na parte geral do Código) é idêntico nos dois tipos de sociedades, carecendo a sociedade anónima, igualmente, de proteção contra o seu financiamento sob a forma de crédito, e não sob a forma de capital próprio.

O regime do contrato de suprimento deve, assim, aplicar-se nas sociedades anónimas, surgindo, apenas, dificuldades, no que toca à eventual necessidade de *adequação* desse regime às características próprias destas sociedades(6) — dificuldades com que o STJ se confronta, no acórdão. A questão não residirá, pois, na existência de suprimentos nas sociedades anónimas, mas, antes, na determinação de quais os créditos de acionistas que poderão constituir suprimentos(7).

---

(6) Entre nós, admitem a aplicação do regime do contrato de suprimento às sociedades anónimas, Raúl Ventura, *Sociedades por quotas*, Vol. I, *Comentário ao Código das Sociedades Comerciais*, 2.ª ed., Coimbra, 1989, p. 87, L. Brito Correia, *Direito comercial — Sociedades comerciais*, *cit.*, p. 491, ss., J. Aveiro Pereira, *O contrato de suprimento*, *cit.*, p. 118, ss., Alexandre Mota Pinto, *Do Contrato de suprimento, o financiamento da sociedade entre capital próprio e capital alheio*, Coimbra, 2002, p. 292, ss., J. Coutinho de Abreu, *Curso de Direito Comercial*, *Das Sociedades*, 2015, Vol. II, 5.ª ed., p. 313, ss., R. Pinto Duarte, *Escritos sobre direito das sociedades*, Coimbra, 2008, p. 247, ss., e P. Olavo Cunha, *O contrato de suprimento na sociedade anónima: aspetos substantivos e fiscais*, DSR 11, 2014, p. 64, ss. Recentemente, Armando Triunfante, *Conversão de Suprimentos em Capital* (DL 39/2011 de 30/06 e Retificação n.º 21/2017, de 25/08, "V Congresso de Direito das Sociedades em Revista", Coimbra, 2018, p. 279, ss., pronunciou-se contra a aplicação do regime dos suprimentos, nas sociedades anónimas. Também na Alemanha, desde o Acórdão do BGH de 26 de Março de 1984 (*in* "ZIP", 1984, p. 572), há concordância na doutrina quanto à aplicação do regime dos suprimentos às sociedades anónimas — cf. Barbara Grunewald, *Gesellschaftsrecht*, 3.ª ed., Tübingen, 1999, p. 298; F. Kübler, *Gesellschaftsrecht*, 5.ª ed., Heidelberg, p. 248, n. 46, e 250; Karsten Schmidt, *Gesellschaftsrecht*, 3.ª ed., Köln/Berlin/Bonn/ /München, 1997, pp. 884 a 886, Uwe Hüffer, *Aktiengesetz*, 4.ª ed., 1999, München, §57, n.os 16, ss., Abbo Junker, *Das eigenkapitalersetzende Aktionärsdarlehen*, *in* "ZHR", 156 (1992), p. 394, ss., Walter Bayer, *Rechtsformspezifisches Schutzrecht*, *in Handbuch des Kapitalersatzrechts*, Köln, 2000, p. 313. No referido Acórdão de 1984, o BGH considerou, que os §§ 32*a*/*b* da *GmbHG* constituem simples expressões de princípios gerais, que impedem o sócio de substituir o capital próprio da sociedade por capital alheio.

(7) Cf. Karsten Schmidt, *Gesellschaftsrecht*, *cit.*, p. 886.

1.2. O acionista credor de suprimentos

Um dos motivos que conduziu à regulamentação legal dos suprimentos foi a posição *privilegiada* em que o sócio se encontra, beneficiando de especiais poderes de *informação* e de *influência* sobre a sua devedora (a sociedade), que, numa situação de crise da sociedade, lhe poderiam permitir a exigência de reembolso a tempo de salvar o seu crédito. Por outro lado, o sócio, enquanto tal, frui o investimento do seu crédito na sociedade, pelo que seria injusto permitir que exigisse na falência o respetivo reembolso em igualdade de circunstâncias com os restantes credores.

Todavia, facilmente se conclui que, nas sociedades anónimas, a dupla qualidade de acionista e credor se não afigura tão problemática, quer porque estas sociedades — nas quais, normalmente, avultam os capitais — são dotadas de maior estabilidade financeira, quer porque os seus capitais se encontram, muitas vezes, dispersos por inúmeros acionistas, muito distantes face à sociedade.

Parece óbvio que se um acionista detentor de menos de um por cento do capital de uma sociedade anónima com a cifra de € 10 000 000 não levantar os respetivos lucros do exercício, no valor de € 1 000, não poderemos qualificar estas verbas como suprimentos do sócio à sociedade.

1.2.1. Estado da questão na doutrina e jurisprudência

A doutrina e a jurisprudência têm defendido a necessidade de *adequar* a previsão do contrato de suprimento às características próprias das sociedades anónimas, no sentido de se não qualificar, indistintamente, como suprimentos os créditos com carácter de permanência de todos os acionistas.

Tem-se, assim, distinguido, nesta sede, entre *acionista investidor* e *acionista empresário*, defendendo-se a aplicação do regime dos suprimentos apenas aos acionistas detentores de uma *participação social mínima*, que seria reveladora da prossecução de interesses empresariais na sociedade.

Entre nós, até ao acórdão, a jurisprudência do Supremo Tribunal de Justiça([8]) seguia, neste sentido, a proposta de Raúl Ventura([9]) de extensão

---

([8]) Acórdãos do Supremo Tribunal de Justiça de 14 de Dezembro de 1994 (*in* "CJ", 1994, III, p. 175, ss.), e de 9 de Fevereiro de 1999 (*in* "CJ", 1999, I, p. 100).

([9]) Raúl Ventura, *Sociedades por quotas*, *cit.*, p. 88.

do regime dos suprimentos tão-só aos titulares de ações correspondentes a pelo menos *dez por cento* do capital social. Ao formular este critério, aquele Autor apoiou-se na exigência, pela lei, da referida participação no capital para o exercício coletivo de certos direitos de proteção das minorias: o art. 392.º sobre regras especiais de eleição de administradores, e o art. 418.º n.º 1 sobre o requerimento de nomeação judicial de membro do conselho fiscal. Com base nas referidas normas, Raúl Ventura concluiu, assim, que "*a percentagem de 10 por cento exprime o interesse societário ou empresarial do accionista para o efeito de contratos de suprimentos*"(10).

O referido critério foi, porém, criticado, por J. Aveiro Pereira(11), J. Coutinho de Abreu(12), e na nossa dissertação de mestrado(13), em que defendemos que, além da referida participação social mínima, *outras circunstâncias* podem relevar, para a qualificação dos empréstimos ou créditos de sócios, como suprimentos. Como veremos, seguindo esta linha crítica, o acórdão também relativiza o critério baseado apenas na participação social mínima.

Na ordem jurídica alemã, o critério para a aplicação do regime dos suprimentos nas sociedades anónimas, passa, igualmente, pela distinção entre *accionista empresário* e *acionista investidor*, distinção, esta, que está de acordo com o fundamento do regime na responsabilidade do acionista por um financiamento ordenado da sociedade. A realização de empréstimos deve expressar uma *decisão empresarial* do acionista, no sentido de assegurar a atividade da sociedade, sem o fornecimento do necessário capital próprio. Só neste caso o acionista assumirá a responsabilidade pelas consequências do financiamento da sociedade(14), que conduzirá ao tratamento do empréstimo como capital próprio. O *Bundesgerichtshof*, e a grande maioria da doutrina, consideram, pois, que o acionista credor é responsável pelas consequências do financiamento quando dispõe de uma

---

(10) Raúl Ventura, *Sociedades por quotas*, *cit.*, p. 89.

(11) Cf. J. Aveiro Pereira, *O contrato de suprimento*, *cit.*, pp. 122 a 124.

(12) J. Coutinho de Abreu, *Curso de Direito Comercial*, *cit.*, p. 314, ss. *("todo e qualquer accionista pode ter créditos sobre a sociedade com carácter de permanência e funcionalizados a suprir insuficiências do capital social")*.

(13) Alexandre Mota Pinto, *Do Contrato de suprimento*, *cit.*, p. 299, ss.

(14) Na sua decisão fundamental de 26 de Março de 1984 (*in* "ZIP", 1984, p. 572), o BGH refere-se à "responsabilidade pelo financiamento ordenado" da sociedade — *"Verantwortung für eine ordnungsgemässe Finanzierung"* —, conceito, este, que, para melhor reforçar a liberdade do sócio de realizar, ou não, o empréstimo, foi substituído pelo conceito de responsabilidade em consequência do financiamento da sociedade — *"Finanzierungsfolgeverantwortung"* — desde a decisão de 11 de Julho de 1994 (*in* "ZIP", 1994, p. 1441).

minoria de bloqueio de vinte cinco por cento do capital social, sendo o seu voto necessário para a aprovação de todas as deliberações que careçam de maioria qualificada — nomeadamente, com relevância para o ponto em questão, para a aprovação da deliberação de aumento do capital ou de dissolução da sociedade(15).

Alguma doutrina alemã, contudo, defende que o interesse empresarial do accionista detentor de uma reduzida participação social(16) poderá também ser revelado por outras circunstâncias: o desempenho de funções no Conselho Geral, ou o direito de nomeação de membros do Conselho Geral(17); a estrutura personalista da sociedade (aproximando-a da *GmbH*); a concessão de crédito em coordenação com outros accionistas; ou, mesmo, a influência económica do accionista na sociedade(18).

E que posição deverá ser defendida entre nós?

1.2.2. Posição adotada

Antes de mais, devemos analisar se, de facto, existem motivos determinantes para não aplicar o regime dos suprimentos a *todos* os acionistas, ao contrário do que sucede nas sociedades por quotas.

Uma breve análise comparativa de alguns aspetos do regime das sociedades por quotas e anónimas mostra, efetivamente, que os sócios dispõem de maiores possibilidades de informação e de influência nas sociedades por quotas do que nas sociedades anónimas, assumindo, por outro lado, uma maior responsabilidade pela formação do capital social.

Assim, na sociedade por quotas, qualquer sócio pode requerer informação aos gerentes (art. 214.º, n.º 1), ao passo que na sociedade anónima só o podem fazer acionistas cujas ações atinjam dez por cento do capital social (art. 291.º, n.º 1). Na sociedade por quotas, qualquer sócio pode

---

(15) Cf. Uwe Hüffer, *Aktiengesetz*, *cit.*, § 57, n.º 18, Marcus Lutter, *in Kölner Kommentar zum Aktiengesetz*, 2.ª ed., 1986, § 57, n.os 84, ss., Karsten Schmidt, *Gesellschaftsrecht*, *cit.*, p. 886, Barbara Grunewald, *Gesellschaftsrecht*, *cit.*, p. 299, Walter Bayer, *Rechtsformspezifisches Schutzrecht*, *cit.*, p. 318. Discute-se, porém, se uma participação social de 25% funda uma presunção inilidível ou ilidível de participação empresarial na sociedade.

(16) Cf. A. Junker, *ob. cit.*, p. 403, ss., Mathias Habersack, *Eigenkapitalersatz im Gesellschaftsrecht*, *in* "ZHR", 162 (1998), p. 218, ss., U. Hüffer, *Aktiengesetz*, *cit.*, § 57, n.º 18, Karsten Schmidt, *Gesellschaftsrecht*, *cit.*, p. 886, W. Bayer, *Rechtsformspezifisches Schutzrecht*, *cit.*, p. 319.

(17) Nos termos do § 101, n.º 2 da *Aktiengesetz*.

(18) Cf. Mathias Habersack, *Eigenkapitalersatz im Gesellschaftsrecht*, *in* ZHR, 162, 1998, p. 220.

requerer a um gerente a convocatória de uma assembleia geral, bem como a inclusão de assuntos na ordem do dia (art. 248.º, n.º 1), ao passo que na sociedade anónima, tais direitos apenas podem ser exercidos por acionistas que possuam ações correspondentes a, pelo menos, cinco por cento do capital social (arts. 375.º, n.º 2 e 378.º, n.º 1). As referidas normas demonstram que os sócios dispõem de maiores poderes de informação e de influência nas sociedades por quotas do que nas sociedades anónimas. Apontam, por isso, no sentido do seu tratamento diferenciado, dado que um dos motivos da proteção dos credores externos face aos suprimentos é justamente a situação privilegiada em que os sócios se encontram, dispondo de informação e, mesmo, da possibilidade de influenciar o reembolso do seu crédito.

Note-se, porém, que a diferença entre as faculdades de informação dos sócios nas sociedades por quotas e anónimas, não pode, só por si, justificar um diferente tratamento dos suprimentos nestes tipos de sociedades. É verdade que, dispondo o sócio de maior informação sobre a atividade social, estará em vantagem face aos credores externos, podendo exigir o reembolso no momento mais conveniente. Todavia, devemos ter em conta que, de acordo com a previsão legal, o conhecimento ou a simples cognoscibilidade da situação financeira da sociedade, no momento da realização do empréstimo, não constituem elementos relevantes para a qualificação do contrato de suprimento([19]). Se os créditos de sócios de sociedades por quotas que desconhecem, por completo, a situação financeira da sociedade podem ser qualificados como suprimentos, não parece que o argumento de que os sócios das sociedades anónimas se encontram distantes da sociedade, não dispondo de informação sobre a sua atividade, possa, só por si, justificar a não qualificação como suprimentos.

Outro aspeto que distingue a posição dos sócios nas sociedades por quotas e anónimas, certamente relevante para a aplicação do contrato de suprimento, reside na distinta *responsabilidade* que assumem pela formação do capital social.

Na sociedade por quotas, todos e cada um dos sócios respondem pela realização de todas as entradas acordadas no contrato de sociedade, ao passo que nas sociedades anónimas os acionistas respondem, apenas, pela realização das respetivas entradas. Esta distinção é utilizada na Alemanha para justificar a imputação da responsabilidade pelo financiamento da

---

([19]) Um tal elemento foi proposto pelo anteprojecto de Coimbra, tendo o legislador optado por uma solução de segurança jurídica que afastasse quaisquer critérios subjectivos na qualificação dos suprimentos.

sociedade a todos os sócios nas sociedades por quotas, dado que, em último termo, podem ter que responder pela realização de todo o capital social, justificando, assim, que, ao contrário das sociedades anónimas, todos eles estejam sujeitos ao regime dos suprimentos([20]).

Parece-nos que um diferente tratamento dos suprimentos só se compreende, realmente, à luz das típicas diferenças estruturais, entre a sociedade anónima e a sociedade por quotas.

A sociedade por quotas é concebida pelo legislador como uma forma societária que junta um número de sócios relativamente pequeno, muitas vezes com carácter personalista, dificultando-se a entrada de novos sócios no círculo social. Os sócios, normalmente, prosseguem interesses empresariais, e a detenção de quotas com uma simples finalidade de investimento de capitais constitui uma exceção. Já a sociedade anónima típica tem uma estrutura bem diferente, dado que pode agregar muitos pequenos acionistas que se limitam a investir em ações que, muitas vezes, podem comprar e vender em bolsa. Nestas sociedades, o interesse empresarial é prosseguido por acionistas que dispõem de carteiras volumosas de ações, que lhes conferem o poder de influenciar, diretamente, a vida da sociedade([21]). Só estas diferenças estruturais, entre os tipos ideais de sociedade anónima e por quotas, poderão fundar um diferente tratamento dos suprimentos.

Confrontemos estas diferenças estruturais com a *ratio legis* do contrato de suprimento, de forma a verificar se esta se manifesta, apenas, nas sociedades de estrutura personalista, com um pequeno número de sócios que acompanham, de perto, a vida da sociedade.

Na realidade, alguns dos motivos que conduziram à consagração do contrato de suprimento verificam-se, tipicamente, nas pequenas sociedades. Assim sucede com as vantagens de informação do sócio credor, que lhe permitirão retirar os suprimentos da sociedade antes de esta falir, ou, mesmo, com um eventual comportamento contraditório dos sócios, financiando a sociedade, e, mais tarde, utilizando o seu poder de influência para obter o reembolso do financiamento.

Contudo, os riscos que resultam *para os credores* da circunstância de negociarem com sociedades que, embora aparentem solidez financeira, na

---

([20]) Esta justificação, contudo, só é compreensível face ao fundamento do regime dos suprimentos numa responsabilidade dos sócios pelo financiamento da sociedade. Cf. Scholz/K. Schmidt, *GmbHGesetz*, Köln, 1993/1995, 8.ª ed., §32*a*, n.º 30, Hachenburg/Ulmer, *GmbHGesetz*, 8.ª ed., Berlin, 1990, §32*a*, n.os 8 e 11, W. Bayer, *Rechtsformspezifisches Schutzrecht*, *cit.*, p. 317.

([21]) Cf. W. Bayer, *Rechtsformspezifisches Schutzrecht*, *cit.*, p. 318.

realidade são mantidas, artificialmente, através de empréstimos, afiguram-se independentes do montante de participação social dos sócios credores. Qualquer sócio, ao realizar empréstimos, pode, na verdade, lançar os riscos empresariais para cima dos credores, o que depende, muito mais, do montante *do empréstimo* do que do montante da participação social do mutuante. Por último, o não tratamento do sócio como um credor comum na falência, baseia-se, ainda, no facto de o sócio fruir o investimento do seu crédito na sociedade, através da obtenção de lucros, o que tornaria injusta a sua equiparação a um credor comum. A fruição do investimento de capital alheio na sociedade não depende do montante da participação social, estando ao alcance de qualquer sócio.

Se tivermos em conta o *critério material* de qualificação dos suprimentos, a *função de capital próprio* dos empréstimos dos sócios, verificamos, pois, que lhe é, totalmente, estranho o montante da participação social do sócio. Conforme resulta do acórdão, qualquer sócio, ainda que com uma pequena participação social, pode fornecer à sociedade capital alheio, num momento em que esta carece de capital próprio, e, por este meio, prejudicar os credores sociais.

Por outro lado, reconhecemos que a contradição inerente à dupla qualidade de sócio e credor se encontra *esbatida* nas grandes sociedades anónimas, em que os acionistas se encontram muito distantes da atividade social, limitando-se, muitas vezes, a investir em participações sociais. Uma sujeição de todos os empréstimos ou diferimentos de créditos de acionistas ao regime dos suprimentos seria, por isso, na nossa perspetiva, excessiva.

O confronto dos motivos determinantes da tutela jurídica dos suprimentos, com as características típicas da sociedade anónima, embora não afaste um critério de qualificação assente no montante da participação social do sócio, impõe, porém, que se relativize, claramente, este critério, uma vez que aqueles motivos exigem a manutenção da tutela jurídica, em muitas hipóteses em que o credor é um pequeno acionista.

Parece-nos, pois, que a qualificação dos suprimentos nas sociedades anónimas deverá basear-se num *conjunto de circunstâncias* que *indiciam* a verificação dos motivos que estão por trás da sua tutela jurídica — uma das quais será o montante da participação social.

O primeiro indício será a já consagrada participação social mínima do acionista credor em dez por cento do capital social, juntando ao fundamento legal avançado por Raul Ventura o especial direito à informação de que um acionista, nestas circunstâncias, dispõe. Para o cálculo da referida participação social mínima deverá ser relevante a eventual detenção, indi-

reta, de participações sociais, através de sociedades dependentes, ou em relação de grupo com o credor(22).

O interesse empresarial do acionista que não detém dez por cento do capital social, poderá, porém, ser demonstrado através de *outras circunstâncias*. Assim, o exercício de funções no conselho de administração, na direção, no conselho geral, ou no conselho fiscal da sociedade, indiciam um claro interesse empresarial do sócio. O mesmo indício resultará, ainda, da prestação de garantias (*v.g.* cartas de conforto)(23) por um acionista ao financiamento da sociedade anónima.

Da mesma forma, parece-nos que será de reconhecer uma participação empresarial na sociedade, ao acionista detentor de menos de dez por cento do capital da sociedade, que, através de acordos de voto com outros acionistas, exerça uma *influência empresarial* na sociedade(24) — pense-se, por exemplo, em hipóteses de *concessão coordenada de crédito*, com base em acordos entre os acionistas.

Outras circunstâncias, relacionadas com o próprio empréstimo, ou com a situação financeira da sociedade, devem também ser tidas em conta na qualificação(25). Desde logo, a própria qualificação do empréstimo como suprimento, pelo acionista e pela sociedade, que no caso decidido pelo acórdão, se revelou decisiva. Também o próprio *montante do empréstimo* poderá revelar, não só que as verbas mutuadas desempenham a função de capital próprio, mas, também, o próprio interesse empresarial do acionista. Se o montante do empréstimo for elevado, este deverá, pois, ser qualificado como suprimento.

A *situação financeira da sociedade* no momento em que é realizado o empréstimo, também deverá ser tida em conta. Se, no momento do empréstimo, a sociedade não conseguiria obter crédito de terceiros em condições normais de mercado, teremos um forte indício de que o empréstimo vem satisfazer carências *de capital próprio* da sociedade e, como tal, constitui um suprimento. Esta circunstância é, igualmente, reveladora de um interesse empresarial do acionista, dado que só este interesse poderá justificar o risco acrescido a que se sujeita o crédito concedido.

---

(22) Obviamente, para os caso relevantes em que o credor seja uma sociedade. Cf. o art. 483.º, n.º 2 do Código das Sociedades Comerciais.

(23) Com este exemplo, W. Bayer, *Rechtsformspezifisches Schutzrecht*, *cit.*, p. 319.

(24) Neste sentido, W. Bayer, *ob. cit.*, p. 319, U. Hüffer, *Aktiengesetz*, *cit.*, § 57, n.º 18, Axel Ketzer, *Eigenkapitalersetzende Aktionärsdarlehen*, *cit.*, p. 76, ss., A. Junker, *Das eigenkapitalersetzende Aktionärsdarlehen*, *cit.*, p. 406, ss.

(25) Estas circunstâncias, resultantes do próprio critério material de qualificação dos suprimentos, acabam por revelar, igualmente, o interesse empresarial do accionista. Cf. J. Aveiro Pereira, *O contrato de suprimento*, *cit.*, p. 124.

É, pois, o *conjunto* dos elementos acabados de referir que deverá ser tido em conta na qualificação como suprimentos dos créditos de acionistas.

2. Caráter inovador do acórdão de 30 de novembro de 2021, do Supremo Tribunal de Justiça

No Acórdão, e como seria de esperar, o STJ demonstra um conhecimento muito completo e atualizado do tratamento do problema dos suprimentos, nas sociedades anónimas, na jurisprudência e na doutrina. Assim, depois de expor a jurisprudência vigente, afirmada nos importantes acórdãos de 14.12.1994 e de 09.02.1999, e a sua origem imediata, na já referida proposta de Raul Ventura, e mediata, na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal alemão, o STJ cita várias críticas doutrinais ao caráter exclusivo e absoluto do critério da participação social mínima.

Claramente (e bem) influenciado por estas críticas, o STJ relativiza o critério assente apenas na participação correspondente a 10% do capital social e admite que outras circunstâncias do empréstimo podem levar à sua qualificação como suprimento:

> *"Assim, para além de poderem ser decisivos o tratamento como suprimentos previsto no próprio pacto social ou no respetivo contrato de mútuo celebrado entre a sociedade e o acionista, o intérprete deverá definir o regime do empréstimo, tendo em consideração todas as particularidades do caso, designadamente, além da dimensão da participação social do acionista mutuante, o acesso deste a informações sobre a situação financeira da sociedade, o eventual desempenho de funções nos órgãos da sociedade, a influência do acionista na gestão empresarial da sociedade, a prestação de garantias pela sociedade, o facto do empréstimo se inserir numa operação coordenada de crédito à sociedade, o montante do empréstimo e a situação financeira da sociedade"*.

Como vemos, afastando-se da sua anterior jurisprudência, o STJ considerou que, para *"além da dimensão da participação social"* do acionista, outras circunstâncias relativas aos empréstimos ou créditos podem levar à respetiva qualificação, como suprimentos.

Esta nova orientação é tão mais evidente, se tivermos em conta, que os empréstimos em causa foram efetuados por um acionista que detinha

uma participação social de apenas 0,035%, no capital social da sociedade. Apesar desta pequena participação, o STJ considerou que os empréstimos constituem suprimentos, com a relevante consequência de, na liquidação da sociedade em curso, só poderem ser reembolsados, após o reembolso dos restantes créditos.

No caso, o STJ considerou *"decisiva"* a *"denominação utilizada pelas partes no texto escrito em que o acionista Exequente e a sociedade Executada formalizaram os contratos de empréstimo"*. De facto, os empréstimos constavam de contratos escritos, que as partes denominaram *"Contrato de suprimento"*, tendo referido expressamente, nos contratos, que o empréstimo é efetuado *"a título de suprimentos"*. Acresce que as partes reafirmaram várias vezes esta denominação, em sucessivos *"aditamentos ao contrato de suprimentos"*, em que diferiram o respetivo prazo de reembolso, com evidente relevância, quanto à permanência (art. 243.º, n.os 1, 2 e 3, do CSC) e caráter substitutivo de capital próprio dos empréstimos.

Sendo certo que o *nomen iuris* atribuído pelas partes ao contrato não é decisivo, *in casu* o STJ não podia deixar de ter em conta a forma reiterada como o acionista e a sociedade afirmaram que estavam a financiar a sociedade com "suprimentos".

Recorde-se que, diferentemente do mútuo, o contrato de suprimento é consensual, não carecendo de qualquer forma especial (art. 243.º, n.º 6, do CSC). Como tal, o facto de as partes, empresas, com assessoria jurídica especializada (como se nota no acórdão), terem optado por celebrar contratos escritos denominados *"contrato de suprimento"* e afirmado que o financiamento era *"a título de suprimentos"* não podia deixar de relevar, para a qualificação do financiamento, como suprimentos. Até porque as partes não tinham de celebrar contratos escritos, sendo certo que a designação adotada, de forma objetiva (independentemente de ser essa a intenção das partes) confere maior estabilidade ou segurança à sociedade e aos seus credores, ao referir-se a um financiamento que substitui capital próprio e que, como tal, deve ser tratado, como capital responsável pelas dívidas sociais, na liquidação ou insolvência da sociedade.

Acresce que, nos três primeiros contratos celebrados (de 19 de Dezembro de 2010, 24 de Fevereiro de 2011 e 1 de Agosto de 2011), a permanência dos empréstimos, na sociedade ficou logo estipulada, nos respetivos prazos de reembolso, todos superiores a um ano. Essa permanência dos empréstimos foi reiterada, em sucessivas prorrogações dos prazos de reembolso dos empréstimos, tendo todos eles permanecido na sociedade por bem mais de um ano, e não de forma transitória, como é típico do capital alheio.

No caso, a qualificação do financiamento como suprimentos efetuada pelas próprias partes revelou-se decisiva. Mas, é importante salientar, que o STJ considerou, que mesmo quando as partes não efetuem essa qualificação, outras circunstâncias, como o montante, o caráter sequencial e a sucessiva prorrogação dos prazos de reembolso dos empréstimos podem levar à qualificação destes como suprimentos:

> "*Aliás, mesmo que as partes não tivessem expressamente acordado que as quantias eram emprestadas pela Exequente à Executada, a título de suprimentos, sempre a existência de uma sequência de empréstimos, a sucessiva prorrogação dos prazos de reembolso e o seu elevado montante indiciariam a injeção na sociedade de capital alheio, quando esta carecia de capital próprio, justificativa da aplicação do regime dos suprimentos, para proteção da própria sociedade e dos seus credores*".

De facto, o montante dos empréstimos, na estrutura de capital da empresa, pode revelar que os mesmos desempenham a função de substituição de capital próprio, que do ponto de vista substancial, caracteriza os suprimentos. Também o facto de os empréstimos serem efetuados de forma consecutiva e com sucessivas prorrogações de prazo parece indiciar que se trata de empréstimos, que substituem na sociedade o necessário capital próprio. Esteve bem o STJ, na qualificação dos empréstimos como suprimentos e na consequente decisão de que os mesmos só poderiam ser reembolsados, após o pagamento dos restantes credores.

O próprio momento em que os empréstimos e as sucessivas prorrogações dos prazos de reembolso foram concedidos, já bastante próximo da liquidação da sociedade, indiciam (não há um facto provado, neste sentido) que, nesse momento, a sociedade dificilmente obteria crédito, em condições normais de mercado, critério que (como vimos) é adotado pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal alemão, para a qualificação dos empréstimos ou créditos de sócios como suprimentos.

É certo que se pode criticar a maior incerteza desta jurisprudência inovatória, em relação à anterior jurisprudência, que conferia caráter decisivo ao montante da participação social do acionista. Mas, quando circunstâncias como a própria vontade das partes vertida no *nomen iuris* do contrato, o montante do financiamento em face da estrutura financeira da sociedade, o momento em que o empréstimo foi concedido e a permanência deste na sociedade revelem que se trata de empréstimos de acionistas substitutivos de capital próprio não seria justo que estes concorressem com

credores externos, na liquidação ou insolvência da sociedade, reduzindo a respetiva quota de liquidação.

Independentemente do montante da participação social do acionista, os elementos acima referidos indiciam a verificação do conflito de interesses entre as qualidades de sócio e credor, que levaram à previsão legal do contrato de suprimento. Os acionistas com participações sociais inferiores a 10%, que queiram evitar a qualificação de empréstimos à sociedade como suprimentos (como é óbvio) não devem qualificar eles próprios o empréstimo como suprimentos e devem deixar claro que se trata de financiamentos transitórios, reembolsáveis, antes de decorrido o prazo de um ano.

3. Conclusões

Terminamos, com as seguintes conclusões, que os acionistas das sociedades anónimas devem ter em conta, em face da jurisprudência inovadora do acórdão:

I. O montante da participação social deixou de ser o único e exclusivo critério, para a qualificação de empréstimos de acionistas, como suprimentos.

II. O STJ admite a qualificação como suprimentos de empréstimos ou créditos de acionistas, com participações sociais inferiores a 10%, desde que se verifiquem outras circunstâncias indiciadoras dessa qualidade.

III. Entre essas circunstâncias, o STJ releva o *nomen iuris* atribuído pelas partes aos empréstimos, o montante dos empréstimos, o caráter sequencial dos financiamentos e a prorrogação dos respetivos prazos de reembolso.

SOBRE A RESPONSABILIDADE CIVIL PROFISSIONAL DO ADVOGADO E DAS SOCIEDADES DE ADVOGADOS([1])

Pelo Dr. António Barroso Rodrigues([2])

Sumário:

I. Enquadramento. § 1. O quadro geral de regulação e categorização da responsabilidade civil: existe espaço para a responsabilidade civil profissional? **II. A Responsabilidade Civil do Advogado. § 2.** Âmbito de aplicação da responsabilidade civil dos advogados; delimitação conceptual; *a*) Requisito subjetivo; *b*) Requisito objetivo. **§ 3.** Pressupostos da responsabilidade civil do advogado. **§ 4.** Particularidades da obrigação de indemnização; objeto e alternativas. **§ 5.** Qualificação da responsabilidade civil emergente. **III. A Responsabilidade Civil das Sociedades de Advogados. § 6.** O modelo de responsabilidade civil das sociedades de advogados. *6.1.* A identificação dos vários responsáveis perante o terceiro lesado; *a*) A excussão patrimonial prévia do património social; *b*) Modelo de responsabilidade: a responsabilidade subsidiária forte. *6.2.* A responsabilidade (objetiva) emergente e a sua relação com a responsabilidade constitutiva do advogado. Plano externo (perante o lesado) e plano interno (entre os corresponsáveis) de responsabilidade; *a*) Qualificação da responsabilidade social emergente; *b*) Os requisitos legais; *c*) A questão do regresso. **IV. Notas finais.**

([1]) Publica-se, com as devidas alterações, o estudo que serviu de apoio à conferência que teve lugar dia 5 de novembro de 2021, subordinada ao tema «Responsabilidade civil do advogado», assegurada por nós a convite do Conselho Regional de Lisboa da Ordem dos Advogados. Decidimos publicar a presente investigação já que esta acolhe os contributos do saudoso Dr. Orlando Guedes da Costa. Por todos, dirigimos uma palavra de agradecimento à Prof. Doutora Catarina Monteiro Pires e ao Dr. Miguel Brito Bastos pela prestimosa ajuda e sucessivas palavras de incentivo. Naturalmente que as insuficiências deste estudo nos são exclusivamente imputáveis. Salvo indicação em contrário, a jurisprudência nacional encontra-se disponível em <www.dgsi.pt.>

([2]) Advogado. Assistente convidado na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa e investigador do Centro de Investigação de Direito Privado.

Abreviaturas principais

A.	Autor
ac./acs.	acórdão/acórdãos
AcP	*Archiv für die civilistische Praxis*
anot.	anotação
art./arts.	artigo/artigos
BGB	*Bürgerliches Gesetzbuch* (Código Civil Alemão)
BGH	*Bundesgerichtshof* (Tribunal de Justiça Federal da Alemanha)
BMJ	Boletim do Ministério da Justiça
BOA	Boletim da Ordem dos Advogados
BORA	*Berufsordnung für Rechtsanwälte* (Código de conduta profissional para advogados)
BRAO	*Bundesrechtsanwaltsordnung* (Estatutos Federais dos Advogados)
CC	Código Civil
CCe	Código Civil espanhol
CCfr	Código Civil francês
CCit	Código Civil italiano
CCom	Código Comercial
CCse	Código Civil de 1867
CDAE	Código de Deontologia dos Advogados Europeus
CDP	Cadernos de Direito Privado
CEJ	Centro de Estudos Judiciários
Cf.	conferir, confrontar
coord.	coordenação
CP	Código Penal
CPC	Código de Processo Civil
CPPT	Código de Procedimento e de Processo Tributário
CRP	Constituição da República Portuguesa
CSC	Código das Sociedades Comerciais
ed.	edição
EOA	Estatuto da Ordem dos Advogados
EOSAE	Estatuto da Ordem dos Solicitadores e dos Agentes de Execução
FDUL	Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa
FS	*Festschrift für* (escritos comemorativos/em homenagem a)
i.e.	isto é
LADT	Lei de acesso ao Direito e aos Tribunais
LGT	Lei Geral Tributária

LOSJ	Lei da Organização do Sistema Judiciário
MüKoBGB	*Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch* (comentário de Munique ao BGB)
n.	nota
n.º	número
NJW	*Neue Juristische Wochenschrift*
OA	Ordem dos advogados
org.	organização
p./pp.	página/páginas
p. e p.	previsto e punido
p. ex.	por exemplo
PartGG	*Partnerschaftsgesellschaftsgesetz*
proc.	processo
RDE	Revista de Direito e Economia
reimp.	reimpressão
RI	responsabilidade ilimitada
RJCS	Regime jurídico do contrato de seguro
RL	responsabilidade limitada
RMP	Revista do Ministério Público
ss.	seguintes
StGB	*Strafgesetzbuch* (Código Penal Alemão)
STJ	Supremo Tribunal de Justiça
TCA	Tribunal Central Administrativo
TRC	Tribunal da Relação de Coimbra
TRE	Tribunal da Relação de Évora
TRG	Tribunal da Relação de Guimarães
TRL	Tribunal da Relação de Lisboa
TRP	Tribunal da Relação do Porto
Vol.	Volume.

I
Enquadramento

I. A responsabilidade civil é um dos institutos mais férteis da ciência jusprivatística. A sua riqueza dogmática é, aliás, acompanhada pela sua pertinência prática. Engloba, como é sabido, um vasto conjunto de realidades categorizado através de modalidades tradicionais. A tendência *expansiva* deste instituto, desdobrando-se em novas vertentes e incluindo novas situações de responsabilidade, corre o risco de se desligar da sua natureza excecional. Na verdade e de um prisma constitutivo, cumpre recordar que o prejuízo (marcadamente patrimonial) é, em regra, suportado pelo próprio lesado (*casum sentit dominus*). Neste contexto, a responsabilidade civil é, em primeira linha, um instituto *excecional*. Em determinadas hipóteses e por vários motivos(3), é necessário evitar aquele desfecho e transferir patrimonialmente os danos sofridos para uma outra esfera jurídica, alheia, designadamente a do *responsável*. Em termos técnicos, verificada uma situação de responsabilidade, onera-se o responsável com o dever de *indemnizar* (a expressão provém do latim *indemne*, com o significado de *sem dano*) todos os prejuízos sofridos. O cumprimento dessa obrigação satisfaz aquela pretensão ressarcitória inicial.

Pois bem, a criação de um *título de imputação de danos* para aquele efeito, o qual responsabilize um advogado ou qualquer outro agente não pode (insiste-se) perder de vista aquele ponto de partida, nem todo o regime associado aos seus rígidos pressupostos, *cumulativos*, por sinal. Afinal, tal como a prática vem inequivocamente demonstrar, sem surpresa, predominam as reticências à responsabilidade civil do advogado, mas o seu estudo e reflexão revestem a maior importância prática no nosso quotidiano.

§ 1. O quadro geral de regulação e categorização da responsabilidade civil: existe espaço para a *responsabilidade civil profissional*?

II. Na análise da responsabilidade civil do advogado, importa concretizar este conceito e encontrar o seu espaço adentro do instituto onde se

---

(3) Rejeitamos identificar um *fundamento unitário* para a matéria da responsabilidade civil, o qual classicamente se indica residir na *culpa*. Em todo o caso, a presente discussão não se confunde com outra, paralela, a qual visa o reconhecimento do *propósito* ou *função* do instituto, essencialmente *ressarcitória*, sem descurar manifestações de finalidades *preventivas*, *compulsórias*, *compensatórias* e *punitivas* (cf., a propósito e por todos, Eduardo Santos Júnior, *Da responsabilidade civil de terceiro por lesão do direito de crédito*, Almedina: Coimbra, 2003, p. 224, ss.).

insere. De forma a realizar condignamente essa tarefa, importa compreender, ainda que em traços gerais, a regulação da matéria.

A primeira dificuldade radica na autonomização da *responsabilidade civil profissional* em si ou no seu enquadramento, tanto enquanto uma modalidade autónoma de responsabilidade civil, como um subtipo de uma das modalidades tradicionais *tout court*. Para compreender melhor este ponto, devemos considerar o processo metodológico inerente à compartimentação da responsabilidade civil. É o que faremos de seguida, ainda que em traços gerais, dada a economia limitada da presente investigação.

Em resultado do esforço dogmático de enquadramento de todas as realidades que integram a responsabilidade civil, gizaram-se *categorias* de responsabilidade. Metodologicamente evitou-se a *tipicidade*, própria da dogmática penalista, em favor de um modelo mais abrangente, mediante o recurso a cláusulas gerais e conceitos indeterminados. Essas categorias ficaram conhecidas, na terminologia com maior adesão, como *modalidades* de responsabilidade e representam tão-somente a tentativa de condensação e categorização da vasta heterogeneidade das situações de responsabilidade relevantes. A cada uma destas modalidades foi posteriormente associado um regime próprio.

> As *modalidades* atualmente em voga são as de tipo *contratual* e *extracontratual*(4) e têm raízes históricas. Tal como se encontra bem documentado pelas obras de referências nesta matéria, encontramos uma primeira menção clara a esta bifurcação nas *Institutas* do jurisconsulto Gaio, no século II a. C., na qual se considerou, como fontes da obrigação, o contrato (*contractus*) e o delito (*delictum*). Não são, portanto, realidades *novas*.

O nosso Código Civil de 1966, em linha com o anterior, acolheu diretamente o contributo histórico, com ligeiras alterações àquele plano inicial, ao contrapor sistematicamente a responsabilidade civil *delitual* (vulgo *extracontratual*, 483.º/1 CC) à *obrigacional* (vulgo *contratual*, 798.º CC): as fontes da obrigação (de indemnização, frisa-se) são, portanto, também, *mutatis mutandis*, o delito e a obrigação incumprida (embora para além daquela que provenha de um negócio, claro)(5).

---

(4) Preferimos a expressão responsabilidade *delitual* e *obrigacional*, a qual se recentra no papel determinante e definidor da ilicitude presente; cf., por todos, Manuel de Andrade, *Teoria Geral das Obrigações*, 3.ª ed. (com a colaboração de Rui de Alarcão), Almedina: Coimbra (1966), p. 337. De facto, a responsabilidade presente no arts. 798.º e ss. CC deriva do incumprimento de uma obrigação. Ora, essa obrigação não tem apenas como fonte o contrato (tal como se indicia, quando se recorre à expressão alternativa de *responsabilidade contratual*), incluindo-se outras figuras, entre as quais (cumpre destacar) a própria lei, em sentido *imediato*.

(5) Acompanhamos, de resto, um esforço categorial que também foi recebido nas codifica-

Na sua forma mais pura, todo este processo *categorial* visa *englobar* um conjunto vasto de realidades ao abrigo de um critério (ou vários), limitado necessariamente pela sua incontornável insuficiência. *Funcionalmente*, facilita-se a aplicação de um mesmo *regime* (p.ex., quanto ao ónus da prova da culpa, ao prazo prescricional) a várias situações de responsabilidade, não singularmente descritas, mas identificadas por um qualquer elemento comum. Simplesmente, tal como já fora identificado ao tempo do *Corpus Iuris Civilis*, no século VI d.C., um conjunto circunscrito de realidades não se enquadra devidamente no binómio considerado (no contrato ou no delito). Por este motivo, os romanos foram, à época, obrigados a considerar duas novas fontes da obrigação, nomeadamente o *quase-contrato* e o *quase delito*; figuras cujos contornos não podem, de momento, ser aprofundados. Pois bem, esta dificuldade, inerente ao não reconhecimento da natureza *dicotómica* das modalidades pertencentes à *summa divisio*, permanece atual. Mais: a emergência, cada vez mais prevalecente(6), de uma responsabilidade que desconsidera a culpa (i.e., de tipo *objetiva*) ou, ainda, de uma responsabilidade por *factos lícitos*, rompe com os requisitos tradicionalmente inerentes às modalidades clássicas, dependentes de *culpa* e, por arrastamento, de ilicitude — assim o entendemos. Por outro lado, note-se ainda o apelo, por vários Autores, quanto à existência de uma *terceira via* (ou mesmo quarta!) de responsabilidade, concorrentes com aquelas duas de que demos inicialmente conta — ainda que, suspeitamos, apenas tecnicamente *intermédias*, por não apresentarem soluções novas, tão-somente uma combinação nova e *ad hoc* do regime das modalidades tradicionais. Estas novas vias surgem (afirma-se) pelas particularidades de várias figuras, entre as quais se conta a violação positiva do contrato, a *culpa in contrahendo*, a culpa *post pactum finitum*, a violação dos deveres no tráfego, o incumprimento do contrato com eficácia de proteção a favor de terceiros e, cada vez mais em voga, a responsabilidade pela confiança(7).

ções de outros países, nossos congéneres, nas quais sistematicamente se distingue e regula a responsabilidade obrigacional e a extraobrigacional, em especial aqueles pertencentes à Família Romano-Germânica, tal como Espanha (1101.º e 1902.º CCe), França (1217.º e 1240.º CCfr), Itália (1218.º e 2043.º CCit) e a Alemanha (§§ 276, 280, 823/I, II, 826 BGB). Cumpre notar de que noutros códigos civis, de que é exemplo o alemão, a prioridade metodológica é concedida à responsabilidade obrigacional, seguindo-se a de tipo extraobrigacional, o que facilita além-Reno, entre outros aspetos, a recusa de atribuição à modalidade extraobrigacional do carácter de *matriz* de toda a responsabilidade civil, como se faz indevidamente entre nós.

(6) Encarando o progressivo alargamento do campo da responsabilidade objetiva, alguns Autores afirmam que aquela natureza excecional se encontra ultrapassada: a responsabilidade civil objetiva seria a *regra* (cf., a propósito, Júlio Gomes, *Responsabilidade subjetiva e responsabilidade objetiva*, RDE, Ano 13, 1987, p. 99); para outros, assiste-se a uma transformação do instituto clássico da responsabilidade civil num verdadeiro «Direito dos Acidentes» (dá nota deste aspeto, sem a este aderir, Santos Júnior, *Da Responsabilidade civil de terceiro*, p. 219). Não falta, aliás, quem proponha a criação de uma cláusula geral de responsabilidade pelo risco, tal como Kötz, *Haftung für besondere Gefahr, Generalklausel für die Gefährdungshaftung*, AcP (Jan 1970), pp. 1-41 (a proposta consta da p. 41).

(7) A par disto e num sentido diametralmente oposto, outros negam a existência de categorias de responsabilidade em si. Qualquer divisão categorial do instituto seria, afirmam, *artificial*, já que o mesmo se encontra unificado. Para estes Autores, a responsabilidade civil seria um fenómeno unitário, alheio a qualquer tentativa de compartimentação das realidades que o integram. A tese, conhecida hoje, por *monismo*, foi impulsionada por Eduard Picker (*Positive Forderungsverletzung und culpa in contra-*

Pois bem, mesmo para os apologistas, como nós, da manutenção de um *dualismo estrutural* da responsabilidade civil (sob a égide das já mencionadas modalidades obrigacional e delitual), à qual grande parte do substrato inerente à responsabilidade civil se pode reconduzir, é incontornável o carácter não dicotómico das modalidades consideradas. Na verdade, o processo científico pode assumir como *verdadeiros* determinados factos, mas não vive, é certo, de *absolutos*: isso obstaculizaria a necessária revisão e teste dos seus elementos e é, por definição, contrário ao método científico que o define.

> Para combater a referida limitação metodológica (ou seja, aquela inerente ao carácter *relativo* das várias categorias gizadas), contam-se várias soluções, algumas das quais foram acolhidas por outros ramos do Direito. Estas vias permitem, na sua aparência, resolver de forma satisfatória o dilema criado pela natureza não absoluta das categorias delitual e obrigacional de responsabilidade, designadamente, tanto (*i*) a dificuldade de enquadramento de um conjunto de realidades não diretamente contempladas pelas modalidades existentes (ou seja, a *lacuna de previsão*) como (*ii*) aquelas que são abrangidas em simultâneo por ambas as realidades consideradas (i.e., um *conflito positivo de previsão*). Uma solução possível, atrás indiciada, é o recurso à técnica da *tipicidade*, paradigmaticamente penalista, avessa à consagração de grandes cláusulas (*Generalklauseln*) de responsabilidade. Pela tipicidade, discrimina-se, ao nível ontológico e normativo, cada situação de responsabilidade relevante. Em resultado, as situações de responsabilidade não previstas não poderiam ser consideradas. Simplesmente, estoutra técnica não foi acolhida pela legislação civil, sem prejuízo de previsões pontuais, e não pode ser considerada como uma alternativa mais do que *potencial* à atualmente existente.

Ainda que genericamente reconduzidas às modalidades principais consideradas, o nosso legislador utiliza uma vasta terminologia de categorias de responsabilidade, num modelo não inteiramente harmonizado. Aqueles conceitos, juntamente com aqueloutros de criação doutrinal sem acolhimento legal, dificultam, por manifesta falta de harmonização, o devido enquadramento e tratamento do instituto. A confusão babélica ins-

---

hendo — Zur Problematik der Haftungen "zwischen" Vertrag und Delikt, AcP, 1983, pp. 369-520, *maxime* pp. 460-484) e contou cedo, entre nós, com a adesão de Gomes da Silva (*O dever de prestar e o dever de indemnizar*, Clássicos, Vol. I, FDUL: Lisboa, 2020, pp. 192, 210). Detém, atualmente, vários seguidores, embora em clara minoria perante os dualistas ou aqueles que aditam novas vias de responsabilidade às tradicionais. Por outro lado, cumpre destacar a existência de teses *sincréticas*, de resultado salomónico, entre as quais avulta aquela que apela à *unidade de natureza* da responsabilidade civil combinada com a *dualidade de regime* (obrigacional e delitual). A propósito, Cunha Gonçalves exemplificava metaforicamente esta ideia indicando a presença da cabeça bifronte de Jano, no sentido da existência de duas cabeças (dois regimes, portanto) associados a um mesmo corpo (daí a natureza *una*); *Tratado de direito civil: em comentário ao Código Civil Português*, XII, Coimbra Editora: Coimbra (1937), p. 724.

tala-se. Entre os vários conceitos utilizados, e tendo por referência a pentapartição tradicional dos requisitos de responsabilidade (nos quais se distingue, como é sabido, o *facto*, a *ilicitude*, a *culpa*, o *nexo causal* e o *dano*), existem outros reportados ao primeiro pressuposto, isto é, a qualidade do *agente*, cuja conduta o qualifica como potencial responsável. Concentremo-nos neste aspeto. Se a distinção entre o *tipo* de pessoa (*singular* ou *coletiva*, 332.º/2 e 165.º CC) é relevante, também não deixa de ser a *qualidade* do agente no vínculo obrigacional, naquele primeiro caso (distingue-se a propósito a responsabilidade do *devedor*, 798.º CC, e a dos seus representantes legais ou auxiliares, 800.º CC, da do *credor*, 816.º, 621.º CC)(8). Noutro campo — do maior interesse para a presente investigação —, o legislador considera, no nosso Código Civil, para efeitos *contratuais*, a responsabilidade direta dos agentes enquanto *partes* no negócio, tal como a responsabilidade do *doador* (956.º/2 e 3 CC), dos *sócios* após a liquidação da sociedade (1020.º CC), do *locador* (1033.º e 1050.º CC), do *locatário* (1033.º, *c*) CC), do *sublocador* (1089.º CC), do *comodante* (1134.º CC), do *mutuante* (1151.º CC), do *mandatário* (1183.º CC), do *empreiteiro* (1219.º CC) e a do *subempreiteiro* (1226.º CC). Não é contemplada, pelo menos diretamente(9), a responsabilidade por uma qualquer *categoria profissional*, nem, tal como conclui assertivamente Lebre de Freitas, a dos *profissionais liberais*(10).

III. Não se deteta, em concreto, adentro da sistemática do Código Civil ou em legislação extravagante, qualquer referência à *responsabilidade civil profissional* (*Berufshaftung*, além-Reno)(11), ainda que circunscrita, como bem alerta Carneiro da Frada, ao sector terciário das profissões

---

(8) Demos conta de apenas algumas formas de responsabilidade. Existem outras, delimitadas exclusivamente pelo campo do agente também no nosso Código Civil, designadamente (e por acréscimo ao elenco anterior) a dos *titulares dos órgãos da pessoa coletiva* (164.º), dos *organizadores e administradores* (200.º), do *gestor de negócios* (466.º), dos *autores, instigadores e auxiliares* (490.º), *das pessoas obrigadas à vigilância de outrem* (491.º), do *comitente* (500.º), *do Estado e de outras pessoas coletivas públicas* (501.º), do *possuidor* (1274.º), do *tutor* (1945.º), do *herdeiro* (2071.º), do *usufrutuário* (2072.º) e a do *testamenteiro* (2332.º).

(9) Existem, por exemplo, várias referências à responsabilidade delimitada do ponto de vista *funcional*: é o caso da responsabilidade do *transportador* ou em virtude do *contrato de transporte* (*maxime* 504.º/2 e 3 CC).

(10) *A responsabilidade civil dos profissionais liberais*, Estudos sobre Direito Civil e Processo Civil, Vol. II, 2.ª ed., Coimbra Editora: Coimbra (2009), pp. 689-696 (689).

(11) Cf., por todos, Larenz/Canaris, *Lehrbuch des Schuldrechts*, II/2, 13.ª ed., C.H.Beck: Munique (1994), § 76, III, pp. 408-409. Para os Autores, o profissionalismo (*Professionalität*) não representa em si um dever ([stellt] *kein pflichtenbegründendes*), antes reforça um dever pré-existente.

liberais(12). Aliás, escasseiam as previsões que regulam à responsabilidade civil do advogado: encontramo-las, por exemplo, no Código de Processo Civil (48.º/2, 49.º/2, 545.º) e no Estatuto que rege a profissão (*v.g.*, 116.º/1 EOA). Outras regras, outrora marcantes, tal como aquela que impedia o abandono do mandato no Código Civil de 1867 (1362.º CCse), perderam-se. Mas a esta realidade — justificada pela matriz *liberal* das profissões em causa — opôs-se ao rigoroso labor da *praxis* na aplicação do instituto: o ajustamento das matrizes gerais da responsabilidade tem sido feito pelas nossas instâncias e pela nossa doutrina nos manuais gerais, bem como em estudos monográficos e nos periódicos de referência(13). Portugal acompa-

---

(12) Na medida em que esta realidade conflitue com a laboral, detentora de espaço próprio, perde necessariamente o seu interesse (*Teoria da confiança e responsabilidade civil*, Almedina, Coimbra, 2004, 331 e respetiva nota de rodapé 323).

(13) Na literatura jurídica nacional, destacamos, sem propósito exaustivo e além dos autores previamente mencionados, Abel Laureano, *O cliente e a independência do advogado*, reimp., Quid Juris: Lisboa, 2000; Afonso de Melo, *Responsabilidade civil de mandatário judicial*, BOA, n.º 26 (Mai-Jun. 2003), pp. 26-28; Almeida Costa, *Atos próprios dos advogados e dos solicitadores*, BOA, n.º 42 (Mai-Ago. 2006), pp. 4-8; Andreia Correia, *O seguro da responsabilidade civil profissional e a limitação da responsabilidade dos advogados*, BOA n.º 114 (Mai. 2014), pp. 44-45; António Arnaut, *Iniciação à advocacia. História, deontologia, questões Práticas*, 11.ª ed. (reimp.), Coimbra Editora: Coimbra (2014); Augusto Lopes Cardoso, *Do segredo profissional na advocacia*, Centro Editor Livreiro da Ordem dos Advogados: Viseu (1998); Jorge Adriano Carlos, *A responsabilidade civil do advogado por violação do segredo profissional,* ROA, ano 58, Vol. II (1998), pp. 1047-1055; Carlos Mateus, *A limitação da responsabilidade civil do advogado em prática isolada*, Parecer ao CDP de 26-Jan-2007, disponível em <www.oa.pt>; Cremilda Maria Ramos Ferreira, *Sigilo profissional na advocacia: responsabilidade decorrente da violação do dever do sigilo*, Coimbra Editora: Coimbra (1991); Elsa Mariano, *Responsabilidade civil profissional — O seguro de grupo da ordem dos advogados*, BOA n.º 100 (Mar. 2003), pp. 42-44; Fernando Sousa Magalhães, *Estatuto da ordem dos advogados — anotado e comentado*, 15.ª ed., Almedina: Coimbra (2021); Germano Marques da Silva, *A responsabilidade profissional do advogado (perspetiva penal)*, Estudos dedicados ao Prof. Doutor Mário Júlio de Almeida Costa, Universidade Católica Editora (coord. Júlio Gomes), 1.ª ed., Universidade Católica Editora: Lisboa (2002), pp. 625-642; Luís Menezes Leitão, *Estatuto da Ordem dos Advogados anotado*, 2.ª ed., Almedina: Coimbra (2017); Sinde Monteiro, *Responsabilidade por conselhos, recomendações ou informações*, Almedina: Coimbra (1989); Moitinho de Almeida, *Responsabilidade civil dos advogados*, 2.ª ed., Coimbra Editora: Coimbra (1998); Orlando Guedes da Costa, *A responsabilidade civil do advogado*, em Responsabilidade Civil Profissional, Centro de Estudos Judiciários (2017), pp. 181-216 e *Direito profissional do advogado — noções elementares*, 6.ª ed., Almedina: Coimbra (2008); Paulo Correia, *Da responsabilidade civil do advogado pelo incumprimento dos deveres de competência e zelo*, RMP, Ano 30 (Jul-Set. 2009), n.º 119, pp. 129-176; Rui Cardona Ferreira, *A perda de chance revisitada (a propósito da responsabilidade do mandatário forense)*, ROA, Ano 73 (2013), pp. 1301-1329; Rui Delgado, *Relações entre advogados e seus clientes — A responsabilidade civil dos advogados*, lições policopiadas do Centro de Estágio do Conselho Distrital do Porto da Ordem dos Advogado e Vítor Sousa, *A responsabilidade civil dos advogados pela violação de normas deontológicas*, Dissertação de Mestrado em Direito, Faculdade de Direito da Universidade do Porto: Porto (2014). Recentemente, é de destacar o mais recente estudo de Isa Meireles, *A responsabilidade civil do advogado: dois pesos, duas medidas: como tutelar a independência do advogado e assegurar o legítimo acionamento da responsabilidade civil?*, Estudos em homenagem ao Professor Doutor Wladimir Brito, Almedina: Coimbra (2020), pp. 553-578.

nha, nesta medida, o entendimento generalizado noutros países, determinado a individualizar esta matéria ao nível do tratamento. A atualidade do tema e a sua pertinência permanecem, hoje, incontornáveis.

Identifica-se — e este é o aspeto que nos parece essencial — uma tendência moderna no reconhecimento de responsabilidade civil de determinados agentes a *título profissional*. Essa tendência promove o ajustamento e adaptação dos quadros dogmáticos da responsabilidade civil.

> Neste contexto, o termo *profissional* circunscreve o espaço onde opera o fenómeno do ressarcimento de danos. Pretende-se tão-somente abranger um determinado conjunto de realidades por referência exclusiva ao escopo ocupacional, o qual é variável por natureza.

Simplesmente, é vantajoso determinar de antemão a utilidade dogmática em autonomizar-se a *responsabilidade civil profissional em geral* ou circunscrita a um determinado *campo*, de tipo *funcional* pelas situações consideradas, como seja a responsabilidade dos advogados ou a dos médicos, magistrados, solicitadores, agentes de execução, peritos avaliadores de imóveis, consultores, revisores oficiais de contas, *etc.*(14). Na verdade — antecipando desde já algumas das nossas conclusões —, um tal tipo de responsabilidade não se afasta globalmente dos quadros dogmáticos inerentes a todo o fenómeno indemnizatório. Baseia-se, por outro lado, em critérios imprecisos e de abandono progressivo, acompanhando, por sinal, o declínio de um *sentimento coletivo de identidade profissional*(15). Dogmaticamente, a responsabilidade profissional não rompe com o regime das modalidades principais do título de imputação de danos, nas quais acaba por se integrar, ainda que com ajustes(16). Sem prejuízo, esta detém importantes

---

(14) O elenco *supra* não é exaustivo; veja-se, ainda, a responsabilidade dos *solicitadores*, dos *intermediários financeiros*, dos *administradores* de sociedades, do *produtor*, do *transportador* e do *banqueiro*, ou, no campo das responsabilidades ditas *especiais*, a do *Estado*, por *danos ambientais* e pelo *prospecto* (com a presente classificação, v. Carneiro da Frada, *Direito civil — responsabilidade civil — o método do caso*, Almedina: Coimbra, 2011, p. 110, ss).

(15) Assim, apelando ao fim de um *«gemeinsames Gefühl beruflicher Identität»*, v. Jochen Tauptiz, *Die Standesordnungen der freien Berufe. Geschichtliche Entwicklung, Funktionen, Stellung im Rechtssystem*, Walter de Gruyter: Berlim, Nova Iorque (1991), p. 154.

(16) Existem apologistas do abandono das linhas gerais de compartimentação indicadas, apelando tanto a uma expansão das modalidades (aditando uma terceira ou quarta via de responsabilidade; cf., com destaque neste plano, além-Reno, Claus-Wilhelm Canaris, *Die Vertrauenshaftung im deutschen Privatrecht*, C.H.Beck: Munique, 1971, *passim*, e em *Schutzgesetze — Verkehrspflichten — Schutzpflichten*, *FS für Karl Larenz zum 80. Geburtstag*, org. Canaris/Diederichsen, C.H.Beck: Munique, 1983, pp. 27-110, *maxime* p. 85, ss.). Já conhecemos a teoria nos antípodas desta, a qual opta, ao invés, pela negação de qualquer esforço de categorização neste sentido; o entendimento ficou conhecido por *monismo*; cf., *supra*, nota de rodapé 7. Da nossa parte, somos apologistas do dualismo da res-

particularidades, nomeadamente quanto ao seu *âmbito* (em especial, quanto aos delitos emergentes de prestação deontologicamente imposta)([17]), *pressupostos* e *natureza*, as quais permitem destacá-la num campo soberano([18]), mas infelizmente circunscrito. A sua *especialidade*, fundamento da sua importância neste contexto, é simultaneamente o principal entrave à sua completa autonomização.

II
A responsabilidade civil do advogado

§ 2. Âmbito de aplicação da responsabilidade civil dos advogados; delimitação conceptual

I. A especialidade da responsabilidade civil dos advogados, no contexto das responsabilidades *profissionais*, e no âmbito paradigmático da relação estabelecida entre este e o seu constituinte, decorre, em primeiro lugar, do conjunto adicional de deveres impostos pelas normas deontológicas que regem a profissão e da consequente exigência acrescida, em termos de diligência, no cumprimento das obrigações assumidas — especialidade essa que se transporta para o contexto da denominada *responsabilidade civil do advogado* e a cujo tratamento isolado nos obriga.

No momento de aferição da responsabilidade civil do *advogado*, é requisito prévio e lógico a demonstração, tanto (*a*) da *qualidade* do agente (*requisito subjetivo*), como (*b*) da *conduta* em causa (*requisito objetivo*):

---

ponsabilidade civil, considerando a primazia das modalidades indicadas (de tipo obrigacional e extraobrigacional), à qual as demais se reconduzem. A matéria carece de maior aprofundamento, o qual manifestamente extravasa a economia do presente estudo.

([17]) Antunes Varela, *Das obrigações em geral*, Vol. I, 10.ª ed., Almedina: Coimbra (2006), pp. 238-239.

([18]) Expressando o ímpeto autonomizador das «responsabilidades profissionais», v. Catarina Monteiro Pires, *Limites dos esforços e dispêndios exigíveis ao devedor para cumprir*, ROA, ano 76, 2016, pp. 105-136 (p. 112, ss). Recentemente, o Supremo Tribunal de Justiça decidiu não autonomizar a responsabilidade civil profissional, sem prejuízo de lhe reconhecer determinadas particulares a considerar autonomamente (cf., o ac. de 17-Jun-2021, proc. 15017/14.0T2SNT.L1.S1). Aparenta ser, atualmente, incontornável o facto de a responsabilidade profissional apenas poder ser considerada numa «panorâmica em mosaico» (a expressão é de Carneiro da Frada, *Teoria da Confiança*, p. 333), respeitando a autonomia dogmática de cada profissão e encontrando-se o único denominador comum a todas as profissões que nela se incorporam a atuação num contexto profissional.

esta abrange as situações de responsabilidade onde figure como (potencial) lesante um sujeito validamente inscrito enquanto advogado e, por outro lado, que este haja atuado *enquanto tal*, ou seja, que haja praticado um *ato próprio da profissão*. Quando estes requisitos, cumulativos, não se encontrem verificados, estaremos, ao invés, na presença do *exercício ilegal* da profissão por um terceiro ou perante a responsabilidade do advogado pelos atos que praticou fora do contexto profissional (e com estes não conexos, claramente), i.e., neste último caso, apenas perante a responsabilidade civil de um *sujeito*, o qual acidentalmente trabalha como advogado.

II. Delimitemos, então, com maior profundidade, o âmbito desta responsabilidade profissional, considerando os requisitos previamente apontados.

a) Requisito subjetivo

III. Em primeiro lugar, o título profissional de advogado abrange os indivíduos licenciados em Direito com inscrição de advogado em vigor na Ordem dos Advogados (66.º EOA e 5.º da Lei n.º 49/2004, de 24 de agosto). Por outro lado, é reconhecida a qualidade de advogado em Portugal, estando habilitado a exercer a profissão em Portugal, ao indivíduo que haja adquirido título profissional análogo nos países membros da União Europeia e do Espaço Económico Europeu (203.º EOA)([19]). A qualidade de advogado é ainda, naturalmente, independente da forma de exercício da profissão, abrangendo os advogados em modelo de prática isolada ou aqueles que assumam a qualidade de sócio ou associado, por constituírem ou ingressarem numa sociedade de advogado (213.º EOA)([20]).

> Num exemplo, um agente apresenta-se como advogado, sem o ser, e aceita representar em juízo um amigo, constituído arguido num processo que corre termos em Lisboa. Todavia, não respeita o prazo para contestar a acusação apresentada pelo Ministério Público, lesando gravemente a defesa do arguido. A *responsabilidade civil* deste indivíduo — sem prejuízo da responsabilidade penal pela prática de um crime de procuradoria ilícita (p. e p. pelo art. 7.º da Lei n.º 49/2004, de 24 de agosto, a respeito da prática de atos próprios dos advogados e dos solicitadores ou da colaboração nessa prática, sem se encontrar habilitado para tal) — será apurada *nos termos gerais*, com *culpa* sempre *presumida* (11.º/1 da referida Lei n.º 49/2004, de 24 de agosto).

([19]) Sem prejuízo das restrições relativas ao exercício profissional constantes nos artigos subsequentes do Estatuto da Ordem dos Advogados, para as quais se remete (203.º a 212.º EOA).

([20]) Sobre as organizações associativas de profissionais de outros Estados-membros e empresas que prestem serviços de advocacia, v. os arts. 211.º e 212.º EOA.

Como vimos, os atos de advocacia praticados por sujeitos não inscritos (190.º EOA), embora não determinem a aplicação de regras próprias inerentes ao regime da responsabilidade civil dos *advogados*, presumem-se culposos para efeitos de responsabilidade civil (11.º/1 da Lei n.º 49/ /2004, de 24 de agosto). Neste caso, a usurpação de funções praticada pelo agente é qualificada — não como um exercício *ilegal* da advocacia (87.º EOA) —, mas antes como um *crime de procuradoria ilícita* (7.º da Lei n.º 49/2004, de 25 de agosto)([21]), cuja tutela ressarcitória concedida ao lesado é apurada, à partida, em termos exclusivamente *delituais* (483.º/1 CC), com a referida agravante da presunção de culpa([22]). Assim sendo, a conduta praticada por *terceiros*, não detentores de uma inscrição em vigor na Ordem dos Advogados (porque nunca a obtiveram ou a perderam, entretanto), não é fundamento de responsabilidade *do advogado*.

Duas breves notas quanto à *qualificação* e ao *exercício* desta responsabilidade em juízo.

i. [*complexidade da qualificação*] Em primeiro lugar, é importante considerar que a situação de responsabilidade emergente se enquadra num contexto de *ambiência negocial* entre as partes visadas, *i.e.*, entre o pretenso advogado e o seu constituinte. A figura do *mandato forense* é, por outro lado, o negócio paradigmaticamente pretendido. Neste contexto, o negócio celebrado contra a proibição legal

---

([21]) Resta saber a relação entre este crime e o da usurpação de funções (358.º CP).

([22]) Quando a atuação do pretenso advogado ocorra num contexto de ambiência negocial (pense-se no exemplo *supra*mencionado, o qual pressuporia a celebração de um *mandato judicial*, 43.º CPC), a frustração das expectativas do lesado também pode implicar o abandono do prisma delitual. De facto, é relevante apurar a responsabilidade emergente de um *negócio inválido* (no caso, prototipicamente o de mandato forense), por violação de regras legais imperativas, como seja, e em particular, aquela que reserva a legitimidade para a sua celebração (enquanto advogado) à parte que detenha uma inscrição válida e ativa como advogado. Retomaremos este aspeto *infra*, *i. complexidade da qualificação*. Relativamente à presunção de culpa constante da Lei n.º 49/2004, de 25 de agosto, esta aproxima o escopo de responsabilidade ao foro obrigacional, onde este regime impera (799.º/1 CC), como é sabido. A presunção tem por objeto ambas as formas de culpa (dolo e negligência, *Vorsatz* e *Fahrlässigkeit*), contando, ainda, como sugeria Pessoa Jorge, com uma presunção de *imputabilidade* (*Ensaio sobre os pressupostos da responsabilidade civil*, Almedina: Coimbra, 1999, p. 339). Como é sabido, se a regra da apreciação da culpa no contexto extraobrigacional cabe em exclusivo ao lesado (342.º/1 e 487.º/1 CC), existem exceções, aproveitando a possibilidade gizada no artigo 487.º/1 CC («salvo havendo presunção legal de culpa»), nomeadamente a responsabilidade das pessoas obrigadas à vigilância de outrem (491.º CC), proveniente dos danos causados por edifícios ou outras obras (492.º/1 CC), por coisas, animais ou atividades (493.º/1 CC). Existe, aliás, quem tente aniquilar a distinção entre culpa e ilicitude, enquanto requisitos distintos, agregando-os numa fórmula global, particularmente a de *faute* de Domat. Ocupa a vanguarda deste entendimento, distinguindo um modelo germânico, analítico e dualista (*Verschulden* e *Rechtswidrigkeit*), na via delitual, por oposição à modalidade obrigacional, onde o conceito de *faute* francês impera, Menezes Cordeiro (*Da responsabilidade civil dos administradores das sociedades comerciais*), Lex: Lisboa, 1997, p. 400, ss. e *Tratado de Direito civil*, Vol. VIII, reimp., Almedina: Coimbra, 2017, pp. 318 e 350). A matéria está longe de ser pacífica.

instituída, a qual reserva a prática de atos de advocacia ou equiparados a quem seja advogado, é *nulo* (280.º/1)([23]), ou seja, não produz efeitos *negociais* (289.º/1 CC). Todavia, produz *outros efeitos*, não negociais e que não correspondem aos pretendidos, os quais importa, ainda assim, considerar. Na verdade, cumpre averiguar se haverá, por acréscimo, lugar a responsabilidade civil derivada da celebração deste *negócio ineficaz*([24]). Pois bem, a matéria fora identificada por um famoso Autor alemão, Günther Haupt, ao qual se deve o aprofundamento dogmático da figura conhecida, entre nós, por *relações contratuais de facto* (*faktischen Vertragsverhältnisse*)([25]). Numa tripartição que se tornaria clássica, enquadrou-se, além-Reno, entre os demais casos, a responsabilidade emergente da *participação em relações comunitárias* ou *duradouras* (*Dauerschuldverhältnisse*), em particular aquela que advém da celebração de negócios jurídicos ineficazes (tal como o contrato de sociedade ou o de trabalho). A primeira dificuldade da matéria é, portanto, a de *qualificar* a responsabilidade emergente. Da nossa parte, reservamo-nos a autonomizar a figura, reconduzindo-a, ao invés, ao escopo *obrigacional*. Afinal, quando assente na violação de deveres acessórios de conduta (informação, lealdade e segurança), a celebração de um negócio ineficaz enquadra-se perfeitamente na responsabilidade pré-contratual (227.º CC), a qual fora, atente-se, autonomizada por Haupt([26]). Analogamente se passam as coisas no que res-

---

([23]) Sobre a interessante contraposição entre o âmbito de aplicação do art. 280.º/1, em confronto com o do 294.º, ambos do CC, v. José Ferreira Gomes, *A nulidade do negócio jurídico por contrariedade à lei*, Livro do Cinquentenário do Código Civil, Vol. II, Em memória do Prof. Doutor Eduardo dos Santos Júnior (coord. António Menezes Cordeiro), pp. 167-197 (p. 182, ss.).

([24]) Seguimos a terminologia de Manuel de Andrade, *Teoria Geral da Relação Jurídica*, Vol. II, *Facto Jurídico, em especial Negócio Jurídico*, Coimbra (1983), p. 411, ss., o qual distingue entre a ineficácia em sentido estrito ou invalidade (típica, anulabilidade ou nulidade, e a atípica) e, por outro lado, a ineficácia em sentido lato.

([25]) *Über faktische Vertragsverhältnisse* (1941), a obra seria incluída em *Festschrift für Siber*, Vol. II, Leipzig (1942), p. 5, ss.

([26]) Nesta linha, qualificando a responsabilidade emergente como obrigacional, veja-se Pessoa Jorge, *Ensaio*, p. 312, e Paulo Mota Pinto, *Interesse contratual negativo e interesse contratual positivo*, Vol. II, Almedina: Coimbra, 2008, pp. 1188-1197. A própria qualificação da responsabilidade pré-contratual não é isenta de dúvidas, particularmente entre as vias da responsabilidade obrigacional e extraobrigacional ou, ainda, rompendo com o dualismo considerado, mediante o apelo a uma terceira via (*Dritte Spur*) de responsabilidade. Inclinamo-nos para a primeira solução (via obrigacional), tal como, por sinal, Rodulf von Jhering, o qual esteve na génese da figura (*Culpa in contrahendo: oder Schadensersatz bei nichtigen oder nicht zur Perfection gelangten Vertragen*), Friedrich Mauke, 1860) e cuja solução corresponde àquela atualmente prevista no civil alemão [§ 311(2), 1 BGB], fruto da modernização do Direito das obrigações de 2001/2002. A responsabilidade é de tipo obrigacional por incumprimento dos deveres acessórios e com apoio na boa-fé, sem dependência de uma qualquer obrigação principal (seguimos, neste ponto, e de perto a lição de Menezes Cordeiro em *Da boa-fé no Direito civil*, 7.ª reimp. da edição de 1983, Almedina: Coimbra, 2017, pp. 616-621 e em *Tratado de Direito civil*, Vol. VII, reimp., 2018, p. 649). Analogamente se passam as coisas nesta fase, quando existam normas legais que modelem a liberdade de celebração do negócio e estejam a ser desrespeitadas: o incumprimento das obrigações que impõem, concretizadas ou não a nível acessório, localizam a responsabilidade emergente ainda no espectro obrigacional. Em todo o caso, a matéria da qualificação da responsabilidade do advogado será retomada e aprofundada *infra*, § 5. Aqueloutro entendimento, o qual reconhece a existência de uma responsabilidade intermédia, em rompimento da *summa divisio*, deve-

peita ao enquadramento da obrigação de indemnização no contexto da falta, insuficiência e irregularidade do mandato (48.º/2 CPC). Quando a responsabilidade emergente seja deste tipo, a presunção de culpa da Lei n.º 49/2004, de 25 de agosto, nada acrescenta, portanto, àquilo que decorre do regime-regra da modalidade obrigacional de responsabilidade civil (799.º/1 CC).

ii. [*exercício da pretensão indemnizatória*] Em segundo lugar, é reconhecida *legitimidade* à Ordem dos Advogados e à Câmara dos Solicitadores para instaurar a ação de responsabilidade civil (art. 11.º/2 da Lei 49/2004, de 24 de agosto), visando o «ressarcimento de danos decorrentes da lesão dos interesses públicos que lhes cumpre, nos termos dos respetivos estatutos, assegurar e defender». Embora a redação desta não tenha sido a mais feliz, não se trata de uma *extensão* de *legitimidade* no exercício da pretensão indemnizatória, em substituição ou no lugar do lesado([27]). Por outro lado, não se institui a tutela de *danos reflexos*, à semelhança do que sucede no contexto da tutela dos danos patrimoniais e não patrimoniais de terceiros no escopo delitual (p. ex., 495.º e 496.º CC): afinal, esta pretensão não depende funcionalmente de outra, na qual se permite tutelar os danos sofridos *por ricochete*. A pretensão indemnizatória cabe em primeira linha, por direito próprio, ao lesado, pretensão essa que esta possibilidade não aniquila. Ao invés, é *também* atribuída uma pretensão indemnizatória por *direito próprio* a ambas as instituições (à Ordem dos Advogados e à Câmara dos Solicitadores), cujo destino é concretizado no número seguinte do preceito (11.º/3 da Lei 49/ /2004, de 24 de agosto): esta reverte a favor do fundo destinado à promoção de acções de informação e implementação de mecanismos de prevenção e combate à procuradoria ilícita (diploma esse, ainda hoje, inexistente). A figura não deixa de causar estranheza. Em particular, notamos a dificuldade em se reconhecer uma

---

-se, por sua vez, a Canaris (*Die Vertrauenshaftung*, *passim*, e em *Täterschaft und Teilnahme bei culpa in contrahendo*, *FS zum 60. Gerburtstag von Giger*, org. Habscheid/Hoffmann-Nowotny/Linder/ /Meier-Hayoz, 1989, pp. 91-122). Esta tese foi seguida, entre nós e entre outros, por Menezes Leitão (*Direito Das Obrigações*, 10.ª ed., Vol. I, Almedina: Coimbra, p. 377); Rui Ataíde (*Responsabilidade civil por violação de deveres no tráfego*, Almedina: Coimbra, 2015, pp. 1002-1017); e Dário Moura Vicente (*Direito Comparado*, Vol. II, Almedina, Coimbra, 2017, p. 112).

([27]) Essa alternativa assume pontos de contacto com uma figura muito em voga, nomeadamente a liquidação de danos de terceiro (*Drittschadensliquidation*) onde, curiosamente, se advoga a possibilidade de cedência de legitimidade do credor (*gewillkürte Prozessführungsbefugnis*) para a satisfação da pretensão indemnizatória; cf., a propósito, Fernando Oliveira e Sá, *Contrato e liquidação de dano de terceiro*, Novas tendências da responsabilidade civil, Almedina: Coimbra, 2007, pp. 207- -251, (pp. 220-221). Em termos gerais, giza-se a possibilidade se um sujeito, não titular do interesse lesado (de que seriam aquelas instituições) liquidarem um dano sofrido por terceiro (Carneiro da Frada, *Contrato e deveres de protecção*, Separata do Vol. XXXVIII do BFD, Coimbra, 1994, pp. 97- -100). A figura não se adequa manifestamente ao caso, essencialmente por três motivos: em primeiro lugar, aquelas entidades apresentam-se defensoras das lesões ocorridas nos *interesses públicos* que lhes incumbe promover. Esse interesse é, por sinal, próprio e não de terceiro. Em segundo lugar, a figura em causa (de liquidação do dano de terceiro) cobre a ausência de tutela emergente da falta de correspondência entre a esfera onde a lesão (vulgo, ilicitude) ocorre e, por sua vez, aquela onde o dano se processa. Por fim, em todas as vertentes, essa liquidação implica certamente uma obrigação posterior de transmissão do produto indemnizatório a favor do lesado, algo que a reversão dos montantes a favor do Fundo projetado contraria, o que também indicia um distanciamento teleológico desta figura.

pretensão indemnizatória a quem não é titular da situação jurídica lesada [o apelo a *danos puramente patrimoniais* é, portanto, altamente sugestivo([28]), embora a crítica seja ultrapassável se nos conformarmos com a presença da segunda modalidade da ilicitude extraobrigacional, ou seja, com a violação de *normas de proteção*, 483.º/2 CC] e, fundamentalmente, pela inexistência de danos sofridos *diretamente* por estas entidades. O ponto de conexão é o facto de competir a estas entidades a *defesa* dos interesses públicos que hajam sido lesados. Todavia esta competência estatutária não é necessária, nem suficiente para a formação de um título de imputação de danos. Afinal, o interesse subjacente à lesão (*rectius*, perigo de lesão) em causa não fundamenta, *per si*, uma situação de responsabilidade. Como é sabido, o título de imputação de danos carece, manifestamente, da existência de *prejuízos*, além dos demais requisitos; realidade esta (insiste-se) distinta da *ilicitude*, necessariamente prévia (a qual referimos corresponder à lesão ou perigo de lesão de determinado interesse juridicamente tutelável)([29]). Pois bem, não é pela simples presença de uma violação legal ou estatutária, referente a interesses cuja defesa esteja a seu cargo, que estas entidades devam dispor de uma tutela indemnizatória: o prejuízo sofrido por si carece de ser demonstrado e isso é simplesmente difícil de se verificar.

No campo processual civil, pode ocorrer que um advogado atue *além* dos poderes que lhe foram conferidos. Esta situação é precisamente a inversa da falta de *patrocínio judiciário* da parte em juízo, quando obrigatório (41.º CPC), porque esta se reporta, ao invés, à atuação de um advogado sem os devidos poderes representativos da parte.

Quando essa usurpação de poderes ocorra no contexto do *mandato judicial*, o patrocínio judiciário fica viciado. Esse vício comporta um conjunto de particulares densificadas num regime próprio [48.º, 577.º, *h*) CPC], relativo à *falta*, *insuficiência* ou *irregularidade* do mandato, con-

---

([28]) Estes danos (*reiner Vermögensschaden*) são aqueles que, segundo Sinde Monteiro, «uma pessoa sofre sem que tenha existido prévia violação de um direito ou bem absolutamente protegido» (*Responsabilidade por conselhos*, recomendações ou informações, Almedina: Coimbra, 1989, p. 187). Nestes termos, não são tuteláveis, à partida, na primeira modalidade de ilicitude delitual, mas apenas com base (*i*) na violação do crédito em sede delitual, (*ii*) na segunda modalidade de ilicitude delitual (violação de normas de proteção, presentemente tratada), (*iii*) quando enquadrável em previsões delituais específicas e, por fim, (*iv*) quando se reporte a uma situação abusiva (334.º CC).

([29]) Aliás, no contexto da concretização técnica do conceito de dano, apelar ao *interesse* causa verdadeira estranheza para um sector destacado da nossa doutrina. Neste sentido, veja-se, entre outros, João de Castro Mendes, *Do Conceito jurídico de prejuízo*, Jornal do Fôro: Lisboa, pp. 16-17, bem como Menezes Cordeiro, *Direito das Obrigações*, Vol. II, AAFDL: Lisboa (1980), p. 284, e Mafalda Miranda Barbosa, *Danos*, *Uma leitura personalista da responsabilidade civil*, Principia: Cascais (2018), pp. 38--39. A alternativa radica-se no conceito de *bem jurídico*, o qual permite distinguir este conceito do de dano, v. P. Mota Pinto, *Interesse*, I, p. 422, 425 (nota de rodapé 1407), 433, ss. e 727, para cuja investigação se remete. Com hesitações, pertinentes, Pedro Múrias, *O que é um Interesse, no sentido que geralmente interessa aos juristas*, Estudos em memória do prof. J. L. Saldanha Sanches, 2011, pp. 829-858 (pp. 840-841).

soante se trate de ausência de mandato (p. ex., o qual haja sido revogado), atuação além dos seus limites (p. ex., a confissão da ação sem o advogado estar munido de poderes especiais para tal) ou, por fim, quando não hajam sido observados os requisitos de forma, para se conferir o mandato judicial (43.º CPC), respetivamente.

b) Requisito objetivo

IV. Em segundo lugar, para além da qualidade do agente, cabe ainda indagar se o facto lesivo praticado se caracteriza por ser um ato *próprio* da profissão — enquanto ato reservado a quem detenha o título profissional de advogado (1.º/1 da Lei n.º 49/2004, de 24 de agosto)([30]). Esse título requer que o agente esteja inscrito na Ordem dos Advogados. Para essa inscrição, exige-se, por sua vez, que o sujeito seja licenciado em Direito e haja concluído, com sucesso, o curso de formação na Ordem dos Advogados (66.º, 199.º/1 EOA). Quando assim não seja, caberá ao lesado recorrer à tutela ressarcitória conferida pelo regime geral de responsabilidade civil delitual ou obrigacional, consoante o caso.

> Noutro exemplo, um advogado, com inscrição em vigor na Ordem dos Advogados, provoca intencionalmente danos no automóvel do seu vizinho e um outro sujeito, também advogado, recusa-se perentoriamente a pagar à oficina o preço de reparação do seu automóvel. A atuação de ambos os advogados, por não se enquadrar no escopo dos atos próprios da sua profissão, obriga a que o ressarcimento dos danos nos casos mencionados seja feito, tanto pelo regime geral da responsabilidade civil delitual, como pela obrigacional, respectivamente. Em qualquer dos casos, é irrelevante o título profissional dos agentes.

Para averiguarmos este âmbito objetivo, importa delimitar a *conduta* relevante nesta sede([31]). Ora, são qualificados como *atos próprios da profissão de advogado* (1.º/5 e 9 da Lei n.º 49/2004, de 24 de agosto) os seguintes atos, a saber:

([30]) Excetuam-se a elaboração de pareceres escritos por docentes das faculdades de Direito (1.º/3 da Lei n.º 49/2004, de 24 de agosto). A consulta jurídica que assuma a forma de parecer escrito não depende de o respetivo autor se encontrar inscrito na Ordem dos Advogados.

([31]) O desvalor objetivo (ilicitude) e subjetivo (culpa) da conduta não se confunde com o dano que produza. Adentro a ilicitude, é, aliás, clássica a dicotomia quanto ao objeto do desvalor objetivo do facto, vulgo ilicitude, entre os polos da teoria do desvalor do resultado (*Erfolgsunrechtlehre*), da qual nos afastamos, e a do desvalor da conduta ou do comportamento (*Verhalensunrechtlehre*). A matéria pode ser confrontada nos manuais de referência, para os quais se remete. O ponto a reter é a sua principal vantagem metodológica: a preferência pela avaliação do desvalor da conduta evita a confusão entre os requisitos da ilicitude e o do dano.

(*a*) o exercício do *mandato forense*([32]);

(*b*) a consulta jurídica([33]);

(*c*) a elaboração de contratos e a prática dos atos preparatórios tendentes à constituição, alteração ou extinção de negócios jurídicos, designadamente os praticados juntos de conservatórias e cartórios notariais;

([32]) Deve-se distinguir o *mandato forense* do *mandato judicial*. O primeiro engloba o segundo. Este último é apenas o substrato negocial (o contrato de mandato) que subjaz ao *patrocínio judiciário*, ou seja, à representação da parte *em juízo*. Escusado será dizer que é possível que o mandato forense não se destine à representação da parte num determinado processo, envolvendo, ao invés, a prática de outros atos jurídicos. Numa posição própria, João de Castro Mendes/Teixeira de Sousa, advogam que o mandato judicial representa o «conjunto de poderes de representação em tribunal», ao invés daquele contrato (*Manual de Processo Civil*, Vol. I, AAFDL: Lisboa, 2022, p. 322). A qualificação do mandato como *judicial* implica sempre a atribuição de poderes representativos atribuídos ao advogado. Considera-se, enquanto tal, o «mandato judicial conferido para ser exercido em qualquer tribunal, incluindo os tribunais ou comissões arbitrais e os julgados de paz» [67.º/1, *a*) EOA e art. 2.º da Lei n.º 49/2004, de 24 de agosto]. Por sua vez, já se engloba, no conceito mais lato de *mandato forense*, o «exercício do mandato com representação, com poderes para negociar a constituição, alteração ou extinção de relações jurídicas» e o «exercício do mandato com representação em procedimentos administrativos, incluindo os tributários, perante quaisquer pessoas coletivas públicas ou respetivos órgãos ou serviços, ainda que se suscitem ou discutam apenas questões de facto» [67.º/1, *b*) e *c*) EOA]. O exercício do *mandato judicial* consubstancia o ato paradigmaticamente associado à profissão. Nas palavras de Januário Gomes, esta é, de facto, a sua "função carismática" (*Contrato de mandato*, 2.ª reimp., AAFDL, Lisboa, 2012, p. 43). Depende da concessão de uma *procuração forense* pelo constituinte, ato que se destina à atribuição de poderes representativos perante terceiros (262.º CC e 45.º/1 CPC). A forma desta procuração extravasa o usual documento particular [43.º, *c*) CPC e artigo único do Decreto-Lei n.º 342/92, de 14 de setembro] e inclui, entre outras formas, a declaração verbal no auto de qualquer diligência [43.º, *b*) CPC; a chamada procuração *apud acta*]. O mandato judicial tem por base, tal como o respetivo nome indicia, o contrato de *mandato*, no qual o advogado se vincula à prática de um ou mais atos jurídicos (1157.º CC e 43.º CPC) com representação (*contemplatio domini*). Este mandato presume-se oneroso (1158.º/1 CC). A representação, conferida através da procuração, não se confunde com o contrato de mandato, embora, no que respeita ao exercício da advocacia, ambas as figuras surjam intrinsecamente associadas. Justamente, a figura do mandato *forense* engloba geralmente ambas as figuras. Existe, é certo, mandato (incluindo o que vise a prática de atos jurídicos) sem representação, tal como existe representação sem mandato. Sobre a distinção entre as figuras, v. Januário Gomes, *Contrato de Mandato*, pp. 31-37. Recorde-se o que se afirmou anteriormente: o mandato judicial é entendido pelas nossas instâncias como «um contrato de mandato oneroso, com representação», v. o ac. STJ de 05-Fev-2013, proc. n.º 488/09.4TBESP.P1.S1. Note-se, por fim, que a mera declaração na procuração forense da concessão de poderes forenses não habilita o advogado a confessar a ação, transigir sobre o objecto ou desistir do pedido ou da instância. Para estes atos, exige-se a concessão de poderes *especiais* ao mandatário judicial, através de uma autorização *expressa* (45.º/2 CPC).

([33]) Por consulta jurídica entende-se «a actividade de aconselhamento que consiste na interpretação e aplicação de normas jurídicas mediante solicitação de terceiro» (cf. arts. 3.º da Lei n.º 49/2004, de 24 de agosto, e 68.º EOA). A consulta jurídica poderá ser exercida por juristas de reconhecido mérito e mestres ou doutores em Direito, cujo grau seja reconhecido em Portugal, desde que inscritos, para o efeito, na Ordem dos Advogados (arts. 1.º/2 da referida Lei e 200.º EOA).

(*d*) a negociação tendente à cobrança de créditos;

(*e*) o exercício do mandato no âmbito da reclamação ou na impugnação dos atos administrativos ou tributários;

(*f*) todos os atos que resultem do exercício do direito dos cidadãos a fazer-se acompanhar por advogado perante qualquer autoridade.

Note-se que o elenco apresentado é meramente *enunciativo*, por ainda se considerarem atos próprios dos advogados todos aqueles que são exercidos por quem detenha o título profissional de advogado no *interesse de terceiros* e no *âmbito da atividade profissional* (1.º/7 da Lei n.º 49/ /2004, de 24 de Agosto).

Em suma, o âmbito da responsabilidade civil dos advogados, com as especialidades inerentes ao presente regime, restringe-se àquilo que possa ser considerado simultaneamente (*i*) um exercício *irregular* da advocacia, por parte de um agente inscrito enquanto advogado da Ordem dos Advogados, (*ii*) no âmbito do exercício de um *ato próprio da profissão*.

V. Retomando a situação típica de responsabilidade do advogado, *i.e.*, verificados os âmbitos *subjetivo* e *objetivo* da delimitação da situação de responsabilidade em causa, cumpre apurar se subjaz sempre uma relação *negocial* entre advogado e cliente. Considerando-se o elenco de atos próprios da advocacia, a resposta será tendencialmente afirmativa.

O *mandato forense* tem por base, por definição legal, o contrato de mandato, qualificado, pela sua especialidade, como um contrato de prestação de serviço *nominado* e *atípico*([34]). No que respeita aos demais atos, quando o patrocínio forense não seja assumido mediante uma procuração *forense* estaremos ainda perante um outro contrato de prestação de serviço.

([34]) Sobre a natureza atípica do contrato de mandato forense, cf. o ac. STJ de 09-Dez-2014 (proc. n.º 1378/11.6TVLSB.L1.S1). A solução não é pacífica. Na Alemanha, o contrato geralmente estabelecido entre o advogado e o seu cliente não é um de mandato (*Auftrag*, § 662 BGB), mas antes um *contrato de gestão* (*Geschäftsbesorgungsvertrag*, § 675 BGB), independentemente de prevalecer uma vertente de prestação de serviço ou de trabalho; cf., desenvolvidamente e por todos, a anot. a este preceito por Heerman, *MüKoBGB*, Vol. VI (8.ª ed., de 2020), n. 26. Entre nós, cumpre recordar, por um lado, que a representação em juízo por advogados, vulgo o *patrocínio judiciário* (ou seja, no âmbito do *mandato judicial*) não é obrigatória nas causas cíveis que não superem o valor alçada do tribunal da Relação (40.º CPC, 44.º/1 LOSJ; cf., em maior pormenor, a anot. de José Lebre de Freitas/Isabel Alexandre ao art. 40.º CPC, *Código de Processo Civil Anotado*, Vol. I., *Artigos 1.º a 361.º*, 4.ª ed., Almedina: Coimbra, 2018, p. 113), embora o seja sempre no processo penal (neste, entende-se por *defensor*, 62.º CPP, apenas o advogado, art. 1.º/10 da Lei n.º 49/2004, de 24 de agosto) e, por outro lado, existe uma competência especial dos solicitadores e dos advogados estagiários nesta matéria (art. 1.º/11 da referida Lei e 136.º/1 EOSAE).

A relação contratual base pode então assumir a forma de mandato sem representação, de prestação de serviço atípica e nominada, que não o *mandato forense* (p. ex., a relação contratual base inerente à consulta jurídica, quando prestada fora do âmbito do mandato forense, ou o *contrato de avença*, enquanto prestação de serviço de execução continuada com uma componente remuneratória fixa) ou um contrato de trabalho.

Enquanto exceção à natureza *negocial* desta relação jurídica — ainda que também *obrigacional*, sendo, por conseguinte, também fonte de deveres —, cumpre destacar a possibilidade de enquadramento da atividade do advogado (*a*) ao abrigo da *gestão de negócios* (464.º e ss. CC, 49.º CPC) e, por outro lado, (*b*) a sua atuação oriunda de *nomeação oficiosa* (30.º da Lei n.º 34/2004, de 29 de julho, na sua redação atual), para a concessão de apoio judiciário ou prestação de consulta jurídica. Nestes casos, não se advinha uma relação *negocial* entre o advogado e o beneficiário de proteção jurídica([35]).

Vejamos, em maior detalhe, estas últimas duas hipóteses.

a. [*gestão de negócios*] Como é sabido, a gestão de negócios é uma das fontes das obrigações e a *responsabilidade* civil do gestor de negócios é um tema clássico do direito privado([36]). Abreviadamente, esta engloba, tanto os atos culposos em decorrência da gestão, como os prejuízos resultantes da sua injustificada interrupção (466.º/1 CC). Por acréscimo, a gestão gera um conjunto de deveres para o gestor, entre os quais o de este se conformar com o interesse a vontade do *dominus* [465.º, *c*) CC] e o acessório de conduta de não causar danos com a interrupção da gestão (466.º/1 CC, *in fine*). Debruçando-nos em concreto sobre

---

([35]) Moitinho de Almeida, *Responsabilidade civil dos advogados*, p. 11, e Orlando Guedes da Costa, *Direito professional do advogado*, p. 337.

([36]) Sobre o tema, v., em especial, Adriano Vaz Serra, *Gestão de negócios*, Separata BMJ, n.º 66 (1957); Armindo Ribeiro Mendes, *A gestão de negócios no direito civil português*, Lisboa (1971); Catarina Brandão Proença, *Da apreciação da culpa do gestor de negócios*, Revista Ciências Empresariais e Jurídicas, Porto, n.º 19 (2011), pp. 27-61; Menezes Leitão, *A responsabilidade do gestor perante o dono do negócio no direito civil português*, Almedina: Coimbra (2005); Júlio Gomes, *A gestão de negócios: um instituto jurídico numa encruzilhada*, separata ao BFDUC, Vol. XXXIX, Coimbra (1993), *A gestão de negócios, "A Oeste nada de novo"?*, Comemorações dos 35 anos do código civil e dos 25 anos da reforma de 1977, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra Editora: Coimbra (2004), pp. 39-62, *Gestão de negócios representativa, aprovação da gestão e ratificação do negócio*: *acórdão do Tribunal da Relação de Évora de 1.6.1999*, Cadernos de Direito Privado: Braga (Jan-Mar. 2003), n.º 1, pp. 52-62; Januário Gomes, *Breve nota sobre gestão de negócios e mandato sem representação: a propósito do Acórdão da Relação de Coimbra de 31 de Julho de 1984*, tribuna da justiça, Fundão, n. 8-9 (Ago-Set. 1985), pp. 13-14, 18; e Nuno Andrade Pissarra, *Gestão de negócios: comentário aos artigos 464.º a 472.º do Código Civil*, Revista de Direito Civil, Ano 6, n.º 2 (2021), pp. 341-424. Além-Reno, apela-se à figura da *gestão de negócios sem incumbência* (*Geschäftsführung ohne Auftrag*, §§ 677 a 687 BGB; cf., a propósito, Larenz, *Lehrbuch des Schuldrechts*, II/1, 13.ª ed., C.H.Beck: Munique, 1986, § 57, pp. 435-453).

a atuação do advogado, a maior densificação deste regime é-nos oferecida pelo Código de Processo Civil (49.º CPC). Identifica-se um conjunto de circunstâncias que legitimam uma atuação do advogado ao abrigo deste instituto, nomeadamente a urgência da prática de atos processuais, com receio do decurso do prazo, tal como, por exemplo, a propositura da ação, evitando a caducidade do direito, a contestação em juízo dentro de prazo, a realização de uma audiência urgente, *etc.* A delimitação desta figura perante a atuação do *mandatário sem poderes* deve, portanto, ser feita: no fundo, importa determinar se o advogado declarou estar ou não munido da procuração em falta(37). Em caso negativo, a sua atuação pode ser ainda considerada (*rectius*, *legitimada*), enquanto *gestor de negócios* e a título necessariamente *representativo* (ou seja, o advogado atua neste contexto sempre *em nome* da parte)(38). Este último elemento justifica a exigência de *ratificação* da gestão (469.º CC, 49.º/2 e 3 CC)(39). Existem outros elementos que devem ser considerados, embora longe de pacíficos, nomeadamente a necessidade de o advogado *declarar* que atua como gestor de negócios(40) e a possibilidade de a gestão se estender aos atos de natureza pessoal(41). A responsabilidade emergente da violação daqueles deveres e, na qualidade de gestor de negócios, é manifestamente obrigacional (798.º e ss. CC)(42).

b. [*nomeação oficiosa*] Por vezes, a nomeação do mandatário judicial não provém da parte representado, *i.e.*, não deriva de um ato de vontade. Na verdade, a relação estabelecida entre o *patrono* ou *defensor nomeado* e o *cliente* poderá basear-se numa nomeação realizada pela Ordem dos Advogados, i.e., um ato de *natureza administrativa* ou, por outro lado, um ato de *natureza judicial*, quando a

---

(37) Assim, José Lebre de Freitas/Isabel Alexandre em anot. ao art. 40.º CPC, *Código de Processo Civil Anotado*, Vol. I., pp. 113-114.

(38) Cumpre notar que a gestão opera sempre ao nível do pressuposto processual do *patrocínio judiciário*. A existir uma gestão de negócios *não representativa*, o advogado interviria como *parte*, carecendo, por seu turno, de representação em juízo por outro advogado, desde que necessário. Simplesmente, esta forma de gestão (não representativa) não foi contemplada diretamente na nossa lei.

(39) Esta foi apenas dispensada no caso em que o advogado juntou procuração com data anterior ao da peça processual que apresentou em juízo, invocando atuar como gestor de negócios. Neste caso, o douto Supremo Tribunal de Justiça considerou (e bem) que, em boa verdade, não houve sequer gestão de negócios, mas sim um *mandato judicial* válido ainda não comprovado junto do tribunal (cf., neste sentido, o ac. de 31-Mar-2009, proc. n.º 08B3886).

(40) A nossa jurisprudência inclina-se para ser necessário o advogado declarar a sua qualidade de gestor, cf. os acs. TRL, de 18-Dev-1992 (proc. n.º 0053381), e de 11-Nov-2003 (proc. n.º 8851/003-7).

(41) É a limitação presente no *mandato tributário*, restrito aos atos de natureza procedimental ou processual tributária que não tenham carácter pessoal (art. 5.º/1 CPPT; neste sentido, v. o ac. TCA Sul, de 16-Mai-2006, proc. n.º 01174/06).

(42) Em sentido contrário, há quem distinga entre o plano delitual (em regra) e o obrigacional (perante o incumprimento de deveres específicos), tal como Menezes Cordeiro (*Tratado*, VIII, pp. 104-105) ou quem recuse de todo a sua integração nas modalidades tradicionais: a solução passaria, então, pelo reconhecimento de uma via *intermédia* de responsabilidade (é o caso de Menezes Leitão, *A responsabilidade civil do gestor perante o dono do negócio no Direito civil português*, Almedina, Coimbra, 2005, p. 357). A doutrina dominante na Alemanha apoia o entendimento expresso no texto; cf., com base no disposto no § 280 BGB e por todos, Schäfer em anot. ao § 678 BGB, *MüKoBGB* (8.ª ed. 2020), n.os 1 e 2.

nomeação seja realizada pelo tribunal (ou, em determinados, casos pelo Ministério Público), tal como ocorre nos casos de nomeação de advogado designado na escala de prevenção, visando a realização de diligências urgentes (1.º a 4.º da Portaria n.º 10/2008, de 03 de janeiro). Esta nomeação *externa*, da perspetiva do constituinte, não tem, portanto, natureza *negocial*. É, em todo o caso, fonte de obrigações que vinculam o mandatário, tal como ocorre na relação emergente de fonte voluntária, como vimos. Dito isto, nada obsta a que se considerem diferenças marcantes de regime entre a nomeação interna e a externa, tal como, neste último caso, a ausência do dever de remuneração por parte de quem beneficia deste regime (cf. 3.º/3 LADT). A responsabilidade emergente neste contexto é, à partida, obrigacional([43]). Retomaremos este aspeto adiante([44]).

§ 3. Pressupostos da responsabilidade civil do advogado

VI. A formação de um *título de imputação de danos* requer a verificação de um conjunto de *requisitos*, vulgo *pressupostos* de responsabilidade. Em ambas as normas-padrão das duas principais modalidades de responsabilidade (delitual e obrigacional, 483.º/1 e 798.º CC, respetivamente), *rectius*, na respetiva previsão normativa, constam estes elementos. De forma (aparentemente) menos complexa, a estatuição normativa é *comum*: o lesante é obrigado a indemnizar o lesado (562.º e ss. CC), embora, como se sabe, sobre esta obrigação incidam regras diferentes consoante a modalidade em causa que lhe serve de fundamento (p. ex., é dis-

---

([43]) Cumpre notar que o apelo a figuras conexas, nomeadamente a uma *obrigação legal de negociar*, afigura-se incorreto, além de desnecessário. O dever jurídico *de negociar* pode ser considerado em duas vertentes: por um lado, numa positiva, *stricto sensu*, de celebrar determinado negócio ou, pelo menos, de *prestar*, censurando-se, deste modo, a conduta paradigmaticamente omissiva, contrária àquele dever de fonte *convencional* ou *legal*. Deteta-se, por outro lado, uma vertente negativa, enquanto o dever de *não celebrar* determinado negócio [*non facere*; p. ex., o dever de o advogado recusar o patrocínio que considere injusto, 90.º/2, *b*) EOA, ou numa situação de conflito de interesses, 99.º EOA], tutelando-se os danos emergentes pela conduta desta vez *positiva* do inadimplente. Destacamos esta modalidade, inicialmente delimitada quanto à fonte (legal), porquanto o seu incumprimento não se confunde com aquele emergente do incumprimento do dever de fonte *convencional*, tal como sucede, na primeira vertente (positiva), no âmbito dos *contratos preliminares* (contrato-promessa e, bem assim, a promessa de casamento, pacto de preferência, de opção, *etc.*), ou na promessa pública, cuja tutela se enquadra, sem dificuldades de maior, em sede da responsabilidade *obrigacional*. Pois bem, o ato de nomeação realizado pela Ordem dos Advogados ou pelo Ministério não visa, de *per si*, o estabelecimento de uma *relação negocial*. Antes, a relação esgota-se em si mesma (não sendo preliminar ou preparatória de um negócio posterior), gerando um complexo feixe de deveres, os quais se podem considerar que decorrem diretamente do regime instituído, à margem, portanto, de um qualquer *negócio*.

([44]) Cf., *infra*, § 5, XIII, *ii*.

tinto o prazo prescricional consoante a indemnização se funde na via delitual, em regra de três anos, 498.º/1 CC, ou na obrigacional, de vinte anos, 309.º CC). Retomando os elementos que fundam esta obrigação de indemnizar, encontra-se longe de pacífica a interpretação destes elementos. Vinga, no entanto, ao nível doutrinário e das nossas instâncias, uma pentapartição tradicional, a qual distingue entre (*a*) facto, (*b*) ilicitude, (*c*) culpa, (*d*) dano e (*e*) nexo de causalidade. É este modelo que consideraremos aplicáveis à responsabilidade civil do advogado, pese embora as nossas reservas ao mesmo([45]). Pois bem, se a necessidade de verificação cumulativa destes requisitos concentra o esforço de análise do título de imputação de danos, a cada um destes elementos também se reportam causas que permitem excluir a responsabilidade. É nesta base que deverá ser enquadrada a exposição subsequente.

a. [*facto*] O facto lesivo praticado pelo advogado abrange, tanto a conduta *ativa* (*neminem ladere*), violadora das obrigações contratuais assumidas e das normas deontológicas aplicáveis, como a *omissiva*, violadora do dever de conduta imposto pelo vínculo contratual e pelas normas de proteção, onde se destacam, novamente, aqueles deveres estatutários, de matriz pública([46]).

> Justamente, o Supremo Tribunal de Justiça considerou, em 2012, como conduta omissiva, geradora de responsabilidade civil, o facto de o advogado não ter procedido ao pagamento da multa devida pela liquidação fora de prazo da taxa de justiça inicial (e da multa subsequente por ter ignorado a guia remetida), conduzindo ao desentranhamento da contestação apresentada e à confissão dos factos alegados pelo A. nessa ação([47]).

Em sede do presente requisito, avalia-se se a conduta do advogado se reconduz a um *comportamento humano dominável*([48]). No âmbito das res-

---

([45]) Da nossa parte, entendemos que a razão reside com Menezes Cordeiro, o qual ocupa, hoje, a vanguarda na defesa de um modelo *sincrético* ou *englobante* de responsabilidade (*Tratado*, VIII, p. 426). No fundo, os únicos pressupostos de responsabilidade são a *imputação* e o *dano*. No primeiro, podemos enquadrar os demais, tradicionais (conhecidos por facto, ilicitude, culpa e nexo de causalidade), ou modelá-los consoante o título de imputação em causa. Assim, p. ex., a responsabilidade por factos lícitos tem como pressupostos a imputação (limitada ao facto) e a existência de danos. Cumpre notar que este pensamento encontra rudimentos nas lições de Pessoa Jorge (*Ensaio*, pp. 55-56 e em *Direito das Obrigações*, *Apontamentos*, Edição da AAFDL: Lisboa, 1963, p. 218) e mereceu, posteriormente, a adesão de Eduardo Santos Júnior (*Da responsabilidade*, p. 224, nota de rodapé 750, e p. 266).

([46]) V., no sentido mencionado no texto, Fernando Sousa Magalhães, *Estatuto*, p. 159 e Vítor Sousa, *A responsabilidade civil dos advogados*, p. 41.

([47]) Cf., o ac. STJ de 18-Out-2012 (proc. n.º 1847/08.5TVLSB-A.L1.S1).

([48]) Menezes Leitão, *Direito das Obrigações*, I, p. 296. A presente vertente (da *voluntariedade* do ato) deve ser sindicada da *imputabilidade* do agente (em sede de culpa). A distinção releva uma

ponsabilidades subjetivas (dependentes de culpa), aquele facto corresponde necessariamente a uma *conduta* (ativa ou omissiva) do advogado, a qual permite, entre outros aspetos, identificar o *lesante*.

Resta saber se há lugar à responsabilidade *objetiva* (sem culpa) do advogado. Neste caso, a situação de responsabilidade não dependerá necessariamente de uma *conduta* sua, abrangendo-se *um facto jurídico* (e não uma conduta que lhe seja imputável) previamente determinado como relevante neste contexto, i.e., um ato de terceiro ou outro evento de todo alheio à sua vontade, nomeadamente um *caso fortuito* (conquanto imprevisível) ou de *força maior* (inevitável, por sua vez). A resposta é manifestamente afirmativa: aliás, numa situação típica, o advogado responde *objetivamente* pela atuação dos seus *auxiliares* (800.º CC)([49]).

> Os *colaboradores* do advogado ocupam, no contexto do vínculo obrigacional entre este e o seu constituinte, uma posição *secundária* (800.º CC), contraposta à *principal* que visa o próprio advogado devidamente habilitado. Esta última (a posição principal) abrange, cumpre frisar, exclusivamente a atuação do advogado ou daqueles com quem este tenha sido mandatado em conjunto (necessariamente outros advogados, tal como sucede nas correntes *procurações conjuntas*) ou, discutivelmente, dos respetivos sócios, quando o advogado ingresse numa sociedade de advogados de responsabilidade *ilimitada*, ainda que a título subsidiário, como veremos (213.º/12 EOA). Em ambos os casos, os sujeitos em causa, i.e., tanto os demais advogados visados na procuração, como os sócios referidos, revestem a qualidade de *codevedores* e a sua responsabilidade é *parciária*, por ser essa a regra no contexto obrigacional (513.º CC), tanto pelo cumprimento (vulgo, dever *de prestar*) como pelo inadimplemento (*i.e.*, pelo dever *de indemnizar*). Existem exceções, naturalmente, a começar pela responsabilidade *solidária* daqueles sócios, pelo menos no plano indemnizatório (213.º/12 EOA). A figura não se confunde, todavia, com a *comparticipação* de outros sujeitos, meros *auxiliares* (inclusive no exercício do mandato representativo, 264.º/4 CC). Neste último caso, pelo facto de o advogado se socorrer do auxílio prestado por

---

complexidade particular, da qual se deixa o alerta. Por outro lado, pelo facto de a conduta ser necessariamente dominável não se funda, por exemplo, a responsabilidade civil pelo ato praticado pelo advogado em coação física (*vis absoluta*).

([49]) O mesmo se passa noutros ordenamentos, nossos congéneres, de que é exemplo Itália (cf. o art. 14.º/2 da Lei n.º 247, de 31 de dezembro de 2017, *Nuova disciplina dell'ordinamento della professione forense*, quando se determina «L'avvocato che si fa sostituire o coadiuvare da altri avvocati o praticanti rimane personalmente responsabile verso i clienti») ou França (cf. o art. 131.º do Decreto n.º 91-1197, de 27 de novembro de 1991, relativo à organização da profissão de advogado, «L'avocat est civilement responsable des actes professionnels accomplis pour son compte par son ou ses collaborateurs.»). É maioritária, embora longe de pacífico, a qualificação desta responsabilidade como objetiva, ainda que no espectro obrigacional; cf., a propósito, Carneiro da Frada, *A responsabilidade objectiva por facto de outrem face à distinção entre responsabilidade obrigacional e aquiliana*, *in* Direito e Justiça, Vol. XII, Tomo 1, pp. 297-311; Maria Graça Trigo, *Responsabilidade civil por facto de terceiro*, Coimbra Editora: Coimbra, 2009, p. 232, ss.; e Cláudia Madaleno, *A Responsabilidade objetiva por fato de outrem*, Lisboa, p. 1007.

outros *colaboradores*, tal como outros advogados não diretamente habilitados pelo cliente, bem como de advogados estagiários, solicitadores e outros elementos cooperantes, não o isenta de responder *objetivamente* pela sua atuação (800.º/1 CC, *in fine*). Por outro lado, o advogado pode ainda responder *subjetivamente* (ou seja, a título culposo), quando tenha culpa nas ordens e instruções fornecidas (*in instruendo*), na escolha (*in eligendo*) ou na vigilância ou fiscalização dos seus atos das pessoas que utilizou para o cumprimento da obrigação (*in vigilando*)([50]); conquanto — cumpre notar este aspeto — aqueles sujeitos não revistam a qualidade de *codevedores*.

Analogamente se passam as coisas quanto à possível (e concorrente) responsabilidade *subjetiva* destes auxiliares de responsabilidade a título *próprio* e *pessoal*. Neste caso, somos novamente forçados a recorrer às regras gerais, nomeadamente à modalidade *delitual* (483.º/1 CC). Cumpre frisar todos estes aspetos. O ponto nevrálgico é, como resulta do exposto, a apreciação da *qualidade* em que estes novos elementos intervêm, se a título *principal* ou meramente *secundário*: esta avaliação toma como ponto de referência *critérios materiais* e *normativos* de descrição do evento de responsabilidade (particularmente o da culpa e o nexo de causalidade), no contexto do vínculo concretamente estabelecido com o cliente, e assume uma complexidade particular que força uma avaliação casuística.

Um segundo aspeto, de importância equivalente e diretamente relacionado com o anterior, reporta-se à qualificação da responsabilidade emergente em caso de *substabelecimento com reserva*. Como é sabido, o *poder de substabelecer* (44.º/2 CPC) pode ser feito *sem reserva*, provocando a exclusão do anterior mandatário (44.º/3 CPC). Em resultado desta exclusão, tal como já fora inicialmente entendido pelo Supremo Tribunal de Justiça, no seu acórdão emblemático de 19 de fevereiro de 1974, deixa de ser possível assacar responsabilidade ao primitivo advogado, fora do caso previsto no número 3 do art. 264.º CC (*ex vi* art. 1165.º CC)([51]). Ora, o mesmo não ocorre no substabelecimento *com reserva*. Neste caso, emerge uma querela doutrinária quanto à qualificação da figura, na ótica dos seus efeitos — entre os limites do *submandato* e de um simples desdobramento unilateral da posição de parte([52]) — mas é inegável que o mandatário inicial se mantém vinculado e pode, enquanto tal, ser civilmente responsável. São aspetos a explorar.

b. [*ilicitude*] Em segundo lugar, a ilicitude da atuação do advogado reporta-se, em primeira linha, ao incumprimento dos deveres contratualmente assumidos, independentemente da voluntariedade da respetiva fonte: incluem-se, portanto, os deveres principais (primário e secundários) e os acessórios de conduta (informação, lealdade e proteção), reforçados pelo elemento profissional. Simplesmente, o objeto da prestação a que o

([50]) A tríade de formas de responsabilidade subjetiva previamente mencionada não se encontra contemplada no preceito em mãos (800.º/1 CC) e decorre, ao invés, das regras gerais de responsabilidade obrigacional (798.º e ss. CC).

([51]) BMJ n.º 234 (Mar. 1974), p. 217.

([52]) A propósito de semelhantes reservas suscitadas pelo *substabelecimento sem reserva*, v., Januário Gomes, *O contrato de mandato*, pp. 65-66.

advogado se vinculou não corresponde necessariamente ao *resultado* da sua conduta. Este aspeto é central. Na verdade, embora seja este o reduto do interesse do seu constituinte, a prestação do advogado é geralmente uma *de meios* (*Leistungshandlung*) e não *de resultado* (*Leistungserfolg*)([53]). Com isto, ressalva-se que o advogado se vincula à *mesmíssima conduta*([54]), simplesmente a bitola para aferir o cumprimento da sua obrigação é a do emprego de todos os meios que estavam ao seu alcance, de acordo com o conhecimento disponível (*legis artis*). No fundo, o risco da obtenção do *resultado definidor da prestação*([55]) (o sucesso da demanda, por exemplo) recai sobre o cliente, enquanto credor do serviço prestado pelo advogado, embora existam outras consequências de regime a considerar em virtude desta importante distinção([56]).

Por outras palavras, não se pode considerar incumprida a obrigação concretamente assumida com o patrocínio apenas pela falta de obtenção do resultado útil pretendido pelo constituinte: o incumprimento, a existir, decorre de o advogado não ter atuado com a diligência necessária, na realização da prestação de facto a que se encontra adstrito, para a obtenção do resultado visado([57]). Assim sendo, segundo a regra do ónus da prova *subjetivo* (342.º/1 CC), cabe ao lesado fazer prova da falta de diligência do seu mandatário e para a demonstração da ilicitude da sua atuação não basta a não verificação do resultado que pretendia([58]).

([53]) Germano Marques da Silva, *A responsabilidade profissional do advogado*, pp. 625-626. A presente classificação é criticável, tendo em conta o objecto da prestação; v., por todos, Gomes da Silva, *O dever de prestar*, pp. 206, 238.

([54]) Maria de Lurdes Pereira/Pedro Múrias, *Obrigações de meios, obrigações de resultado e custos da prestação*, Centenário do Nascimento do Professor Doutor Paulo Cunha: estudos em homenagem (coord. António Menezes Cordeiro), 2012, pp. 999-1018 (p. 1005).

([55]) Sobre a expressão e no geral, v. Maria de Lurdes Pereira/Pedro Múrias, *Obrigações de meios, obrigações de resultado e custos da prestação*, pp. 999-1018 e, ainda, Ricardo Lucas Ribeiro, *Obrigações de meios e obrigações de resultado*, Coimbra Editora: Coimbra (2010), *passim*.

([56]) A título exemplificativo, destacamos o facto de as obrigações de meios se extinguirem por impossibilidade, quando a conduta ainda seja possível, mas o resultado, correspondente ao interesse do credor, já não seja atingível ou haja sido satisfeito por outra via. É exemplo da primeira situação a elaboração de um contrato de arrendamento para habitação própria permanente do cliente o qual, entretanto, faleça ou, no segundo caso, a hipótese do cliente que haja herdado um imóvel equivalente ao do locado, no qual se presta imediatamente a residir, frustrando-se a utilidade daquele primeiro negócio. Sobre estes casos (embora com outros exemplos), qualificados de *impossibilidade por frustração do fim da prestação* e por *realização do fim da prestação por outra via*, respetivamente, v. Antunes Varela, *Das obrigações em geral*, Vol. II, 7.ª ed., reimp., Almedina: Coimbra, 2010, p. 74, ss.

([57]) Antunes Varela, *Das obrigações*, I, p. 87, e Menezes Leitão, *Direito das Obrigações*, I, p. 141.

([58]) No sentido do texto, veja-se o entendimento expresso no ac. STJ de 14-Abr-2015 (proc. n.º 203/11.2TVLSB.L1.S1), estando em causa a apreciação da eventual responsabilidade do advogado pelo aconselhamento jurídico prestado ao respetivo cliente, quando se afirmou «[n]as obrigações de

> O exposto anteriormente não obsta, devidamente perscrutada a relação obrigacional complexa gerada, à identificação de deveres *de resultado*, verdadeiramente autónomos ou na decomposição faseada da atuação exigível: o advogado responde diretamente pela não realização da conferência acordada, tal como pela não propositura da ação ou interposição do recurso no tempo devido, quanto tal seja pretendido adentro da estratégia processual gizada, tal como ocorre no espaço congénere da responsabilidade civil médica([59]).

Para além do incumprimento dos deveres assumidos (a título obrigacional), a ilicitude abrange também a violação de *certas* regras deontológicas, constantes do Estatuto da Ordem dos Advogados, e respetivos regulamentos([60]), bem como das demais disposições aplicáveis, tal como o Código de Deontologia dos Advogados Europeus e as regras que decorrem dos «usos, costumes e tradições» (88.º/1 EOA). Importa ressalvar — e este

---

meios não tendo sido alcançado o resultado devido e que fora previsto não é suficiente que o credor prove a não obtenção desse efeito previsto para se considerar demonstrado o não cumprimento ou o cumprimento defeituoso sendo igualmente necessário provar sempre o facto ilícito desse não cumprimento ou cumprimento defeituoso». Com nota comparatística da apreciação de culpa em vários ordenamentos, v. Lebre de Freitas, *A responsabilidade civil dos profissionais liberais*, pp. 690-691.

([59]) O mesmo sucede, *mutatis mutandis*, no ramo da medicina, no qual o profissional de saúde apenas se vincula a adotar o comportamento diligente, segundo as *legis artis* deste campo, com vista à obtenção da finalidade médica pretendida, genericamente a conservação da saúde do paciente (em termos de cura ou de simples melhoria de condições, incluindo o prisma de não agravamento ou melhor conforto neste plano desfavorável). Ora, nem todos os atos médicos conformam uma obrigação de meios. A análise desta matéria é necessariamente circunstancial (cf., o ac. STJ de 15-Dez-2011, proc. n.º 209/06.3TVPRT.P1.S1, «[i]mporta ponderar a natureza e objectivo do ato médico para, casuisticamente, saber se se está perante uma obrigação de meios ou perante uma obrigação de resultado»). Existe, aliás, um conjunto de casos em que a doutrina avança determinantemente na respetiva qualificação enquanto uma *obrigação de resultado*. É o caso, designadamente, do dever de informação, cujo cumprimento é previamente necessário à prestação do consentimento livre e esclarecido pelo paciente (sobre o dever, v. Cláudia Monge, *Responsabilidade civil na prestação de cuidados de saúde*, Responsabilidade civil na prestação de cuidados de saúde, ICJP, 18-Dez-2013, coord. Carla Amado Gomes/ /Miguel Assis Raimundo/Cláudia Monge, pp. 6-59, p. 20), da simples realização da consulta média, exame médico ou das análises clínicas (cf., Rui Torres Vouga, *A Responsabilidade Médica*, Curso complementar de Direito da saúde: responsabilidade civil, penal e profissional, CEJ: Lisboa, 2013, pp. 79-82) e, por fim, o das intervenções médico-cirúrgicas com finalidades predominantemente estéticas (João Álvaro Dias, *Procriação assistida e responsabilidade médica*, Stvdia Ivridica, Coimbra Editora: Coimbra, 1996, p. 253; na jurisprudência, circunscrita ao âmbito da medicina *voluntária*, cf. o ac. TRL, de 09-Mai-2017, proc. n.º 189/10.0YXLSB.L1-1).

([60]) São especialmente importantes os regulamentos emanados pelo Conselho Geral. Veja-se, entre os demais, o regulamento de dispensa de segredo profissional da Ordem dos Advogados (n.º 94/2006, publicado no Diário da República, Série II, n.º 113, de 12 de junho), o do trajo e insígnia profissional dos advogados e solicitadores (n.º 31/2006, publicado no Diário da República, Série II, n.º 81, de 26 de abril), o geral das especialidades da ordem dos advogados (n.º 9/2006, publicado no Diário da República, Série II, n.º 3, de 6 de janeiro), e o regulamento dos laudos de honorários da ordem dos advogados (n.º 40/2005, publicado no Diário da República, Série II, n.º 98, de 20 de maio).

aspeto é central — que nem todos os *deveres* deontológicos manifestam aptidão para configurarem *normas de proteção* (na aceção delitual, 483.º/1 CC). A terminologia é um fator auxiliar: *deontologia* deriva do grego *deon* (dever) e *logos* (ciência), ou seja, a ciência do dever, sem contaminar a respetiva natureza (geralmente entre o plano ético e o jurídico). Por vezes, falta-lhes *juridicidade* (não são verdadeiros *deveres jurídicos*)([61]), permeando para o campo da ética profissional ou de mero trato *social*, com relevância, a existir, exclusivamente do plano disciplinar, sem se poder considerar sustentáculo suficiente, portanto, para se fundamentar uma pretensão civil a favor de terceiros (*v.g.*, o incumprimento da obrigação de *cortesia*, 88.º/2 EOA, ou de *correção*, 9.º CPC)([62]).

Nos demais casos, ou seja, quando as normas deontológicas conformem deveres legais autónomos ou modelem deveres negociais pré-existentes, saímos do campo da responsabilidade obrigacional e transitamos para o da *extraobrigacional* ou *obrigacional*, respetivamente. Concentremo-nos no primeiro caso. A relevância delitual da violação daquelas normas deontológicas é inegável (cf. art. 483.º/1 CC, conformando a violação de «qualquer disposição legal destinada a proteger interesses alheios», vulgo *normas de proteção*). Ora, os deveres deontológicos encontram-se sistematicamente organizados no Estatuto da Ordem dos Advogados, maioritariamente no Título III (Deontologia profissional), por capítulos referentes aos *princípios gerais* (capítulo II), *relações com os clientes* (capítulo III), *relações com os tribunais* (capítulo IV) e *relações entre os advogados* (capítulo V).

Destacamos os deveres deontológicos que regem a relação entre advogado e clientes([63]), dada a sua relevância estatística em termos do número de participações à

([61]) Contra, António Arnaut (em *Iniciação à advocacia*, p. 85) reconhece a eficácia normativa das normas deontológicas, a qual permite formar um «verdadeiro *direito profissional* como ramo de direito autónomo».

([62]) Com semelhantes reservas, incluindo os casos em que os estatutos provêm de entidades privadas, cf. Carneiro da Frada, *Teoria da confiança*, p. 333 (nota de rodapé 326). Noutro prisma, salvaguardando a autonomia das regras deontológicas perante as éticas, descrevendo-as como círculos sobreponíveis, mas autónomos, v. Jochen Taupitz, *Die Standesordnungen der freien Berufe*, p. 193.

([63]) Destacamos, neste âmbito, ao dever de não aceitar o patrocínio de uma questão se souber, ou dever saber, que não tem competência ou disponibilidade para dela se ocupar prontamente (98.º/2 EOA) e o de dar a sua opinião conscienciosa sobre o merecimento do direito ou pretensão que o cliente invoca, assim como de prestar, sempre que lhe for solicitado, informação sobre o andamento das questões que lhe forem confiadas, sobre os critérios que utiliza na fixação dos honorários, indicando, sempre que possível, o seu montante total aproximado, e, ainda, sobre a possibilidade e a forma de obter apoio judiciário (100.º/1 EOA). O advogado deve também estudar com cuidado e tratar com zelo a questão de que seja incumbido, utilizando para o efeito todos os recursos da sua experiência, saber e atividade; aconselhar toda a composição que ache justa e equitativa; não celebrar, em proveito próprio,

Ordem dos Advogados; atente-se, neste ponto, a que a perda de prazos processuais e o decurso do prazo de prescrição correspondem, grosso modo, a dois terços do número total de queixas apresentadas contra advogados(64).

Retomaremos este aspeto posteriormente(65).

Cumpre ainda notar que, adentro do prisma *extraobrigacional* (483.º/ /1 CC), nada obsta à aplicação de outras categorias de ilicitude à situação de responsabilidade, nomeadamente a «violação de direito de outrem». Simplesmente, neste caso, distanciamo-nos do quadro deôntico da profissão e cumpre verificar a pertinência do modelo delitual para concretizar, com um grau qualquer de especialidade relevante, a responsabilidade apurada. Na verdade, o advogado pode responder *delitualmente* perante o seu cliente, mas isso dificilmente se verifica por *violação de um direito* (absoluto ou relativo do mesmo, 483.º/1 CC), sendo, como vimos, o espectro obrigacional (798.º CC) aquele que geralmente enquadra violação dos deveres emergentes. Com isto, não se nega a possibilidade de o advogado responder *também* delitualmente pela violação do direito de outrem. Contudo, nessa situação específica de responsabilidade (*extraobrigacional*), estaremos geralmente fora de um *ato próprio da advocacia*, ou seja, não se verifica o âmbito objetivo da responsabilidade civil do advogado (p. ex., quando o advogado furta a carteira ao seu cliente durante uma conferência).

De outra volta, é também altamente sugestivo o recurso às previsões específicas de ilicitude delitual, nomeadamente a responsabilidade pelo simples conselho, recomendação ou informação (485.º/2 CC). Ora, o âmbito de aplicação deste preceito, enquanto verdeiro *Tatbestand* específico da via delitual não se sobrepõe ao da responsabilidade pré-contratual por informações (227.º/1 CC), nem ao do incumprimento de uma obrigação de prestar informação, quando existia esse *dever* perante o cliente, de fonte contratual ou legal [100.º/1, *a*) e *c*) EOA; cf., a ressalva do art. 485.º/ /2 CC]; tutelável, nesta hipótese, a título exclusivamente *obrigacional* (798.º CC)(66).

---

contratos sobre o objeto das questões confiadas; não cessar, sem motivo justificado, o patrocínio das questões que lhe estão cometidas; deter fundos dos seus cliente ou de terceiros fora das condições previstas (102.º EOA); não celebrar pactos de *quota litis* (106.º EOA); e, ainda, não deve dividir honorários, expeto com advogados, advogados-estagiários ou solicitadores com quem não tenha colaborado ou colabore (107.º EOA).

(64) Dá nos conta deste número estatístico, Elsa Mariano, *Responsabilidade civil profissional*, pp. 42-44. A Autora considera ainda como principais erros da classe a perda do prazo de interposição de recurso, a perda do prazo para a contestação do trabalhador e o Fundo de Garantia Salarial, bem como, por fim, a perda de prazos que correm em férias judiciais (*ibidem*).

(65) Cf., *infra*, § 5, XIII.

(66) Neste sentido, expressamente, v., por todos, Sinde Monteiro, *Responsabilidade por conse-*

A exceção ao cariz obrigacional é, como vimos, a violação de normas de proteção (de cariz deontológico) não concretizadoras do *dever de prestar*, bem como, assim o entendemos, uma atuação *abusiva* por parte do advogado (334.º CC), a qual depende de se determinar previamente qual a situação jurídica cujos limites estão a ser excedidos; em ambos os casos revertemos para a via *extraobrigacional* (483.º/1 CC).

É bastante discutível o enquadramento da figura do abuso do direito em sede delitual, embora seja pacífica que se lhe encontra associada uma tutela indemnizatória, entre outros efeitos. Sem prejuízo daquela discussão, cumpre notar um outro aspeto de *summa* importância. Recentemente, emergem duas novas formas de responsabilizar civilmente o advogado no contexto processual, a par da tradicional figura da (1) *litigância de má-fé*, extensível ao mandatário e cujo resultado indemnizatório também é pacífico (545.º CPC)([67]). Emerge, em paralelo, tanto (2) a figura do *abuso do direito de ação*, como a (3) da *culpa in agendo*.

Quanto à (1) litigância de má-fé, importa lembrar que a responsabilidade civil emergente, enquanto uma das consequências daquele regime, tem particularidades

---

lhos, recomendações ou informações, pp. 383-384, 427-429, 627-633. Claro está, existem exceções onde se destaca as informações deficientes prestadas por profissionais fora da sua atividade ou por não profissionais de todo (identificando ambas as hipóteses, Carneiro da Frada, *Teoria da confiança*, p. 338), para as quais aquele quadro geral não admite extensão.

([67]) Basta confrontar as situações típicas de litigância de má-fé (542.º, 2 CPC) para reconhecer que a responsabilidade por matéria de cariz técnico, designadamente pela dedução de uma pretensão ou oposição, cuja falta de fundamento não deve ignorar [cf., al. *a*) do referido artigo] ou pela utilização manifestamente reprovável do processo ou dos seus meios [al. *b*)], recai, em primeira linha, senão de forma exclusiva, sobre o advogado, contrariamente àquilo que se reporta ao domínio dos factos (este é o entendimento de José Lebre de Freitas/Isabel Alexandre em anot. ao art. 545.º CPC, em *Código de Processo Civil anotado*, Vol. II, p. 465; os A. dão inclusive nota de um ac. do TRL, de 21-Abr-2016, proc. n.º 12040/09, no qual se determinou que incumbe ao mandatário certificar-se da veracidade dos factos alegados pelo seu constituinte). O preceito (545.º CPC) não nos deixa de suscitar uma perniciosa dúvida, entre outras. Em suma — com base numa redação equivalente ao art. 468.º do CPC de 1939 e ao art. 459.º do CPC de 1961 —, não se conhecem os termos em que a (própria!) Ordem dos Advogados pode responsabilizar *civilmente* o advogado nestes casos: se, por um lado, a *competência disciplinar* compete à Ordem dos Advogados, não se compreende, por outro, como pode esta instituição apurar simultaneamente a responsabilidade civil emergente (e não o tribunal, o qual apenas pode condenar a *parte*, 545.º CPC, parte final; assim, v. o ac. TRL, de 04-Jun-2009, proc. n.º 1590/06.0TBFUN-A.L1-8). Ora, a indemnização é estabelecida (como nos parece) a favor do lesado, i.e., da parte contrária, ou é estabelecida a favor da Ordem dos Advogados (em causa própria, portanto)? Para compreender este ponto é necessária uma breve explicação histórica. Sabemos que a norma foi introduzida, entre nós, pelo art. 609.º do projeto do CPC de 1939, da autoria de Alberto dos Reis. Esta proposta teve, aliás, por base a norma semelhante do direito italiano, da autoria de Carnelutti (cf. a anot. de Alberto dos Reis ao art. 465.º do CPC de 1931, em *Código de processo civil anotado*, Vol. II, *Artigos 409.º a 486.º*, 3.ª ed., Coimbra Editora: Coimbra, 1981, p. 273). O ilustre Professor Alberto dos Reis deixou-nos nota de que esta atribuição da competência à OA não foi mais do que uma "solução transacional" em sede da Comissão Revisora (*idem*, p. 274). Não obstante este *apport* histórico, a dúvida aplicativa permanece e, no final, resta saber se esta transferência do poder sancionatório no que respeita à indemnização (do tribunal para a OA), não gera mais problemas do que aqueles que se presta a resolver.

— p.ex., supõe uma culpa agravada (dolo ou negligência grave, 542.º/2 CPC, proémio). Aliás, é neste tipo de idiossincrasias de regime que se localiza o espaço para a concorrência com as demais formas de responsabilidade. A sua relação perante as modalidades comuns deve ser explorada. Foi precisamente isso que fez Paula Costa e Silva, em ilações que não se podem deixar de acompanhar. A ilustre Professora invoca, em primeiro lugar, a necessidade de identificar se ambas as formas de responsabilidade (considerando o atual art. 452.º CPC e o art. 483.º/1 CC) preveem juízos diferentes de ilicitude (ainda que referentes aos mesmos bens jurídicos)(68). Em caso negativo, prevalece, entendeu, apenas a via processual, por *especialidade*. O concurso das normas consideradas é meramente *aparente* já que, no final, prevalece a norma processual(69). Isto decorre de o campo de aplicação da norma processual ser mais restrito do que o da modalidade delitual, característica que força a não aplicação da última. Dois pequenos aditamentos a este entendimento, com a devida vénia. Em primeiro lugar, o concurso também se situa (e será esse porventura um campo mais fértil na presença de mandatários responsáveis) entre esta *responsabilidade processual*(70) e a de tipo obrigacional (798.º e ss. CC)(71). Supomos que, no que respeita à atuação dos mandatários, a conduta em causa (545.º CPC) importará certamente a violação de um conjunto de regras deontológicas, as quais enformam *deveres*, autonomizados ou não do substrato negocial inerente ao patrocínio. Quando se autonomizem do substrato negocial, a violação destas normas, de fonte legal, pode, de facto, ser considerada no plano delitual por violação de normas de proteção (483.º/1 CC). Mas também se podem situar no plano puramente obrigacional (798.º CC; incluindo a violação de deveres acessórios, p. ex., pense-se na violação de um *pactum de non petendi*). Neste último caso, não há que apelar à violação daqueles bens tipicamente em causa numa situação de litigância de má-fé (nomeadamente a honra, o nome e o crédito), favoráveis ao enquadramento delitual (483.º/1 CC) (72), revertendo-se para a outra faceta, *obrigacional* (798.º e ss. CC).

Mas mais. Perante a parte lesada pela conduta do mandatário da outra parte, ligante de má-fé, a responsabilidade do advogado é incontornavelmente *delitual*.

---

(68) *A litigância de má fé*, Coimbra Editora: Coimbra (2008), pp. 531, 552.

(69) *Ibidem*, p. 552.

(70) Em termos de enquadramento geral da figura da litigância de má-fé e com implicações do maior grau, resta saber se estamos perante uma *responsabilidade processual autónoma* ou uma outra em relação de *género/espécie* com a responsabilidade civil tradicional (com nota deste e outros aspectos, v. Paula Costa e Silva, *A litigância de má fé*, pp. 371-372).

(71) O recurso de certos ordenamentos ao equivalente delitual — é o que se passa além-Reno, mediante o apelo aos §§ 823 e 826 BGB — supre a lacuna de uma previsão equivalente ao nosso art. 545.º CPC, cumpre recordar. Aliás, o apelo a uma atuação contrária aos bons costumes (§ 826 BGB) aproxima-a mais de uma outra figura, a do *abuso de direito de ação*. Coisa diferente, mencionada no texto, é a de saber com que outra previsão, se delitual ou obrigacional, é que esta responsabilidade processual: parece-nos ser a paradigmaticamente a segunda no que respeita à atuação do mandatário.

(72) Existe, claro está, espaço para a pretensão delitual (483.º/1 CC). Aliás, como a própria Autora reconhece, detetam-se casos em que o comportamento lesivo não conforma uma sequer uma *atuação* processual (no exemplo da A., a situação de responsabilidade tem circunstancialmente lugar numa sala de audiências). Nestes casos, não cumpre apelar às normas processuais, mas apenas ao regime do art. 483.º/1 CC.

O que não surpreende, quando se admite — e aqui se imprime a complexidade a destacar — a responsabilidade delitual pela violação de um crédito *perante terceiro*. Na verdade, o incumprimento *tout court* pode ser tutelado do ponto de vista delitual, tanto pela conduta de quem não é devedor, como perante a do devedor perante quem não figura como credor. Isso ocorre expressamente nas omissões, nas quais se apura a responsabilidade delitual pela omissão do ato devido por *força de negócio jurídico* (486.º CC, *in fine*). É este o enquadramento devido à responsabilidade do advogado no incumprimento do seu mandato (545.º CPC), *perante a parte contrária* (terceiro, portanto, face a este contrato).

Em segundo lugar, mesmo que estejamos perante planos distintos de ilicitude(73) — ou seja, quando o concurso não favoreça qualquer uma das modalidades, sendo *efetivo* — se ambas as pretensões indemnizatórias se destinarem à tutela dos *mesmos danos* (p. ex., as despesas processuais da parte contrária), claramente que não pode ocorrer uma duplicação desta tutela ressarcitória. Segundo Dietz, o dano comum satisfeito é eliminado das pretensões indemnizatórias concorrentes, as quais perdem, por este motivo, o seu substrato(74).

Por seu turno, a figura do (2) abuso do direito de ação, fundado no paralelo substantivo (334.º CC), tem um espaço de aplicação diferente do que o regime da litigância de má fé, tal como a (3) *culpa in agendo* (ou responsabilidade pela ação)(75). As três figuras são perfeitamente compatíveis e de potencial aplicação simultânea(76), embora com espaços de convergência a explorar.

Nem sempre o desvalor objeto da conduta do advogado se esgota naquela ilicitude. É perfeitamente possível existirem causas que posteriormente a excluem, ditas de *justificação da ilicitude*, as quais assumem uma particular importância na atuação do advogado.

Nos países de *Common Law*, apela-se neste contexto à *advocates' immunity*(77). Em Portugal, também se invoca a *imunidade* advogado, embora com um alcance mais amplo. Desde a revisão de 1997 que esta protecção é de tipo constitucional (208.º CRP)(78), determinando-se que a lei assegura aos advogados as «imunidades necessárias ao exercício do mandato». Assume especial relevância neste contexto, para além

---

(73) A favor desta ideia, v., ainda, Pedro de Albuquerque, *Responsabilidade processual por litigância de má fé, abuso de direito e responsabilidade civil em virtude de atos praticados no processo*, Almedina: Coimbra, 2006, p. 151, ss.

(74) *Anspruchskonkurrenz bei Vertragsverletzung und Delikt*, Röhrscheid: Bonna (1934), pp. 163-165.

(75) Menezes Cordeiro, *Litigância de má-fé, abuso do direito de acção e culpa in agendo*, 3.ª ed., Almedina: Coimbra (2016), pp. 146-147. A favor da existência da figura do abuso do direito de ação, v., também, Germano Marques da Silva, *A responsabilidade profissional do advogado*, p. 639.

(76) Expressamente, Menezes Cordeiro, *Litigância de má-fé*, pp. 191-192, 208.

(77) *Brevitatis causa*, esta doutrina, em desuso, protege a atuação dos advogados por negligência (*liability in negligence*), diretamente relacionada com o patrocínio judicial ou conexa com este.

(78) Sobre o percurso histórico deste preceito, v. Luís Vasconcelos de Abreu, *O estatuto da ordem dos advogados e a relação entre mandante e mandatário judicial*, Separata da ROA, Ano 62, I, janeiro de 2002, pp. 263-302 (pp. 266-272).

dos entraves ao seu *exercício*, a vertente do não sancionamento da prática dos atos conformes ao estatuto da profissão [art. 13.º/2, *b*) LOSJ]. Quanto a este último aspeto, não pode, portanto, ser assacada responsabilidade (penal, civil, disciplinar) ao advogado que haja atuado em conformidade com os cânones deontológicos. A deontologia profissional enforma, nesta perspetiva, também um *complexo justificativo* daquilo que seria, na sua ausência, uma atuação objetivamente censurável e, enquanto tal, ilícita.

Aquelas causas (de exclusão da ilicitude) podem ser enquadradas em dois tipos, designadamente as de ordem geral — o *exercício de um direito* e o *cumprimento de um dever* (*qui iure suo utitur nemini facit iniuriam*); veja-se, a propósito, a licitude do «uso de expressões e imputações indispensáveis à defesa da causa», 150.º/2 CPC — e as especiais. Quanto às últimas, destacamos, no campo obrigacional, a (*a*) *exceção de não cumprimento* (428.º e ss. CC), o *direito de retenção* sobre as coisas que lhe hajam sido entregues ao advogado para a execução do mandato, pelo crédito resultante da sua atividade [755.º/1, *c*) CC] — as quais assentam na onerosidade da sua atividade emergente([79]) —, a *recusa de quitação* (787.º CC) e de *restituição* do título e menção do cumprimento (788.º/3 CC) e, por fim, a *falta de segurança* por motivo relacionado com a pessoa do credor [841.º/1, *a*) CC]. Todos estes elementos são importantes no afastamento do inicial desvalor objetivo da conduta dos advogados.

c. [*culpa*] Em terceiro lugar, importa ressalvar, sob pena de esvaziamento do presente pressuposto, que a culpa é apreciada em termos *objetivos*, não colidindo com a autonomia técnica, isenção e independência que são reconhecidas ao advogado enquanto profissional liberal([80]). É uma

---

([79]) Revela-se de particular complexidade a determinação da retribuição do mandatário na falta de acordo. O legislador recorre supletiva e sucessivamente aos critérios das *tarifas profissionais*, dos *usos* e, ainda, ao da *equidade* (1158.º/2 CC). São critérios operantes no contexto do contrato de mandato, mas neste não esgota o âmbito de atuação do advogado, como vimos. Aliás, é determinante a noção deontológica de *honorários* (105.º EOA) e a possibilidade de emissão de laudo (cf., o regulamento dos laudos dos honorários, n.º 40/2005 OA, Série II, de 29 de abril).

([80]) Veja-se, ainda, a título exemplificativo, o entendimento do STJ no ac. de 04-Dez-2012 (proc. n.º 289/10.7TVLSB.L1.S1), perante a atuação do advogado que opta, em consciência, por não interpor o recurso da decisão desfavorável ao seu constituinte: «[o]mitida a interposição de um recurso, importa averiguar e formular um juízo sobre se a omissão/opção tomada foi, em termos objectivos, desconforme ao padrão de conduta profissional que um advogado medianamente competente, prudente e sensato teria tido, quando confrontado, na ocasião, com uma sentença daquele teor. […] Relevando, essencialmente, averiguar, em juízo de prognose póstuma, se, objectivamente, o advogado médio deveria fazer opção semelhante, pouco interessará saber ou avaliar, na determinação da ilicitude da conduta e inerente incumprimento defeituoso do contrato, se o concreto advogado, perante o quadro que se lhe apresentou, raciocinou de uma ou de outra forma e, em conformidade com esse raciocínio, fez a correspondente opção».

ideia que importa reter. A *liberdade de exercício* (208.º CRP e 69.º EOA) e os princípios deontológicos de autonomia técnica, isenção e independência que pautam a sua atuação (arts. 81.º e 89.º EOA, §§ 2.1.1, 2.1.2 e 2.5.1 CDAE e 12.º/3 LOSJ) não obstam à apreciação do desvalor *subjetivo* da sua conduta.

Entre os vários aspetos relativos à apreciação da culpa do advogado, destacamos três, a saber: (*i*) o critério referido de apreciação da culpa, (*ii*) a existência de causas de *exculpação* e, por fim, (*iii*) a potencial culpa do próprio constituinte, pretenso lesado.

Em primeiro lugar (*i*), cumpre ressalvar que a culpa, relevante num espectro não binominal, embora estabilizada entre as consensuais categorias do *dolo* e da *negligência*, é apreciada em *abstrato* ou de forma *objetiva*. Isto significa tão-somente que a diligência exigível é aquela exigível ao homem médio (*bonus pater familias*, 487.º/1 CC), tendo em conta as circunstâncias em volta da situação de responsabilidade. A vantagem deste critério — controverso, sem dúvida([81]), e o qual se opõe a uma pura avaliação subjetiva — é a de permitir isentar de culpa o advogado especialmente capaz que haja cumprido com aquele padrão médio, ainda que tenha atuado de forma manifestamente aquém das suas capacidades. A solução é, admite-se, aparentemente iníqua, particularmente quando o advogado foi contratado atendendo a esses particulares atributos. Simplesmente, esse outro critério, *subjetivo*, próprio da legislação oitocentista, foi abandonado. Por outro lado, e verdadeiro reverso da conclusão anterior, não se isenta de responsabilidade aquele advogado que atuou segundo a sua melhor aptidão, quando esta se situe abaixo do padrão médio.

Um segundo aspeto (*ii*) diz respeito à existência de causas de *exclusão* da culpa ou de *exculpação*, as quais afastam, de todo, a censura subjetiva da conduta do advogado ou, note-se, apenas *desagravam* a forma de culpa (de dolo para a mera culpa, vulgo negligência). Geralmente, consideram-se estas causas em duas vertentes, nomeadamente enquanto *incapacidade de culpa* permanente (*inimputabilidade*)([82]) ou temporária (também dita de *incapacidade acidental*)([83]).

([81]) As reservas terminológicas ao critério justificaram o seu abandono em França em 2014 (art. 26.º da Lei n.º 2014-873, de 4 de agosto, para «l'égalité réelle entre les femmes et les hommes»).

([82]) A incapacidade de culpa *tendencialmente* permanente é particularmente importante perante o agente que fique irreversivelmente impossibilitado de se gerir de forma livre e consciente, tal como ocorre em demarcados casos de idade extrema. Aliás, esta incapacidade é ainda uma restrição ao direito de inscrição como advogado [188.º/1, *c*) EOA].

([83]) É especialmente relevante este segundo aspeto, o qual mantém a equidistância de outros, embora próximos, tal como o de *justo impedimento* para a prática atempada do ato (140.º/1 CPC).

O último aspeto (*iii*) reporta-se à atuação do lesado, geralmente o próprio constituinte. A conduta deste pode contribuir de forma decisiva, ainda que não culposa, para a falta de cumprimento das obrigações por parte do seu advogado (por exemplo, ao não fornecer as informações *necessárias* e *verdadeiras* à composição da lide, pela falta de remessa de documentação essencial, *etc.*). Neste caso, os prejuízos sofridos pelo mesmo não devem ser suportados pelo advogado (570.º/1 CC). Em casos não raros, esta atuação é simplesmente causa de isenção total da responsabilidade do advogado e pode, ao invés, fundar responsabilidade do próprio a favor do último.

d. [*nexo de causalidade*] Para fundamentar a responsabilidade do agente, é também necessário o estabelecimento de um nexo causal entre a conduta relevante (ilícita e culposa) e os danos concretamente provocados. Este nexo há muito que superou (e bem), como fator relevante nesta sede, a mera sucessão temporal de eventos (*post hoc ergo propter hoc*), tal como, por outro lado, a eleição de determinada condição como suficiente pela sua simples indispensabilidade na cadeia causal (dita causa *sine qua non*). Impera, hoje, como é sabido, a lógica da *causalidade adequada* e, na vanguarda, a teoria do *risco*. A esta vertente, a doutrina tem recentemente diferenciado outro aspeto, prévio, ainda no contexto do nexo de causalidade. A par daquele primeiro, de tipo tradicional (dito *nexo delimitador*, *haftungsausfüllende Kausalität*), o qual estabelece a ponte entre a conduta (ilícita e culposa) e os danos, autonomiza-se, por outro lado, a conexão entre o elemento fático inicial e a ilicitude em si (dito *nexo fundamentador* de responsabilidade, *haftungsbegründende Kausalität*). Interessa-nos, de momento, explorar melhor esta segunda vertente, menos conhecida. Impera nesta vertente, a *teoria do fim da proteção da norma*([84]), a qual exige que a censurabilidade da conduta se circunscreva ao fim de proteção (*Schutzzweck*) da norma ou do negócio. Em particular, estoutro nexo causal exige, em concreto, que (*a*) a *forma de lesão* (ou de perigo de lesão) seja aquela visada pela norma e que (*b*) o sujeito lesado seja o *titular do interesse* protegido. Ambos os requisitos devem estar verificados para se afirmar que a conduta do agente é *fundamentadamente* ilícita. Nos casos em que isso não

---

Num exemplo reconhecido pela nossa jurisprudência, em caso de doença grave do advogado, a qual impeça a realização da prática do ato, não se permite a sua prática extemporânea, se era possível realizar o substabelecimento ou constituição de outro advogado pela parte. Expressamente neste sentido, v. o ac. TRC, de 20-Abr-2018, proc. n.º 3188/17.8T8LRA-A.C1.

([84]) A teoria é atribuída a Ernst Rabel (*Das Recht des Warenkaufs*, Gruyter: Berlim, 1964, Vol. I, p. 495, ss.) e encontra-se bem documentada pela doutrina nacional, para a qual se remete.

sucede, a interrupção normativa entre o facto e a ilicitude, tanto pela *forma* de lesão, como pelo *interesse* visado, nega a responsabilidade do agente.

> Como exemplos da interrupção normativa mencionada, veja-se, em primeiro lugar e a respeito da *forma* de lesão, que a perda de um documento imprescindível à demanda não funda a responsabilidade do advogado pelo acidente de viação que o cliente sofra, quando se desloca com urgência, para lhe entregar nova cópia, já que o descuido na guarda dos elementos do cliente não é causa *fundamentadora* daquele acidente. Por outro lado, quanto ao *interesse* tutelado e em segundo lugar, caso o mandatário não se encontre munido dos elementos necessários para transacionar, devendo fazê-lo, não deve ressarcir a *contraparte* pelos prejuízos causados pela demora na celebração desse acordo, já que este não é o titular do interesse inerente à prestação temporariamente incumprida.

e. [*dano*] O dano corresponde a um requisito indispensável ao fenómeno indemnizatório: integra, juntamente com os demais elementos agregados sobre a égide do conceito de *imputação*, o último requisito do título de imputação de danos. De entre as suas categorias clássicas, destaca-se aquela que opõe o dano emergente (*damnum emergens*) ao lucro cessante (*lucrum cessans*). Com esta dicotomia visa-se diferenciar a *forma* como o prejuízo se reflete, ou seja, a *supressão total* de uma vantagem ou *gradativamente,* tanto a diminuição do aumento do ativo, como o impedimento à diminuição do passivo, no presente (dano emergente) ou no futuro (lucro cessante).

Sem prejuízo, este binómio tende-se a esbater perante a não obtenção do resultado pretendido pelo constituinte, baseada numa qualquer falta do mandatário. Abundam exemplos desta situação, nomeadamente a apresentação extemporânea da petição inicial, a não apresentação de rol de testemunhas, a contestação fora de prazo, a não interposição de recurso, *etc.* Todas estas situações são normalmente carreadas para justificar pelo menos o insucesso da pretensão, ainda que, omitindo-se aquele incumprimento, existam dúvidas quanto ao seu sucesso. Neste campo, o dano de *perda de chance processual* autonomiza-se e reporta-se — e este ponto é fundamental —, não ao resultado de ganho de causa, mas, ao invés, à simples *possibilidade*, *chance* ou *probabilidade* de obtenção desse mesmo resultado favorável.

Demonstrada a ilicitude o meio empregue — já que aquelas situações também podem estar circunstancialmente justificadas, e enquanto tal *lícitas*, no bom desempenho do mandato forense (p. ex., não se deteta fundamento para se recorrer da decisão desfavorável ao seu constituinte) — apela-se à tutela da perda de *chance* ou *da oportunidade processual*([85]).

([85]) Assim, Menezes Leitão, *Direito das Obrigações*, I, p. 355 e Fernando Sousa Magalhães, *Estatuto*, p. 159.

Enquadrada como o dano emergente da *perda da oportunidade* (processual) *existente*, é tutelável na medida da probabilidade *hipotética* de se alcançar o benefício visado, mas não obtido, ou de se evitar a desvantagem sofrida. Ora, as dificuldades sentidas na quantificação dos danos tuteláveis nesta sede reportam-se à determinação da *probabilidade mínima* de obtenção do benefício pretendido ou de se evitar a desvantagem sofrida relevante neste contexto. Só depois de vencida esta dificuldade, podemos afirmar existir um dano *real*, do qual a conduta do advogado (ilícita e culposa) foi causa adequada. No mencionado acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 5 de fevereiro de 2013, estando em causa a apresentação extemporânea do rol de testemunhas e a alteração do domicílio profissional, que não foi comunicado pelo advogado ao processo, nem à Ordem dos Advogados, afirmou-se «[o] dano da "perda de chance" que se indemniza não é o dano final, mas o dano "avançado", constituído pela perda de chance, que deve ser medida em relação à chance perdida e não pode ser igual à vantagem que se procurava, nem superior nem igual à quantia que seria atribuída ao lesado, caso se verificasse o nexo causal entre o facto e o dano final».

A admissão do dano de perda de chance historicamente não foi consensual na nossa jurisprudência. Destacamos o entendimento expresso pelo Supremo Tribunal de Justiça, a 18 de dezembro de 2012([86]), no qual se afirmou «a doutrina da perda de chance não tem apoio expresso na nossa lei civil, não tendo, em geral, virtualidade para fundamentar uma pretensão indemnizatória. Pelo que só em situações pontuais poderá ser atendida».

A presente dificuldade resulta clarividente na exigência de um juízo hipotético ao julgador, para se adivinhar o sucesso da pretensão do lesado ou o insucesso da desvantagem que sofreu, com base na ficção da conduta devida pelo advogado, bem como dos demais fatores externos à sua conduta, particularmente aquele que atribui relevância à causalidade negativa. No fundo, exige-se de um juízo real (perda de chance) sobre um juízo hipotético (se a *chance* se verificaria), ou, por outras palavras, um *julgamento dentro do julgamento*, com todos os defeitos inerentes, tal como considerou o Supremo Tribunal de Justiça em vários momentos([87]).

([86]) Proc. n.º 5817/09.8TVLSB.L1.S1.

([87]) Cf., *colorandi causa*, os acs. de 09-Jul-2015 (proc. n.º 5105/12.2TBXL.L1.S1), de 24-Mar-2017 (proc. n.º 389/14.4T8EVR.E1.S1), 05-Mai-2020 (proc. 27354/15.1T8LSB.L1.S2), 16-Dez-2020 (proc. 1976/17.4T8VRL.G1.S1). Com base neste entendimento, a inexistir provável ganho de causa, este dano não é tutelável. Veja-se, a este propósito, o entendimento daquele douto tribunal expresso no ac. de 01-Jul-2014 (proc. n.º 824/06.5TVLSB.L2.S1), o qual, numa ação de responsabilidade civil por acidente de viação proposta pelo constituinte contra sua a defensora oficiosa, por esta ter contestado fora do prazo legal, considerou «[t]udo ponderado, mormente a presunção do art. 674.º-A do Código de Processo Civil, teremos que afirmar que, com contestação ou não, na acção de regresso, as probabilidades, as chances do Réu (ora Autor/recorrente) não ser condenado, não se anteviam providas de razoável grau de êxito, no sentido em que, ante a prova que pudesse oferecer não teria reais probabilidades de ser absolvido; ademais, fora condenado por duas sentenças transitadas em julgado no que respeita à sua grave conduta causadora de um acidente de viação causalmente ligado ao facto criminoso de conduzir sob a influência do álcool». Ao nível dos tribunais da Relação, v., recentemente também no sentido indicado, o ac. TRP, de 23-Jan-2020 (proc. n.º 454/15.0T8AVR.P1).

A propósito cumpre-nos destacar a fundamentação constante do recente acórdão uniformizador de jurisprudência, em 2022([88]): «[é] verdade que o Direito (a ciência jurídica) não é, na sua interpretação e aplicação, uma ciência exata e que não pode afirmar-se com certeza absoluta qual seria o resultado dum concreto processo judicial que não se chegou a desenrolar ou que se desenrolou de modo "anormal", porém, isso não significa que não se possa estabelecer/demonstrar, a partir de todos os elementos e circunstâncias disponíveis, que um concreto processo judicial (caso tivesse decorrido ou tivesse decorrido normalmente) tinha consistentes chances de vir a obter vencimento e que, por via disso, não se possa concluir que a chance perdida era, fora de qualquer dúvida, uma posição favorável na esfera jurídica do lesado, cuja perda se traduz num dano».

A dificuldade de enquadramento deste prejuízo ao nível do tipo de chance a considerar (se toda ou apenas aquela que seja considerada consistente e séria) justificou, aliás, a mencionada uniformização jurisprudência, no seguinte sentido: «[o] dano da perda de chance processual, fundamento da obrigação de indemnizar, tem de ser consistente e sério, cabendo ao lesado o ónus da prova de tal consistência e seriedade».

§ 4. Particularidades da obrigação de indemnização; objeto e alternativas

VII. O facto determinante da responsabilidade civil dos advogados tem a sua tutela circunscrita à obrigação legal de ressarcimento dos danos (562.º e ss. CC), a qual é fixada — e isto é uma particularidade — somente em dinheiro (*pecunia*, 566.º CC). Na verdade, a liberdade de exercício da advocacia (66.º EOA) é incompatível tanto com a *realização coativa* da sua prestação (828.º CC), como com a sua reconstituição natural (*Naturalherstellung*, 566.º CC). Estão em causa, em regra, prestações de facto *infungíveis* (767.º/2 CC), reportadas às habilidades pessoais do advogado e não apenas ao objeto da prestação([89]). Assim sendo, caso o advogado opte por não realizar a prestação de facto *positivo* ou *negativo* em causa, à qual geralmente se encontra adstrito, resta ao lesado obter uma indemnização por *equivalente*, de natureza pecuniária, pelo incumprimento temporário, definitivo ou defeituoso da obrigação.

Por outro lado, não é consensual a possibilidade de sujeição do advogado (tal como, por sinal, o médico, o arquiteto ou o engenheiro) à liquidação de uma *sanção pecuniária compulsória* (829.º-A CC), uma vez que

---

([88]) AUJ n.º 2/2022 (proc. n.º 34545/15.3T8LSB.L1.S2-A).

([89]) Antunes Varela, *Das obrigações*, I, p. 99.

esta medida coerciva não se aplica às prestações de facto não fungível que exigem *especiais qualidades científicas ou artísticas do obrigado*([90]).

VIII. A obrigação de indemnização não é, nem deve ser, o único meio de tutela à disposição aos lesados. Sobrevém um outro conjunto de mecanismos, nomeadamente, adentro do contexto contratual, a *cessação do vínculo contratual* (p. ex., no caso do mandato, a revogação unilateral do mesmo), os de defesa relativamente ao cumprimento de obrigações *próprias*, tal como a exceção do não cumprimento no que respeita ao (não) pagamento dos honorários (428.º e ss. CC) ou, ainda, em sede *real*, o exercício das respetivas pretensões, tal como a de reivindicação das coisas que foram confiadas ao seu advogado (1311.º CC). Todos estes elementos são importantes para contextualizar as vias alternativas à mera responsabilidade civil, assumindo-a como pressuposto ou, sendo perante esta, um caminho verdadeiramente alternativo([91]).

> Note-se, ainda, que a restituição total ou parcial de honorários, enquanto *sanção acessória* aplicável em sede de responsabilidade disciplinar (130.º/8 EOA), não detém intrinsecamente qualquer finalidade *ressarcitória* para efeitos de responsabilidade civil. Quando não recaia na simples proibição de compensação por créditos dolosos, judicialmente exigíveis [847.º e 853.º/1, *a*) CC], a presente sanção acessória (ao processo disciplinar, frisa-se novamente) assume relevância apenas em sede da *quantificação* dos danos sofridos pelo lesado: na verdade, os montantes restituídos devem ser tidos em conta de forma no *quantum* indemnizatório, de forma a se evitar a *duplicação* de tutela dos *mesmos* danos (via indemnizatória e pela restituição em virtude da sanção aplicada, portanto), nomeadamente das despesas e custos nas quais o lesado incorreu com o seu advogado.

IX. A responsabilidade civil do advogado é, em regra, *pessoal* e *ilimitada*. Sem prejuízo, discute-se a possibilidade de o advogador *limitar* a sua responsabilidade. Neste campo, distingue-se, em novo grau, a (*i*) *exclusão total de determinada forma de responsabilidade civil* (extensível a qualquer modalidade), inadmissível em regra, de (*ii*) uma exigência adicio-

---

([90]) Pires de Lima/Antunes Varela, *Código Civil anotado*, Vol. II, 4.ª ed., Coimbra Editora: Coimbra (2011), pp. 102-105. Já tivemos a oportunidade de nos pronunciar sobre este aspeto em *A sanção pecuniária compulsória no âmbito do anteprojeto do Código de Atividade Bancária*, Revista de Direito Financeiro e dos Mercados de Capitais, Vol. 3 (2021), n.º 10, pp. 13-43 (p. 20 e respetiva nota de rodapé 10).

([91]) É particularmente relevante a coexistência entre as pretensões pessoais (nas quais se inclui a indemnizatória) e as reais. Nuno Andrade Pissarra, numa lição de salutar, reconhece a influência recíproca das vias de tutela, no que respeita à satisfação do interesse de restituição da coisa (*Das acções reais*, Vol. II, AAFDL: Lisboa, 2021, pp. 1483-1484).

nal e excecional no que respeita aos requisitos do título de imputação de danos (p. ex., exigindo-se o dolo ou a negligência grave) ou na respetiva limitação (p. ex., cifrando-se limites máximos ao *quantum* indemnizatório).

A doutrina diverge quanto à validade dessas *cláusulas* (de exclusão e de limitação de responsabilidade), com base no disposto no 809.º CC, entre o polo da validade limitada(92) em confronto com o da sua pura e simples proibição(93). Para quem admita a validade daquelas cláusulas — e esse é, hoje, o entendimento maioritário — geralmente impõe-lhes limites, tal como o do dolo e o da culpa grave(94), bem como, independentemente do grau de culpa, a ofensa do princípio da ordem pública

---

(92) Não se conhece quem admita pura e ilimitadamente tais cláusulas, atendendo à reserva dos deveres impostos por normas de ordem pública (800.º/2 CC). A possibilidade de regulação convencional encontrava-se expressa em Guilherme Moreira, *Instituições do direito civil português*, Vol. II, *Das obrigações*, Coimbra Editora: Coimbra (1925), pp. 118-119, 153-154; Manuel de Andrade, *Teoria Geral das Obrigações*, pp. 341-342; e, ainda, Cunha Gonçalves, *Tratado*, XII, p. 733, apelando, ao limite dos atos dolosos.

(93) A favor do primeiro entendimento, hoje claramente maioritário, destaca-se a investigação de António Pinto Monteiro, *Cláusulas limitativas e de exclusão de responsabilidade civil*, 3.ª reimp., Almedina: Coimbra (2020), *maxime* 297-298, 331-*g* e 332-*h*. Seguindo o entendimento deste ilustre Professor, v. Carlos Mota Pinto/António Pinto Monteiro/Carlos Mota Pinto, *Teoria geral do Direito civil*, 5.ª ed., Gestlegal: Coimbra (2020), pp. 599-604; Almeida Costa, *Direito das obrigações*, 12.ª ed. (7.ª reimp,), Almedina: Coimbra (2019), p. 791; Calvão da Silva, *Responsabilidade civil do produtor*, Almedina: Coimbra (1990), pp. 208-209 (nota de rodapé 3); Pedro Romano Martinez, *Cumprimento defeituoso. Em especial na compra e venda e na empreitada*, reimp., Almedina: Coimbra (2015), p. 502 e *Direito das obrigações. Apontamentos*, 5.ª ed., AAFDL: Lisboa (2017), p. 132; Nuno Pinto de Oliveira, *Cláusulas acessórias ao contrato*. *Cláusulas de exclusão e de limitação de dever de indemnizar e cláusulas penais*, 3.ª ed., Almedina: Coimbra, pp. 32-37; Mafalda Miranda Barbosa, *Lições de responsabilidade civil*, Principia: Cascais (2017), p. 399 (nota de rodapé 863) e em *Os contratos de adesão no cerne do direito do consumidor*, Estudos de Direito do Consumidor, n.º 3, Centro de Direito do Consumo da FDUC: Coimbra (2003), pp. 389-424 (pp. 406-411); Rui Soares Pereira, *A Responsabilidade por danos não patrimoniais. Do incumprimento das obrigações no direito civil português*, Coimbra Editora: Coimbra (2009), p. 323. Contra a validade das cláusulas de exclusão e limitação de responsabilidade obrigacional, v. Antunes Varela, *Das obrigações*, II, pp. 914-916 (*maxime* nota de rodapé 1 da página 915) e Vol. II, pp. 135-139 (*maxime* nota de rodapé 2 da página 137). Note-se que para este Autor nada obsta à exclusão ou limitação convencional dos danos delituais resultantes de mera negligência (*ob. cit*., I, p. 916). Num sentido mais permissivo apresenta-se Ribeiro de Faria (*Direito das Obrigações*, II, Almedina: Coimbra, 1990, p. 404, nota de rodapé 2). Admitindo a estipulação de cláusulas de *limitação* (mas não de *exclusão*) de responsabilidade, v., ainda, Galvão Telles (*Direito das Obrigações*, 7.ª ed., reimp., Coimbra Editora: Coimbra, 2014, pp. 426-430); Menezes Leitão (*Direito Das Obrigações*, II, 12.ª ed., Almedina: Coimbra, 2012, pp. 287-294). Cf., ainda, Ana Prata, *Cláusulas de exclusão e limitação da responsabilidade contratual*, Almedina: Coimbra, 1985, p. 542, ss.; Pessoa Jorge, *Limitação convencional da responsabilidade*, BMJ n.º 281 (1979), pp. 13-14, *Lições de Direito das obrigações*, AAFDL: Lisboa (1975-1976), p. 613, ss. (pp. 622-627); e Menezes Cordeiro, *Tratado de Direito civil*, Vol. IX, 3.ª ed. (reimp.), Almedina: Coimbra (2019) pp. 437-441.

(94) No âmbito do disposto na parte final do art. 809.º CC, Pinto Monteiro admite a exclusão ou limitação de responsabilidade em caso dolo ou culpa grave dos atos de auxiliares autónomos que o devedor utilize no cumprimento da obrigação (*Cláusulas Limitativas*, *maxime* pp. 297-298, 331-*g* e 332-*h*).

ou o dos bons costumes([95]). Este aspeto assume uma especial relevância no contexto da responsabilidade profissional do advogado, atendendo à permeabilidade do regime deontológico. Outras restrições podem advir — embora a questão permaneça em aberto — de outros lugares no sistema, tal como o regime das cláusulas contratuais gerais ou, por acréscimo, da legislação que vise a proteção do consumidor. Na verdade, são vários os autores que enquadram os deveres do advogado, quando deontologicamente concretizados ou impostos, como de *natureza pública*. É disto exemplo o segredo profissional, segundo Jorge Adriano Carlos, cuja exclusão ou limitação de responsabilidade no caso de respetiva violação não é, por este motivo, admissível([96]).

X. Feito este brevíssimo enquadramento, não se estranha a possibilidade estatutária de o advogado limitar a responsabilidade emergente em caso de negligência (ou mera culpa)([97]), perante o seu constituinte ou terceiros. A limitação em causa tem cariz *voluntário* (104.º/3 EOA) e não abrange aquela emergente a título doloso, caso em que este responde sempre de forma *ilimitada*.

Quando possível, o montante indemnizatório limita-se ao mínimo do seguro obrigatório. A validade desta limitação carece da verificação simultânea de duas condições materiais: primeiro, o advogado deve inscrever, no seu papel timbrado, a expressão «responsabilidade limitada» (104.º/2 EOA, parte final); segundo, o advogado deve manter um seguro de responsabilidade civil nos termos estatutariamente previstos (104.º/3 EOA, primeira parte).

A presente possibilidade não se confunde com outra, próxima desta: a de transferência da responsabilidade civil para uma seguradora, a qual se constitui responsável a título *subsidiário*. Na verdade, uma coisa é a limitação da responsabilidade própria, outra a transferência (potencialmente apenas externa) da mesma a favor de um terceiro, a seguradora.

([95]) Pinto Monteiro, *ob. cit.*, pp. 405-410.

([96]) *A responsabilidade civil do advogado por violação do segredo profissional*, p. 1051. O Autor densifica, aliás, o espaço do consentimento do lesado para esse efeito (o qual não exclui a ilicitude do facto por ser contrário a uma proibição legal, 340.º/2 CC), da relevância da culpa do lesado (570.º CC; *ibidem*). Enquadrando as regras deontológicas como *normas de ordem pública*, surge Orlando Guedes da Costa (*A responsabilidade civil do advogado*, p. 194) — acompanhando aquele que é, por sinal, o entendimento de Jorge Figueiredo Dias e Jorge Sinde Monteiro, no campo da limitação da responsabilidade civil médica perante as respetivas regras deontológicas (*Responsabilidade médica em Portugal*, BMJ 332, 1984, pp. 21-79, em especial p. 52) — e, ainda, Luís Vasconcelos Abreu, *Contributo para o estudo da eficácia civil das normas de Direito Profissional*, inédito, Lisboa (1997), p. 123 e nota de rodapé 267.

([97]) A redação, não inteiramente feliz do preceito, contribui para uma divergência doutrinária no enquadramento do preceito. Contra esta obrigatoriedade, à data, v. Moitinho de Almeida, *Responsabilidade civil dos advogados*, pp. 32-33.

Pelo risco inerente ao exercício da advocacia e pelo interesse público que reveste, o advogado *deve*([98]), portanto, manter um seguro de responsabilidade civil profissional, de capital de montante não inferior ao que seja fixado pelo Conselho Geral — esse limite é, hoje, de duzentos e cinquenta mil euros (104.º/1 EOA e §§ 3.9.1. e 3.9.2 CDAE)([99]). Esta obrigação recai também sobre os advogados estagiários (196.º/5 EOA), bem como sobre as sociedades de advogados, independentemente do respetivo regime de responsabilidade por dívidas sociais (213.º/5 EOA)([100]). Portugal acompanha, nesta matéria, a regulação existente noutros países, nossos congéneres, de que é bom exemplo a Alemanha (cf., §§ 51 e 53 BRAO)([101]).

Uma vez que o beneficiário não corresponde à parte contratante (aspeto que permite qualificar este contrato como um *a favor de terceiro*, 443.º CC), e, em simultâneo, é manifestamente obrigatório, emergem importantes consequências de regime. Destaca-se, aliás, uma tendência crescente de restrição dos meios de defesa da seguradora perante terceiros, com contornos finalisticamente percetíveis, mas dificilmente justificáveis no quadro legal atual. Como exemplo paradigmático, veja-se a inoponibilidade das cláusulas de *redução* (ou de exclusão) de responsabilidade perante o lesado fundadas no incumprimento pelo segurado dos deveres de participação do sinistro à seguradora (101.º/4 RJCS). Por outras palavras, nega-se que a segu-

---

([98]) A redação do preceito, em particular o recurso ao verbo «deve», tem suscitado infundadas dúvidas quanto à obrigatoriedade de o advogado manter um seguro de responsabilidade civil profissional. Um setor minoritário invoca que a expressão representa numa mera recomendação, não vinculativa; o que não convence. Afinal, a legística empregue conduz, tal como noutros casos, à criação de uma obrigação em sentido técnico. Avultam exemplos, *ad nauseam*, que atestam esta realidade, tanto no Código Civil como no próprio Estatuto (p. ex. a obrigação emergente da seguinte afirmação: «o advogado […] *deve* ter um comportamento público e profissional adequado…», 88.º/1 EOA). A jurisprudência atesta também a natureza *obrigatória* deste seguro (cf., *colorandi causa*, os acs. STJ, de 14-Dez-2016, proc. n.º 5440/15.8T8PRT-B.P1.S1, de 16-Dez-2020, proc. n.º 17592/16.5T8SNT.L1.S1, e o ac. TRP, de 09-Nov-2017, proc. n.º 9108/16.0T8PRT-A.P1). No primeiro dos acs. mencionados, pode ler-se, com relevo, a par de um argumento baseado na *ratio* daquele preceito: «[o] elemento filológico de interpretação tirado do sentido das palavras que integram o texto descrito no n.º 1 do art. 104.º do EOA […] aponta no sentido da obrigatoriedade do seguro do Advogado no exercício do seu cargo […]. Se assim não fosse, em lugar do termo "deve" (está obrigado) o legislador teria recorrido ao vocábulo "pode" (direito de deliberar, agir, mandar); e só nesta última locução se poderia retratar o sentido de que o seguro de responsabilidade civil de advogado é de natureza facultativa».

([99]) Independentemente da existência dos seguros mencionados, todo o advogado com inscrição válida beneficia do seguro de grupo de valor mínimo de cinquenta mil euros por parte da Ordem dos Avogados, sem necessidade de adesão específica (104.º/3 EOA; neste sentido, v. Vítor Sousa, *A responsabilidade civil dos advogados*, p. 23). Atualmente, este seguro de grupo, na sequência de deliberação do Conselho Geral, apresenta um capital seguro de cento e cinquenta mil euros, podendo o advogado, que pretenda limitar a sua responsabilidade, optar por reforçar este capital para o capital mínimo exigido para este efeito ou para montante superior.

([100]) A obrigação não resulta *diretamente* do Estatuto: resulta do âmbito remissivo das obrigações que recaem sobre o advogado (213.º/5 EOA). Cumpre notar que o regime jurídico da constituição e funcionamento das sociedades profissionais (cf. art. 17.º da Lei n.º 53/2015, de 11 de julho), nem o regime das associações públicas profissionais (art. 31.º da Lei n.º 2/2013, de 10 de janeiro) contemplam diretamente esta obrigação.

([101]) Contrariamente ao entendimento português, o qual admite *convenções* que excluam a responsabilidade civil delitual, na Alemanha, nega-se expressamente esta possibilidade [§ 52 (1) BRAO].

radora possa opor, enquanto meio de defesa à pretensão do terceiro/lesado, a falta de cumprimento das obrigações do segurado: isto verificou-se, ainda, quanto à previsão de uma *franquia* no seguro de grupo celebrado entre a Ordem dos Advogados (enquanto segurada) e a seguradora, a qual também se considerou ser inoponível ao lesado([102]).

§ 5. Qualificação da responsabilidade civil emergente

XI. Traçado o quadro geral dos requisitos inerentes à responsabilidade civil do advogado, é controvertida a modalidade de responsabilidade civil em causa. Por outras palavras, tem-se posto frequentemente o problema de saber como se *qualifica* a responsabilidade em causa. São tipicamente consideradas três alternativas, a saber:

i) a modalidade *obrigacional*([103]);

ii) a modalidade *delitual*([104]);

iii) uma combinação de ambas, com autonomia (em concurso) ou formando uma nova modalidade (uma terceira via, por sinal)([105/106]).

([102]) Cf. o ac. do STJ, de 17-Out-2019 (proc. n.º 5992/13.7TBMAI.P2.S2).

([103]) Neste sentido, v., entre outros, Vítor Sousa, *A responsabilidade civil dos advogados*, pp. 36-48; Orlando Guedes da Costa, *Direito professional do advogado*, pp. 335-341; Abel Laureano, *O cliente e a independência do advogado*, Quid Juris?: Lisboa (2000), p. 61; e Lebre de Freitas, *A responsabilidade civil dos profissionais liberais*, p. 694.

([104]) António Arnaut ocupou desde cedo a vanguarda deste entendimento (*Iniciação à advocacia*, p. 169), apoiando-se no «carácter público da actividade forense e na violação dos deveres que, *legalmente*, lhe são exigíveis». Para este Autor, a responsabilidade do mandatário não se radica no contrato de mandato, mas, antes, na violação dos deveres deontológicos previstos. Tanto é assim, segundo o Autor, que «a responsabilidade civil do advogado acompanha sempre a sua responsabilidade disciplinar, pois esta é o pressuposto e o fundamento daquela» (*idem*, p. 170).

([105]) Favorável a esta qualificação apresenta-se Moitinho de Almeida (*Responsabilidade civil dos advogados*, pp. 8-18), socorrendo-se, aliás, do *apport* francês de autores como Yves Abril. Cumpre ainda destacar que este entendimento encontra rudimentos nas lições de Cunha Gonçalves (*Tratado*, XII, pp. 463, 732-733, 762, ss.) Posteriormente, regista-se também a adesão de Isa Meireles (*A responsabilidade civil do advogado*, p. 572), embora com críticas contundentes quanto à extensão do prazo prescricional da responsabilidade, se obrigacional (*ibidem*, pp. 575-577). Na jurisprudência, com um compêndio de decisões, v. o ac. TRG, de 22-Jun-2017 (proc. n.º 4364/12.5TBGMR.G1), optando pela via *obrigacional*.

([106]) Sobre a terceira via, cf., *supra*, § 1, II. Não deixar de notar que, *perante terceiros*, aqueles quadros gerais devem ser ajustados: mantém, por exemplo, total pertinência o apelo de Carneiro da Frada às dificuldades de enquadramento da responsabilidade por informações ou por prospeto (*Teoria da confiança*, p. 333); situações para as quais se deve considerar pelo menos a responsabilidade pela confiança (verdadeira *quarta via* para o ilustre Professor, neste contexto; cf., *idem*, pp. 765-766).

XII. Da nossa parte, a heterogeneidade das situações de responsabilidade que lhe servem de base opõe-se a uma compartimentação de carácter unidimensional, absoluto a favor de qualquer uma das alternativas enunciadas. A complexidade das situações de responsabilidade a tanto nos obriga.

Sem prejuízo e em traços gerais, a responsabilidade civil do advogado perante o seu constituinte é, em regra, *obrigacional* (*i.e.*, decorre do incumprimento das obrigações que vinculam o advogado, 798.º e ss. CC) e fica dependente de *culpa*. Porém, constatámos que nada obsta à *relevância delitual* do comportamento do advogado(107) em determinados casos, nem, por sinal, à sua vertente *objetiva* (ou seja, independentemente de culpa), em concurso ou não, com a anterior.

Aliás, será extraobrigacional (ou delitual) a responsabilidade do advogado perante os colegas, a parte contrária, o tribunal e a Ordem dos Advogados por uma qualquer violação estatutária. Não deve surpreender, por este motivo, que o nosso Supremo Tribunal de Justiça entenda que «a responsabilidade do advogado para com terceiros é sempre extracontratual»(108).

Mais: cumpre ainda ressalvar a subsistência de responsabilidade numa fase inicial e prévia à formação ou conclusão das relações contratuais (227.º/2 CC) e, também, nos antípodas da *culpa in contrahendo*, após a cessão da relação obrigacional, tutelando-se os danos que excedam os limites impostos pela boa-fé (*culpa post pactum finitum*).

Neste quadro geral, é útil qualificar casuisticamente cada situação de responsabilidade ou pelo menos aquelas de cariz problemático que se possam ser consideradas em bloco, a respeito de um qualquer aspeto que as unifique. Antes de aprofundarmos a matéria, devemos, em todo o caso, fazer dois breves reparos, relativos (*a*) à *utilidade* deste esforço de quali-

---

(107) A possibilidade de limitação da responsabilidade do advogado indicia a sua natureza contratual além-Reno, mas não exclui a possibilidade de existirem pretensões indemnizatórias de tipo delitual concorrentes. Assim, Scherer, *Münchener Anwaltshandbuch Erbrecht*, 5.ª ed., C.H.Beck: Munique (2018), n. 69.

(108) V. o ac. STJ, de 29-Abr-2010 (proc. n.º 2622/07.0TBPNF.P1.S1), cuja expressão foi expressamente sufragada pelo recente ac. de 17-Jun-2021 do mesmo douto Tribunal (proc. n.º 15017/14.0T2SNT.L1.S1). Encontramos as raízes deste entendimento na nossa doutrina (cf., por todos, Carneiro da Frada, *Teoria da confiança*, p. 336, nota de rodapé 332, quando o ilustre Professor afirma «[o] campo dos danos sofridos por terceiro é, por excelência, o da tutela aquiliana»), embora cumpra, por vezes, precisar se o lesado reveste verdadeiramente a qualidade de *terceiro* (p. ex., o técnico pode, tanto ser nomeado pelo advogado, 50.º CPC, como pelo tribunal, 492.º, 601.º CPC; apenas neste último caso pode este agente ser considerado *terceiro*; cf., neste sentido, Orlando Guedes da Costa, *A responsabilidade civil profissional*, p. 193).

ficação e, segundo, (*b*) à *independência* deste juízo relativamente aos demais.

[*a*] Em primeiro lugar, a vantagem de qualificar a responsabilidade emergente ao abrigo das modalidades consideradas, principalmente a delitual e obrigacional, surge na medida das assimetrias do regime existentes. A utilidade deste esforço reside, assim, nas diferenças entre as modalidades. Ora, contrariamente ao geralmente invocado, nem sempre a responsabilidade obrigacional (vulgo, contratual, 798.º CC) se apresenta mais vantajosa para o lesado. De facto, a seu favor, invoca-se a presunção de culpa a favor do credor/lesado (799.º/1 CC) e um prazo prescricional mais favorável, de vinte anos (309.º CC). Contudo, estas diferenças não são determinantes, nem próprias desta modalidade: veja-se que a via concorrente (delitual, 483.º/1 CC), também conta, por vezes, com uma responsabilidade com *culpa presumida* (491.º, 492.º/1, 493.º e 503.º/3 CC) e o momento de contagem do prazo (da data do conhecimento do direito que lhe compete) do prazo delitual de três anos pode aproximar as realidades. Mais: a título próprio, a via extraobrigacional apresenta vantagens claras, tal como a imposição de solidariedade em caso de comparticipação no delito (490.º CC; por oposição à regra da *parciariedade* na via obrigacional, 513.º CC) ou a possibilidade de limitar ou excluir a indemnização em caso de negligência (494.º CC). Estes (e outros) aspetos atestam as significativas assimetrias de regime, justificativo do presente esforço de qualificação e negam que se possa afirmar, fora de uma base circunstancial, qual a modalidade mais favorável ao lesado, ainda que em termos globais.

[*b*] Em segundo lugar, a responsabilidade civil dos advogados é cumulável com a responsabilidade *penal* e *disciplinar* decorrente do exercício *irregular*([109]) da profissão (116.º EOA)([110]). Em suma é, portanto, patente, a possibilidade de existir um concurso real *heterogéneo* de responsabilidade do advogado.

XIII. Retomemos a justificação para a qualificação obrigacional, por regra, da responsabilidade emergente. Ora, esta resulta da relação contratual normalmente subjacente ao exercício da advocacia([111]). Como

---

([109]) A irregularidade do exercício da profissão não se confunde com o exercício ilegal da profissão, i.e., quando estejamos perante atos de advocacia praticados por não inscritos, como vimos. Neste sentido, por todos, v. Fernando Sousa Magalhães, *Estatuto*, pp. 86-96. Deste princípio de independência decorre também a autonomia da responsabilidade *tributária* do advogado (art. 27.º LGT); a propósito, Paulo Marques/Pedro Correia Gonçalves/Rui Marques, *Responsabilidade tributária e penal dos gestores, advogados, contabilistas e auditores. Imposto, crime e castigo*. Almedina, Coimbra (2017), p. 70, ss.

([110]) Em sede de responsabilidade penal, destaca-se, no âmbito da advocacia, o crime de violação de segredo profissional (195.º CP), o crime de infidelidade (224.º CP) e o crime de prevaricação de advogado (370.º CP); v. Fernando Sousa Magalhães, *Estatuto*, p. 188.

([111]) É esta a conclusão além-Reno, qualificando-se a situação de responsabilidade como um mero incumprimento contratual, ao qual são aplicáveis as regras dispostas no respetivo Código Civil nessa matéria (§ 280 BGB); cf., a anot. ao § 675 BGB por Heerman, *MüKoBGB*, Vol. VI (8.ª ed., de 2020), n. 33.

vimos, aos *atos próprios* da advocacia subjaz, em regra, uma base *negocial*, como seja um mandato forense, um outro contrato de prestação de serviço atípico, um mandato sem representação ou mesmo um contrato de trabalho(112).

A conclusão mantém-se nos casos em que inexista essa relação negocial. Este último ponto é controverso, particularmente no que respeita (*i*) à violação de regras deontológicas e (*ii*) quando a relação se funde no *apoio judiciário*(113). Debrucemo-nos sobre estes dois últimos casos em maior detalhe.

i. [*violação de regras deontológicas*] No que respeita aos deveres deontológicos, cumpre identificar aqueles — porventura, a maioria — que ganham relevância por contextualizarem a relação estabelecida entre advogado e cliente, modelando profundamente os deveres assumidos pelo primeiro, a título principal, secundário ou acessório. É o caso, a título exemplificativo, do dever de dar a sua opinião conscienciosa sobre o merecimento da causa [110.º/1, *a*) EOA], o de estudar a questão que lhe foi confiada [110.º/1, *b*) EOA] ou o de não cessar, sem motivo justificado, o patrocínio assumido [110.º/1, *e*) EOA]. Essa individualização pode e deve ser feita em abstrato, por referência a cada norma deontológica, embora, no elenco resultante, também se devam incluir as orientações não vinculativas transformadas em *obrigações legais* por vontade expressa das partes(114).

Essa concretização, por sinal *injuntiva* (280.º CC)(115), não permite, perscrutando-se o respetivo âmbito de aplicação, e, na esmagadora maioria dos casos, autonomizar a sua violação do contexto obrigacional, porventura para o campo delitual. O incumprimento destas regras conforma, por regra, um *verdadeiro* e *próprio* incumprimento obrigacional.

---

(112) *Supra*, § 2, *b*). Recentemente, defendendo a natureza *obrigacional* da responsabilidade do advogado por violação do mandato judicial, v. João de Castro Mendes/Teixeira de Sousa, *Manual de Processo Civil*, p. 324.

(113) A expressão é de Antunes Varela/J. Miguel Beleza/Sampaio e Nora, *Manual de Processo Civil*, 2.ª ed., Coimbra Editora: Coimbra (1985), p. 191.

(114) Expressamente neste sentido, v. Jochen Taupitz (*Die Standesordnungen der freien Berufe*, p. 1301 e respetiva nota de rodapé 38), recorrendo ao caso tratado no ac. do BGH em 1980 (NJW 1851, 1852), no qual as partes determinaram que as diretrizes da Ordem dos Advogados Federal Alemã (*Bundesrechtsanwaltskammer*) seriam vinculativas e, com base nelas, seria feita a interpretação do contrato celebrado.

(115) Tem sido sucessivamente confirmado o entendimento que motivou o Assento do Supremo Tribunal de Justiça, de 9 de março de 1989 (n.º 6/89), quanto à natureza imperativa destas regras, cuja violação gera, por sinal, a nulidade daquilo que foi preceituado contra si.

> Veja-se, neste sentido, o entendimento do Supremo Tribunal de Justiça, expresso no seu acórdão de 29-Abr-2010 (Sebastião Póvoas), «[p]or isso, e como regra, a responsabilidade do advogado para com o cliente é contratual desde que o ilícito se traduza no incumprimento do especifica ou genericamente clausulado (aqui incluindo os deveres colaterais deontológicos), no mandato forense, só sendo extra contratual se o ilícito consistir em conduta violadora de outros deveres — ou normas legais — não precisamente contratuais».

Nos demais casos — quer dizer, quando o dever deontológico extravase ou não respeite de todo o propósito modelador da conduta negocial do advogado — resta saber se os imperativos deontológicos detêm relevância *delitual*. Ora, no que respeita em concreto à violação de regras deontológicas, nada se deteta que impeça semelhante desfecho, conquanto estas se considerem *normas de proteção* (483.º/1 CC), ou seja, desde que estas integrem a segunda categoria de ilicitude delitual, a par da violação do «direito de outrem», como vimos.

Em todo o caso, devemos novamente deixar duas brevíssimas notas para se realizar condignamente este enquadramento.

Em primeiro lugar, embora estejamos perante deveres deontológicos, estes nem sempre se destinam, como vimos, a ajustar à relação obrigacional complexa existente entre o constituinte e o seu credor, nomeadamente conformando o serviço jurídico em causa. Noutros casos, tal como sucede perante terceiros (sejam estes os demais colegas ou o tribunal, por sinal), o complexo de deveres deontológicos existentes acaba por não reconhecer a estes sujeitos uma posição jurídica ativa, mormente um *direito subjetivo*. Estes sujeitos não são, portanto, *credores* e falha, pelo elemento subjetivo da responsabilidade obrigacional (i.e., a qualidade de *credor*), a tentativa de enquadramento da responsabilidade emergente na via obrigacional (798.º CC). Resta, pois, o recurso à via delitual, se a situação de responsabilidade ainda conformar a violação de normas de proteção (483.º/1 CC). Mas mesmo neste campo é importante perceber a *aptidão* da regra deontológica para figurar como uma norma de proteção. A não ressarcibilidade dos danos patrimoniais puros, principalmente os de terceiros, não deve ser contornada por se entender, predicativamente, que o dever deontológico vale alternativamente como uma concretização do dever de prestar ou como norma de proteção. Isto não basta, manifestamente. É preciso demostrar, no campo delitual, para enquadrarmos a regra deontológica na segunda categoria de ilicitude delitual (483.º/1, «disposição legal destinada a proteger interesses alheios»), se estamos perante uma (*i*) *norma* (*ii*), em primeiro lugar, e se essa norma se afigura (*ii*) *de protecção*. Neste último caso, importa conhecer se essa norma se destina a proteger o interesse ale-

gadamente lesado; no fundo, se a lesão ainda se circunscreve no *escopo* da norma(116).

> Existem normas de proteção de raiz deontológica que protegem os demais colegas (p. ex., as regras deontológicas relativas à publicidade, num espírito concorrencial, 94.º/3 e 4 EOA). É, todavia, difícil apelar a semelhante aptidão de proteção delitual perante outros sujeitos, verdadeiros terceiros. Segundo Jochen Taupitz — por sinal, o autor de um dos estudos mais extensos sobre a matéria(117) — a proteção externa delitual, ao abrigo das normas de proteção (§ 823 II BGB no respetivo ordenamento) geralmente não visa os *não-membros* da profissão que não se encontrem obrigacionalmente relacionados com o profissional liberal.

Em segundo lugar, geralmente obsta à qualificação destes deveres como normas de protecção aquele aspeto, indiciado no parágrafo anterior, meramente *formal*, designadamente o facto de não provirem de uma *lei em sentido formal*(118) — note-se que as normas de protecção são necessaria-

---

(116) Em caso negativo, a este lesado, terceiro ou não, não se pode reconhecer uma pretensão indemnizatória (neste sentido, Carneiro da Frada, *Uma «terceira via» no Direito da responsabilidade civil*, Almedina: Coimbra, 1997, p. 41, nota de rodapé 30). O entendimento contrário tornaria as regras deontológicas verdadeiras zonas de confluência para todo e qualquer prejuízo sofrido em virtude da sua violação, o que se revela manifestamente excessivo.

(117) *Die Standesordnungen der freien Berufe*, 1276. O estudo, o qual já tivemos a oportunidade de citar, foi publicado em 1991, com mais de mil e seiscentas páginas, sob o título «*Os códigos profissionais de conduta das profissões liberais: Desenvolvimento histórico, funções, posição no sistema legal*» (tradução nossa de *Die Standesordnungen der freien Berufe: Geschichtliche Entwicklung, Funktionen, Stellung im Rechtssystem*). Wagner também nega a recondução das regras deontológicas ao conceito de normas de proteção na presença destes terceiros (em anotação ao § 823 BGB, *MüKoBGB*, 8.ª ed., 2020, Vol. VII, n. 603). Inclui-se na categoria de terceiros, não diretamente visados, a *parte contrária* ou os *seguradores*, naturalmente. Numa decisão emblemática, o Tribunal Federal Alemão considerou, numa decisão de 23-Jul.2019 (NJW 2019, 3003), que o dever de gestão dos bens que são confiados ao advogado, previsto no respetivo estatuto, não consubstancia uma norma de proteção perante terceiros, na aceção do § 823, II BGB. Estava em causa o reembolso das despesas pagas pela parte contrária ao segurador de proteção jurídica. A parte contrária fora inicialmente condenada a reembolsar os custos do processo, incluindo os honorários deste advogado, o que fez. No entanto, esses montantes não foram reencaminhados pelo advogado da parte vencedora à seguradora, a qual procurou responsabilizar o advogado por essa falta de transferência dos fundos devidos. Para tanto, invocou a responsabilidade delitual do advogado por violação das disposições estatutárias (§ 43*a*, (5) BRAO, bem como § 4, (2) BORA); pretensão essa negada pelos motivos já enunciados.

(118) A reserva anteriormente exposta, partilhada também por Carneiro da Frada, no sentido da exigência de «aprovação por diploma legislativo» (pelo menos no que respeita às «*normas de deontologia profissional*»; *Uma «terceira via»*, p. 41), não é acompanhada por Adelaide Menezes Leitão (*Normas de proteção e danos puramente patrimoniais*, Almedina: Coimbra (2009), p. 668, nota de rodapé 2024). Na verdade, as regras deontológicas concretizadas pelos órgãos da Ordem dos Advogados, tal como, de cariz privado, os regulamentos internos das sociedades de advogados ou os *códigos de conduta* extensíveis aos advogados *in house*, não se qualificam como *normas* para este efeito (neste sentido, circunscrevendo a relevância delitual das normas deontológicas, ao abrigo do § 823 II BGB, aos estatutos profissionais de *direito público*, v. Jochen Taupitz, *Die Standesordnungen der freien Berufe*, p. 1266).

mente «disposições *legais*» (483.º/1 CC, *in fine*). Pois bem, esta reserva não cabimento no que respeita aos deveres decorrentes do respetivo estatuto, já que este foi aprovado sob a forma de *Lei* (n.º 145/2015, de 9 de setembro), embora esta mantenha total pertinência nos demais casos, principalmente quanto aos deveres que emergem de outras fontes, tal como dos «usos, costumes e tradições profissionais» (88.º/1 EOA).

Em suma, a responsabilidade inerente à violação dos deveres deontológicos não deixa de ser *extraobrigacional* quando o interesse a que se dirija não seja concretizável ou, sendo possível, não esteja concretizado, por aquele inerente ao dever de *prestar*([119]).

> Assim, a violação de segredo profissional referente a assuntos profissionais comunicados pelo constituinte gera responsabilidade obrigacional perante este (798.º e ss. CC). Todavia, já é *delitual* a responsabilidade emergente da divulgação de informação sigilosa que seja comunicada por outro colega com o qual este esteja associado, visando um *terceiro*, tal como a parte contrária (92.º/1, c) EOA)([120]), ou, ainda, perante a violação de um dever que se reporte à relação estabelecida com os tribunais e entre advogados, não associados([121]).

ii. [*nomeação oficiosa*] Por outro lado, em caso de *nomeação de patrono*, enquanto uma modalidade de apoio judiciário — ao abrigo da Lei de acesso ao Direito e aos tribunais (Lei n.º 34/2004, de 20 de julho, na sua redação atual) — ou tendo por base outras previsões dispersas nos Códigos de Processo, o comportamento do defensor oficioso é passível, à primeira vista e apenas na aparência, de gerar apenas responsabilidade civil de tipo *delitual*([122]). Apela-se, para tal, à falta de substrato negocial na

---

([119]) Neste sentido, Jaime de Gouveia, *Da responsabilidade contratual*, Edição do Autor: Lisboa (1932), pp. 238, 239.

([120]) Admitindo esta qualificação, ainda que em modelo alternativo, supomos, v. Augusto Lopes Cardoso, *Do segredo profissional na advocacia*, p. 21.

([121]) Lebre de Freitas, *A responsabilidade civil dos profissionais liberais*, p. 695. Incluindo-se neste campo a responsabilidade civil emergente do advogado que atua em gestão de negócios (464.º CC e 49.º CPC).

([122]) Segundo Moitinho de Almeida, *Responsabilidade civil dos advogados*, p. 11, («[n]o caso de nomeação oficiosa […], porque não há qualquer contrato, a responsabilidade civil do advogado é sempre e apenas extracontratual»). O entendimento é acompanhado por Paulo Correia, *Da responsabilidade civil do advogado*, p. 162 (nota de rodapé 31) e Lebre de Freitas, *A responsabilidade dos profissionais liberais*, p. 695. Contra, Orlando Guedes da Costa, *Direito professional do advogado*, p. 337. Também Carlos Mateus, seguindo a lição de Enzo Roppo (em *O contrato*, trad. de Ana Coimbra/Manuel Januário da Costa Gomes, Almedina, Coimbra, 1988), admite a natureza *contratual* da relação gerada neste contexto, a qual pode ser configurada a partir de normas legais, bem como de decisões jurisprudenciais ou procedimentos de autoridades administrativas (*A limitação da responsabilidade civil*, p. 5 nota de rodapé 7).

relação que se constitui. De facto, o vínculo funda-se num ato *administrativo*([123]) ou *judicial* e existem diferenças marcantes no que respeita à *constituição*, *exercício*, *cessação* e *remuneração* do patrocínio, circunscrevendo atipicamente a liberdade de conformação das partes, bem como impondo um conjunto adicional de deveres. Mas este argumento não é suficiente, nem adequado para se alcançar semelhante conclusão.

De facto, as particularidades deste regime não imprimem uma individualidade à atuação do advogado oficioso que o separe do exercício de base voluntária, numa relação de especialidade, muito menos se gizam dois modelos dicotómicos de enquadramento do patrocínio judiciário ou, melhor, duas formas de exercício de advocacia, sujeitas a regras globalmente distintas. Essa discriminação não tem cabimento, de todo. Pelo contrário, somos da opinião de que o regime é unitário nesta matéria, respeitando, claro está, espaços mínimos de conformação.

Mas mais. Semelhante conclusão — *i.e.*, a de a responsabilidade civil do defensor oficioso ser puramente delitual — enferma de uma incorreta pré-compreensão da responsabilidade obrigacional (798.º e ss. CC), indevidamente circunscrita ao incumprimento de contratos (vulgo, a corrente de *responsabilidade contratual*). Este é o motivo pelo qual vários Autores se veem na necessidade de se socorrer do espetro delitual([124]). Pelo contrário, perante o respetivo credor, o incumprimento de uma obrigação em sentido técnico funda a *responsabilidade obrigacional* (798.º CC) e não apenas aquele que ocorre em virtude do inadimplemento de obrigações emergentes de contratos. A fonte da obrigação não se circunscreve ao *dogma da vontade* e não se altera a modalidade de responsabilidade civil, quando esta seja incumprida. A *lei*, dizia Pothier, também é fonte *imediata*

([123]) A responsabilidade por este ato recai exclusivamente sobre a Ordem dos Advogados, pessoa coletiva de direito público (1.º/2 EOA), dotada de personalidade jurídica, e não sobre o Estado Português (assim, v. o ac. TCA Norte, de 07-Jul-2017, proc. n.º 00804/13.4BEBRG). No mesmo sentido, afirmou-se no TCS Sul, de 10-Dez-2020 (proc. n.º 1250/15.0BELSB), que «[o] sistema de acesso ao direito e aos tribunais assenta num modelo triangular em que a decisão de atribuição do benefício compete ao Instituto da Segurança Social, IP, que avalia as condições económicas das quais depende a atribuição de protecção jurídica aos cidadãos; à Ordem dos Advogados, que procede à nomeação dos Advogados; e ao Estado, a quem compete o financiamento do sistema através do orçamento gerido pelo Ministério da Justiça».

([124]) Também existem decisões que enfermam desta falsa compreensão. Num exemplo, tanto no ac. TRL, de 18-Jan-2011 (proc. n.º 2814/08.4TVLSB.L1-7), como no ac. TRE, de 31-Jan-2019 (proc. n.º 1322/17.7T8STR.E1) considerou-se, e bem, que o advogado nomeado no âmbito do apoio judiciário se encontra onerado com deveres e obrigações equivalentes ao do mandatário forense, mas, em ambos os casos, qualificou-se a respetiva responsabilidade como *extracontratual* ou *delitual* (483.º/1 CC) por, entre outros motivos, não se reconhecer que as partas hajam celebrado um contrato.

de obrigações e isso traduz o anacronismo da classificação tradicional das fontes das obrigações, limitada ao contrato e ao delito.

Resta saber qual a *base* que preside à relação estabelecida entre o defensor oficioso e o beneficiário deste patrocínio. Base *contratual* não se afigura, certamente. Faltam as duas declarações contratuais imprescindíveis à formação de um contrato(125). A existir, esta implicaria a inflexão *ab initio* daquela base voluntária que necessariamente preside à formação do contrato, possivelmente pela criação de um qualquer *dever de negociar*, de fonte legal. Assim, por exemplo, o regime jurídico de acesso ao Direito e aos tribunais obrigaria o patrono nomeado a celebrar um contrato de *mandato judicial* com o beneficiário do apoio judiciário. Como é fácil de constatar, este processo não tem qualquer correspondência com a realidade, o que se demonstra essencialmente por dois motivos, relacionados com a *forma* e a *cessação* do vínculo estabelecido: em primeiro lugar, a forma tipificada de celebração do mandato judicial (42.º CPC), dependente tanto de um instrumento que conceda os poderes necessários (de representação), como de aceitação do mandatário (44.º/4 CPC), opõe-se ao *ato de nomeação* em resultado de uma decisão da Ordem dos Advogados(126). A própria sistemática dos regimes processuais atesta esta separação (43.º, 51 CPC, 62.º, 66 CPP). Após aquela decisão, e antes, portanto, do patrono estar em contacto com o respetivo beneficiário, a relação jurídica em causa já se encontra constituída. A nomeação oficiosa é automática, sendo, aliás, na pendência de ação judicial, também comunicada diretamente ao Tribunal (art. 26.º/4 LADT). O patrono nomeado não tem, portanto, de *aceitar* a nomeação.

Em segundo lugar, esta relação cessa, sempre que a parte constitua mandatário — regime expressamente previsto no processo penal, 43.º/1 LADT, mas extensível, assim o entendemos, ao processo civil(127). Este aspeto também implica uma assimetria entre este regime e o do mandato judicial (47.º CPC, 1171.º CC).

Pelos motivos acima enunciados, não tem cabimento apelar, no que toca à relação entre as partes, à *equiparação* da existência de um contrato de mandato forense, como se pode constatar em várias decisões nos nossos tribunais(128) ou à

---

(125) Este é o entendimento de Carlos Ferreira de Almeida, para quem é requisito imprescindível à formação do contrato duas declarações negociais, de proposta e aceitação. Casos há, prossegue o Autor, em que o tribunal se substitui na declaração negocial do faltoso (é o caso da execução específica da promessa, 830.º/1 CC) ou em que basta a declaração unilateral de uma das partes (é o caso da aquisição das participações minoritárias pela sociedade dominante, 490.º/3 CSC) para se produzirem os efeitos pretendidos. Simplesmente, nas palavras do A., «a produção de efeitos equivalentes ao contrato não implica que algum contrato se forme» (*Contratos I*, *Conceito. Fontes. Formação*, 6.ª ed., Almedina, Coimbra, 2017, p. 173; cf., ainda, do mesmo A., relativamente ao peso do consenso e à sua ligação *indissolúvel* do contrato, *Texto e Enunciado na Teoria do Negócio Jurídico*, Vol. II, Almedina, Coimbra, 1992, p. 856, ss.).

(126) Noutros casos, a nomeação é feita diretamente pelo tribunal: pense-se na nomeação em caso de urgência, por referência à lista de escala de prevenção de advogados e advogados estagiários, quando se frusta a notificação pessoal do visado (réu, reconvindo, executado ou requerido para constituir novo mandatário, 47.º/4 CPC), bem como nos casos previstos nos arts. 275.º/1 CPC (em sede do regime da suspensão da instância) e 420.º/2 CPC (forma de antecipação da prova).

(127) Neste sentido, veja-se a anot. aos arts. 48.º e 51.º CPC, Lebre de Freitas/Isabel Alexandre, em *Código Processo Civil anotado*, I, pp. 123, 128.

(128) Quanto às decisões dos nossos tribunais, v. os acs. TRL, de 10-Fev-2015 (proc. n.º 5105/

existência de uma verdadeira «base contratual», tal como defende Orlando Guedes da Costa([129]). Em nossa opinião, a relação é de tipo obrigacional, mas não tem fonte contratual. A diferença ao nível da fonte, não se protela para os efeitos. A relação obrigacional funda-se, ao invés, diretamente na lei e constitui o beneficiário do respetivo apoio como o credor da prestação do serviço jurídico em causa. De facto, o dever jurídico assumido conforma-se ainda na *prestação* do serviço jurídico no interesse do beneficiário do apoio judiciário.

Claro está, a lei não se esgota na conformação desta prestação, já que as regras legais deontológicas detêm, possivelmente, pertinência concomitante noutro campo, o delitual, enquanto *normas de protecção*([130]). A deteção dessa aptidão só se concretiza condignamente, se analisarmos cada norma legal deontológica, como vimos. Para tal, torna-se necessário atender ao circunstancialismo que rodeia a situação de responsabilidade, ou seja, determinar se cada *dever* deontológico adquire relevância obrigacional na relação estabelecida, ou se a extravasa, caso em que pode, ainda, ser enquadrada como norma de proteção. Neste ponto, a solução não diverge da prestação de serviço de base voluntária. De igual forma, quando estes deveres visam os colegas, o tribunal ou a parte contrária, a sua violação tem necessariamente relevância apenas no espectro delitual.

Pois bem, no patrocínio oficioso, também se constituem *obrigações* naquele sentido, cujo incumprimento é tutelável em regra do prisma exclusivamente obrigacional (798.º e ss. CC), como visto. Neste contexto, é inegável a equiparação da relação estabelecida entre o defensor oficioso e o beneficiário de apoio judiciário([131]) perante aquela constituída pela forma comum([132]). A natureza *obrigacional* do vínculo impõe-se, no entanto, já

/12.2 TBSXL.L1-1) e TRG, de 28-Set-2017 (proc. n.º 4364/12.5TBGMR.G1). Aliás, o entendimento exposto enferma possivelmente de outro vício de enquadramento de um acórdão anterior do STJ (29-Mai-2012, proc. n.º 8972/06.5TBBRG.G1. S1.), citado em ambas as decisões e na qual (alegadamente) se baseiam. Na verdade, nesta decisão, o STJ debruçou-se sobre a atuação global de um advogado em várias causas. Para umas, o advogado encontrava-se nomeado oficiosamente, para outra juntou procuração do inicial beneficiário de apoio, constituindo-se efetivamente mandatário judicial *e* (inicialmente) defensor oficioso.

([129]) Em *Direito profissional do advogado*, p. 437, e em *A responsabilidade civil profissional do advogado*, p. 185. Veio a aderir a esta posição Vítor Sousa, *A responsabilidade civil dos advogados*, pp. 48-49.

([130]) Menezes Cordeiro, *Tratado*, VI, p. 550; Adelaide Menezes Leitão, *Normas de protecção*, p. 467, ss. Na deteção da formação de um direito subjetivo reside a pedra de toca de alternância entre o modelo de responsabilidade (obrigacional ou delitual) emergente; cf., a propósito, Carneiro da Frada, *Uma «Terceira Via»*, p. 41.

([131]) No sentido citado, ainda que com diferente fundamentação, v., Orlando Guedes da Costa, *Direito profissional do advogado*, p. 364; Paulo Correia, *Da responsabilidade civil do advogado*, p. 165; e Vítor Sousa, *A responsabilidade civil dos advogados*, p. 48. Na jurisprudência, concluindo por esta qualificação, com uma fundamentação dirigida a evitar a iniquidade de um entendimento diverso, v. o TRL, no seu ac. de 11-Mai-2017 (proc. n.º 1291-13.2TVLSB.L1-6). Neste sentido, não afastamos a aplicabilidade nas normas que regem o contrato de mandato *por analogia* (cf., a propósito, o entendimento do ac. STJ de 01-Jul-2014, proc. n.º 824/06.5TVLSB.L2.S1).

([132]) Em sentido contrário, com base numa pré compreensão do âmbito obrigacional, Lalou

que (frisa-se) a fonte do dever não contamina a natureza do respetivo vínculo (constituindo-se uma obrigação), nem do respeito incumprimento.

XIV. Da nossa parte, qualquer das soluções anteriormente enunciadas pode ser considerada. Em suma, a responsabilidade civil do advogado pode ser (*i*) *exclusivamente* obrigacional (a regra, por sinal) ou delitual. Pode também ser — e é este aspeto que cumpre de momento destacar — (*ii*) *simultaneamente* obrigacional e delitual, num modelo de concurso. A qualificação da responsabilidade emergente não é estante, unitária(133). Tudo depende da situação de responsabilidade em mãos.

Como exemplo da primeira hipótese (*i*), considere-se o caso em que o advogado não envia documentação solicitada pelo seu cliente dentro do prazo acordado, caso em que responde a título exclusivamente obrigacional por esse atraso, ou aquele em que este furta a carteira do seu constituinte durante uma conferência, hipótese em que é responsável, ao invés, a título exclusivamente delitual. O segundo caso (*ii*) revela-se do maior interesse. Nesta hipótese, o lesado dispõe de várias pretensões indemnizatórias que concorrem à satisfação do mesmo crédito indemnizatório, sem que nenhuma possa prevalecer sobre a outra. Pense-se no caso de violação do sigilo profissional no exercício do mandato forense: além de consubstanciar uma violação obrigacional (798.º CC e ss.), consubstancia simultaneamente a prática de um crime (195.º CP), com relevância delitual (483.º/1 CC, por violação de «disposição legal destinada a tutelar interesses alheios»)(134).

> O concurso de responsabilidade civil tem sido considerado paradigmaticamente em dois planos: o primeiro, inspirado no entendimento francês do *non-cumul*, opta pela prevalência de uma determinada via, geralmente a obrigacional e por *consumpção* (o concurso das modalidades torna-se, assim, meramente *aparente*); um segundo entendimento — no qual nos revemos — determina não existir nenhuma razão que justifique a prioridade de uma das modalidades sobre a outra. O conflito positivo das ordens de responsabilidade, num modelo de concurso *efetivo*, permitirá ao lesado optar globalmente por aquela que melhor satisfizer os seus interesses. Consagra-se um modelo de *concurso de pretensões*, bem documentado na doutrina ger-

---

afirmava que a responsabilidade civil de funcionários em virtude de um contrato forçado, se rege apenas pelo domínio delitual; em *Responsabilité civile: principes élémentaires et applications pratiques*, Dalloz: Paris (1928), p. 112.

(133) A presente conclusão não é inovadora. Neste sentido, v., por todos, Carneiro da Frada, *Teoria da confiança*, p. 334.

(134) Assim, v., além-Reno, que a violação do sigilo funda, tanto a responsabilidade contratual do advogado (§ 280 BGB), como a delitual, com base na norma penal que pune a violação do sigilo [§ 823, (2) BGB e § 203(1), 3 StGB]; cf. a decisão do BGH, de 27-Mai-2017 (NJW 2018, 2319) e Vollkommer/Greger/Heinemann, *Anwaltshaftungsrecht*, 5.ª ed., C.H.Beck: Munique (2021), § 15, 96, ss.

mânica (*Anspruchskonkurrenz*). *Grosso modo*, o lesado dispõe de várias vias para o ressarcimento dos seus danos, desde que estes sejam comummente tutelados por ambas as modalidades de responsabilidade. Respeitando a livre disposição deste crédito, este pode optar em bloco pelo regime de responsabilidade que lhe seja mais favorável, contando com a natureza vinculativa desta sua opção(135). Da perspetiva do advogado, responsável civil, a satisfação de uma qualquer destas pretensões provoca um efeito extintivo naquela concorrente não satisfeita, ao nível de um dos seus pressupostos essenciais: o dano. A propósito deste requisito, uma vez satisfeita a pretensão indemnizatória pelo qual o lesado optou, elimina-se o dano pressuposto pelas demais e estas, até esse momento latentes, extinguem-se.

III
A responsabilidade civil das sociedades de advogados

§ 6. O modelo de responsabilidade civil das sociedades de advogados

I. Reserva-se um momento final para avaliarmos o papel das sociedades de advogados neste contexto. A responsabilidade destas entidades, enquanto pessoas coletivas sob forma civil(136), dotadas de personalidade jurídica, tem raízes históricas, tanto no papel de lesante como de lesada(137),

---

(135) Decididamente neste sentido, a propósito da responsabilidade civil dos advogados e com um enquadramento prévio do entendimento francês sobre a matéria, v. Moitinho de Almeida, *Responsabilidade civil dos advogados*, p. 18.

(136) É, aliás, *histórica* a rejeição da natureza comercial das sociedades de advogados. Neste sentido confira-se o preâmbulo do Decreto-Lei n.º 224/2004, de 10 de dezembro, no qual se determina: «salvaguardou-se o princípio da natureza não mercantil das sociedades de advogados, não se remetendo a sua regulação para o direito comercial, como sucede noutras ordens jurídicas». A exceção, cumpre referir, corresponde ao regime fiscal, seguindo-se o modelo das sociedades constituídas sob a forma comercial (213.º/15 EOA). Sem prejuízo, o regime jurídico de criação, organização e funcionamento das associações públicas profissionais (Lei n.º 2/2013, de 10 de janeiro) prevê a possibilidade de as sociedades de profissionais assumirem, a par da natureza civil, «qualquer forma jurídica admissível por lei para o exercício de atividades comerciais», o que leva a que alguns Autores admitam a sua constituição sob a forma comercial (cf. a anot. ao art. 213.º EOA por Fernando Sousa Magalhães, *Estatuto,* p. 264, nota 6). Curiosamente, constata-se a existência, hoje, de uma sociedade de advogados, registada junto do Conselho Regional de Lisboa, a qual adota a seguinte designação «SP, RL, SA».

(137) Recentemente, diferenciando esferas patrimoniais, o TRL negou, no seu ac. de 29-Jan-2015 (proc. n.º 8670/03.1TBCSC-D.L1-2), provimento ao arresto do direito à indemnização de € 10.000,00 por não pagamento de despesas e honorários de serviços de advocacia prestados. O douto Tribunal invocou que o crédito em causa não era dos sócios (os quais requereram pessoalmente o arresto), mas da sociedade de advogados em si até ao fecho de contas do exercício.

embora este tenha sido um aspeto menos explorado pela nossa doutrina. A evolução do respetivo regime jurídico, tanto em momento prévio, como após a sua integração nos Estatutos da Ordem dos Advogados, atesta a antiguidade do inerente modelo de responsabilidade. Este progresso pode ser sindicado por referência às várias alterações de que o regime relativo às sociedades de advogados foi alvo desde a sua consagração em 1979, nomeadamente pelas reformas de 2004 e de 2015([138]).

> Em 1979, institucionalizou-se, pela primeira vez, o funcionamento de sociedades de advogados no nosso país. No regime jurídico em vigor à data, previa-se a «responsabilidade das sociedades por atos dos sócios» (20.º do Decreto-Lei n.º 513-Q/79, de 26 de dezembro). Por outro lado, distinguia-se a responsabilidade *por atos* (dos sócios) daquela emergente de *dívidas sociais* (19.º do respetivo Decreto-Lei). Nos termos desse regime, a sociedade de advogados constituía-se responsável solidária pelos atos (apenas) dos sócios, sem prejuízo de lhe ser conferido um direito de regresso sobre os mesmos.
>
> Volvidos vinte e cinco anos, o regime jurídico das sociedades das sociedades de advogados foi reavaliado e amplamente reformado. Em particular, a antiga distinção entre responsabilidade por dívidas sociais e por atos (de responsabilidade) foi abandonada([139]). Mais: as *dívidas sociais* passaram a abarcar as situações típicas de responsabilidade de outros sujeitos além dos sócios, nomeadamente dos associados e também dos advogados estagiários (33.º/2 do Decreto-Lei n.º 229/2004, de 10 de dezembro). Uma alteração compreensível no contexto da crescente proliferação e complexificação destas estruturas.
>
> Uma segunda alteração consagrou, igualmente de forma inovadora, dois modelos opostos de imputação de danos para este efeito: o de responsabilidade *limitada* e o de responsabilidade *ilimitada*. Nas situações mais comuns, visando as entidades de responsabilidade *limitada*, apenas a sociedade respondia por esta dívida perante o lesado. No plano interno, consagrou-se o direito de regresso da sociedade perante o elemento responsável (36.º/1 do Decreto-Lei n.º 229/2004, de 10 de dezembro); existindo vários responsáveis na qualidade de sócios, cada um respondia na proporção da sua participação nos resultados (36.º/2 do referido Decreto-Lei). No modelo concorrente, ou seja, nas sociedades de responsabilidade *ilimitada*, a responsabilidade por esta dívida era imputável à pessoa coletiva, bem como aos seus sócios de forma (quanto aos últimos) *pessoal*, *ilimitada* e *solidária* (34.º/1 do referido

---

([138]) Importa distinguir a evolução deste regime (referente às sociedades dos advogados), dos Estatutos da Ordem dos Advogados (com autonomia do antigo Estatuto Judiciário desde 1984), e da própria Ordem dos Advogado em si (criada em 1926, pelo Decreto n.º 11 715, de 12 de junho). Sobre esta evolução histórica, v. António Arnaut, *Iniciação à* advocacia, pp. 31-36. Curiosamente, o Autor dá nota da existência de *sociedades de advogados de facto* antes de 1979 (*idem*, p. 45).

([139]) Este aspeto peculiar corresponde, só por si, a uma idiossincrasia do regime responsável por uma quebra terminológica de todo evitável. De facto, é comum a distinção entre *dívidas/obrigações sociais* e responsabilidade social, em virtude dos «atos ou omissões» dos seus representantes, agentes ou mandatários (no contrato de sociedade civil, 997, 998.º CC), de quem represente a sociedade comercial (6.º/5 CSC) ou do sócio nas sociedades em nome coletivo (175.º/1 CSC).

Decreto-Lei). Sem prejuízo, amenizava-se o regime ao conceder-se aos sócios o benefício da excussão prévia dos bens da sociedade (34.º/2 do referido Decreto-Lei).

Por outro lado, estas pessoas coletivas, enquanto *sociedades de profissionais*, encontram-se sujeitas à respetiva associação pública profissional (a Ordem dos Advogados) e ao regime *geral* previsto para estas sociedades (Lei n.º 53/2015, de 11 de junho), respeitando a especialidade do respetivo Estatuto (55.º da referida Lei).

II. Centremo-nos na análise do papel destas sociedades e dos elementos que as integram, adentro ou fora do plano da respetiva orgânica, como potenciais responsáveis. O atual Estatuto da Ordem dos Advogados modificou novamente o regime de responsabilidade civil das sociedades de advogados fixado em 2004. As alterações introduzidas nesta matéria em 2015 — através da qual se integrou pela primeira vez no Estatuto o regime jurídico das sociedades de advogados — foram significativas e implicaram uma condensação das regras do regime anterior. Manteve-se, cumpre desde já notar, a redação anterior no que respeita ao *âmbito* das dívidas sociais: continua a incluir-se, neste conceito, a situação típica de responsabilidade, quer seja imputada aos sócios, quer aos associados ou estagiários no exercício da profissão (213.º/11 EOA).

Uma análise cuidada do regime obriga-nos a distinguir entre o quadro de responsáveis (*i.e.*, respondendo à questão *quem responde*?), por um lado, e os requisitos a que obedece o respetivo título de imputação de danos gerados (ou seja, *a que título*?), por outro. Sindiquemos, então, ambas as realidades.

6.1. A identificação dos vários responsáveis perante o terceiro lesado

III. A identificação concreta dos vários responsáveis perante o lesado implica conhecer o *tipo* de sociedade em causa, consoante o regime de responsabilidade por dívidas sociais adotado, entre os modelos, atrás mencionados, de (*i*) responsabilidade *ilimitada* (RI) ou, mais comum, de (*ii*) responsabilidade *limitada* (RL)([140]).

([140]) Em março de 2022 constam apenas trinta sociedades ativas que adotam o modelo de responsabilidade ilimitada (RI), contra as sensivelmente mil e duzentas que optaram pelo inverso, de

i. [*responsabilidade ilimitada*] Quanto ao primeiro, a sociedade de advogados é, neste modelo, *sempre* responsável perante o lesado. Dúvidas legítimas podem ser erigidas quanto à redação do preceito. Justamente, numa primeira leitura a responsabilidade aparenta recair *somente* sobre os sócios. Mas esta não é a interpretação adequada do preceito, nem do regime onde a matéria se baseia (213.º EOA), totalmente desligada, aliás, do respetivo propósito. Recuperemos, então, o preceito, selecionando o segmento com pertinência.

[Estatuto da Ordem dos Advogados]

Artigo 213.º
(Sociedades de advogados)

[…]

10 — As sociedades devem optar, no momento da sua constituição, por um dos dois tipos seguintes, consoante o regime de responsabilidade por dívidas sociais a adotar, devendo a firma conter a menção ao regime adotado:

a) Sociedades de responsabilidade ilimitada, RI;

b) Sociedades de responsabilidade limitada, RL.

11 — A responsabilidade por dívidas sociais inclui as geradas por ações ou omissões imputadas a sócios, associados e estagiários, no exercício da profissão.

12 — Nas sociedades de responsabilidade ilimitada, os sócios respondem pessoal, ilimitada e solidariamente pelas dívidas sociais, sem prejuízo do disposto no número seguinte.

13 — Os credores da sociedade de responsabilidade ilimitada só podem exigir aos sócios o pagamento de dívidas sociais após a prévia excussão dos bens da sociedade.

14 — Nas sociedades de responsabilidade limitada, apenas a sociedade responde pelas dívidas sociais, até ao limite do seguro de responsabilidade civil obrigatório.

[…]

No âmbito *funcional* destas entidades, em particular no complexo dos deveres que a oneram, integra-se a obrigação de indemnização (213.º/5 EOA). Afinal, é o próprio regime que qualifica expressamente estas situações de responsabilidade como *dívidas sociais* (213.º/11 EOA). Nenhuma razão se deteta, portanto, que obrigue a desonerar a sociedade da responsabilidade por estas dívidas. Mais: o regime do EOA determina — e este ponto não suscita dúvidas — que os sócios só respondem após a *excussão* do património social (213.º/13 EOA). A consequência lógica, inerente à aplicação deste regime, é a de que a sociedade não deixa de ser responsá-

---

limitação de responsabilidade (RL; estes resultados podem ser conferidos em <https://portal.oa.pt/advogados/pesquisa-de-sociedades-de-advogados>; consultado a 31-Mai-2022).

vel *em primeira linha* perante o lesado. Em todo o caso, o modelo *externo* de responsabilidade, ou seja, perante o lesado, carece de maior aprofundamento.

a) A excussão patrimonial prévia do património social

IV. Em primeiro lugar, a excussão patrimonial em causa — i.e., dos *bens da sociedade* de responsabilidade ilimitada, em momento prévio ao da responsabilização dos sócios — tem aparentemente natureza *imperativa* (213.º/13 EOA). Este aspeto cria dificuldades de maior. De facto, este mecanismo da excussão, tradicionalmente associado à figura do *fiador* (638.º CC) — enquanto *benefício da excussão* (previsto noutros códigos como *Einrede der Vorausklage*, § 771 BGB, *bénéfice de discussion,* 2021.º CCfr ou *beneficio di escussione*, 1944.º CCit) — caracteriza-se pela respetiva *disponibilidade*; atributo que é bem retratado, entre outros aspetos, pela conhecida possibilidade *renúncia prévia* ao mesmo [640.º, *a*) e 641.º/2 CC]. Pois bem, por este motivo, o mecanismo previsto no EOA suscita, tal como se encontra atualmente consagrado, legítimas dúvidas, já que obriga, pelo menos na sua aparência, a excutir *sempre* e de *forma prévia* os bens da sociedade, *antes* de se responsabilizar os sócios (veja-se que, nos termos da lei, «os credores […] *só podem* exigir aos sócios o pagamento de dívidas sociais após a prévia excussão dos bens da sociedade», 213.º/13 EOA; itálico nosso). Esta leitura não contraria o espírito do regime e é a mais adequada, como se procurará demonstrar.

Recuando ao propósito do mecanismo da excussão, este visa, em traços gerais, separar as esferas patrimoniais, garantindo que os sócios só respondem perante os credores sociais, após se encontrar primeiramente esgotado o património social. É esta, *grosso modo*, a finalidade do preceito. Num campo próximo, mas não inteiramente coincidente, existem outros instrumentos jurídicos que impõem uma *responsabilidade subsidiária* de certos bens, os quais acabam por responder preferencialmente pela dívida (subsidiariedade patrimonial *real* ou *objetiva*, portanto([141]). Nestes

([141]) A expressão é de Rui Pinto, *Manual da Execução e Despejo*, Coimbra Editora: Coimbra (2013), pp. 486-487. A *responsabilidade subsidiária* não depende, embora geralmente dependa, da atuação de mais do que um sujeito. Por outro lado, segundo Januário Gomes, a «responsabilidade patrimonial de atuação sucessiva» exige a excussão do património primário. Segundo o ilustre Professor, numa lição que acompanhamos, importa distinguir, p.ex. e de um lado, a responsabilidade verdadeiramente subsidiária do sócio de sociedade em nome coletivo (175.º CSC) ou do sócio na sociedade por quotas quando convencionado (198.º/1 CSC), da responsabilidade, de outro, do sócio de sociedade civil (997.º/1 e 2 CC), porquanto na última existe um mero benefício de excussão e não um verdadeiro

casos, a falta ou insuficiência de determinados bens do devedor é condição indispensável para se perseguir o restante património autonomizado. Este mecanismo ficou geralmente conhecido por *benefício de excussão real* (*beneficium excussionis realis*) e tem, assim o entende a doutrina dominante, natureza imperativa([142]). Em rigor, este mecanismo não é apto a enquadrar a realidade em mãos: afinal, nas situações para as quais se encontra previsto todas as esferas patrimoniais autonomizadas pertencem ao *mesmo* sujeito([143]) — realidade que se distancia do nosso caso. Aqui, ao invés, as esferas patrimoniais pertencem a entidades distintas, *i.e.*, aos sócios, por um lado, e à sociedade de advogados, por outro. Por este motivo, a resposta àquela questão inicial deve ser procurada noutro plano, adentro da matéria da responsabilidade subsidiária: esta reporta-se, em termos próprios, à responsabilidade de vários patrimónios (ou esferas patrimoniais), as quais pertencem a agentes distintos (a título de *subsidiariedade* patrimonial *subjetiva*, portanto).

A solução, assim o entendemos, encontra-se nas figuras próximas que sindiquem vários responsáveis. Na verdade, podemos encontrar um papel semelhante ao do sócio de uma sociedade de advogados (de responsabilidade ilimitada) a ser desempenhado por outras pessoas singulares perante uma pessoa coletiva à qual se também encontram funcionalmente ligados:

---

pressuposto de responsabilidade (*Assunção Fidejussória de Dívida*, Almedina: Coimbra, 2000, p. 965, e respetiva nota de rodapé 93).

([142]) No contexto da execução de dívida com garantia real, afirma-se que a penhora dos bens do executado se inicia pelos bens sobre os quais incida essa garantia e «só pode recair noutros quando se reconheça a insuficiência deles para conseguir o fim da execução» (752.º/1 CPC). Pois bem, a imperatividade deste mecanismo de *excussão real* entra em colisão com o regime substantivo, nomeadamente o referente à hipoteca, quando se consagra que o devedor tem o «direito» (697.º CC; *in fine*, extensível ao penhor de coisas e de privilégios creditórios, 678.º e 753.º CC) de se opor a que sejam penhorados outros bens perante a suficiência da garantia. Perante esta dificuldade, tem-se vindo a admitir que o mencionado artigo do Código Civil foi revogado pela norma mais recente processual — à data o art. 835.º/1 CPC, oriundo da revisão de 1995-1996 (cf. a anotação ao art. 835.º, de José Lebre de Freitas/Armindo Ribeiro Mendes, em *Código de Processo Civil anotado*, Vol. III, Coimbra Editora, Coimbra, 2003, p. 399), atualmente o art. 752.º/1 CPC (cf., neste sentido, José Lebre de Freitas, *A acção executiva. À luz do Código de Processo Civil de 2013*, 6.ª ed., Coimbra Editora: Coimbra, 2014, p. 265 (e respetiva nota de rodapé 49). Assim se compreende que, para Rui Pinto, o atual art. 752.º/1 CPC (à semelhança do antigo art. 835.º/1 CPC) contenha uma «norma de direito material» (*Manual da Execução e Despejo*, p. 489). Miguel Teixeira de Sousa dá outros exemplos quanto àquilo que agrega dentro do conceito de *penhorabilidade subsidiária* de natureza, supomos, injuntiva, tal como a liquidação da quota de sócio de uma sociedade civil (999.º/2 CC; em *Acção executiva singular*, Lex: Lisboa, 1998, pp. 213-214).

([143]) É o que sucede, como vimos, na nota anterior, quanto aos bens onerados com garantia real e, ainda, quanto à responsabilidade do património comum pelas dívidas próprias dos cônjuges, ou dos bens próprios, pelas dívidas comuns (1695.º e 1696.º CC); outros exemplos podem ser confrontados em Rui Pinto, *Manual da Execução e Despejo*, pp. 487-488.

é, designadamente, o exemplo do *sócio da sociedade civil* perante as dívidas da sociedade — os quais, cumpre notar, são responsáveis solidários (997.º/1 CC) e gozam do benefício da excussão prévia do património social (997.º/2 CC). Aqui, o legislador não hesitou em garantir a *disponibilidade* do mecanismo da execução, o qual não detém natureza imperativa [«o sócio demandado […] *pode exigir* a prévia excussão do património social», pode ler-se no art. 997.º/2 CC; itálico nosso](144). A figura é, portanto, um verdadeiro «benefício» de excussão.

Por oposição, o modelo foi reajustado para a responsabilidade dos *sócios de sociedade em nome coletivo* (175.º/1 CSC) e em *comandita* (*ex vi* 465.º/1 CSC). Nestas, a excussão prévia do património social não é um «benefício» (*benefitium excussionis*), mas um *requisito constitutivo* da responsabilidade patrimonial do devedor secundário, o qual pode opor, na sua falta, a inexigibilidade do crédito. A distinção deve, portanto, ser feita entre os vários tipos sociais e foi isso que fez um reputado setor da nossa doutrina quanto a este mecanismo(145).

Por tudo isto, não se adivinha qualquer motivo para aplicar a solução prevista para o sócio da sociedade civil (997.º/1 e 2 CC) à hipótese em mãos: quanto à imperatividade da figura, a solução consagrada foi precisamente a inversa, traduzida na incontornável necessidade de execução prévia do património social, sendo, aliás, a solução mais fiel ao enunciado normativo (9.º/3 CC). Conclui-se: a excussão patrimonial é manifestamente injuntiva. Assim sendo, o disposto no art. 213.º/13 EOA deve ser interpretado no sentido de a excussão do património social, previamente à responsabilização dos sócios, ser imperativa, sendo que os sócios, não podem, entre outros aspetos, renunciar (expressa ou tacitamente) a esta prerrogativa(146).

---

(144) Cumpre novamente notar que este regime sindica a responsabilidade pelas obrigações sociais (997.º CC) da responsabilidade por factos ilícitos (998.º CC) e que o mecanismo referido apenas se encontra previsto para a primeira.

(145) V., por todos, Lobo Moutinho, *A responsabilidade do sócio em nome colectivo em face do Código das Sociedades Comerciais*, Direito e Justiça, Vol. VII, 1993, pp. 83-137 (p. 84), entendimento que mereceu a adesão de Januário Gomes, *Assunção Fidejussória*, p. 965.

(146) Esta vertente dispensa, aliás, a perniciosa questão de saber em que termos subsiste a subsidiariedade perante a renúncia ao benefício da excussão, nomeadamente se esta ainda depende do incumprimento da sociedade ou não (cf., com referências, Januário Gomes, *Assunção Fidejussória*, pp. 969-970). Nesta última hipótese, é incontornável a aproximação ao modelo de solidariedade (ainda que *falsa*).

b) Modelo de responsabilidade: a *responsabilidade subsidiária forte*

V. Um segundo aspeto ainda relativo ao funcionamento das sociedades de responsabilidade ilimitada diz respeito ao modelo de responsabilidade verdadeiramente existente. Perante o lesado, consagra-se, a dois níveis, uma responsabilidade *principal* da sociedade e uma *subsidiária* dos sócios (ainda que solidária entre todos)([147]). Este sistema não deixa, no entanto, de criar dificuldades. Veja-se que o devedor subsidiário, com benefício de excussão prototípico, é o fiador, como vimos — pelo menos no plano civil (já que a fiança mercantil não goza deste direito, art. 101.º CCom) —, e este não é, em todo o caso, devedor *solidário*. Nas palavras de Karl Larenz, «o devedor principal e o fiador não são devedores solidários» (*Keine Gesamtschuldner sind Hauptschuldner und Bürge*)([148]). Já o avalista, por sua vez, embora seja um devedor solidário, não goza do benefício da excussão([149]). Como, então, compatibilizar o regime traçado no art. 213.º/12 e 13 EOA, o qual consagra os sócios como *devedores solidários* e ao mesmo tempo determina a necessidade de excussão prévia? Estaremos perante, como gizava Paulo Cunha, uma «*responsabilidade subsidiária solidária*»? Serão os sócios solidariamente responsáveis perante os credores sociais *com* a sociedade?

Para responder condignamente a esta questão, importa dissecar o conceito de *subsidiariedade*. Na verdade, acolhemos a lição de Januário Gomes, o qual distingue entre as figuras da *subsidiariedade*, *solidariedade*, *acessoriedade* e *conjunção*, embora com pontos de intercessão([150]). Para todos os efeitos, subsidiariedade implica uma responsabilidade predicativa de outro sujeito dependente de determinada circunstância (desde o incumprimento do primeiro até ao esgotamento da sua responsabilidade patrimonial).

Quanto à qualidade dos intervenientes, cumpre também identificar o respetivo papel: a qualidade de devedor *principal* opõe-se a uma intervenção a título *secundário*, *subsidiário* ou *acessório* (de garante). Para aquele efeito, revela-se fundamental enquadrar a *exceção material* da excussão patrimonial prevista([151]). De facto, a excussão patrimonial pré-

---

([147]) Em linha, v. Rui Pinto, *Manual da Execução e Despejo*, p. 492.

([148]) *Lehrbuch des Schuldrechts*, I, 14.ª ed., C.H.Beck: Munique (1987), § 37 I, p. 636.

([149]) Expressamente, por todos, v. o ac. STJ, de 17-Nov-1991, proc. n.º 081680.

([150]) Januário Gomes, *Assunção Fidejussória*, p. 969.

([151]) Januário Gomes (*Assunção Fidejussória*, p. 1207) reconduz a figura predominantemente a este conceito de *excepção material* perante os demais, nomeadamente o do ónus (*Obliegenheit*) e o de poder potestativo.

via encontra-se geralmente associada, na qualidade de *benefício*, aos meros *garantes pessoais* (paradigmaticamente à figura do *fiador*, 638.º CC) e não a responsáveis *principais*. Ora, como vimos, todos os agentes (a sociedade e os sócios) respondem potencialmente pelo crédito indemnizatório.

Ora, se a qualidade do agente prototipicamente associado ao mecanismo não contamina os demais casos (não típicos, portanto), constatámos, por outro lado, que não estamos perante um «benefício» deste tipo. Ao invés, o mecanismo previsto estatutariamente é uma *exceção de inexigibilidade*, de base não voluntária, a qual não se encontra reservada, também por este motivo, à posição de fiador. O aspeto crítico (frise-se) é o de reconhecer que os sócios desempenham *funcionalmente* um papel de garante das dívidas sociais, desde que o património se encontre previamente excutido, e não são, ainda assim, *fiadores*(152). A *subsidiariedade* da sua responsabilidade (a título próprio, enformando uma pretensão autónoma) não se confunde com a *acessoriedade* da responsabilidade do fiador (dependente em toda a linha do crédito). E não existe contradição, nem incompatibilidade entre aquela sua qualidade e este seu propósito.

Em segundo lugar, a consagração de um mecanismo de excussão apresenta incontornáveis semelhanças com os outros modelos da responsabilidade, como vimos. A proximidade é maior com a do sócio na sociedade em nome coletivo (175.º CSC)(153). Como vimos, a responsabilidade destes agentes (os *sócios*, frisa-se) é sempre *subsidiária* perante a sociedade(154) já que estes apenas respondem após se encontrar esgotado o património da sociedade. Quebra-se aqui a base voluntária na exigência da excussão do património social, sendo este um verdadeiro requisito do exercício do direito do credor contra o sócio. Nas palavras de Januário da

---

(152) A conclusão é de Januário Gomes (*Assunção Fidejussória de dívida*, p. 1111), problematizando a relação interna entre a responsabilidade assacada a estes agentes (sócios) e os eventuais fiadores. Quanto à responsabilidade pelas obrigações sociais no plano das sociedades civis, é histórico o dissenso na determinação da *natureza* desta responsabilidade que onera os sócios.

(153) Em todo o caso, a dificuldade de aproximação acentua-se quanto se constata que o englobamento do regime da responsabilidade civil no conceito de *dívidas sociais* nos termos e para efeitos do Estatuto da Ordem dos Advogados contraria a distinção de regimes inerente àqueles modelos: nestes últimos é clara a distinção entre a responsabilidade por dívidas sociais e aquela decorrente das acções e omissões dos elementos que a integram (v., p. ex., os arts. 79.º CSC e 998.º CC).

(154) Januário Gomes, *Assunção Fidejussória de dívida*, p. 1109. Daí que haja interesse em que, por vezes, os sócios sejam também fiadores: a fiança de um sócio, nas palavras de Januário Gomes, «visa "remover" a subsidiariedade, passando o sócio a responder como "fiador solidário", não tendo, portanto, o credor que excutir primeiro o património da sociedade» (*ibidem*, p. 1110 e respetiva nota de rodapé 110), pelo menos, acrescentaríamos, quando não haja renúncia ao benefício daquela excussão real.

Costa Gomes, estaremos perante uma *subsidiariedade forte*, com manifestações pontuais em diversas previsões(155).

Por fim, resta saber se, tal como é líquido que os sócios são responsáveis solidários *entre si*, estes também respondem, neste modelo de solidariedade, *com* a sociedade perante o lesado. Pois bem, o regime consagrado de responsabilidade ilimitada prevê, a dois momentos, a responsabilidade principal da sociedade e a *subsidiária* dos respetivos sócios. Estes (e apenas estes entre si) respondem solidariamente. Isto é especialmente relevante, entre outros aspetos, pela (im)possibilidade de a sociedade exercer o direito de regresso sobre estes, nomeadamente quando a dívida saldada pela sociedade se haja contido nos limites do património social ou quanto esta tenha respondido num montante superior ao da sua quota de responsabilidade no plano interno. Retomaremos todos aspetos adiante, relativos, tanto ao plano externo, como ao interno do regime da solidariedade.

ii. [*responsabilidade limitada*] Nas sociedades de responsabilidade limitada, por seu turno, a responsabilidade pelas dívidas sociais onera, por sua vez, *apenas* a sociedade. Neste aspeto, o regime distancia-se totalmente daquele previamente analisado, referente às sociedades de responsabilidade *ilimitada*, uma vez que os sócios não são responsáveis *subsidiários* pelas dívidas sociais, tão pouco os associados ou advogados estagiários.

Cumpre recordar que a própria sociedade responde apenas até ao limite do seguro de responsabilidade civil obrigatório (213.º/14 EOA). Poder-se-ia, aliás, perguntar se haverá lugar para uma responsabilidade *subsidiária* quanto ao montante remanescente, ou seja, aquele que exceda o capital seguro. A resposta é manifestamente negativa, já que esta vertente conflitua diretamente com o propósito inicial de limitação da responsabilidade pessoal dos sócios.

---

(155) *Assunção Fidejussória*, p. 984. Segundo o ilustre Professor, aquela subsidiariedade pode ser considerada numa tripartição que distingue entre subsidiariedade forte, da média e fraca (esta última subordinada ao incumprimento do outro devedor ou sua infrutífera intimação; *idem*, p. 968). No que respeita às manifestações desta subsidiariedade forte, para além daquelas mencionadas no texto, v., ainda, o disposto nos arts. 198.º, 1695.º/1, 1696.º/1, 489.º CC e 198.º CSC.

6.2. A responsabilidade (objetiva) emergente e a sua relação com a responsabilidade constitutiva do advogado. Plano externo (perante o lesado) e plano interno (entre os corresponsáveis) de responsabilidade

VI. Novamente, da análise do regime emerge uma nova questão, também pertinente: os advogados deixam de ser responsáveis a título pessoal porque ingressam numa sociedade de advogados? Será que o regime de responsabilidade quanto às dívidas sociais encobre a responsabilidade individual do advogado? Claramente que a resposta a ambas as questões é negativa. O ingresso numa responsabilidade de advogados não conforma uma causa de exclusão de responsabilidade. E, para chegarmos a esta conclusão, importa interpretar habilmente o preceito. Vejamos.

O preceito em causa (213.º EOA) regula genericamente a responsabilidade civil das sociedades de advogados. Não é, assim, o lugar adequado, nem o ponto de partida para se retirar uma isenção de responsabilidade dos advogados a título pessoal. Aliás, nem isto seria possível, quando um advogado haja, por exemplo, atuado a título *doloso*. Neste caso, vimos que um advogado não pode limitar a sua responsabilidade pessoal ou excluí-la de todo([156]), a respeito da validade de cláusulas limitativas ou excludentes para aquele efeito (104.º/2 EOA). Nenhum sentido faria, portanto, que materialmente se obtivesse o mesmo resultado através do simples ingresso numa determinada sociedade de advogados, por sinal de responsabilidade *limitada*, procurando com isso concentrar ou esgotar toda a sua responsabilidade pessoal. Por outra — mesmo que se considere, o que não fazemos, que perante o lesado a responsabilidade se concentra na sociedade —, numa segunda fase de apuramento de responsabilidade, correspondente ao plano de repartição interna, é inegável a possibilidade de a sociedade exercer o direito de regresso sobre este agente por tudo aquilo que haja despendido (art. 16.º da Lei n.º 53/2015, de 11 de junho), como veremos.

Em traços gerais, numa determinada situação de responsabilidade, responde, por um lado, o advogado pela sua conduta (seja este sócio, associado ou advogado estagiário) e, por outro, a sociedade de advogados. Sendo a sociedade de responsabilidade limitada (RL), esta só responde até ao limite do seguro de responsabilidade civil obrigatório. Os demais sócios não são considerados co-responsáveis.

([156]) A esta hipótese, Menezes Leitão adita os casos de ausência de seguro válido e a de renúncia à limitação de responsabilidade, em anot. ao art. 104.º EOA, *Estatuto da Ordem dos Advogados Anotado*, 2.ª ed., Almedina: Coimbra (2017), p. 103.

Neste contexto, as vantagens da adoção deste regime *limitado* de dívidas sociais são essencialmente duas: por um lado, a limitação do *quantum* indemnizatório da responsabilidade *social* e, por outro, a ausência de responsabilidade dos demais sócios, inicialmente não visados pela situação de responsabilidade. Mas nada obriga a negar, de um ponto de vista constitutivo, a responsabilidade material e pessoal do agente que haja atuado e circunstancialmente ingressa naquela sociedade(157). Diferente será, claro está, a responsabilidade deste advogado pelas demais dívidas sociais, não conexas com a situação de responsabilidade civil. Para essas dívidas, uma tal limitação externa (perante o lesado) da responsabilidade conserva total pertinência. Assim se constata novamente a desvantagem na aglutinação no conceito de *dívidas sociais* de uma realidade que geralmente surge (e devia permanecer) em separado, nomeadamente a responsabilidade emergente das ações e omissões dos elementos que integram a pessoa coletiva (contra o disposto no art. 213.º/11 EOA).

O lesado pode, desta forma e à partida, responsabilizar duas entidades diferentes, designadamente (*i*) o advogado materialmente responsável e (*ii*) a sociedade que este ingressa(158). No plano externo da responsabili-

---

(157) Por esse motivo, discordamos das reservas de Orlando Guedes de Carvalho, oriundas de uma interpretação dos quadros legais (embora discordando), no sentido de que a responsabilidade pessoal do advogado é afastada pelo seu ingresso numa responsabilidade de responsabilidade limitada (*A responsabilidade civil profissional do advogado*, p. 197, e em *Direito Profissional do advogado*, p. 147). De facto, quando se determina, no Estatuto da Ordem dos Advogados, que, «nas sociedades de responsabilidade limitada, *apenas* a sociedade responde pelas dívidas sociais» (213.º/14 EOA, sublinhado nosso), pretende-se apenas recusar a *responsabilidade subsidiária* dos sócios de uma sociedade de responsabilidade ilimitada, prevista no número anterior. Este preceito não é ponto de partida, nem de chegada, para se excluir a responsabilidade pessoal do agente, cuja ação ou omissão é a causa imediata da responsabilidade. O preceito regula tão-só a responsabilidade social (da sociedade) e não a pessoal (dos elementos que a integram). Por este motivo, também não é pelo facto de o advogado ingressar uma sociedade de advogados que fica isento do seguro pessoal de responsabilidade civil. Aliás, esta leitura (à qual não se adere) dificilmente excluiria a responsabilidade pessoal do associado ou do advogado estagiário, à qual o regime de responsabilidade por dívidas sociais é alheio (visando primariamente os sócios, art. 213.º/12 e 13, como é sabido). Infelizmente, a generalidade da doutrina ainda não se pronunciou sobre este aspeto.

(158) Encontramos rudimentos deste modelo noutros sistemas continentais, de que é exemplo o sistema italiano (art. 4.º/4 da Lei n.º 247, de 31 de dezembro de 2017, *Nuova disciplina dell'ordinamento della professione forense*, «*La responsabilità della società e quella dei soci non esclude la responsabilità del professionista che ha eseguito la specifica prestazione*»), francês (cf. art. 124.º do Decreto n.º 91-1197, de 27 de novembro de 1991, relativo à organização da profissão de advogado, «*Chacun des membres de l'association est tenu des actes accomplis par l'un d'entre eux, au nom de l'association, à proportion de ses droits dans l'association. Chacun des membres de l'association répond, en outre, sur l'ensemble de son patrimoine, des actes professionnels qu'il accomplit à l'égard de ses clients*».) e o espanhol (art. 28.º do *Estatuto General de la Abogacía Española*, aprovado pelo Decreto-Real n.º 658/2001, de 22 de junho, «*La responsabilidad civil que pudiese tener el despacho*

dade — ou seja perante o lesado —, responde tanto o advogado, a título pessoal, como a sociedade, dependendo, quanto a esta, claro está, do regime de dívidas adotado. Veremos, no ponto seguinte, em que termos se concretiza a responsabilidade destes agentes.

Uma breve nota. Este entendimento deve, e não podia deixar de ser, carreado para as sociedades de responsabilidade *ilimitada*. Como vimos, nas sociedades que adotem o regime de responsabilidade deste tipo, o lesado pode também responsabilizar, por acréscimo aos sujeitos previamente mencionados — *i.e.*, a sociedade (e *subsidiariamente* todos os sócios desta sociedade) — o próprio advogado que seja pessoalmente responsável (seja este sócio, associado ou advogado estagiário).

Resumindo, no plano externo (perante o lesado), a sociedade de advogados figura sempre como *co-responsável* pelas ações ou omissões imputadas pessoalmente aos agentes que ingressem os seus quadros (os quais conservam também a sua responsabilidade, sublinha-se). Contudo, pode-se ainda responsabilizar, por acréscimo, *outros agentes* a título *subsidiário* (i.e., os sócios inicialmente não responsáveis a título pessoal) ou não, consoante o regime de responsabilidade por dívidas sociais adotado, seja o de responsabilidade *ilimitada* ou *limitada*, respetivamente.

a) Qualificação da responsabilidade social emergente

VII. Noutro prisma, importa concretizar a *natureza* da responsabilidade da sociedade de advogados — remetendo esta matéria, quanto ao advogado em si, para as nossas considerações anteriores([159]). Ora, essa qualificação gera um famoso dissenso doutrinário, a começar pela própria responsabilidade civil das pessoas coletivas.

Como é sabido, a responsabilidade *objetiva* das pessoas coletivas não levanta dúvidas (165.º, 500.º CC), tão pouco, estamos em crer, a *obrigacional*, enquanto uma mera decorrência do reconhecimento da respetiva

---

colectivo será conforme al régimen jurídico general que corresponda a la forma de agrupación utilizada. Además, todos los abogados que hayan intervenido en un asunto responderán civilmente frente al cliente con carácter personal, solidario e ilimitado»). Já o sistema alemão aparenta, por um lado, admitir que «[o]s membros de uma sociedade de advogados são solidariamente responsáveis pelas relações contratuais entre esta e o cliente» (*Die Mitglieder einer Sozietät haften aus dem zwischen ihr und dem Auftraggeber bestehenden Vertragsverhältnis als Gesamtschuldner*, § 52 (2) BRAO), mas, por outro, limita a responsabilidade individual do advogado que ingresse numa sociedade com responsabilidade profissional limitada (*Partnerschaftsgesellschaft mit beschränkter Berufshaftung*; cf., § 8, 4 PartGG), embora se mantenha a obrigação de manter um seguro de responsabilidade civil individual (assim, Weyland/Träger, em comentário ao § 51*a* BRAO, 10.ª ed., de 2020, n.os 1-4).

([159]) Cf., *supra*, § 5.

capacidade jurídica (160.º CC)([160]). As dúvidas residem, portanto, na natureza *delitual* da sua responsabilidade (483.º/1 CC). Quanto a esta possibilidade, persistiam tradicionalmente duas dificuldades, nomeadamente (*a*) a insusceptibilidade de *culpa* (em sentido *ontológico*, frisa-se) das pessoas coletivas, superada por uma conceção *normativa* de culpa, bem como (*b*) a limitação dos poderes conferidos aos seus representantes e intermediários à prática de atos *lícitos*, entretanto também ultrapassada pela necessidade de reflexo destes atos na sociedade — deste *reflexo* depende, por exemplo, o apuramento da responsabilidade *social* perante terceiros lesados.

Ora, nada choca admitir uma responsabilidade *subjetiva* da sociedade quando exista *culpa* pelas ordens e instruções fornecidas (culpa *in instruendo*), na escolha do representante (*in eligendo*) ou, ainda, na vigilância ou fiscalização dos seus atos (*in vigilando*), ainda que em termos obrigacionais (798.º CC). É, no entanto, discutível, a possibilidade de a pessoa coletiva ser *direta* e *genericamente* responsabilizada *delitualmente* pelos atos dos seus representantes (483.º/1 CC): os mecanismos de imputação devem ser aprofundados, em particular aqueles que se reportam ao substrato ontológico (incluindo o conhecimento da situação de facto), do qual depende o desvalor normativo eventualmente gerado (objetivo, de ilicitude, e subjetivo, quanto à culpa).

b) Os requisitos legais

VIII. Nos termos do Estatuto da Ordem dos Advogados, a sociedade responde, como vimos, pelas *dívidas sociais*, e nestas inclui-se a responsabilidade civil emergente das «ações ou omissões imputadas a sócios, associados e estagiários, no exercício da profissão» (213.º/11 EOA). Neste aspeto, a responsabilidade civil acompanha a *disciplinar* destas pessoas coletivas (213.º/5 EOA, parte final) e *penal*, enquanto sociedades civis (11.º/5 CP).

Não existe, por um lado, qualquer menção à responsabilidade da sociedade *em si*, ou seja, aquela que não seja gerada pela ação ou omissão

---

([160]) Quanto à responsabilidade obrigacional das pessoas coletivas, no sentido da sua admissibilidade, no contexto da representação conferida, v., entre outros, Menezes Cordeiro, em anot. ao art. 165.º, *Código civil comentado*, Vol. I. *Parte geral*, Almedina: Coimbra (2020), p. 469, e em *Tratado*, VIII, p. 620, Carlos Mota Pinto/António Pinto Monteiro/Carlos Mota Pinto, *Teoria geral do Direito civil*, pp. 321-322 (e respetiva nota de rodapé 371); Carvalho Fernandes, *Teoria geral do Direito civil*, Vol. I. *Introdução; pressupostos da relação jurídica*, p. 591. V., sobre a discussão na nossa jurisprudência, o ac. STJ 13-Abr-2010 (proc. n.º 642/04.5 TBSEI.C2.S1).

de qualquer um dos seus agentes (sócios, associados e estagiários; 213.º/11 EOA). Esta responsabilidade obedece aos quadros dogmáticos gerais, para os quais se remete, destacando-se, em todo o caso, o ímpeto progressivo de várias figuras tal, como a *responsabilidade pela organização* (*organisationshaftung*). É matéria a explorar.

Por outro lado, para a responsabilidade da sociedade de advogados estatutariamente prevista, tão-pouco existe qualquer indicação expressa quanto à sua *natureza*, particularmente pela omissão da típica remissão para uma das já previstas. Podemos, ainda assim, aprofundar este ponto com base nos elementos de que dispomos.

Ora, com a expressão «*atos e omissões*» (213.º/11 EOA) o legislador recorreu a uma fórmula conhecida, tanto no plano civil, como no comercial (165.º, 998.º/1 CC, e 6.º/5 CSC).

Em segundo lugar, não existe uma remissão para o regime da responsabilidade do comitente (500.º CC). Desacompanhou-se, neste ponto — possivelmente pela aversão ao reconhecimento da qualidade de *comissário* ao advogado perante a sociedade que integra —, a solução que é seguida por outros regimes de responsabilidade social, tal como sucede no já mencionado Código das Sociedades Comerciais (6.º/5 CSC) e, ainda, no regime geral da responsabilidade civil das pessoas coletivas do Código Civil (165.º CC) e, com especialidade, no caso previsto no Livro II, da sociedade civil (998.º/1 CC).

Pese embora o regime não remeta para a responsabilidade das pessoas coletivas nos termos gerais (500.º CC), indica que esta se limita àqueles «*atos e omissões*» praticados «no *exercício da profissão*». Estes dois elementos circunscrevem a conduta relevante que funda a responsabilidade da sociedade de advogados e são, por este motivo, determinantes. Em primeiro lugar, o elemento inicial circunscreve o tipo *conduta relevante* na situação de responsabilidade posteriormente imputável à pessoa coletiva, abarcando-se tão-só o comportamento dos seus quadros pessoais e, adentro destes, apenas o dos sócios, associados e estagiários([161]). Em segundo lugar, o trecho final do preceito (213.º/11 EOA) delimita *funcionalmente* a conduta relevante que pode ser imputada objetivamente (ou seja, independentemente de culpa) à sociedade de advogados: nesta, inclui-se, à seme-

([161]) Toda a conduta daqueles agentes é relevante, ainda que não sobrevenha pessoalmente um título de imputação de danos para o agente. No fundo, a sociedade considera-se responsável, ainda que o advogado (incluindo o estagiário), pertencente aos seus quadros, não o seja. Pela supressão do trecho remissivo, noutro sentido, para o regime da comissão, o requisito tradicional de que sobre o comissário «também recaia a obrigação de indemnizar» (500.º/1 CC, parte final) não existe.

lhança do que ocorre na responsabilidade do comitente, os atos praticados no *exercício da sua profissão*, ainda que de forma ilícita. Não se incluem, todavia, os atos praticados apenas *por ocasião* (*nur gelegentlich derselben*) do exercício da profissão ou das suas funções [*in Ausführung der Verrichtung*, cf., em paralelo, o § 831 (1) BGB], tal como sucede, por exemplo, quando o advogado furta a carteira ao seu cliente numa reunião preliminar — caso em que apenas este responde, por sinal a título pessoal e em termos delituais (483.º/1 CC)(162), como vimos.

Em todos estes casos, quando a sociedade responda, fá-lo-á em termos *objetivos* (i.e., independente de culpa)(163).

> Notamos, por fim, que não logrou a constar uma referência à responsabilidade dos sócios que integrem os órgãos próprios e desempenhem funções de administração (221.º EOA), designadamente pelos atos que pratiquem *nessa qualidade*. Isto, tanto perante a sociedade em si, como perante os demais sócios ou terceiros (aqui, na qualidade de *credores sociais*, dada a inclusão da responsabilidade gerada por estes atos ou omissões no conceito amplo de *dívidas sociais*, 213.º/11 EOA)(164). Tão-

---

(162) Como vimos, *supra*, é manifesto que, neste caso, recaímos fora do escopo obrigacional. Aliás, é desadequado apelar uma hiperextensão dos deveres acessórios de conduta (particularmente o de proteção) para tutelar todo e qualquer delito processado entre os dois sujeitos, só pela sua qualidade paralela de partes contratantes. Neste sentido, entre nós, v. C. Mota Pinto, *Cessão da posição contratual*, Almedina: Coimbra (2013), p. 410 (nota de rodapé 1), e Romano Martinez, *Cumprimento defeituoso*, p. 231. Também no contexto da advocacia, socorrendo-se do exemplo do advogado que se apropriou do dinheiro entregue pelo cliente para o pagamento das custas judiciais, veja-se Cunha Gonçalves (*Tratado*, XII, n.º 884, p. 463; com a adesão posterior de Moitinho de Almeida, *Responsabilidade civil dos advogados*, p. 14). Damos, por fim, nota de um último exemplo, da autoria de Orlando de Carvalho, para quem a responsabilidade do advogado que dá culposamente causa a um acidente a caminho do tribunal, transportando o seu constituinte ou patrocinado oficiosamente, se apura exclusivamente a título delitual (*Direito profissional do advogado*, p. 398).

(163) A referência que se encontra no regime jurídico da constituição e funcionamento das sociedades de profissionais que estejam sujeitas a associações públicas profissionais (Lei n.º 53/2015, de 11 de junho, na sua redação atual) à responsabilidade de tipo «contratual» [art. 3.º, *d*) da referida Lei], não se opõe ao exposto: é perfeitamente admissível uma *responsabilidade objetiva contratual* (*rectius*, *obrigacional*); aspeto que deverá ser aprofundado.

(164) O direito societário assume, neste ponto, a vanguarda na regulação e densificação da matéria (cf. 71.º e ss. CSC). Analisando este seu importante contributo, na extensão máxima que a analogia nos permite, também parece forçoso invocar a eficácia protetora do vínculo funcional entre o sócio que exerça estas funções e a sociedade perante estes terceiros (assim, do prisma comercial, Alexandre de Soveral Martins, *Administração de sociedades anónimas e responsabilidade dos administradores*, Almedina: Coimbra, 2020, pp. 276-277, nota de rodapé 875). Nada obsta, no entanto, a invocar semelhante base obrigacional, de tipo negocial, para fundar a responsabilidade delitual perante terceiros (486.º CC). Para tal, resta apenas saber se estes ainda consubstanciam *deveres de conduta* com semelhante aptidão, *i.e.*, se estes contratualizam os deveres no tráfego (Carneiro da Frada, *Contrato e deveres de protecção*, p. 173 nota de rodapé 360). Uma vez que estes terceiros são verdadeiros credores sociais da sociedade de advogados, adivinha-se mais fácil, ao invés da tentativa de aplicação do regime que visa *puros* terceiros (79.º CSC), considerarmos o regime da responsabilidade perante estes credo-

-pouco se explorou o enquadramento da responsabilidade do sócio por factos decorridos em momento prévio ao seu ingresso ou a manutenção da sua responsabilidade, após a sua saída da sociedade de advogados. São matérias a explorar.

c) A questão do regresso

IX. Um segundo aspeto diz respeito ao *exercício do regresso* da sociedade de advogados sobre o agente, *principal* responsável. Os Estatutos são atualmente omissos quanto a este ponto, embora historicamente não hajam sido.

Como vimos anteriormente, as sociedades civis de advogados foram reguladas entre nós, pela primeira vez, através de um diploma avulso em 1979 (Decreto-Lei n.º 513/-Q/79, de 26 de dezembro) face aos estatutos vigentes à data, integrados no *Estatuto Judiciário* (538.º a 672.º do Decreto-Lei n.º 44278, de 14 de abril de 1962). O desentranhamento da matéria dos estatutos vigentes foi propositado e visou a testagem do novo regime([165]). No art. 20.º/2 (Responsabilidade da sociedade por atos dos sócios) desse regime determinava-se: «[a] sociedade é solidariamente responsável pelos prejuízos decorrentes desses atos, tendo, porém, direito de regresso contra o respetivo sócio».

Em 2004, ocorreu a primeira grande reforma do regime jurídico das sociedades de advogados (pelo Decreto-Lei n.º 229/2004, de 10 de dezembro), onde o direito de regresso foi mantido e inovado em dois aspetos: em primeiro lugar, este passou a abranger a atuação do associado ou advogado estagiário, além da do sócio, pelos «atos ou omissões culposos geradores de responsabilidade da sociedade» (36.º/1 do referido Decreto-Lei). Por outro lado, gizou-se, pela primeira vez, a *medida* de repartição da responsabilidade nesta sede, ou seja, no plano interno, entre os sócios: «cada um responde pelas dívidas sociais na proporção em que participe nos resultados, salvo estipulação diversa do contrato de sociedade» (36.º/2 do referido Decreto-Lei).

Em 2015, o novo Estatuto da Ordem dos Advogados revogou este regime e integrou-o nos seus quadros. Nos estatutos em vigor (213.º EOA), não existe qualquer menção ao exercício do direito de regresso por parte da sociedade perante o agente diretamente responsável pela situação geradora da responsabilidade social.

---

res sociais (78.º/1 CSC). Aqui, o apelo às disposições legais ou contratuais que regulam a sua atividade pode conformar, *mutatis mutandis*, verdadeiras normas de proteção, a propósito da segunda categoria de ilicitude delitual (neste sentido, v., Ana Perestrelo de Oliveira, *Manual de governo das sociedades*, Almedina: Coimbra, 2017, pp. 271-272). Perante os demais sócios, a responsabilidade pela administração/gestão pelos danos *diretamente* causados (79.º/1 CSC) deve ser explorada, tal como a ação social a ser proposta pela própria sociedade contra estes elementos (cf. a ação *ut universsi* prevista no art. 75.º CSC). O ponto de maior interesse, na base de todas estas vicissitudes de responsabilidade, permanece a densificação do espaço da licitude do cumprimento do dever de administração (neste sentido, para quem o *business judgment rule* apenas concretiza a dimensão procedimental da obrigação de administração, v. José Ferreira Gomes, *Da administração à fiscalização das sociedades*, Almedina, Coimbra, 2015, p. 914, nota de rodapé 2284).

([165]) Neste sentido, Carlos Lima, *Aspectos das sociedades civis de advogados*, pp. 5-38, 5 (nota 1).

X. Uma nota prévia quanto ao responsável implicado nestas hipóteses. É preciso distinguir o agente que tenha gerado a situação de responsabilidade daqueles que, pela sua ligação funcional à sociedade, podem também ser chamados a responder *subsidiariamente* com o património social, como vimos(166). Quanto a estes últimos — e apenas estes —, importa novamente considerar o regime de dívidas concretamente adotado pela sociedade.

Quanto às sociedades de responsabilidade limitada (RL), a resposta é clara: o regime implica que os sócios não respondam no plano externo perante o lesado, tão pouco internamente, perante a sociedade, em sede de regresso.

Por sua vez, nas sociedades de responsabilidade ilimitada (RI) a matéria não apresenta contornos tão nítidos. Aqui, a responsabilidade principal da sociedade tem de ser conjugada com a responsabilidade *subsidiária* dos sócios e, entre estes, solidária.

> Resta saber se os *sócios* têm, por sua vez, direito de regresso contra outro agente (a sociedade ou o sujeito responsável pelo auto ou omissão na base de todo este modelo), e, em caso afirmativo, qual o critério de repartição de responsabilidade entre si.
>
> Quanto à primeira questão, é evidente que os sócios em causa não podem exercer o seu direito de regresso contra a sociedade. Afinal, o património social deve encontrar-se previamente excutido, antes de, se possível, acionar os sócios para o pagamento desta dívida social (213.º/12 EOA); a sua responsabilidade é, nestes termos, *subsidiária*. Nada obsta, no entanto, a que estes sócios exerçam o seu direito de regresso contra o agente principal responsável, ou seja, aquele que haja culposamente dado causa à situação geradora de responsabilidade, nas condições descritas de seguida. A segunda questão, relativa à repartição interna de responsabilidade, será analisada de seguida.

XI. Inteiramente distinta da questão previamente analisada — e talvez recolhendo o maior interesse nesta matéria — é, como exposto inicialmente, a de saber se a sociedade pode recuperar de qualquer forma o crédito despendido a favor do lesado contra o responsável a título *principal*. A matéria é especialmente relevante quando este aja atuado com dolo e tenha sido o património social a responder, em primeira linha (e nas sociedades de responsabilidade ilimitada *subsidiariamente* os demais sócios).

A matéria extravasa o campo do simples exercício do direito de regresso e deve ser entendida num plano mais abrangente. A *questão do*

---

(166) A distinção é importante já que, tal como aponta Januário Gomes, o devedor subsidiário não tem necessariamente direito de regresso contra o devedor primário, contrariamente ao devedor *secundário* (*Assunção Fidejussória*, p. 967).

regresso (*Regreßfragen*)([167]), presentemente tratada, considera o (potencial) exercício do direito de regresso, mas inclui outras figuras, entre as quais a cessão do crédito do lesado.

Estaremos perante uma lacuna, por sinal intencional? Cremos que não, já que a resposta pode ser encontrada no regime jurídico da constituição e funcionamento das sociedades de profissionais que estejam sujeitas ao regime das associações públicas profissionais, ao qual as sociedades de advogados se submetem por remissão expressa no Estatuto (213.º/8 EOA).

> Nos termos destoutro regime (aprovado pela Lei n.º 53/2015, de 11 de junho), determina-se que as sociedades de profissionais dispõem do direito de regresso contra os «sócios, gerentes ou colaboradores responsáveis», o qual permite incluir a atuação dos *associados* e dos *advogados estagiários*, pelos atos ou omissões culposos geradores de responsabilidade civil da sociedade ou organização, presumindo-se iguais as culpas das pessoas responsáveis (16.º da referida Lei).

Em primeiro lugar, nada obsta a que a sociedade de advogados exerça o seu *direito* de regresso([168]) contra o sócio, associado ou advogado estagiário, cuja atuação fundou *constitutivamente a* responsabilidade da primeira. Afinal, a sociedade de advogados apresenta-se perante o lesado como um simples responsável *provisório* ou *secundário*.

A justificação para a possibilidade de a sociedade poder exigir tudo aquilo que despendeu a favor do lesado reside na *graduação* das responsabilidades (sua e a do agente em causa) perante o lesado: quem atua materialmente não deixa, nem pode deixar, de ser o *principal* ou *definitivo* responsável, no fundo o *homem da frente* na fisionomia da situação de responsabilidade. A sociedade de advogados representa, portanto, um *outro* responsável no plano externo (perante o lesado), de tipo *secundário* ou *provisório*, garantindo, através do património social (ou ainda, a título pessoal dos sócios nas sociedades de responsabilidade ilimitada) a satisfação do crédito indemnizatório. Mas esta equiparação não se transporta para o plano interno, na repartição de responsabilidade entre os vários co-responsáveis.

> Na verdade, o nosso Código Civil não regula genericamente a repartição interna da responsabilidade entre os vários co-responsáveis, quando estes respondam

---

([167]) Ressalva-se o direito de regresso da Ordem dos Advogados perante os titulares dos seus órgãos (128.º/3 EOA).

([168]) Vários Autores evitam qualificar este direito como de regresso; apelam, por exemplo, a um «direito de reembolso» (neste sentido, v. Brandão Proença, *Lições de cumprimento e não cumprimentos das obrigações*, 3.ª ed., Universidade Católica Editora: Porto, 2019, p. 152), mas não encontramos fundamento para essa distinção, como veremos.

(cumpre frisar) por títulos diferentes, salvo em previsões pontuais (veja-se que o advogado pode ser responsável *obrigacionalmente*, a título *culposo*, por incumprimento do contrato de mandato, 798.º e ss. CC, e a sociedade apenas a título *objetivo*, 213.º/12 EOA). Tão pouco é legítima a indicação da presença de um modelo de *solidariedade*, o qual não é, no nosso ordenamento, *regra geral* (513.º CC), nem admite, pela sua natureza excecional, aplicação analógica (11.º CC). Existem previsões que regulam a responsabilidade entre os vários responsáveis, todas a título delitual (490.º, 497.º/1 CC), instituindo a regra da solidariedade com o correspondente direito de regresso, ou a título obrigacional (513.º CC), onde impera, ao invés, o regime da *parciariedade*, sem aquela repartição interna de responsabilidade. Pois bem, para combater a lacuna, vários Autores apelam a um regime residual de *solidariedade imprópria*, unificada entre vários corresponsáveis para a satisfação do crédito do lesado(169).

A compreensão desta relação entre vários responsáveis beneficia do aprofundamento do mecanismo da cessão dos direitos de lesado (568.º CC), enquanto uma verdadeira forma típica de repartição da responsabilidade entre vários agentes. Como é sabido, um dos co-responsáveis que haja satisfeito a pretensão indemnizatória pode invocar a *cessio legis* contra aquele que seja o *principal responsável* (p. ex., o depositário contra o ladrão da coisa que lhe fora confiada, tendo respondido perante o lesado pelo incumprimento da obrigação de guarda desse bem). A dificuldade de importação deste instituto reside nos limites materiais da figura (circunscrita à indemnização que resulta da «perda de qualquer coisa ou direito»). O critério determinante para invocar esta cessão é, em todo o caso, o da ausência de uma *igualdade de graus* (*Gleichstufigkeit*)(170) entre os co-responsáveis (naquele exemplo, o ladrão

---

(169) V., por todos, Menezes Cordeiro, *Tratado*, VI, pp. 776-778, e Brandão Proença, *Lições*, p. 137. Resta fazer uma breve menção ao outro direito de regresso expressamente previsto nos Estatutos, desta vez num modelo de perfeita solidariedade. Este opera apenas entre os sócios da sociedade de responsabilidade ilimitada (212.º/13 EOA). Neste caso, excutidos os bens da sociedade (caso em que a sociedade a que pertencem não tem materialmente forma de responder pelo crédito indemnizatório, tanto no plano externo como no plano interno), os sócios são solidariamente responsáveis perante o lesado. Assim sendo, aquele sócio que haja satisfeito a pretensão indemnizatória pode exigir dos demais a parte que lhes compete, nos termos gerais (524.º CC). As dificuldades elevam-se quanto à determinação da forma de participação na dívida, aspeto sobre o qual o Estatuto é, novamente, omisso. O critério anterior, o qual apelava à proporção em que cada um dos sócios participe nos resultados, foi propositadamente abandonado (cf. o antigo art. 36.º/2 do Decreto-Lei n.º 229/2004, de 10 de dezembro). Na falta de regulação da matéria no contrato de sociedade, o critério supletivo da participação em partes iguais (516.º CC), pode implicar graves iniquidades, tal como sucede no caso de ter sido um dos sócios o responsável pela situação de responsabilidade na origem do crédito indemnizatório satisfeito. Por este motivo, a repartição de responsabilidade deve ser atendida, na medida da respetiva culpa e, na sua falta, do contributo causal, ainda que presumivelmente iguais.

(170) Seguimos, nesta medida, o entendimento de Larenz, o qual o exige, para a constituição da solidariedade, a par de uma comunhão de fim (*Zweckgemeinschaft*), na satisfação do interesse do credor (*Lehrbuch*, I, §37, I, p. 633); existem outros modelos, tal como nos dá nota Januário Gomes, nomeadamente a *teoria da comunhão na extinção* (*Tilgungsgemeinschaft*), na *comunhão no cumprimento* (*Erfüllungsgemeinschaft*; *Assunção Fidejussória*, pp. 204-232). Por sua vez, Antunes Varela centra-se no elemento da *comunhão do fim*; na sua falta (ou seja, em caso de mera *coincidência* de fim), existirá apenas uma «pluralidade de obrigações independentes, destinadas à satisfação do mesmo interesse do credor

não pode exigir que o lesado lhe ceda os direitos contra o depositário), situação que apenas ocorre nos modelos de solidariedade. Este critério (de paridade de grau) pode e deve ser importado. Assim, a responsabilidade da sociedade de advogados e a do membro que atuou funda-se em pretensões indemnizatórias distintas, puramente autónomas, ainda que do espectro da solidariedade, conquanto se encontrem graduadas em plano distinto.

No que respeita ao *plano interno*, a omissão de uma situação de solidariedade, como vimos, não implica negar a existência de um direito de regresso. É que — e este aspeto é por vezes esquecido — o direito de regresso, ainda que seja uma figura típica de uma situação de solidariedade, não se esgota neste regime ([171]).

Resta saber o critério que *gradue* a repartição de responsabilidade, no plano interno, entre a sociedade e o advogado que atue. Não restam dúvidas quanto à importância do critério da *culpa*, com prioridade sobre o da *causalidade* para este feito. Isto ocorre nos termos do regime das sociedades de profissionais sujeitas a associações públicas profissionais (art. 16.º da Lei n.º 53/2015, de 11 de junho), acompanhando outras previsões dispersas no Código Civil (500.º/3, 506.º/1, 507.º/2 CC). Simplesmente, fora do campo do direito da responsabilidade subjetiva (dependente de culpa), o critério da culpa implica que a responsabilidade recaia sempre sobre o advogado que atua culposamente perante a sociedade (quando esta responda apenas a título objetivo). Esse critério é, em si e por este motivo, discutível([172]).

(*Das obrigações*, I, p. 765), embora o Autor reconheça a natureza solidária e subsidiária da responsabilidade dos sócios pelas dívidas sociais (*idem*, nota 1). Uma outra solução, meritória no seu propósito, atribui relevância à *relação interna* entre os responsáveis (é o caso do advogado e da sociedade que ingressa, bem como do senhorio e do arquiteto contratado por este perante o defeito do imóvel adquirido pelo comprador). Essa *ligação interna* — geralmente ausente (p. ex., entre o depositário e o ladrão no exemplo anterior) — permite ir mais além e fundamentar, defende Sonja Meier, uma verdadeira relação solidária (*Gesamtschulden*, Jus Privatum 151, Mohr Siebeck: Tubinga, p. 921).

([171]) Brandão Proença, *Natureza e prazo de prescrição do "direito de regresso" no diploma do seguro obrigatório de responsabilidade civil automóvel — Ac. do STJ de 18.10.2012, Proc. 56/10*, Cadernos de Direito Privado, n.º 41 (2013), pp. 29-44 (p. 42). Por outro lado, à aplicação deste regime, não obsta a natureza excecional da solidariedade, a qual entendemos circunscrever-se ao plano externo (entre lesado e responsáveis).

([172]) Inicia-se aqui uma discussão que não podemos levar a cabo, quanto ao confronto do critério da culpa perante o do risco, afamado pelo adágio de que «a culpa afasta o risco». No caso de concorrência de responsabilidades baseadas na culpa e no risco, a repartição de responsabilidade pelo primeiro critério aniquilaria a responsabilidade (interna) do responsável não culpado, limitando-se a responder externamente perante o lesado. Num sentido inverso, para o qual nos inclinamos, nega-se, por exemplo, que o pequeno contributo causal da vítima (*i.e.*, a «culpa» do lesado») deva isentar a responsabilidade fundada no risco (Brandão Proença, *A conduta do lesado como pressuposto e critério de imputação do dano extracontratual*, Almedina: Coimbra, 1994, p. 491).

Em suma, independentemente do regime de responsabilidade por dívidas sociais, a sociedade de advogados detém sempre o *direito de regresso* perante o principal responsável, necessariamente um advogado (sócio, associado ou estagiário) que integre os seus quadros. Em todo o caso, este direito (de regresso) não se constitui na esfera do advogado que haja respondido, perante a sua sociedade, uma vez que este é, por sua vez, o responsável *principal* e *definitivo*.

V. Notas finais

XII. As particularidades inegáveis da responsabilidade profissional do advogado e das sociedades que este integra não justificam, ainda assim, o seu distanciamento do quadro dogmático comum das situações típicas de responsabilidade civil. Não existe, portanto, substrato, nem necessidade, para a emergência de uma submodalidade de responsabilidade de *tipo profissional*. Sem prejuízo, o enquadramento de determinadas realidades — tal como os deveres deontológicos (entre os quadros da ilicitude, da sua justificação, ou da culpa) ou o exercício da profissão com base numa nomeação oficiosa — reveste especial complexidade no contexto de uma profissão *liberal*, com manifestações pontuais de cariz prático, tal como na qualificação da responsabilidade emergente.

Por outro lado, é clarividente a hesitação genérica em se responsabilizar civilmente as sociedades de advogados em Portugal — a ausência de decisões jurisprudenciais a este respeito atesta-o definitivamente — hesitação essa não acompanhada noutros ordenamentos, nossos congéneres, muito embora o nosso sistema esteja preparado para essa eventualidade, desde a génese da regulação do regime das sociedades de advogados, em 1979. Existem, claro está, espaços para melhorias deste nosso regime, ainda não testado, tal como o abandono da aglutinação das situações de responsabilidade no conceito de *dívidas sociais* e a condensação no mesmo diploma da matéria relativa ao exercício do direito de regresso da sociedade de advogados perante os seus membros. São aspetos a explorar e a testar, para os quais se requer, como sempre, o contributo inestimável da *praxis*.

REFLEXÕES JUSLABORAIS A PROPÓSITO DO ACÓRDÃO DO TRIBUNAL DA RELAÇÃO DO PORTO DE 10 DE JULHO DE 2013([1])

Pelo Dr. Diogo Figueiredo Perfeito Dias Ferreira([2])

Sumário:

1. Nótula introdutória. **2.** Entrando em matéria: comentário ao supracitado acórdão. **3.** À guisa de epílogo. **Bibliografia**.

1. Nótula introdutória

Defluem as elucubrações que ora se apresentam de uma observação reflexiva do douto Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 10 de Julho de 2013([3]), aresto sobre que, à época da sua epifania, tanto se escreveu na nossa imprensa diária — posto que, note-se bem, quase sempre com um

---

([1]) O presente estudo foi elaborado vai para nove anos — pouco tempo transcorrido, pois, sobre a prolação do aresto que lhe serviu de mote —, tão-somente para apresentação e debate em âmbito universitário, pelo que a versão integral do texto se quedou, desde então, na ineditude. A despeito da sua idade, entendemos que os pontos de vista nele sustentados não perderam actualidade; por outro lado, as remissões que nele se fazem para os textos legais também não foram significativamente maculadas pelas transformações verificadas neste ínterim. Tais as razões por que nos afoitámos, agora, a sacudir-lhe o pó acumulado e a passá-lo a letra de forma. Cumpre aditar que, quanto às referências em suporte *online*, se procedeu à sua revisão e à confirmação dos respectivos endereços, garantindo que os mesmos ainda se achavam consultáveis em data recente. Por último, e no que tange à ortografia, continua a observar-se, por expressa opção do Autor, a norma dimanante do Acordo Ortográfico da Língua Portuguesa de 1945.

([2]) Licenciado e Mestre em Direito (Ciências Jurídico-Históricas) pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Assistente Convidado da Secção de Ciências Jurídico-Históricas da mesma Faculdade.

([3]) Proc. n.º 313/12.9TTOAZ.P1. Relator: Eduardo Petersen Silva.

enfoque em questões laterais e positivamente a-jurídicas, que em nada, pensamos, vieram contribuir para uma serena análise da matéria em menção.

Os temas sobre que esta peça dimanada de um dos nossos tribunais superiores lançou, então, o seu penetrante olhar afiguram-se de flagrante importância no âmbito juslaboral: a virtual influência da prestação de trabalho por comportamentos extralaborais praticados pelo trabalhador; o despedimento sem justa causa; a questão da admissibilidade das provas de que a entidade empregadora lança mão para justificar o despedimento; a violação de deveres de conduta atinentes à prestação laboral. Pontos que, como facilmente se compreenderá, suscitam vivas e problematizantes interrogações.

O que se expenderá *infra* mais não pretende do que traçar umas apressadas garatujas nossas sobre tudo isto. Tentaremos fazê-lo segundo a nossa perspectiva, uma perspectiva que, tanto quanto possível, corresponda à serenidade e à clareza de análise e pensamento de que deve reclamar-se, segundo cremos, a actividade do jurista. Mas também, por outro lado, não arredando a vista dos terrenos pantanosos da vida quotidiana, nem buscando escamotear a necessária conexão que imbrica esta ao *ius*, porque só assim, decerto, se alcança a verdadeira *iurisprudentia*, no sentido que já os Romanos lhe conferiam([4]).

2. Entrando em matéria: comentário ao supracitado acórdão

Em traços gerais, a situação de facto com que foi o Tribunal da Relação do Porto confrontado, e que serviu de mote ao acórdão em comentário, pode reconduzir-se à esquematização que segue:

— certo trabalhador, de empresa prestadora de serviços de higiene, foi despedido (aparentemente, com justa causa) pela razão de haver-se verificado um acidente com o veículo de suporte às funções que o mesmo, juntamente com outro colega de serviço (igualmente despedido, por idêntico motivo), desempenhava;

— o mesmo trabalhador, tendo sido assistido medicamente na decorrência do mencionado acidente, acusou, ante testes que, então, lhe foram feitos em sede hospitalar, uma taxa de alcoolemia con-

([4]) Sobre o ponto, *vd.* a iluminante explicação de António dos Santos Justo, *Direito Privado Romano — I. Parte Geral (Introdução. Relação Jurídica. Defesa dos Direitos)*, 4.ª ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2008, pp. 86-91 (*maxime*, pp. 86-87).

> sideravelmente alta (note-se, por outra banda, que também o seu colega de serviço — que era o condutor do veículo — manifestou uma taxa de alcoolemia irregular, posto que não tão elevada), circunstância que não teria sido alheia à ocorrência do sinistro.

Perante isto, a empresa em questão considerou, *grosso modo*, que o trabalhador havia infringido normas regulamentares (que, não obstante, se veio a constatar inexistirem, como melhor se explicitará adiante), que lhe vedavam o consumo de álcool durante o serviço. Revelara, outrossim, o subordinado falta de observância do seu dever de diligência, porquanto, mau grado não fosse ele o condutor do veículo acidentado, sempre poderia ter alertado o seu colega para que o não fosse conduzir, em face do seu estado de alcoolemia — assim se teria evitado, decerto, o acidente. Como principal e frisante meio de prova, usou a empresa o resultado do teste de alcoolemia, apelando, no mais, para o «senso comum», que, entre outras coisas, nos faz ver que não será conduta aceitável, do ponto de vista moral e social, um trabalhador apresentar-se ao serviço em estado de embriaguez, e assim desempenhar o seu múnus. Mais argumentou com a suposta perigosidade da tarefa considerada (e, outrossim, com o decorrente escrúpulo que a execução da mesma deverá merecer).

Tais os fundamentos, muito em resumo, da posição da entidade empregadora. A eles, obviamente, objectou o trabalhador, e as decisões das 1.ª e 2.ª instâncias vieram dar-lhe razão.

Centremo-nos, sobretudo, em quanto se expende, em matéria de fundamentação, no douto acórdão da Relação do Porto que estamos empreendendo comentar, abstraindo, pois, dos contornos que a questão inicialmente tomara em 1.ª instância.

É certo, antes de mais, que o contrato individual de trabalho é… um contrato, como qualquer outro. Mas, se por aqui ficássemos, incorreríamos em formulação muitíssimo redutora. Pois sucede que, muito embora o contrato individual de trabalho seja isso mesmo — um contrato, com as prerrogativas que daí decorrem —, ele é, outrossim, uma figura contratual impregnada de *nuances* bem visíveis, que lhe conferem uma especial individualidade e que, ademais, fazem jus ao específico carácter relacional com que o mesmo se imbrica. Longe vão já os tempos (posto que, de múltiplos flancos, se vão divisando vultos que bem pretendem que o tempo «volte para trás», como nos dizia a conhecida canção ligeira…) em que se parificava o contrato de trabalho com os demais contratos obrigacionais, como se o patrão (*rectius*, entidade empregadora, em formulação actualmente adoptada e desprovida do paternalismo com que, por longo tempo, se

encarararam estas coisas)(5) estivesse em pé de igualdade com o trabalhador, ou como se dispusesse este, na prática, de idêntico estatuto negocial…(6).

---

(5) Lembrando-nos a origem etimológica da palavra «patrão», e a sua associação a um certo paternalismo que, de há décadas a esta parte, se tem querido combater, cf. João Leal Amado, *Contrato de Trabalho*, 3.ª ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2011, p. 378, nota 576.

(6) Aludindo a esta sequência evolutiva do Direito do Trabalho (de uma perspectiva de autonomia privada para essoutra da autonomia colectiva, passando pela heteronomia), *vd.* António Monteiro Fernandes, *Direito do Trabalho*, 16.ª ed., Almedina, Coimbra, 2012, pp. 567-568. Cf., outrossim, João Leal Amado, *Contrato de Trabalho*, *cit.*, pp. 18-22, e António Menezes Cordeiro, *Manual de Direito do Trabalho*, 1.ª ed., Almedina, Coimbra, 1991, p. 33, ss. (onde, com acendrada justeza, se salienta a importância fundante da dimensão histórica para uma adequada e satisfatoriamente nítida compreensão do que seja o Direito). Chamando a atenção, em termos claros, para o facto de, *ab initio*, o contrato de trabalho haver sido reconduzido às figuras da locação e da prestação de serviços (e quantas tormentas isso nos não traz mesmo hoje em dia!), Maria do Rosário Palma Ramalho, *Direito do Trabalho. Parte I — Dogmática Geral*, 2.ª ed., Almedina, Coimbra, 2009, pp. 30-31. O nosso Código Civil de 1867 («de Seabra»), de feição vincadamente individualista, manifestava, tal-qualmente as codificações suas contemporâneas, uma quase total ausência de regulamentação no que tange ao contrato de trabalho. Aliás, o que de mais próximo nele encontramos a propósito é o «contrato de serviço salariado», definido, no seu art. 1391.º (redacção original, mantendo nós, na transcrição, a ortografia da época), como «(…) o [serviço] que presta qualquer individuo a outro, dia por dia, ou hora por hora, mediante certa retribuição relativa a cada dia ou a cada hora, que se chama salario (…)». De resto, traçava, nos artigos seguintes, algumas normas orientadoras: «(…) [o] serviçal assalariado é obrigado a prestar o trabalho, a que se propoz, conforme as ordens e direcção da pessoa servida (…)» (art. 1392.º), sendo a transgressão deste preceito motivo de despedimento; «(…) [o] servido é obrigado a satisfazer a retribuição promettida (…)» (art. 1393.º). Mas também já se previa a proibição de despedimento sem justa causa (art. 1394.º: «(…) [o] serviçal (…) não póde abandonar o trabalho, nem o servido despedil-o (…) não havendo justa causa (…)»), bem como que «(…) [s]e o trabalho ajustado por certos dias, ou em quanto durar a obra, for interrompido por caso fortuito ou força maior, nem por isso ficará o servido desobrigado de pagar o trabalho feito (…)» (art. 1395.º). A mais deste, apenas se previam o «contrato de prestação de serviço doméstico» (arts. 1370.º e ss.) e o «contrato de aprendizagem» de um ofício, ou «contrato de prestação de serviço de ensino» (arts. 1424.º e ss. — sendo certo que este último, como realça Monteiro Fernandes em *Direito do Trabalho*, *cit.*, p. 32, serviu de mote, durante vário tempo, a práticas (ilícitas…) de trabalho de menores, que ardilosamente se acobertavam sob o manto diáfano da previsão legal). Regulamentação, como se vê, escassa (sendo, ademais, notória a disparidade, no que toca ao número de artigos, entre o «contrato de prestação de serviço doméstico» e o «contrato de serviço salariado», a despeito do relevo que este ia, paulatinamente, ganhando em termos prático-jurídicos — escassez normativa que, com o passar do tempo, se foi perfilando cada vez mais censurável, e isso mesmo não passou despercebido ao eminentíssimo civilista que foi Luiz da Cunha Gonçalves, o qual se não esqueceu de assinalar tal facto no seu *Tratado de Direito Civil*: *vd.* António Menezes Cordeiro, *Manual de Direito do Trabalho*, cit., p. 53, nota 63). Mas nada de muito surpreendente, atendendo ao quase total silêncio do *Code Civil* francês de 1804 (*Code Napoleon*) sobre a matéria. O *Bürgerliches Gesetzbuch* (*BGB* — Código Civil alemão de 1896) também apenas se reportava ao contrato de prestação de serviços (*Dienstvertrag*), acusando ainda revivescências da figura romanística da *locatio-conductio operarum*. Teríamos, pois, de aguardar mais algum tempo até o contrato de trabalho ver reconhecido o seu estatuto próprio. O actual Código Civil português, de 1966, veio fazê-lo, tendo, desde logo, o cuidado de vincar bem a sua especificidade: não deixou de incluí-lo, por certo, no âmbito «dos contratos em especial», mas limitou-se, prudentemente, a avançar uma definição (art. 1152.º — que, hoje, há-de ser compreendido e complementado à luz do disposto no art. 11.º do Código do Trabalho), remetendo todo o demais regímen jurídico para legislação especial (art. 1153.º).

O facto, porém, de se não confundir, hodiernamente, um contrato de trabalho com um contrato obrigacional *tout court* não afasta certos pontos de contacto da realidade juslaboral com aquela que lhe serviu de base (posto que hajamos de, naturalmente, encará-los à luz do sistema gravitacional próprio do Direito do Trabalho)(7). Assim é que, *v.g.*, deverão as partes, aquando da negociação contratual, seguir os ditames da boa-fé(8) (art. 102.º do Código do Trabalho). Bem, tal afirmação, secamente proferida, quase com foros de inédita revelação, facilmente nos poderá parecer uma lamentável *lapalissade*… Só o não será assim tanto pela razão de isto querermos aproveitar para salientar que também na execução da prestação laboral deverá o trabalhador proceder em conformidade com a *bona fides*(9). Para usarmos as palavras de um eminentíssimo e saudoso Mestre da Escola de Coimbra, «(…) [o] princípio da *boa fé*, embora proclamado apenas quanto ao cumprimento dos direitos de crédito, deve considerar-se extensivo, através do canal aberto no n.º 3 do art. 10.º [do Código Civil], a todos os outros domínios onde exista uma *relação especial* de vinculação entre duas ou mais pessoas (…)»(10). E não só. Mesmo o grau de exigência

---

(7) Explicitando, de guisa magistral, esta interconexão entre o Direito do Trabalho, enquanto Direito Privado Especial, e o Direito Civil, cujos princípios e regras haverão de ser convocados «(…) sempre que não se tenham estabelecido regimes com especificidades (…)», *vd.* Pedro Romano Martinez, «A justa causa de despedimento — Contributo para a interpretação do conceito indeterminado de justa causa de despedimento do art. 9.º, n.º 1 LCCT», *in* António Moreira (Coord.), *I Congresso Nacional de Direito do Trabalho — Memórias*, Almedina, Coimbra, 1998, pp. 173-180. Aí, o Autor funda, aliás, a delimitação do conceito de justa causa de despedimento (ainda considerado à luz da legislação pré-codicística, muito embora a definição da antiga Lei da Cessação do Contrato de Trabalho coincida, no essencial, com a actual) num constante confronto com as disposições genéricas do Código Civil — o que não poderia, como bem se compreenderá, deixar de ser.

(8) Sobre o conceito de boa-fé em termos juscivilísticos, dando conta do (amazónico…) caudal reflexivo que o mesmo consegue suscitar, *vd.*, por todos, Carlos Alberto da Mota Pinto, *Teoria Geral do Direito Civil*, 4.ª ed. (por António Pinto Monteiro e Paulo Mota Pinto), Coimbra Editora, Coimbra, 2005, pp. 124-126 (salientando o seu espectro abrangente, que logra esparzir a sua luz pelos vários ramos do Direito), João de Matos Antunes Varela, *Das Obrigações em Geral*, Vol. I, 10.ª ed., Almedina, Coimbra, 2000, pp. 125-128 e 267-272, e Vol. II, 7.ª ed., Almedina, Coimbra, 1997, pp. 10-14, e, outrossim, Fernando Andrade Pires de Lima e João de Matos Antunes Varela, *Código Civil Anotado*, Vol. II, 3.ª ed. revista e actualizada, Coimbra Editora, Coimbra, 1986, pp. 2-5.

(9) Assim o diz, claramente, o art. 126.º do Código do Trabalho. Ademais, a boa-fé, para além da sua transversalidade jurídica, participa indubitavelmente daquela visão do Direito que há-de ter-se por ínsita ao actual Estado-de-Direito Social (neste sentido, Carlos Alberto da Mota Pinto, *Teoria Geral do Direito Civil*, *cit.*, p. 124). Por outro lado, realce-se que também o empregador — que não apenas o trabalhador, evidentemente — está sujeito à observância deste dever.

(10) João de Matos Antunes Varela, *Das Obrigações em Geral*, Vol. II, *cit.*, p. 11 (sublinhado no original). Ademais, como salienta este insigne Professor, o nosso Código Civil de 1966 veio consagrar uma notável amplitude para o princípio da boa-fé — «(…) um manancial inesgotável de deveres acessórios de conduta, quer dentro, quer fora do contrato (…)», nas suas próprias palavras (*vd. ob. cit.*, p. 14) —, bem ao contrário do Código Civil alemão (*BGB*), em que a *Treu und Glauben* conhece limites mais estritos.

que o empregador poderá exercer sobre o trabalhador será susceptível de conformar-se com o padrão do *bonus paterfamilias*, desde que, como salienta Menezes Cordeiro, seja este afeiçoado — e necessariamente o terá de ser — às circunstâncias do caso concreto([11]).

Sendo assim, conclui-se que o trabalhador, na execução do seu contrato de trabalho, há-de proceder rectamente([12]), coadunando a sua conduta com as *leges artis* do ofício que vai exercer, mantendo um nível de produtividade tido por aceitável, cumprindo os ditames regulamentares e éticos que inerem à sua concreta situação. Claro que, no que à prestação laboral diz respeito, haveremos de densificar a nossa apreciação dos deveres que impendem sobre a pessoa do trabalhador com a observação de quanto a esse respeito dispõe, muito especificamente, o Código do Trabalho, nos seus arts. 126.º e seguintes (*maxime*, quanto ao trabalhador, no seu art. 128.º)([13]), esboçando, por outra banda, um certo esforço no sentido de aferirmos, em face do caso *sub iudice*, qual o conteúdo cabível a esses mesmos deveres.

Posto isto, pergunta-se: será que o trabalhador em causa, na situação que analisamos, incumpriu algum dever de conduta?

([11]) António Menezes Cordeiro, *Manual de Direito do Trabalho*, *cit.*, pp. 653-654. Com efeito, na ausência de outros critérios, valerá, para a apreciação da concreta conduta do trabalhador e para a aferição do bom cumprimento das tarefas que lhe são assinaladas, o consagrado critério do «bom pai de família». Assim também o entendeu, *v.g.*, o Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 7 de Março de 1986 (Proc. n.º 001266; Relator: Melo Franco), cujo sumário se encontra disponível em <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/02da1abb637ec368802568fc0039b1a8?OpenDocument> (consultado em 24 de Abril de 2022; Menezes Cordeiro também a ele alude, na sua *ob. cit.*, p. 821). Tomando partido por esta tese, *vd.* ainda o elucidativo estudo de Costa Martins «Sobre o poder disciplinar da entidade patronal», *in* António Moreira (Coord.), *I Congresso Nacional de Direito do Trabalho — Memórias*, Almedina, Coimbra, 1998, pp. 225-240 (*in casu*, *vd.* mormente as pp. 226-227). Isto nos faz ver, por outro lado, que os fundamentos passíveis de suportar uma justa causa de despedimento — conceito a que tornaremos, com maior detença e vagar, *infra* — se não subordinam a qualquer princípio de taxatividade; nem sequer a previsão do art. 351.º, n.º 2, do Código do Trabalho aponta nesse sentido (o advérbio de modo «nomeadamente», que se contém no aludido preceito legal, não nos consente grandes dúvidas a respeito).

([12]) Pois não é a boa-fé, afinal, um «(…) arquétipo de conduta social: a lealdade nas relações, o proceder honesto, esmerado, diligente» (Díez-Picazo, *apud* João de Matos Antunes Varela, *Das Obrigações em Geral*, Vol. II, *cit.*, p. 14)? O que não desonera — como é evidentíssimo — o aplicador do Direito de uma adequada densificação de tal conceito aquando da apreciação do caso *sub iudice*.

([13]) Não iremos obrar, aqui, uma caracterização desses deveres juslaborais que sobre o trabalhador impendem. Apenas faremos menção, porque o caso e o curso da exposição assim o impõem, aos deveres de cumprimento das prescrições relativas à segurança e saúde no trabalho — quer ditadas por lei ou instrumento de regulamentação colectiva de trabalho [art. 128.º, n.º 1, al. *j*), do Código do Trabalho], quer dimanantes de ordens ou instruções do empregador [*id.*, al. *e*)] — e de zelo e diligência na realização do trabalho [*id.*, al. *c*)]. Para uma nota descritiva dos deveres positivados no art. 128.º do Código do Trabalho, *vd.* João Leal Amado, *Contrato de Trabalho*, *cit.*, pp. 372-377.

A entidade empregadora entendeu ter havido incumprimento dos deveres relativos à preservação da saúde e da segurança no trabalho — e argumentou, como já fomos dizendo *supra*, com a perigosidade da tarefa, o cuidado que a mesma deveria merecer, a fim de evitar lesões a outrem, etc. Falta, pois, de observância desses deveres se teria verificado, o que tanto mais grave fora quanto era certo que o trabalhador em questão havia frequentado acção de formação(14) atinente a semelhantes matérias.

Veio, porém, o acórdão da 2.ª instância desconstruir tal edifício argumentativo: não houve, em boa verdade, prova bastante que sustentasse a alegada existência de violação dos deveres constantes da al. *e*) do n.º 1 do art. 128.º do Código do Trabalho. E, por outro lado, há que apelar, decididamente, para a natureza da actividade considerada. Pois se é certo que a argumentação expendida pela entidade empregadora se louvava na complexidade da tarefa, e na sua virtual susceptibilidade de causar dano a outrem, por assaz minuciosa e merecedora de cuidado e atenção (o que, de resto, só seria digno de crédito se houvesse uma clara demonstração nesse sentido, o que se não verificou), cremos que tal se não antolhará curial, quando aplicado à situação *sub iudice*. Também aqui o Direito não pode esquecer a sua obrigação de «descer à terra», de aplicar-se à concreta realidade judicanda. Ora, bem se sabe que os contornos profissionais dos vários mesteres são, em múltiplos pontos, incoincidentes. Não poderemos, por exemplo, pretender colocar ao mesmo nível a precisão exigida pelo trabalho de um médico-cirurgião e a dureza da árdua jorna do agricultor. São realidades bem distintas: a missão do cirurgião exigir-lhe-á que se apresente sóbrio (e, por outro lado, suficientemente repousado e alerta, pois que um mínimo descuido poderá causar grave dano ao doente); e o ofício do agricultor postulará isso? Ou, pelo contrário, ser-lhe-á tão custoso, causar-lhe-á tanta fadiga, que, por vezes, ele não terá outro consolo que não seja o da degustação da «fatia» e da «merenda»(15), às horas costumadas, com o usual acompanhamento de uma bebida, em regra alcoólica?

Entender-se-á, deste razoar, que será «lícito» ao agricultor (para continuarmos no exemplo apresentado), porque entregue a uma profissão plena de abrolhos e canseiras, ingerir álcool de quando em vez, como

---

(14) Cf., a propósito, o art. 128.º, n.º 1, al. *d*), do Código do Trabalho.

(15) Seja-nos permitida uma brevíssima nota etimológica, apenas para salientar serem os termos «fatia» e «merenda», nesta acepção, regionalismos da Beira Alta (Serra da Estrela), com que usualmente se designavam as refeições que os trabalhadores da lavoura tomavam (de manhã e à tarde, respectivamente), e que sempre se antolhavam como momentos de aprazível interrupção da sua fadigosa jorna…

forma de aplacar «as agruras da vida», quase como nos é sugerido pelo acórdão em comentário? É evidente que não defendemos, por princípio, que se incentive o consumo de álcool como refrigério do corpo cansado e do espírito desalentado. Mas uma coisa é aquilo que, ética e moralmente, nos parece mais acertado; outra será a existência de uma certa prática social nesse sentido. E, no que tange à especial situação dos trabalhos agrícolas, qualquer pessoa que, como nós, provenha de um meio rural sabe bem que de há muito é assim(16). O Direito não poderá ser insensível a isso, e qualquer julgador, sobre quem impenda o espinhoso dever de apreciar os contornos de dada situação concreta, deverá, se bem quiser desempenhar-se do seu alto múnus, obrar um esforço empático, a fim de compreender minimamente a «circunstância» (Ortega y Gasset) do outro e de, assim, poder ajuizar com acerto das razões do seu proceder, das suas motivações, do seu modo-de-ser. Só desta forma, pensamos, se atingirá uma decisão minimamente lograda e conforme ao paradigma prático-normativo (Castanheira Neves) que também sufragamos.

Transpondo tais considerações para o caso em apreço: afigura-se-nos «normal» — e o acórdão salienta-o, muito correctamente — que um funcionário de uma empresa de higiene, que desempenha um serviço pesado e dificultoso, que lhe não será, decerto, agradável, queira minorar os seus quotidianos padecimentos pelos meios que entenda mais convenientes (e repise-se mais uma vez: o trabalhador a que nos reportamos nem sequer era o condutor do veículo acidentado). A 2.ª instância isto reconheceu, e reconheceu bem. Tal conclusão poderá inflamar os génios mais puristas — e foi isto mesmo que conduziu a larga cópia de catilinárias que sobre o tema se verteram nos mais diversos *fora* —, mas, como dissemos, não confundamos aquilo que seria ética e moralmente desejável com aquilo que é prática mais ou menos corrente, sobre que haveremos, pois, de exercer um adequado trabalho de ponderação decisória. Por certo o Direito haverá de nortear-se em função dos seus arrimos axiológicos muito próprios; por

(16) Como salientava o saudoso Prof. Doutor Daniel Serrão, era vulgar, noutros tempos, dar-se aos podadores das vinhas do Douro um garrafão de 5 l de vinho tinto de elevada graduação, em complemento do seu modestíssimo salário — prática consuetudinária a que muitos atribuíam a ulterior indução dessas pessoas no consumo regular e desregrado de álcool (o que, no entanto, nunca foi comprovado cientificamente). Por semelhantes razões, ocioso se torna referir que se não defenderá esta solução do ponto de vista ético; mas, como em texto dizemos, coisa diferente é a prática regular, socialmente verificada, a que o Direito não pode ser indiferente. Cf., daquele insigne Professor, «Como evitar a dependência do álcool», disponível em <https://www.medicosdeportugal.pt/info/saude-publica/alcoolismo/como-evitar-a-dependencia-do-alcool/> (consultado em 24 de Abril de 2022).

outra banda, nunca poderá dissociar-se da realidade da *societas* a que se aplica, sob pena de se cair em uma sua compreensão assaz fruste e claudicante. Nesse difícil equilíbrio, sempre postulante de apuradíssimo cuidado reflexivo e de uma vera e sensata *prudentia*, reside, se bem vemos, o *punctum crucis* da actividade judicativa(17). Além disso, não confundamos apreciações de ordem moral com considerações de índole jurídica. O consumo de álcool por este trabalhador até nos poderá merecer, porventura, uma condenação moral, se formos mais rigorosos e severos na nossa apreciação pessoal. Porém, sob o ponto de vista jurídico, não cremos haver indícios tangíveis que possam dar lugar a qualquer responsabilização(18).

Em suma: parece-nos difícil — e, nesse ponto, secundamos, com a devida vénia, o acórdão em menção — ter havido violação de quaisquer deveres de higiene, saúde ou segurança no trabalho. Nem se diga que, *in casu*, o proceder do trabalhador seria censurável à luz dos deveres acessórios de conduta (*maxime*, à luz do princípio da boa-fé, que logo tangenciámos no dealbar do presente trabalho). Cremos que a argumentação já expendida demonstrará, com acendrado quilate de nitidez, qual a nossa posição quanto a isso (havendo, pois, que «apertar bem no ponto» — parafraseando a consabida expressão do Padre António Vieira — da adequada ponderação de todos os elementos constitutivos da circunstancialidade em causa, a fim de, trazendo tais dados ante a luz do Direito, lograr-se uma decisão correcta e verdadeiramente respeitadora da estreita imbricação dos pólos ambivalentes da actividade judicativa, tal-qualmente o esboçámos *supra*). Portanto, se vemos correctamente as coisas, só poderia admitir-se alguma censurabilidade se, *v.g.*, existisse uma norma disciplinar da própria empresa, de timbre mais restritivo, que coarctasse o consumo de álcool para além de certos limites, o que, cremos, se não verificou. E o facto de apelar-se ao «senso comum», sem mais, é insuficiente como fundamentação(19).

---

(17) Haja em vista que o juiz há-de afigurar-se sempre como a *viva vox iuris* (cf. Fernando José Bronze, *Lições de Introdução ao Direito*, 2.ª ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2006, p. 756, nota 39), aquele que verdadeiramente «diz o Direito» — o «Direito», frise-se, não meramente a «lei» (abjuramos, conseguintemente, a consabida frase de Montesquieu, segundo a qual *les juges ne sont que la bouche qui prononce les paroles de la loi*…).

(18) Sobre a distinção — sempre problemática, aliás — entre Direito e Moral, *vd.* as profundas e cintilantes reflexões de José Hermano Saraiva, *O que é o Direito?*, 1.ª ed., Gradiva, Lisboa, 2009, p. 84, ss.

(19) E mesmo o apelo ao «senso comum» se perfila como uma «faca de dois gumes», para usar uma expressão do vulgo: tanto pode servir para suportar a ideia do não consumo de álcool como, por outra perspectiva, pode legitimar tal consumo em certos casos — tudo depende dos «óculos» que o atento observador da realidade da vida coloque no momento em que reflicta sobre o assunto. Lembremos,

A haver violação de deveres juslaborais, talvez pudesse descortinar-se matéria de relevo na questão do zelo e da diligência empregados na execução das tarefas (e mesmo aí haveria que fazer prova…). Nesse ponto, já nos parecerá mais plausível aventar algumas eventuais hipóteses em que, por motivo do seu estado de alcoolismo, o trabalhador possa desempenhar menos cuidadamente o seu mester([20]). E, aqui, uma outra questão, também de tomo, se nos suscita: qual a influência das condutas extralaborais na prestação de trabalho, e qual o relevo a conferir às mesmas? O ponto parece-nos pertinente, até porque, segundo julgamos, não chegou a saber-se quando o trabalhador consumiu álcool, o que nos permite supor que possa ter sido, eventualmente, fora do horário de expediente. Pois bem: se motivos houvesse para apontar, nesta situação, uma violação do dever de zelo e diligência, por certo que tal violação se ficaria devendo, muito provavelmente, a uma conduta extralaboral.

A nossa jurisprudência tem considerado — e nisto concordamos também — que as condutas extralaborais do trabalhador (*rectius*, aquelas que se desenrolam fora do âmbito laboral, que não têm directa correlação com a esfera laboral, que nesta apenas mediatamente se repercutem) apenas deverão admitir-se como justa causa de despedimento([21]) quando se prove

---

outrossim, um adágio bem cógnito: «cada cabeça, sua sentença». Se *A* pensa que o consumo de bebidas alcoólicas aquando da labuta diária é algo errado e evitável, ninguém nos diz que *B*, de distinta personalidade, não vá defender o contrário… O pensamento humano e as convicções de cada um não se pautam por uma geral uniformidade, que nos faça ver todas as pessoas como *the same sameness*… Ironizamos, apenas para deixar ainda mais fúlgido aquilo que, já de *per si* só (para utilizarmos a expressão tal-qualmente a cunhou, na sua escorreita e belíssima prosa, Júlio Dinis), salta aos olhos: fundar certas afirmações — sobretudo nesta sede — em apelos ao «senso comum» é tarefa quase sempre inglória e fruste…

([20]) Quanto ao facto, também suscitado na argumentação da entidade empregadora, de o trabalhador não haver procedido com a devida diligência, não já na execução das tarefas que lhe estavam adstritas, mas no comportamento adoptado relativamente ao estado de embriaguez do seu colega de serviço (diz a entidade empregadora: o trabalhador podia ter instado o colega a não conduzir, visto que se não achava em condições para tanto), bem nos parece que o acórdão a isso responde adequadamente. Ademais, não temos dados concretos que possam suportar uma eventual acusação de negligência ou displicência do trabalhador, e sabemos perfeitamente que, em certos casos, um indivíduo que se acha ébrio pode não o aparentar. Mas será que ambos ingeriram bebidas alcoólicas juntos e, assim, já o trabalhador saberia do estado do seu colega e, consequentemente, da sua incapacidade de conduzir com prudência naquele momento? De igual forma, não sabemos. À míngua de maior sustentação, também por aqui não poderia a entidade empregadora esperar obter êxito nas suas pretensões.

([21]) Haverá justa causa de despedimento sempre que determinado comportamento culposo do trabalhador, manifestamente grave e gerador de assinaláveis consequências, torne inexigível à entidade empregadora a manutenção da relação laboral — art. 351.º, n.º 1, do Código do Trabalho (que adopta formulação idêntica à que podia ver-se na antiga Lei da Cessação do Contrato de Trabalho — Decreto-Lei n.º 64-A/89, de 27 de Fevereiro); mas cfr., outrossim, os arts. 432.º e ss., 342.º e 798.º e ss. do Código Civil, igualmente pertinentes neste âmbito. Trata-se, em certa medida, segundo pensamos,

com clareza a existência de um nexo de causalidade entre as mesmas e eventuais défices produtivos ou comportamentos menos próprios ou susceptíveis de reparo na prestação laboral. Numa palavra: a conduta extralaboral só será atendível motivo de despedimento quando dê origem a um decréscimo([22]) da concreta prestação laboral. Coisa que, de resto, só casuisticamente será averiguável([23]).

Adoptamos, pois, aquilo que sói designar-se por «teoria dos efeitos reflexos»([24]). Caso assim não fosse, e admitíssemos, por princípio, a rele-

---

de uma adaptação ao específico âmbito juslaboral da faculdade que já civilmente as partes têm de deduzir excepções ao consabido princípio *pacta sunt servanda* — com efeito, a ninguém será exigível o prosseguimento de uma conexão a determinada relação contratual que venha a revelar-se-lhe molesta (e sê-lo-á, desde logo, quando uma das partes venha a inadimplir certos deveres que sobre ela impendem); ponto é que fundamente a sua posição (*in casu*, quando de resolução de contrato de trabalho se fale, por banda do empregador, e sob justa causa, será mister que o mesmo empregador faça prova dos fundamentos de resolução — sobre ele impenderá, de facto, o *onus probandi*, *ex vi* do art. 342.º do Código Civil, e, bem assim, o dever de fundamentação da decisão final de despedimento, à luz do art. 357.º, n.º 5, do Código do Trabalho). Sobre o conceito de «justa causa» de despedimento, *vd.*, *inter alia*, João Leal Amado, *Contrato de Trabalho*, *cit.*, p. 371, ss., António Menezes Cordeiro, *Manual de Direito do Trabalho*, *cit.*, p. 818, ss. (à luz da legislação pré-codicística, fazendo sobressair a nota da ilicitude, que entende dever subentender-se da consideração do comportamento como culposo), e Pedro Romano Martinez, «A justa causa de despedimento — Contributo para a interpretação do conceito indeterminado de justa causa de despedimento do art. 9.º, n.º 1 LCCT», *cit.* (o qual reconhece, acertadamente, não ser a justa causa um conceito privativo do Direito do Trabalho, mas constituir ela fundamento de resolução de uma série de contratos de execução continuada, tais como o comodato, o mandato, o depósito, etc. — o que, ressalvamos nós, não retira a pertinência a uma distinta e cuidada ponderação de tal conceito na específica sede juslaboral, atenta a sua singular conformação). Já relativamente ao princípio *pacta sunt servanda* e suas excepções, cf. Carlos Alberto da Mota Pinto, *Teoria Geral do Direito Civil*, *cit.*, p. 615, ss. (*maxime*, p. 627, ss.).

([22]) Entendamos «decréscimo» em sentido amplo, com o que haveremos em consideração, não apenas as quebras na produtividade laboral, mas também qualquer comportamento que se não coadune com o bom desempenho das funções que o empregador assinalou ao trabalhador.

([23]) *Vd.*, posto que ainda à luz do Código do Trabalho de 2003, as notas traçadas por David de Oliveira Festas, «O direito à reserva da intimidade da vida privada do trabalhador no Código do Trabalho», *in Revista da Ordem dos Advogados*, Ano 64, Vol. I/II, Novembro de 2004, disponível em <https://portal.oa.pt/publicacoes/revista-da-ordem-dos-advogados-roa/ano-2004/ano-64-vol-i-ii-nov-2004/artigos-doutrinais/david-de-oliveira-festas-o-direito-a-reserva-da-intimidade-da-vida-privada-do-trabalhador-no-codigo-do-trabalho-star/> (consultado em 24 de Abril de 2022).

([24]) João Leal Amado, *Contrato de Trabalho*, *cit.*, p. 378. Costa Martins («Sobre o poder disciplinar da entidade patronal», *cit.*, pp. 235-237) sufraga, no essencial, esta posição, dizendo, a certo passo: «(…) [d]aí que só devam ser atendíveis os factos da vida privada cometidos fora do local e tempo de trabalho desde que determinem para a entidade patronal, danos irreparáveis ou prejuízos manifestos no serviço que vinha realizando ou alterações evidentes e manifestas no ambiente de trabalho (…)» (*sic*). Aduz, aliás, o argumento — que se nos antolha curial — de que a extrapolação destes limites pelo empregador será susceptível de constituir verdadeiro abuso de direito (cf. o art. 334.º do Código Civil). Problema delicadíssimo será o da eventual admissibilidade de excepções a esta orientação, em casos muito pontuais, como, *v.g.*, o dos praticantes desportivos (para que nos chama a atenção João Leal Amado, *ob. cit.*, p. 379, nota 578).

vância disciplinar e sancionatória de quaisquer condutas levadas a efeito pelo trabalhador fora do âmbito laboral, abriríamos, por certo, um perigosíssimo precedente, que olvidaria que o prestador de trabalho é, antes de mais e sobretudo, um cidadão, no pleno gozo dos seus direitos(25), e legitimaria, por outro lado, um apertado controlo por banda da entidade empregadora, a qual, à boa maneira de Orwell, se converteria em férreo e constritor *big brother*…

Peçamos de empréstimo as reflexões que fomos fiando nos parágrafos precedentes para avançar para outro ponto, de sumo interesse: a legitimidade do meio de prova de que a entidade empregadora, *in casu*, se serviu (concretamente, o teste médico de alcoolemia) para fundamentar a sua decisão de despedimento. Isto nos fará gravitar, precisamente, em roda da questão do direito, que assiste ao trabalhador, de reserva da intimidade da sua vida privada.

Como ainda há pouco deixámos exarado, o trabalhador é, antes de mais, um cidadão e uma pessoa(26), com as prerrogativas que, *ipso facto*, lhe assistem. Por certo que a subordinação jurídica ínsita ao vínculo laboral se analisa, em certa medida, em uma compressão — sempre sentida, de resto — de alguns dos seus direitos fundamentais(27). Porém, tal facto, quase implicado pela natureza das coisas, não pode — nunca poderá — servir de mote a uma constrição irrazoável e antidemocrática do estatuto de *cives*, plenamente integrado na *societas*, que é cabido ao trabalhador, como a qualquer outro ser humano. Portanto, e apesar de ser certo que o

---

(25) Para uma primeira aproximação a esta matéria, a que, já de seguida, faremos nova menção, *vd.* António Monteiro Fernandes, *Direito do Trabalho*, *cit.*, p. 154, ss.

(26) Salientando esta *nuance* terminológica (os cidadãos *proprio sensu* acham os seus direitos fundamentais plasmados na Constituição; porém, antes de serem cidadãos, são pessoas, por tal motivo lhes assistindo determinados direitos conaturais à sua capacidade jurídica, os quais acham acolhimento no Código Civil), António Monteiro Fernandes, *Direito do Trabalho*, *cit.*, p. 155, *in fine*. Claro que isso não exclui naturais e inevitáveis imbricações entre ambas as categorias (sendo, por outro lado, certo que uma não absorve a outra).

(27) Menezes Cordeiro: «(…) [a] submissão de um ser humano à direcção e à disciplina de outro implica uma intromissão na esfera do primeiro (…)» — cf., do mesmo Autor, «O respeito pela esfera privada do trabalhador», *in* António Moreira (Coord.), *I Congresso Nacional de Direito do Trabalho — Memórias*, Almedina, Coimbra, 1998, pp. 19-37 (*in casu*, p. 19), e, outrossim, *Manual de Direito do Trabalho*, *cit.*, p. 535. No mesmo sentido, Sónia Kietzmann Lopes, «Direitos fundamentais e direitos de personalidade do trabalhador à luz do Código do Trabalho», *in* João Pena dos Reis (Coord.), *Direitos fundamentais e de personalidade do trabalhador*, 2.ª ed., Colecção Formação Inicial, Centro de Estudos Judiciários, Lisboa, 2014, pp. 17-43, disponível em <https://cej.justica.gov.pt/LinkClick.aspx?fileticket=i55DZjpSGrk%3d&portalid=30> (consultado em 24 de Abril de 2022). Para uma explicação da *Sphärentheorie*, que alguns Autores pensam haver impregnado, em certa medida, as normas do nosso Código do Trabalho sobre este assunto, cf. David de Oliveira Festas, «O direito à reserva da intimidade da vida privada do trabalhador no Código do Trabalho», *cit.*, *sub* 1.2 e 3.2.

Direito do Trabalho contém orientações próprias sobre matérias quejandas, não deveremos, obviamente, deixar de conferir, nesta específica sede, o relevo cabido à Constituição e à lei civil([28]).

Por certo quanto se verte na Constituição em matéria de direitos, liberdades e garantias não será escamoteável no específico âmbito laboral (até porque o próprio texto constitucional houve por bem consagrar diversos artigos à concreta situação do trabalhador — *vd.* mormente os arts. 53.º a 59.º, para além daqueles que se aplicam à generalidade dos cidadãos portugueses)([29]). Posto que a destempo de vozes (que, alarmantemente, vão sendo cada vez mais correntes nos nossos dias…) que clamam contra certos aspectos da nossa Lei Fundamental (em nome de um suposto progresso económico que, mau grado a pertinácia dos seus áugures, teima em nos não luzir ante os olhos)([30]), sempre ela haverá de exercer a sua cabida

---

([28]) Claro que com isto se não pretende pregar qualquer tipo de doutrina unilateralista, que tenda a ver o problema apenas com uma e a mesma face. Em bom rigor, a questão, para usar de conhecido símile, tem «cabeça de Jano», pelo que haveremos de empreender um esforço de compreensão, outrossim, dos direitos — desde logo, constitucionalmente consagrados — que militam a favor da entidade empregadora (como sejam o direito à iniciativa económica privada e o direito à liberdade de iniciativa e de organização empresarial — cf. Sónia Kietzmann Lopes, «Direitos fundamentais e direitos de personalidade do trabalhador à luz do Código do Trabalho», *cit.*, p. 19). Mas também será certo que, se aspirarmos a um minimamente aceitável grau de justeza, não haveremos de hipertrofiar qualquer dos pólos dialécticos que se nos apresentam, ensaiando, pelo contrário, uma tentativa de compatibilização — coisa que, na prática, muitas vezes se não faz. Não deixemos, outrossim, de reconhecer esta evidência: o trabalhador é, as mais das vezes, o lado mais frágil da relação juslaboral, pelo que será natural (e aconselhável!) que se lhe preste especial atenção. E nem se diga que, com o arsenal legislativo hoje disponível, isso vem a ser tarefa menos necessária ou menos ingente: sê-lo-á, porventura, ainda mais, haja em vista a complexificação que a realidade laboral vem conhecendo a passo cada vez mais lesto… Há que fazer uso, no fundo, para convergirmos com ideia anotada por José João Abrantes (*apud* Sónia Kietzmann Lopes, «Direitos fundamentais e direitos de personalidade do trabalhador à luz do Código do Trabalho», *cit.*, p. 20), do consabido princípio da proporcionalidade, *lato sensu*.

([29]) Sobre o valor jurídico destas disposições constitucionais (traçando a distinção, aliás, entre as normas constitucionais que hão-de integrar-se em um «nível preceptivo directo» — *i.e.*, normas laborais *proprio sensu*, susceptíveis de aplicação directa e, simultaneamente, geradoras de inconstitucionalidade para todas aquelas normas comuns que com elas se não coadunem — e aquelas que, por seu turno, entram num «nível programático», postulando, pois, a criação de outras normas que lhes dêem efectiva execução, que lhes supram a ausência de concreticidade, adveniente do seu carácter de aplicação «mediata ou diferida»), *vd.* António Menezes Cordeiro, «O respeito pela esfera privada do trabalhador», *cit.*, pp. 28-29. Com relevância para o nosso caso concreto — e também referido pelo acórdão em comentário —, cf. o art. 26.º (*maxime*, n.os 1 e 2) da Constituição da República Portuguesa.

([30]) É, de facto, bem visível, no tempo actual, uma onda de acentuada «flexibilização» do Direito do Trabalho, que quase leva consigo, numa corrente feita de águas revoltas e pantanosas, certos valores essenciais ínsitos à pessoa e ao cidadão que o trabalhador também (e sobretudo!) é. Assim surge o por alguns chamado «Direito do Trabalho da emergência»… — *vd.* Maria do Rosário Palma Ramalho, «Sobre os limites do poder disciplinar laboral», *in* António Moreira (Coord.), *I Congresso Nacional de Direito do Trabalho — Memórias*, Almedina, Coimbra, 1998, pp. 183-198 (*in casu*, pp. 183-184).

influência sobre as relações laborais, embora com o necessário trabalho de adequação à específica realidade que estas apresentam. Assim é que Menezes Cordeiro nos fala dos conceitos de «adequação valorativa» e de «limitação funcional», que hão-de presidir à aplicação de considerações de índole jusconstitucional às relações laborais(31).

Por outra banda, direitos há que se perfilam indissociáveis da condição de pessoa, pelo que, dando-lhes a nossa lei civil adequada guarida (posto que, note-se, o não faça exaustivamente — nem tal seria, convenhamos, exequível, dada a vastidão de situações que os mesmos abrangem), hão-de ser, igualmente, observados em sede laboral(32).

Ora, se isto é assim — se quer a Constituição, quer o Código Civil prevêem um vasto leque de direitos inerentes à qualidade de pessoa e, outrossim, de cidadão —, por que razão há-de o Código do Trabalho conter regulamentação sobre o ponto?

A resposta, dá-no-la, com meridiana clareza, Monteiro Fernandes: em primeiro lugar, esta solução faz tais direitos «(…) penetrar no conteúdo das relações de trabalho, criando novas referências para a definição dos comportamentos devidos pelas partes (…)»; em segundo lugar, assim se poderá afeiçoar, com maior precisão, o conteúdo desses direitos ao «(…) enquadramento organizacional em que vão operar (…)»(33). Tem, pois, todo o cabimento que também o Código do Trabalho se detenha sobre estes assuntos de tomo.

Com base nestes postulados, e se relancearmos a vista pelos arts. 16.º e seguintes do Código do Trabalho, facilmente verificaremos que existe certo número de informações que o trabalhador não tem de prestar ao empregador(34), onde incluímos, naturalmente, aquelas que bolem com o

---

(31) Para uma explicitação do que aqui apenas telegraficamente se expõe, cf. António Menezes Cordeiro, «O respeito pela esfera privada do trabalhador», *cit.*, pp. 29-33.

(32) Estamos aludindo, evidentemente, aos direitos de personalidade, sobre que incidem os arts. 70.º e ss. do Código Civil (atente-se, sobretudo, pela sua importância para o caso que vimos analisando, no art. 80.º, atinente ao direito à reserva sobre a intimidade da vida privada). Chamando a atenção para este facto, cf. António Monteiro Fernandes, *Direito do Trabalho*, *cit.*, p. 155, *in fine*. Para uma sucinta aproximação a este (vasto…) tema, *vd.*, por exemplo, Carlos Alberto da Mota Pinto, *Teoria Geral do Direito Civil*, *cit.*, pp. 207-220 (onde se diz, lapidarmente: «(…) sempre a pessoa é titular de um certo número de direitos absolutos (…), que se impõem ao respeito de todos os outros, incidindo *sobre os vários modos de ser físicos ou morais da sua personalidade*. São os chamados *direitos de personalidade* (…)» — sublinhado no original), e Fernando Andrade Pires de Lima e João de Matos Antunes Varela, *Código Civil Anotado*, Vol. I, 4.ª ed. revista e actualizada (com a colaboração de Manuel Henrique Mesquita), Coimbra Editora, Coimbra, 1987, p. 103, ss.

(33) António Monteiro Fernandes, *Direito do Trabalho*, *cit.*, pp. 156-157.

(34) Isto sem embargo do dever, que sobre o trabalhador impende, de informar a entidade empregadora acerca de todos aqueles aspectos que se perfilem relevantes para a prestação da activi-

seu estado de saúde([35]). Cura-se, afinal, de um corolário lógico e expectável do direito à reserva da intimidade da vida privada (aliás, previsto, desde logo, no art. 80.º do Código Civil, como já se referiu *supra*, em nota), que Menezes Cordeiro associa à «(…) reafirmação do trabalhador como pessoa e do Direito do trabalho como Direito, desenvolvido e aplicado de acordo com os ditames da Ciência jurídica» (*sic*)([36]).

Transpondo para o nosso caso: à entidade empregadora não poderia, pois, ser reconhecida qualquer pretensão válida no que tange ao acesso aos exames de alcoolemia efectuados ao trabalhador([37]). Ademais, os elemen-

---

dade laboral (*ex vi* do n.º 2 do art. 106.º do Código do Trabalho). Porém, tal não legitima o empregador a empreender uma inaceitável devassa da vida privada do trabalhador [e, caso seja absolutamente necessária, na situação concreta, a solicitação de informações tangentes à vida privada do mesmo, há-de ser-lhe fornecida, por escrito, a competente fundamentação, como nos diz o art. 17.º, n.º 1, al. *a*), do Código do Trabalho]. Como salienta David de Oliveira Festas («O direito à reserva da intimidade da vida privada do trabalhador no Código do Trabalho», *cit.*), cura-se, afinal, aqui de um vero conflito de direitos (ou, se quisermos, de um «limite extrínseco» ao direito à reserva da intimidade da vida privada do trabalhador, como diria Maria do Rosário Palma Ramalho, que o Autor cita, no estudo referido), pelo que haveremos de tentar a compatibilização possível — da forma mais equitativa — entre ambos. Questão de idêntico teor se poderia, ademais (e como refere, outrossim, o mesmo Autor), suscitar a propósito do art. 19.º do Código do Trabalho.

([35]) Se, porventura, se perfilar absolutamente necessária, em dada situação, a realização de determinados testes ou exames médicos, o seu resultado apenas poderá ser comunicado a um clínico, e só será lícito a este transmitir à entidade empregadora se o trabalhador está ou não apto a desempenhar o seu serviço — assim, o art. 17.º, n.os 1, al. *b*), e 2, e o art. 19.º, n.os 1 e 3, do Código do Trabalho (para além de que há-de a entidade empregadora fundamentar expressamente a sua necessidade de obtenção de tais informações — do que dará conhecimento ao trabalhador ou candidato a trabalhador —, que deverão ser reclamadas por especiais exigências tangentes à actividade profissional em questão). Para uma referência a um caso controvertido e suscitador de viva reflexão — o de um cozinheiro portador de VIH —, cf. João Leal Amado, *Contrato de Trabalho*, *cit.*, p. 236, bem como o Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 24 de Setembro de 2008 (Proc. n.º 07S3793; Relator: Mário Pereira), disponível em <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/49966cc639b7e268802574d6002c6b95> (consultado em 24 de Abril de 2022), que sobre a questão se pronunciou.

([36]) António Menezes Cordeiro, «O respeito pela esfera privada do trabalhador», *cit.*, p. 37, *in fine*.

([37]) Coisa distinta, posto que vinda a talho de foice, é a exigência, por banda da entidade empregadora, de prévios testes de alcoolemia no âmbito da admissão do candidato a trabalhador. Ou, se quisermos também, a realização de controlos periódicos dos níveis de alcoolemia aos trabalhadores de determinada empresa. Hipóteses sobre que se pronuncia, interessantemente, Sónia Kietzmann Lopes, «Direitos fundamentais e direitos de personalidade do trabalhador à luz do Código do Trabalho», *cit.*, pp. 33-35. Aí, a Autora dá conta dos problemas (vastos…) suscitados pela questão, até porque isto nos coloca, positivamente, numa posição delicada, onde com muita probabilidade escaparemos a Cila para, sem amparo, cair em Caríbdis… Há que usar do bom senso que estas coisas reclamam, e não esquecer, como já referimos *supra*, que o julgador, o jurista decidente, não pode deixar de considerar com nitidez a realidade da vida, onde o *ius* sorve o ar que respira e busca a seiva que o alimenta. Não dizemos que se decida ao arrepio do direito constituído; mas também não postulamos uma compreensão do Direito (aqui com maiúscula inicial) radicalmente afastada da realidade do quotidiano, coisa que, bem se vê, o transformaria em conceito vazio e imprestável. Claro que — e a Autora salienta-o —

tos que o acórdão nos fornece (o trabalhador sempre contestou o acesso, pela entidade empregadora, a esses dados, embora esta arguísse o facto de haver sido aquele a entregar-lhe os resultados dos exames médicos, o que, se bem vemos, se não chegou a provar([38]); a entidade empregadora disse ter sabido, outrossim, por banda da companhia de seguros que tomou conta do acidente com o veículo — forma de conhecimento que também se não perfila legítima, à luz do que já dissemos, e, neste ponto, pedimos licença para subscrever quanto se expende no referido aresto) demonstram à saciedade que a mesma nunca por nunca a eles poderia ter tido acesso. E, parecendo, de facto, que tais resultados seriam a única prova possível a sustentar a eventual justa causa de despedimento([39]), a sua ilegitimidade

---

há instrumentos de regulamentação colectiva de trabalho (IRCT) que prevêem a possibilidade de realização de controlos de alcoolemia em determinadas circunstâncias, prática a que vária jurisprudência tem aquiescido, desde que justificada por razões ponderosas, que legitimem, nesse sentido, uma certa compressão dos direitos ínsitos à pessoa do trabalhador. Mas — fazemos notar — isto implicará, portanto, uma previsão expressa, ou em IRCT, ou no regulamento interno da empresa. À parte isso, manifestamos, por nosso lado, sérias reservas quanto à realização deste controlo. Pensamos que o mesmo só se reclamará de alguma aceitabilidade quando efectuado em casos pontuais, em que o cuidado reclamado pela profissão em causa seja tão elevado que a conduta do trabalhador haja de cumprir os mais ínfimos escrúpulos. E quando assim não seja? Talvez que, neste caso, já os fundamentos aduzíveis venham a claudicar, ou seja mais dificultosa a sua plausibilidade… Até seria possível, *v.g.*, problematizar, ao nível dos específicos deveres de conduta do trabalhador, se o mero consumo de álcool — sem mais — poderá arvorar-se em violação de algum desses deveres (porventura, do tal dever de higiene, segurança e saúde no trabalho). Por nosso lado, pensamos, na esteira do que já fomos dando a entender *supra*, que isso constituiria uma manipulação inopinada e indesejável, por parte da entidade empregadora, da esfera privada do trabalhador, susceptível de abrir precedentes de tal maneira perigosos que, *a posteriori*, poderiam servir para fundar todo o tipo de desmandos controladores — ao arrepio, aliás, de valores constitucionalmente consagrados.

([38]) Se se provasse haver sido o trabalhador, de *motu proprio*, a entregar os resultados dos exames à entidade empregadora, talvez já existisse fundamento para depreender-se uma limitação (que não renúncia, pois que se entende estar esta precludida pela limitação decorrente do art. 81.º do Código Civil), pelo próprio, ao seu direito à reserva da intimidade da vida privada — seria, para empregarmos expressão de Maria do Rosário Palma Ramalho (*apud* David de Oliveira Festas, «O direito à reserva da intimidade da vida privada do trabalhador no Código do Trabalho», *cit.*), uma «limitação voluntária» desse seu direito, com todos os corolários que daí naturalmente defluem (inclusive o da sua revogabilidade a todo o tempo, à luz do preceituado no art. 81.º, n.º 2, do Código Civil). Isso também não deixaria de colocar-nos problemas de vária índole, em torno, *v.g.*, da efectiva consciência, por banda do trabalhador, dos resultados dos seus actos — ele poderia ter feito isso sem se aperceber verdadeiramente das coisas, ou sem intenção verdadeira de limitar qualquer dos seus direitos, apenas induzido em erro sobre uma eventual obrigatoriedade de comunicação de tais informações ao empregador.

([39]) Ainda que fosse lícita à entidade empregadora a realização de tais testes — o que não foi o caso —, sempre teria ela de balizar-se por critérios de proporcionalidade, *i.e.*, proceder à sua realização apenas se não houvesse outro meio idóneo de efectuar tal controlo. Por outro lado, nunca bastaria a realização de um único teste — teríamos de ter, no mínimo, dois, a fim de fazer contraprova. Assim, Sónia Kietzmann Lopes, «Direitos fundamentais e direitos de personalidade do trabalhador à luz do Código do Trabalho», *cit.*, pp. 34-35.

acarretará, fatalmente, a não verificação dessa justa causa, pelo que o despedimento improcede, sem sombra de dúvida(40).

Tanto mais irrazoável se mostraria, por outro lado, a opção pela sanção de despedimento (sem indemnização nem compensação) — a de mor agravo para o trabalhador, de entre as que o elenco do n.º 1 do art. 328.º do Código do Trabalho prevê — quanto é certo que: à uma, tudo aquilo que a entidade empregadora aduziu como fundamentação da mesma caía pela base, como já houvemos ensejo de expor; à outra, mesmo a não se entender dessa forma, ela se antolharia, por certo, desproporcionada(41), em face dos elementos relevantes que o caso nos dá — praticamente nenhuns, em boa verdade, o que torna abstruso lançar-se mão de medida tão repressiva(42).

---

(40) Não olvidando que, mesmo que a prova fosse, por hipótese, lícita, haveria que proceder-se ao tal esforço de ponderação decisória de que já demos nota *supra*, a fim de concluir-se pela real existência de justa causa: a prova de que o trabalhador se achava alcoolizado poderia, de facto, não nos servir de muito, se se demonstrasse que, à face do caso concreto, tal circunstância se não havia repercutido negativamente na prestação laboral, não beliscando, pois, nem os deveres principais que hão-de ter-se por ínsitos à mesma, nem, tão-pouco, os deveres acessórios de conduta.

(41) E sê-lo-á — digamo-lo com Costa Martins («Sobre o poder disciplinar da entidade patronal», *cit.*, p. 227) — quando outra sanção, menos gravosa, possa resolver a situação, e seja a mesma preterida em prol do despedimento.

(42) Repare-se em que o exercício do poder disciplinar se analisa, primeiro que tudo, e segundo a arguta análise de Maria do Rosário Palma Ramalho («Sobre os limites do poder disciplinar laboral», *cit.*, pp. 192-197), em um vero direito subjectivo adstrito à entidade empregadora, defluente embora de previsão legal. Manifesta, outrossim, um carácter vincadamente unilateral e dominial — expressão clara do desnível que, quer se queira quer não, pauta invariavelmente a relação empregador-trabalhador. Mas a nota que, cremos, se perfila como sumamente frisante desta forma de poder punitivo é aquela que diz respeito ao seu carácter privado (que suscita, como bem se compreenderá, questões jurídicas de não despiciendo relevo), porquanto inserida, desde logo, em relação jurídica de direito privado, aplicada por entidade igualmente privada (o empregador) e no interesse desta (ou, em sentido mais amplo, da organização em que a mesma se insere e em que se desenrola a relação laboral em questão). Isto relaciona-se estreitamente com o aspecto vincadamente punitivo — que não tanto ressarcitório — do poder disciplinar laboral, o qual se antolha, de resto, como uma verdadeira excepção ao consabido monopólio estadual do *ius puniendi*. Não quer, porém, tal circunstância significar que não possam os tribunais sindicar, *a posteriori*, os fundamentos da sanção disciplinar aplicada pela entidade empregadora (o que fazem, por via de regra, quando a sanção é o despedimento) — poderão e deverão fazê-lo, sempre que os casos concretos lhes cheguem às mãos, até porque tudo isto bole com questões altamente importantes —, mormente no que se refere ao respeito pelos direitos do trabalhador. Maria do Rosário Palma Ramalho explica esta conformação do poder disciplinar laboral com a tessitura muito própria da relação juslaboral, postulante de um envolvimento considerável por banda do empregador, o qual há-de suportar um sem-número de encargos e ditames, e de um entendimento, por banda do trabalhador, das directrizes por que há-de pautar-se o seu comportamento para com aquele. Tudo isto sem embargo — repare-se — dos naturais limites que este poder conhece, tangentes, sobretudo, à sua nota de funcionalidade: deverá, por isso, ele servir para sancionar comportamentos infraccionais que colidam frontalmente com interesses atendíveis da entidade empregadora — e apenas isso! —, com o respeito devido pelos direitos de defesa do trabalhador, e sempre dentro das fron-

Uma nota mais, a fim de nos reportarmos, em primeiro lugar, à alegada violação de norma regulamentar pelo trabalhador (ponto que, de resto, já tenuemente aflorámos *supra*). Como também já deixámos expresso — e o acórdão em comentário refere-o —, parece não ter havido violação, por banda do trabalhador aqui considerado, de qualquer disposição regulamentar atinente a estes assuntos, porquanto resultou claro que a mesma inexistia, neste caso. Posto isso, nunca poderia, pois, a entidade empregadora louvar-se em semelhante argumento. Não queremos dizer que uma eventual censurabilidade da conduta concreta não pudesse defluir da consideração de outros elementos (mormente, dos deveres acessórios de conduta, sobretudo à luz do princípio da boa-fé). Queremos, sim, frisar simplesmente que não colherá um argumento única e exclusivamente fundado no respeito por norma regulamentar, quando esta, no fim de contas, não existe. Se pretendia a entidade empregadora enveredar por semelhantes trilhos, de duas uma: ou deveria ter elaborado, à luz do seu poder regulamentar (art. 99.º do Código do Trabalho)([43]), normas que sobre o ponto dispusessem ou deveria, em alternativa, ter arguido e demonstrado uma eventual violação de deveres acessórios de conduta, no caso concreto. Aí, sim, já existiria motivo para sancionar o trabalhador em razão do seu incumprimento.

Por outro lado — e assim concluímos a nossa análise —, cremos inexistir, por tudo o que se disse, qualquer fundamento para uma eventual oposição à reintegração do trabalhador, à luz do art. 392.º do Código do Trabalho. Ao contrário do que foi aduzido pela entidade empregadora, entendemos ser a norma, indubitavelmente, taxativa (posição também defendida pela 2.ª instância), até pela razão de consagrar procedimento excepcional (porquanto, nos casos em que o despedimento seja havido por ilícito, a regra é a da reintegração do trabalhador, que ele, evidentemente, pode afastar, optando pela chamada «indemnização de antiguidade»), que,

---

teiras da licitude e de institutos tão basilares como o da boa-fé e o do abuso do direito. Encarando o poder disciplinar laboral como um «poder-dever» da entidade patronal (*rectius*, empregadora), pois que é a esta que cumpre organizar disciplinarmente o trabalho e, consequentemente, sancionar os trabalhadores que incumpram os seus deveres profissionais, cf. António da Motta Veiga, *apud* Costa Martins, «Sobre o poder disciplinar da entidade patronal», *cit.*, p. 231. Aliás, Costa Martins, no cit. estudo, a pp. 232-233, imbrica o poder disciplinar com o poder regulamentar cabido à entidade empregadora — o empregador exercerá como que uma «função de comando», nas palavras do Autor. Até poderá ser. Porém, no caso em análise, também esta posição não serviria para fundar a atitude da entidade empregadora, pois que, como referimos já, e como a seguir se repisará em texto, inexistia, nesta circunstância, disposição regulamentar da empresa que especificamente tratasse da questão do consumo de álcool, pelo que naturalmente improcederia qualquer argumento que apenas disso se valesse.

([43]) Sobre o poder regulamentar e os demais poderes cabidos à entidade empregadora, *ex vi* dos arts. 97.º, 98.º e 99.º do Código do Trabalho, cf. João Leal Amado, *Contrato de Trabalho*, *cit.*, p. 207, ss.

em homenagem à especial função tutelar ou tuitiva(44) desempenhada pelo Direito do Trabalho, não deverá, de modo algum, extravasar dos prudentes limites que a lei lhe assinala. Em face do que também esta consideração não colherá, a nosso ver(45).

3. À guisa de epílogo

Fomos alinhando, no texto que até aqui esboçámos, larga cópia de considerações. Cremos chegado o momento azado para sintetizá-las e apor-lhes remate.

Por nossa banda, e em face do douto acórdão que vimos comentando, bem nos parece que a solução proposta não deixa de antolhar-se como globalmente correcta, não apenas à face do direito vigente mas também — e com igual quilate de importância — de acordo com o fundamental bom senso e com a objectividade e serenidade de espírito que caracterizam o verdadeiro jurista.

Com efeito, se revirmos, em rápido relance, os fundamentos aventados para o despedimento aqui apreciado, constataremos que qualquer deles carece de sustentação bastante: não houve violação de norma regulamentar da empresa; não há provas de que o trabalhador haja incumprido deveres ínsitos à prestação laboral (quer de higiene, segurança e saúde no trabalho, quer de zelo e diligência), e não se descortina, segundo cremos, qualquer violação de deveres acessórios de conduta; a prova que sustentava a justa causa de despedimento afigura-se ilícita e, *ipso facto*, inservível para os fins a que se destinava, em homenagem ao respeito pela reserva da intimidade da vida privada do trabalhador; não existem, outrossim, factos que tangivelmente comprovem a influência negativa de uma virtual conduta extralaboral do trabalhador na sua prestação de trabalho.

Assim, é de saudar a decisão consagrada no aresto em menção. Em tempos que correm severos, e onde a centelha da *Iustitia* é, por vezes, difícil de distinguir-se no turvado horizonte, cremos que, no caso concreto aqui trazido à colação, ela não deixou, ao fim e ao cabo, de surgir rutilante e viva, como competia.

---

(44) Uma cabal dilucidação deste conceito ver-se-á em João Leal Amado, *Contrato de Trabalho*, *cit.*, p. 21.

(45) Para o devido enquadramento dogmático desta questão da oposição à reintegração, que aqui apenas abordamos de guisa muitíssimo perfunctória, *vd.* João Leal Amado, *Contrato de Trabalho*, *cit.*, pp. 413-421.

Bibliografia

Amado, João Leal, *Contrato de Trabalho*, 3.ª ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2011.

Bronze, Fernando José, *Lições de Introdução ao Direito*, 2.ª ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2006.

Cordeiro, António Menezes, *Manual de Direito do Trabalho*, 1.ª ed., Almedina, Coimbra, 1991.

____, «O respeito pela esfera privada do trabalhador», *in* António Moreira (Coord.), *I Congresso Nacional de Direito do Trabalho — Memórias*, Almedina, Coimbra, 1998, pp. 19-37.

Fernandes, António Monteiro, *Direito do Trabalho*, 16.ª ed., Almedina, Coimbra, 2012.

Festas, David de Oliveira, «O direito à reserva da intimidade da vida privada do trabalhador no Código do Trabalho», *in Revista da Ordem dos Advogados*, Ano 64, Vol. I/II, Novembro de 2004, disponível em <https://portal.oa.pt/publicacoes/revista-da-ordem-dos-advogados-roa/ano-2004/ano-64-vol-i-ii-nov-2004/artigos-doutrinais/david-de-oliveira-festas-o-direito-a-reserva-da-intimidade-da-vida-privada-do-trabalhador-no-codigo-do-trabalho-star/> (consultado em 24 de Abril de 2022).

Justo, António dos Santos, *Direito Privado Romano — I. Parte Geral (Introdução. Relação Jurídica. Defesa dos Direitos)*, 4.ª ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2008.

Lima, Fernando Andrade Pires de e João de Matos Antunes Varela, *Código Civil Anotado*, Vol. I, 4.ª ed. revista e actualizada (com a colaboração de Manuel Henrique Mesquita), Coimbra Editora, Coimbra, 1987, e Vol. II, 3.ª ed. revista e actualizada, Coimbra Editora, Coimbra, 1986.

Lopes, Sónia Kietzmann, «Direitos fundamentais e direitos de personalidade do trabalhador à luz do Código do Trabalho», *in* João Pena dos Reis (Coord.), *Direitos fundamentais e de personalidade do trabalhador*, 2.ª ed., Colecção Formação Inicial, Centro de Estudos Judiciários, Lisboa, 2014, pp. 17-43, disponível em <https://cej.justica.gov.pt/LinkClick.aspx?fileticket=i55DZjpSGrk%3d&portalid=30> (consultado em 24 de Abril de 2022).

Martinez, Pedro Romano, «A justa causa de despedimento — Contributo para a interpretação do conceito indeterminado de justa causa de despedimento do art. 9.º, n.º 1 LCCT», *in* António Moreira (Coord.), *I Congresso Nacional de Direito do Trabalho — Memórias*, Almedina, Coimbra, 1998, pp. 173-180.

Martins, Costa, «Sobre o poder disciplinar da entidade patronal», *in* António Moreira (Coord.), *I Congresso Nacional de Direito do Trabalho — Memórias*, Almedina, Coimbra, 1998, pp. 225-240.

Pinto, Carlos Alberto da Mota, *Teoria Geral do Direito Civil*, 4.ª ed. (por António Pinto Monteiro e Paulo Mota Pinto), Coimbra Editora, Coimbra, 2005.

Ramalho, Maria do Rosário Palma, *Direito do Trabalho. Parte I — Dogmática Geral*, 2.ª ed., Almedina, Coimbra, 2009.

____, «Sobre os limites do poder disciplinar laboral», *in* António Moreira (Coord.), *I Congresso Nacional de Direito do Trabalho — Memórias*, Almedina, Coimbra, 1998, pp. 183-198.

Saraiva, José Hermano, *O que é o Direito?*, 1.ª ed., Gradiva, Lisboa, 2009.

Serrão, Daniel, «Como evitar a dependência do álcool», disponível em <https://www.medicosdeportugal.pt/info/saude-publica/alcoolismo/como-evitar-a-dependencia-do-alcool/> (consultado em 24 de Abril de 2022).

Varela, João de Matos Antunes, *Das Obrigações em Geral*, Vol. I, 10.ª ed., Almedina, Coimbra, 2000, e Vol. II, 7.ª ed., Almedina, Coimbra, 1997.

OS DIREITOS DE AUDIÊNCIA E DE DEFESA NOS PROCEDIMENTOS ADMINISTRATIVOS SANCIONATÓRIOS — A EFETIVAÇÃO DAS GARANTIAS CONSTITUCIONAIS

Pelo Dr. João Eduardo Ferrão Abrantes([1])

Sumário:

1. Introdução. **2. Capítulo I.** *2.1.* O Direito Administrativo e a Administração Pública. **3. Capítulo II.** *3.1.* O Direito Administrativo Sancionatório. *3.1.1.* A Matriz e Principais Teorias. *3.1.2.* Breve Referência à Influência das Teorias no Direito Português. *3.1.3.* A Destrinça entre Contraordenação e Crime. *3.1.4.* As Contravenções. *3.1.5.* O Regime Geral das Contraordenações e Coimas. **4. Capítulo III.** *4.1.* O Poder Sancionatório da Administração. *4.1.1.* Introdução. *4.1.2.* Modalidades de Atuação. **5. Capítulo IV.** *5.1.* O Ilícito Administrativo Contraordenacional (O Direito de Mera Ordenação Social). **6. Capítulo V.** *6.1.* O Direito de Audiência e de Defesa do Arguido. *6.1.1.* A Tramitação de um Processo de Contraordenação; *6.1.2.* Os Direitos de Audiência e de Defesa. **7. Capítulo VI.** *7.1.* Ordenamentos Jurídicos Estrangeiros. **8. Conclusão.**

Palavras-chave:

Administração Pública, Direito Administrativo Sancionatório, Ilícito Penal, Ilícito de Mera Ordenação Social, Processo Contraordenacional, Direito de Audição e Direito de Defesa.

Audi alteram partem([2])

([1]) Advogado e Mestre em Ciências Jurídico-Forenses pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.

([2]) Também designado por *audiatur et altera pars*, um brocardo latim, que se traduz por ouça-se a outra parte ou deixe-se ouvir a outra parte.

Abreviaturas

AFJ	Acórdão de Fixação de Jurisprudência
AR	Assembleia da República
BFDUC	Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra
CdVM	Código dos Valores Mobiliários
CMVM	Comissão de Mercado de Valores Mobiliários
DR	Diário da República
ETAF	Estatuto dos Tribunais Administrativos e Fiscais
IDPEE	Instituto de Direito Penal Económico e Europeu
LOSJ	Lei da Organização do Sistema Judiciário
MP	Ministério Público
PGR	Procuradoria-Geral da República
RJUE	Regime Jurídico da Urbanização e Edificação
STA	Supremo Tribunal Administrativo
TC	Tribunal Constitucional
TdC	Tribunal de Contas
TRG	Tribunal da Relação de Guimarães

1. Introdução

A escolha do tema deste artigo muito se deve, não apenas à vivência dos novos tempos, onde a cominação de coimas tem surgido como fator de dissuasão perante possíveis comportamentos dos cidadãos neste período pandémico([3]), mas, de igual modo, ao contacto que o autor tem mantido com a Administração. Contacto que, afinal, todos nós, comuns administrados, mantemos durante a nossa vida jurídico-administrativa, em vários contextos: desde a "*indesejada*" contraordenação rodoviária, até às sempre "*dolorosas*" obrigações tributárias, passando por outras mais específicas, que, por esse aspeto, revelam até onde nos levou a *longa manus* da intervenção da Administração. Por isso, o itinerário deste artigo começa pela formação dessa Administração, desde o século V até aos nossos dias, marcados pelo paradigma do Estado Social, resultante das mudanças políticas,

([3]) O Governo criou um quadro sancionatório que se encontra plasmado no Decreto-Lei n.º 28-B/2020, de 26/06, o qual regula o regime contraordenacional, no âmbito da situação de calamidade, contingência e alerta.

económicas e sociais da primeira metade do século XX. É a partir desta nova realidade social, que o papel da Administração se tornará cada vez mais interventivo, quer na resolução não só dos problemas crónicos, mas também dos novos desafios, resultantes de uma sociedade de risco, onde o Estado, e os seus órgãos e agentes, aparecem como os guardiões do interesse público, reguladores da economia e prossecutores do cuidado com a existência dos cidadãos(4).

É pelo almejar deste desígnio, espelhado nas várias atividades (desde logo a economia, passando pelo ambiente ou a saúde), que a Administração tem ao seu dispor um poder sancionatório, equipado com sanções administrativas. É neste contexto que, por influência da Doutrina alemã, o legislador introduz no ordenamento jurídico da, então, República Federal da Alemanha, uma novidade jurídica que irá influenciar outros ordenamentos jurídicos, incluindo o português: a *Ordnungswidrigkeit* ou o Direito Penal de Ordenação, que irá dar azo a inúmeras querelas doutrinais, relativamente à natureza e às delimitações deste novo direito.

No contexto deste poder administrativo sancionatório, assumido numa relação de supremacia/subordinação, os administrados beneficiam de dois direitos, constitucionalmente consagrados e, desde há muito, "pedras basilares" do núcleo dos direitos fundamentais que o administrado usufrui num processo administrativo: o direito de audição e o direito de defesa. Para compreender a importância destes dois direitos fundamentais, cuja origem podemos tentar perscrutar na Magna Carta de 1215 ou nas 5.ª e 14.ª emendas da Constituição dos EUA, é necessário, primeiro, desenvolver as temáticas que aqui lançamos, para depois nos centrarmos no estudo do tema principal.

2. Capítulo I

2.1. O Direito Administrativo e a Administração Pública

No princípio, era a administração

Se adaptarmos a famosa abertura — presente no primeiro capítulo do Evangelho segundo João — ao Direito Administrativo, com vista a compreendermos o que é o Direito Administrativo Sancionatório, rapidamente

(4) A *Daseinsvorsorge*, tal como foi apadrinhada por Forsthoff.

concluiremos que a primeira paragem a efetuar, no percorrer deste caminho, será na génese da Administração Pública.

A Administração Pública constitui o objeto específico do Direito Administrativo, sendo este um ramo do Direito Público, formado por um grupo de normas que regulam toda a atividade da Administração, desde a prossecução do fim público, passando pela sua organização, até ao seu funcionamento e exercício dos poderes públicos de autoridade, nos quais encontraremos o poder sancionatório.

A cronologia da Administração Pública percorre **quatro períodos históricos**(5):

1.º A Época Medieval, situada entre o século V e o século XV, marcada pelo período do feudalismo, com a ausência de uma administração central. Não obstante, encontramos vestígios do que podemos chamar organizações estruturadas, como a organização das cidades, a organização da igreja e a organização militar, consequência da dispersão de poderes locais, encimados pelos senhores feudais, responsáveis por manter a ordem, cobrar impostos e fazer justiça.

2.º A Época Moderna, caraterizada pelos ventos de mudança trazidos pela Reforma Protestante, ou Reforma Luterana, e as oito guerras religiosas, com a consequente centralização de poderes num soberano (Rei ou Imperador), que provocará uma separação entre o poder religioso e o poder político, donde emergirá o Estado Moderno.

3.º O Estado de Polícia (*Polizeistaat*), balizado entre o século XVII e o início do século XIX, imbuído dos ideais do Iluminismo, é caracterizado pelo absolutismo e o despotismo do soberano (*Le Roi et l'Etat c'est moi* — Luis XIV). Num período marcado pelo desenvolvimento das civilizações, o papel da Administração será o de controlar a atuação do indivíduo, sob a égide da proteção de um bem-estar coletivo e da ordem pública, através de uma polícia administrativa(6), assente numa atuação discricionária e na sujeição, em exclusivo, ao monarca e não a um corpo normativo.

---

(5) Fernanda Paula Oliveira e José Eduardo Figueiredo Dias, *Noções Fundamentais de Direito Administrativo*, 4.ª ed., Coimbra, Almedina, 2016, pp. 21-40.

(6) Miguel Prata Roque, "O direito sancionatório público enquanto bissetriz (imperfeita) entre o direito penal e o direito administrativo", *Revista de Concorrência e Regulação*, ano IV, n.º 14/15, pp. 111-112.

4.º O Estado de Direito Liberal e a passagem ao Estado Social, com o desenvolvimento das sociedades e a ascensão de uma nova classe social (a burguesia), a reação contra o absolutismo, através das revoluções liberais (Revolução Francesa de 1789 e a de 1820 em Portugal) e o surgimento de uma nova época marcada pelo princípio da separação de poderes (Montesquieu) e a subordinação da Administração ao primado da lei (*princípio da legalidade*), embrião do Direito Administrativo. A minimização da intervenção do Estado às funções de segurança e finanças e o *laissez faire*, *laissez paisser* da economia desaguaram na Grande Depressão e nas duas Grandes Guerras Mundiais. Da intervenção estatal na sociedade, por via da reconstrução no pós-guerra, emerge uma Administração prestadora de serviços, conformadora, assistencial, que assegura os mais básicos direitos dos cidadãos. Esta Administração encontrará no Direito Administrativo, não só um limitador de atuação, mormente, contra os abusos de autoridade e a proteção dos direitos, liberdades e garantias dos administrados, mas, por outro lado, na definição positiva do papel da Administração.

3. Capítulo II

3.1. O Direito Administrativo Sancionatório

3.1.1. A matriz e principais teorias

Terminada a breve exposição histórico-ideológica da Administração Pública, partiremos rumo a um novo paradigma jurídico, o Direito de Mera Ordenação Social, mas, não sem antes, fazermos uma súmula histórica do Direito Administrativo Sancionatório, sendo do mais importante, e profícuo, destacar **três teorias fundamentais**(7):

1.ª A Teoria do Direito Penal de Polícia (*FEUERBACH*), que surge num quadro histórico do advento do Estado Absoluto, com o con-

(7) Costa Andrade, "Contributo para o conceito de contra-ordenação", *Revista de Direito e Economia*, anos 6-7, 1980-81, pp. 81-121; Faria Costa, "A importância da recorrência no pensamento jurídico. Um exemplo: a distinção entre o ilícito penal e o ilícito de mera ordenação social", *Revista de Direito e Economia*, ano IX, 1983, p. 3, ss.

trato social, enquanto fundamento, fim e limite para o poder punitivo do Estado. Neste contexto, o criticismo de Kant irá influenciar a conceção de *FEUERBACH*, mais tarde plasmada no Código Penal da Baviera, que procurará traçar uma distinção qualitativa entre o ilícito criminal e o policial, com base numa construção racional do Direito e do Estado, na qual este último teria por obrigação a defesa da liberdade e não a promoção da cultura ou moralidade. Seria função do Direito Penal de Polícia sancionar ações proibidas, derivado ao perigo para a segurança dos cidadãos.

2.ª A Teoria do Direito Penal Administrativo (Goldschmidt e Wolf) tem a sua génese na obra de James Goldschimdt (*Verwaltungsstrafrecht*). O mais relevante, para este Autor, é a separação entre o palco de atuação do Direito Penal e do Direito Penal Administrativo, consubstanciado na atividade da Administração, cuja missão seria o almejar permanente do bem-estar público sobre o indivíduo, enquanto membro inserido numa sociedade, o que acabará por conduzir ao surgimento de um novo sistema repressivo. Por seu lado, Wolf, através do seu estudo, intitulado *"O lugar do delito administrativo no sistema jurídico-penal"*, chega a fazer uma destrinça entre aquele que pratica um crime, considerado um ser perigoso, associal, e, aquele que pratica um ilícito administrativo, considerado, pelo Autor, apenas alguém com falta de zelo social, que age contra o aclamado bem-estar social.

3.ª A Teoria das Contraordenações (Eberhard Schmidt) desponta numa conjuntura histórica marcada pelas duas Guerras Mundiais e a reconstrução/reforma das sociedades. É neste âmbito de necessidade de um intervencionismo estatal, nomeadamente, na regulação da ordenação da economia, cujos valores serão elevados à categoria de bens jurídicos, a que acresce a definição do quadro de atuação da Administração, e a mudança do paradigma ideológico, que assistiremos ao surgimento, na República Federal da Alemanha([8]), de uma nova figura jurídica: a *Ordnungswidrigkeit ou direito penal de ordenação*([9]). Para Schmidt, a diferença

([8]) Com a promulgação, primeiro, em 1949, da *Wirtschaftsstraffgesetze*, e, subsequentemente, em 1952, da primeira lei-quadro das contraordenações, a *Gsetz über Ordnungswidrigkeiten*.

([9]) Figueiredo Dias, "O movimento de descriminalização e o ilícito de mera ordenação social", *in Direito Penal Económico e Europeu: Textos Doutrinários*, IDPEE, Vol. I, Coimbra, Coimbra Edi-

reside, essencialmente, no conteúdo da culpa e no sentido das sanções, porquanto, a sanção da contraordenação não passa de uma medida de coerção administrativa-disciplinar, à qual lhe falta a ideia de expiação, típica da sanção penal([10]).

3.1.2. Breve referência à influência das teorias no Direito Português([11])

As sementes deixadas no Direito português, por cada uma das teorias supramencionadas, frutificaram, cronologicamente, com a influência dos ensinamentos de Beccaria, professado por Mello Freire na sua obra *"Instituições de Direito Criminal Português"*, na qual os delitos políticos (de polícia) são definidos como sendo os que, não ofendendo, diretamente, a sociedade, atacam a ordem pública e a economia interna da nação. No século XIX encontramos nos escritos de Mouzinho da Silveira, a influência do Direito francês, nomeadamente, na codificação Napoleónica, com a divisão tripartida, inserida no Código Penal francês de 1810, em crimes, delitos e contravenções, que, no entanto, não foi retratada no nosso Código Penal de 1852, assente numa bipartição entre crimes e contravenções. Esta bipartição não era defendida por Ferri, que consagrava a inexistência de diferenças entre crimes e contravenções. Não obstante, não influenciou Henriques da Silva, que advogava como hipótese um critério material distintivo, em parte influenciado pelos ideais de Tarde, associando a contravenção à infração de uma norma de natureza preventiva.

É no dealbar do século XX e, principalmente, no pós-guerra, com todas as suas consequências políticas, sociais e económicas, que Beleza dos Santos se deixará influenciar pela Doutrina germânica das contraordenações, mais tarde, legislativamente consagrada por Eduardo Correia, enquanto Ministro da Justiça, com a primeira lei-quadro do direito de mera ordenação social: o D.L. n.º 232/79, de 24/07.

---

tora, 1998, p. 20, ss.; Costa Andrade, *ob. cit.*, pp. 101-103; Alexandra Vilela, *O Direito Penal de mera ordenação social: entre a ideia de «recorrência» e de «erosão» do Direito Penal Clássico*, Coimbra, Coimbra Editora, 2013, pp. 77-85.

([10]) Costa Andrade, *ob. cit.*, p. 105.

([11]) Com mais desenvolvimento, *vide* Faria Costa, *ob. cit.*, p. 3, ss.

3.1.3. A destrinça entre Contraordenação e Crime

Conhecidas as diferenças doutrinais, é necessário, desde já, separar as águas, já de si turvas, e encontrar um trilho seguro que nos indique a diferença entre contraordenações e crime, e que passará, necessariamente, por encontrar um critério de diferenciação([12]).

Na Alemanha, pátria-mãe das contraordenações, tem-se entendido que a delimitação material entre os dois ilícitos só será possível, mediante um critério quantitativo, atribuindo às contraordenações o campo das "bagatelas penais". No entanto, Figueiredo Dias defende um outro critério delimitador, assente nas condutas axiologicamente neutrais, não ofensivas de bens jurídicos dotados de dignidade e tutela penal, presentes nas contraordenações, ou seja, o sinal distintivo entre contraordenações e crimes passaria por um critério qualitativo das condutas.

Será esta última tese, apoiada pela maioria da Doutrina, que indicará o correto caminho para uma destrinça entre contraordenações e crimes, entre ilícitos de mera ordenação social e ilícitos penais: um critério qualitativo, com base na relevância axiológica das condutas.

3.1.4. As Contravenções

É no nosso Direito de Mera Ordenação Social que encontramos a antecâmara das contraordenações, mais especificamente, nas contravenções, precedentes das atuais sanções administrativas, qualificadas como ilícitos penais administrativos, por violação de normas administrativas, em contraposição aos designados ilícitos ou delitos penais.

A biografia jurídica das contravenções, no ordenamento jurídico português, tem o seu início com a bipartição presente no Código Penal de 1852([13]) e termina em 2006, quando o legislador, através de uma trindade

---

([12]) *Ibidem*, pp. 26-33.

([13]) Para Alexandra Vilela, este Código *"indiciava uma distinta natureza das contravenções, face aos crimes (...) somos ainda conduzidos a pensar que o legislador, quando criou a categoria da contravenção, estava bem ciente de quais os comportamentos ilícitos que aí pretendia incluir — todos os que, embora não violassem o mínimo ético, ainda assim, devessem ser sancionados pelo facto de a sua prática colocar em causa a ordenação e a promoção do viver comunitário e os que violassem normas portadoras de deveres administrativos"*, *ob. cit.*, p. 101; Eduardo Correia advogaria, no projeto de revisão da Parte Geral do Código Penal de 1852, a revogação das normas das contravenções e a criação de um corpo normativo específico (*vide* Miguel Prata Roque, *ob. cit.*, p. 123, nota de rodapé 76).

legislativa([14]), cessa a vigência legal de todas as contravenções, reconduzindo-as à categoria de contraordenações. Pelo meio deste hiato temporal, há a registar o D.L. n.º 232/79, de 24/07([15]), que consagrou a primeira lei-quadro das contraordenações em Portugal, e que tinha como uma das pretensões, revogar a panóplia existente de legislação avulsa em matéria de contravenções, algo que só foi conseguido volvidos 27 anos…

3.1.5. O Regime Geral das Contraordenações e Coimas

Com a publicação, em 1982, do Regime Geral das Contraordenações e Coimas([16]), o legislador consagrou, na lei, um critério puramente formal([17]) para estatuir o que se considerou ser um ilícito contraordenacional. O art. 1.º, do D.L. em causa, prescreve: "*Constitui contra-ordenação todo o facto* ***ilícito*** *e* ***censurável*** *que* ***preencha um tipo legal*** *no qual se* ***comine uma coima***". (sublinhado nosso).

Da análise a esta definição legal, podemos extrair as seguintes conclusões:

i. Constitui uma contraordenação, todo o facto que preencha os requisitos da tipicidade, culpabilidade e punibilidade, para o qual a lei preveja a aplicação de uma sanção pecuniária: a **coima.**

ii. A **coima** é a sanção principal, de natureza administrativa, aplicada como mera admonição([18]) — não obstante a aplicação de sanções acessórias, como veremos mais à frente — cujos montantes mínimo e máximo estão previstos no art. 17.º do D.L. n.º 433/82, de 27/10.

Para uma melhor compreensão e aplicação do RGCO, teremos que observar os princípios fundamentais do Direito Penal e do Direito Administrativo, enquanto princípios conformadores do Direito Contraordenacional([19]) (arts. 1.º e 2.º do RGCO):

([14]) Leis n.º 25/2006, 28/2006 e 30/2006.

([15]) Com as alterações do D.L. n.º 411-A/79, de 01/10.

([16]) Decreto-Lei n.º 433/82, de 27/10, também designado por RGCO.

([17]) Para Figueiredo Dias, *ob. cit.*, p. 26, esta era a única solução exequível.

([18]) *Ibidem*, p. 30.

([19]) Freitas do Amaral, "O Poder Sancionatório da Administração Pública", *in* Freitas do Amaral, Ferreira de Almeida e Tavares de Almeida, *Estudos Comemorativos dos 10 anos da Faculdade de*

I. **Princípio da Legalidade** (*nullum crimen sine lege*), consagrado no art. 29.º da Constituição da República Portuguesa (doravante CRP);

II. **Princípio da tipicidade e da proibição da retroatividade**: o facto tem que preencher um tipo legal de contraordenação prevista, anteriormente, ao momento da sua prática;

III. **Princípio da culpa**: o facto tem que ser censurável, seja a título de dolo ou por negligência;

IV. **Princípio da proibição** de sanções que impliquem a prisão do arguido([20]), em caso de não cumprimento da sanção principal;

V. **Princípio *ne bis in idem*** (consagrado no n.º 5 do art. 29.º da CRP). Se há a previsão de uma pena criminal, não pode, pelo mesmo facto, estar consagrada uma sanção administrativa, contudo, o art. 20.º do RGCO estabelece a regra da preferência da jurisdição penal.

VI. **Princípio da audiência prévia** do arguido ou o direito à audiência e defesa do arguido.

4. Capítulo III

4.1. O poder sancionatório da Administração

4.1.1. Introdução

O poder sancionatório da Administração tem suscitado, noutros países, dúvidas quanto à sua legitimidade constitucional([21]). No nosso sistema jurídico-constitucional e modelo de administração, baseado no paradigma francês, não se levantam incertezas sobre a capacidade da Administração para a aplicação de sanções administrativas([22]). Nas pala-

---

Direito da Universidade Nova de Lisboa, vol. I, Coimbra, Almedina, 2008, pp. 230-233; Licínio Lopes Martins, *"Sanções Administrativas: enquadramento geral e categorias — Sumários de apoio"*.

([20]) A Lei Orgânica n.º 2/2009, de 22/07 (Regulamento de Disciplina Militar) prevê no art. 35.º, enquanto sanção disciplinar, a prisão disciplinar.

([21]) Para uma melhor compreensão da questão da legitimidade constitucional noutros ordenamentos jurídicos estrangeiros, *vide* Freitas do Amaral, *ob. cit.,* p. 227, ss.

([22]) Acórdãos do TC n.º 278/2011 (Ana Guerra Martins) e 161/90 (Monteiro Diniz).

vras de Diogo Freitas do Amaral([23]), o poder sancionatório é *"(...) o poder público de autoridade, conferido por lei a uma pessoa coletiva pública, com vista à aplicação de sanções não penais a outros sujeitos de direito, públicos ou privados, através da prática de um ato administrativo"*. Se dissecarmos a definição dada, veremos que, o poder sancionatório se enquadra numa relação de **supremacia/subordinação**, com base num **princípio de reserva de lei**, que permite a aplicação, pela Administração, de **sanções não penais** a particulares, o que não significa que não haja aplicação a pessoas coletivas. Em regra, a aplicação destas sanções é imposta através de um ato administrativo sancionatório, precedido de um procedimento administrativo, onde o arguido terá o direito a ser ouvido e a defender-se (**Direito à audiência e defesa do arguido**).

4.1.2. Modalidades de atuação

A Administração, no uso do seu poder sancionatório, tem as seguintes áreas de intervenção([24]):

a) **Função policial e de ordenação social**: proteção de bens jurídicos e interesses gerais da comunidade, através de medidas preventivas ou medidas de polícia([25]), face a uma situação factual ou um comportamento, que constitui por si, ou pode vir a constituir, um perigo, e, em consequência, provocar danos.

b) **Exercício do poder disciplinar** no âmbito de relações especiais de direito administrativo, as quais, em regra, estão dependentes de um ato bilateral específico de constituição([26]), *v.g.* por via da instauração de um processo disciplinar, o arguido exerce o seu direito de audição e defesa e a Administração poderá aplicar uma sanção disciplinar, que pode ir da mera repreensão escrita, até ao despedimento ou demissão, cf. o disposto nos arts. 176.º, 180.º e 183.º da Lei Geral do Trabalho em Funções Públicas (doravante

---

([23]) Freitas do Amaral, *ob. cit.*, p. 216.

([24]) Marcelo Madureira Prates, *Sanção Administrativa Geral: Anatomia e Autonomia,* pp. 167-208, onde o Autor distingue e exemplifica as várias medidas da Administração.

([25]) Como exemplos, destacamos as medidas de interdição de acesso ou a evacuação de um local, as ações de fiscalização, os planos de emergência previstos pela Proteção Civil, a cassação da licença do uso e porte de arma.

([26]) Marcelo Madureira Prates, *ob. cit.*, p. 213.

LGTFP). O destinatário, não se conformando com a decisão, pode, em tempo, impugná-la nos tribunais administrativos([27]).

c) **Punição das contraordenações:** se no item anterior falávamos de relações especiais de poder, neste ponto, a Administração, e os particulares, aparecem numa relação geral de poder, onde é missão da Administração punir, através de sanções, as violações das normas administrativas (p. ex. as normais estradais e as obrigações tributárias).

d) **Controlo administrativo da licitude das atividades — ilícitos administrativos em sentido estrito**: além dos dois últimos itens que vimos e que estão consagrados na alínea *d*) do n.º 1 do art. 165.º da CRP, existem outras condutas em que a Administração exerce o seu poder sancionatório([28]). Esse poder pode ser exercido com recurso a vários meios. Entre eles, encontramos a **resolução sancionatória**, com especial ênfase pela sua aplicação aos contratos administrativos, nos termos do art. 333.º do Código dos Contratos Públicos (doravante CCP); a **revogação sancionatória**, aplicada pela Administração, nos termos do art. 149.º do Código do Procedimento Administrativo (doravante CPA), no âmbito de uma relação jurídico-administrativa, como contrapartida pelo não cumprimento, pelo particular, de determinadas condições ou encargos (as *cláusulas modais* previstas na alínea *d*) do n.º 2 do art. 167.º do CPA ou no n.º 5 do art. 22.º da LGTFP) ou a **caducidade-sanção**([29]) (p. ex. o disposto no n.º 1 do art. 86.º, no art. 87.º e no n.º 1 do art. 91.º, todos do CCP).

([27]) Freitas do Amaral, *ob. cit.*, p. 219, ss., elenca outras situações, entre elas, as ordens profissionais (p. ex. a Ordem dos Advogados).

([28]) Freitas do Amaral, *ob. cit.*, p. 224, onde se listam as principais modalidades.

([29]) A declaração de caducidade, enquanto decisão final de um processo, implica que seja exercido o direito de audição do interessado (p. ex. o Acórdão do STA de 23-04-1997, relativo a um caso de caducidade de uma licença de utilidade turística, que não foi precedida do direito de audição da entidade).

5. Capítulo IV

5.1. O Ilícito Administrativo Contraordenacional (o Direito de mera Ordenação Social([30])

Com o fim do *laissez faire* e o surgimento do *welfare state*, além dos efeitos provocados pelos ventos de mudança trazidos por um Estado Social([31]) multifuncional e mais interventivo na sociedade([32]) e na esfera privada, designadamente, em setores como a regulação da economia, a educação, a saúde ou as questões ambientais([33]), a Administração passa a dispor de um *ius puniendi.*

A Administração, através dos seus órgãos e agentes, vê-se confrontada, além da ordenação da vida em sociedade, com novas funções, entre elas, a *"implementação coerciva da normatividade democrática"*([34]), através da punição de comportamentos que configuram ilícitos administrativos. Se conjugarmos esta atribuição funcional à Administração, com o princípio da separação de poderes *stricto sensu* — aos Tribunais a função judicial e à Administração a função executiva — constatamos que os Tribunais ver-se-ão confrontados com novos litígios para dirimir, resultantes da violação de normas jurídico-administrativas, e para os quais são chamados a exercer o poder punitivo.

Como consequência do esgotamento dos Tribunais, sobrecarregados com a resposta a estes ilícitos, o Estado irá, por um lado, no cumprimento de uma política criminal, iniciar um processo de *descriminalização*([35]) de

---

([30]) Faria Costa, *ob. cit.*, p. 143, considera-o "*(...) uma especial forma de captar uma circunscrita zona do fenómeno criminal*". Para Figueiredo Dias, não se trata de *"(...) filho ou herdeiro de um direito penal administrativo já falecido, não é sua máscara presente, mas sim limite negativo de um direito penal administrativo que evoluiu e surge hoje renovado sob a face do direito penal secundário"* (*in* Marcelo Madureira Prates, *ob. cit.*, p. 30, nota de rodapé 20).

([31]) Marcelo Madureira Prates, *ob. cit.,* pp. 30-35 e 145-148.

([32]) Lembrar aqui as palavras de Ulrich Beck, ao defender, no atual contexto histórico, o papel central do Estado, como o garante final do valor dos bens e das vidas das pessoas, *in World at Risk*, 2009, p. 137.

([33]) Alínea *g*) do art. 199.º da CRP.

([34]) Miguel Prata Roque, *ob. cit.*, p. 122, nota de rodapé 71, com a posição de Goldschmidt, na qual este Autor entende estarmos perante uma ofensa à própria ordem jurídico-administrativa.

([35]) Como se pode ler no ponto 2 do Preâmbulo do D.L. n.º 433/82 de 27/10: *"(...) o direito criminal deve apenas ser utilizado como a ultima ratio da política criminal, destinado a punir as ofensas intoleráveis aos valores ou interesses fundamentais à convivência humana, não sendo lícito recorrer a ele para sancionar infracções de não comprovada dignidade penal"*. Eduardo Correia defendeu como um dos objetivos do Direito de Mera Ordenação Social, o evitar da "*hipertrofia do Direito Criminal, o desrespeito das garantias processuais e o aumento maciço das decisões dos tribunais*", *in* "*Direito Penal e Direito de Mera Ordenação Social*", BFDUC, p. 257.

ilícitos e de *desjudicialização* de processos sancionatórios, retirando do direito penal os ilícitos que têm uma intensidade residual de desvalor jurídico e que não possuem a dignidade penal suficiente para ter uma tutela jurídico-penal, nomeadamente, por via da aplicação de sanções privativas de liberdade(36), ou, nas palavras de Miguel Prata Roque: *"a reserva da intervenção penal para situações reveladoras de uma maior intensidade da ilicitude intrínseca ao ato"*(37). Por outro lado, o Estado irá, de igual modo, apetrechar a Administração de poderes de tutela, de supervisão e sancionatórios, com a aplicação de sanções administrativas, *maxime*, a coima.

Cotejando o que está vertido no normativo constitucional de atribuição da reserva relativa de competência legislativa da AR (cf. o disposto na alínea *d*) do n.º 1 do art. 165.º da CRP), retirar-se-ão duas conclusões, concernentes aos ilícitos contraordenacionais:

1.ª A exclusiva competência da AR para estabelecer o regime legal da punição e do respetivo processo;

Não obstante, resulta *a contrario*

2.ª A atribuição de competência legislativa ao Governo e às Regiões Autónomas da Madeira e dos Açores, concorrente à AR, para legislar sobre a tipificação legal das contraordenações (cf. o disposto na alínea *a*) do art. 227.º da CRP)(38/39).

I — Sanções Administrativas(40)

A palavra sanção, proveniente do latim *sanctio*(41), é uma imposição da Administração, no uso de uma prerrogativa, aplicada ao agente que

---

(36) O carácter não privativo da liberdade das sanções contraordenacionais só foi consolidado em 1995 com a publicação do D.L. n.º 244/95, de 14/09.

(37) Miguel Prata Roque, *ob. cit.*, p. 110.

(38) Sobre o princípio da tipicidade na definição dos ilícitos de mera ordenação social, tenha-se em conta o Acórdão do TC n.º 397/2012, que se pronunciou sobre os artigos do Decreto da Assembleia Legislativa Regional da Madeira, o qual legislava sobre a proibição (e respetivas sanções) da venda de determinadas substâncias. Na sua declaração de voto de vencida, Maria João Antunes questiona a competência, ou falta dela, das Assembleias Legislativas para aferir se um determinado comportamento pode ser punido a título de crime ou de contraordenação, quando esteja em causa a tutela de um bem jurídico-penal. Este tema remete-nos para uma outra distinção entre as chamadas contraordenações *supervenientes*, resultantes de uma política de descriminalização, e as *contraordenações originárias* (Miguel Prata Roque, *ob. cit.*, pp. 120-121).

(39) Marcelo Madureira Prates, *ob. cit.*, pp. 155-165, com referência a Acórdãos do TC.

(40) *Ibidem*, pp. 51-55, com destaque para os vários conceitos doutrinais de sanções administrativas; p. 131, ss.

(41) Miguel Prata Roque, *ob. cit.*, pp. 107-108.

viola uma norma ou um determinado comando normativo administrativo, com o objetivo de reestabelecer a ordem pública.

II — Tipologia(42)

Se considerarmos as sanções administrativas(43) como o tronco comum, então, encontraremos as seguintes ramificações:

a) **Sanções Contraordenacionais**, presentes nos ilícitos administrativos contraordenacionais, que se subdividem em coimas e sanções acessórias, estas últimas com uma função preventiva adjuvante da pena principal(44).

b) **Sanções Contratuais**, existentes nas relações jurídicas resultantes de contratos administrativos.

c) **Sanções Disciplinares**, aplicáveis nas relações laborais de direito público e no funcionamento interno dos vários serviços públicos(45).

d) **Sanções Financeiras**(46), são a contrapartida pela responsabilização dos gestores públicos. Neste caso, temos uma particularidade no procedimento administrativo, porquanto, a competência para fiscalizar e aferir de uma eventual responsabilidade é atribuída a entidades administrativas, mas, no que toca à decisão final, esta é da competência de órgãos jurisdicionais (TdC e o TC).

e) **Sanções Administrativas *stricto sensu***, como sejam a resolução sancionatória, a revogação sancionatória, a caducidade-sanção e a sanção pecuniária compulsória(47).

---

(42) *Ibidem*, pp. 113 e ss; Marcelo Madureira Prates, *ob. cit.*, pp. 212-227.

(43) O legislador tem vindo, nos últimos tempos, a criar no ordenamento jurídico as chamadas *"normas administrativas em branco"*, que resultam de uma operação legislativa de remissão de parte do conteúdo da norma principal (remissiva) para uma outra norma (complementar), na qual se fixam os critérios técnicos para aplicação de uma sanção. Esta opção tem suscitado dúvidas, primariamente, com respeito ao princípio da segurança jurídica e da determinabilidade das normas. O TC, no Acórdão n.º 635/2011 (Ana Guerra Martins), pronunciou-se pela não inconstitucionalidade de uma norma complementar que efetivava a responsabilização dos titulares de cargos políticos. Miguel Prata Roque, *ob. cit.*, pp. 144-149.

(44) Marcelo Madureira Prates, *ob. cit.*, p. 152. Estão previstas, p. ex., no art. 21.º do RGCO e no art. 99.º do RJUE.

(45) Aqui encontramos os regulamentos internos de condutas, a adotar pelos utentes, consagradas na CRP, nos arts. 269.º, n.º 3; 271.º, n.º 1 e 282.º, n.º 3.

(46) Art. 214.º, n.º 1 al. *c*), da CRP.

(47) A sanção pecuniária compulsória, qual *Janus* das sanções administrativas, tem duas faces:

6. Capítulo V

6.1. O Direito de Audiência e de Defesa do Arguido([48])

Após a exposição e consequente enquadramento do direito contraordenacional, centremo-nos na temática deste artigo, encetando a análise pela tramitação do processo, a origem desta *quaestio iuris.*

6.1.1. A tramitação([49]) de um processo de contraordenação

Um processo de contraordenação([50]) tem, na sua tramitação legal, uma fase obrigatória (fase organicamente administrativa) e uma fase facultativa (a fase judicial)([51]).

A fase organicamente administrativa está consagrada nos primeiros três capítulos da parte II do D.L. n.º 433/82, de 27/10([52]) e é, regra geral, da competência (titularidade/*dominus*) de uma autoridade administrativa (cf. os arts. 33.º e 34.º)([53]). O processo de contraordenação tem, estruturalmente, até por obediência ao princípio da legalidade processual a que está adstrito (cf. o art. 43.º), início com uma imputação indiciária ao arguido,

---

uma configura a sanção pela prática de um ilícito administrativo, a outra adiciona-lhe um efeito persuasivo ao cumprimento, ou falta dele, porquanto, prevê o pagamento de uma quantia monetária por cada dia de atraso nesse cumprimento, p. ex. o art. 72.º da Lei n.º 19/2012, de 8/05 ou o art. 116.º da Lei n.º 5/2004, de 10/02. Marcelo Madureira Prates fala em natureza dúplice, embora se refira apenas quando a Administração surge na posição de parte punível, *vide ob. cit.*, pp. 160-161.

([48]) Com particular relevo, nesta matéria, o estudo de Frederico de Lacerda da Costa Pinto, *in* "*Direito de audição e direito de defesa em processo de contraordenação: conteúdo, alcance e conformidade constitucional*", na sequência de um parecer solicitado pela CMVM, no âmbito de um processo de contraordenação.

([49]) Paulo Pinto de Albuquerque, *"Comentário do Regime Geral das Contraordenações".*

([50]) Uma modalidade autónoma de procedimento de direito público sancionatório, *in* Frederico de Lacerda da Costa Pinto, *ob. cit.*, p. 91.

([51]) Ac. do TC n.º 278/2011, de 07/06/2011 (Ana Guerra Martins).

([52]) Diploma a que pertencem todas as disposições legais adiante indicadas, sem outra referência.

([53]) O art. 37.º elenca, por ordem de prioridades, os critérios a adotar em casos de conflito positivo de competência das autoridades. Há, no entanto, exceções a esta regra de conflitos:

— No caso de se considerar que, pelo mesmo facto, há um concurso de crime e contraordenação, a competência do processo de contraordenação caberá à autoridade policial competente para investigar o crime (art. 38.º);

— Os processos de contraordenações, no âmbito do mercado de valores mobiliários, são da exclusiva competência da CMVM [arts. 360.º, n.º 1, al. *e*), 408.º e 420.º, todos do CdVM].

resultante de uma denúncia ou um auto de notícia (cf. o art. 54.º), posteriormente, é dada, ao arguido, a possibilidade de se pronunciar e de apresentar a sua defesa, na qual poderá elencar as suas testemunhas ou juntar documentos probatórios (cf. os arts. 50.º e 52.º), após o que, existirá a instrução do processo e, finalmente, uma decisão(54), que poderá ser ou uma condenação (aplicação de uma coima ou de uma sanção acessória, cf. o art. 58.º) ou o arquivamento do processo.

A fase judicial, consagrada nos capítulos IV a VI, é facultativa, porquanto, só se o arguido não se conformar, e exercer, tempestivamente, o seu direito ao recurso(55), impugnando a decisão condenatória, esta será apreciada nos tribunais competentes(56) (cf. art. 59.º). O tribunal pode, desde logo, decidir por simples despacho, nos casos previstos no art. 64.º. Da decisão judicial, que recaía sobre o recurso impugnatório interposto pelo arguido, cabe, nas situações previstas no art. 73.º, recurso para uma instância superior, cujo regime se encontra regulado nos arts. 74.º e 75.º(57).

O processo de contraordenação, sendo um processo autónomo e, como tal, com intervenientes e tramitação específica, tem requisitos próprios para os casos, em que, confrontado com uma lacuna jurídica na resolução de uma determinada questão, recorre ao direito subsidiário. Não obstante o n.º 1 do art. 41.º, sob a epígrafe Direito Subsidiário, remeter para as normas reguladoras do procedimento criminal, a verdade é que, o n.º 2 do mesmo preceito tem subjacente uma remissão para o procedimento administrativo, bastando, p. ex., atentar no disposto nos arts. 50.º, 55.º, 56.º, 59.º e 60.º. Com efeito, da análise conjugada de tais normas conclui-se, primeiramente, que compete às autoridades administrativas o prosseguimento do processo de contraordenação, só assim não sendo, quando o pro-

---

(54) O arguido poderá, sempre antes da decisão, proceder ao pagamento do valor mínimo da coima (art. 50.º-A). Este regime não se aplica no sistema financeiro, Frederico de Lacerda da Costa Pinto, *ob. cit.*, pp. 74-75.

(55) A autoridade administrativa tem o poder de, após receber o recurso, revogar a decisão condenatória, antes de enviar os autos ao MP (art. 62.º), Alexandra Vilela, *ob. cit.*, p. 458.

(56) Conforme os critérios de atribuição de competência da LOSJ. Miguel Prata Roque, *ob. cit.*, p. 137, refere três razões para a distribuição de jurisdição. Posição contrária à competência dos Tribunais Judiciais tinha Eduardo Correia, ao considerar que atribuir aos tribunais comuns *"seria, afinal, criminalizar decisões que, justamente, se quer que não tenham o sentido das sentenças que aplicam penas criminais."*, *ob. cit.*, p. 277. Relativamente à competência dos Tribunais Administrativos e Fiscais, veja-se Licínio Lopes Martins, *Âmbito da jurisdição administrativa no Estatuto dos Tribunais Administrativos e Fiscais revisto*, pp. 20-25. Atente-se, neste ponto às mais recentes alterações feitas ao art. 4.º, n.º 1, do ETAF, com incidência nas alíneas *n*) e *l*), pelo D.L. n.º 214-G/2015, de 02/10 e pela Lei n.º 114/2019, de 12/09.

(57) O AFJ do STJ n.º 1/2009 (DR, I Série, de 16-01-2009) fixou em 10 dias o prazo para a interposição de recurso.

cesso é instruído pelas autoridades competentes para o processo criminal, caso em que as primeiras estão legalmente obrigadas a prestar-lhes toda a colaboração (cf. art. 56.º, n.º 1). Ademais, é a autoridade administrativa quem tem competência para decidir da aplicação, ou não, ao arguido, de uma coima; sendo que, de tal decisão, cabe recurso de impugnação, pelo arguido, no prazo de 20 dias úteis, contados após o conhecimento da decisão, o qual é feito por escrito, contendo alegações e conclusões e sendo apresentado à autoridade administrativa que a aplicou. Ora, tais especificidades procedimentais do regime geral sancionatório contemplam, em si, regras que são próprias do procedimento administrativo, desde logo, no que concerne à contagem do prazo em dias úteis, interposição do recurso de impugnação à autoridade que proferiu a decisão, bem como, a referência a *recurso de impugnação*. Este ponto faz-nos transportar ao anterior *recurso contencioso de anulação*, pelo que, a despeito da referência expressa na norma de remissão para o procedimento criminal, certo é que, a tramitação processual preconizada pelo legislador remete-nos, não raras vezes, para as regras do procedimento administrativo([58]).

Antes de concluirmos esta secção, impõe-se uma referência ao papel do MP no processo de contraordenação. A intervenção do MP, após impugnação da decisão e consequente envio dos autos a este órgão, não se circunscreve, na nossa opinião, à mera formalidade da apresentação dos autos ao tribunal judicial competente, transmutando-se aqueles numa decisão-acusação (cf. o n.º 1 do art. 62.º). São várias as divergências doutrinais([59]) sobre os poderes do MP nos autos. Atendendo ao seu papel estatutário de exercício da ação penal, a intervenção do MP, no processo contraordenacional, não pode ser apenas a de um intermediário ou mensageiro da causa, mas terá poderes para analisar o conteúdo da acusação, mandar arquivar essa acusação([60]), quando assim o entenda (p. ex. prescrição, amnistia) ou remetê-la ao tribunal, onde deverá estar presente (cf. arts. 65.º-A e 69.º). Aliás, seria caricato e, quanto muito, desprestigiante para um qualquer magistrado do MP alegar, numa audiência de julgamento, que apenas serviu de intermediário ou ponto de passagem à acusação em causa, lavando, qual Pilatos, as suas mãos de qualquer erro material ou formal…

([58]) Um caso no qual não é necessário recorrer à aplicação de direito subsidiário é na não contemplação da figura do assistente nos processos de contraordenação, neste sentido, *vide* o Ac. do TC n.º 344/93 de 12/05 (Monteiro Diniz) e o Acórdão do TRG, de 03-05-2011 (Paulo Fernandes da Silva).

([59]) Alexandra Vilela, *ob. cit.*, pp. 459-462.

([60]) Paulo Pinto de Albuquerque, *ob. cit.*, p. 257, ss., considera que o MP não tem poderes para arquivar, apenas para retirar a acusação.

6.1.2. Os Direitos de Audiência e de Defesa

A aplicação de uma coima, ou de uma sanção acessória, implica sempre uma restrição de um direito fundamental, de modo mais ou menos intenso([61]). Esta restrição, consequência de uma condenação, pressupõe que em toda a fase organicamente administrativa do processo contraordenacional, o arguido tenha acesso às garantias constitucionais([62]) de defesa previstas para um direito sancionatório, num exercício de equilíbrio sistemático externo, não se promovendo uma importação em larga escala e uma inserção desmedida das garantias de defesa do arguido, previstas no processo criminal, no círculo específico de garantias previstas na CRP para os processos contraordenacionais([63]).

E quais são estas garantias?

O n.º 10 do art. 32.º e o n.º 5 do art. 267.º([64]), ambos da CRP([65]), a que aliamos o art. 50.º([66]), dão-nos a resposta, ao consagrarem os direitos de audiência e de defesa num processo de contraordenação([67]) e demais processos administrativo-sancionatórios([68]), considerados direitos intrínsecos de um Estado de Direito.

O direito de audiência([69]) é, nas palavras de Faria Costa([70]), uma manifestação primária do direito de defesa, caracterizando-se por conce-

---

([61]) Seja, *prima facie*, o direito de propriedade com a aplicação de uma coima, sejam outras restrições que advêm da aplicação de sanções acessórias, Miguel Prata Roque, *ob. cit.*, p. 124.

([62]) Com referência a vários Acórdãos do TC, Frederico de Lacerda da Costa Pinto, *ob. cit.*, p. 87, nota de rodapé 31.

([63]) Ac. do TC n.º 659/2006 (Mário Torres).

([64]) Na segunda parte do n.º 5 do art. 267.º está consagrado o direito fundamental da participação dos interessados na formação das decisões ou deliberações administrativas, implicando uma obrigatória intervenção dos administrados no processo de formação das decisões, sem o qual, a cominação será a invalidade das mesmas, sendo que, no exercício do poder disciplinar, esta intervenção assume uma tutela constitucional de garantia de defesa.

([65]) Veja-se o comentário dos artigos, *in* Gomes Canotilho e Vital Moreira, *Constituição da República Portuguesa Anotada.*

([66]) Inspirado no conteúdo do §55 da lei alemã das contraordenações. Para uma visão histórico-legislativa, veja-se Frederico de Lacerda da Costa Pinto, *ob. cit.*, p. 100, ss.

([67]) V.g. o art. 58.º do regime jurídico das contraordenações económicas, aprovado em anexo ao D.L. n.º 9/2021, de 29 de janeiro.

([68]) O TC pronunciou-se pela inconstitucionalidade da norma que estabelece a possibilidade de se aplicar uma sanção disciplinar, no âmbito de um processo sumário, sem que esta seja precedida da faculdade de exercício do direito de audiência pelo arguido, extraível do art. 214.º do Regulamento Disciplinar das Competições Organizadas pela Liga Portuguesa de Futebol Profissional, cf. Ac. do TC n.º 594/2020.

([69]) Igualmente previsto nos arts. 121.º e 122.º do CPA. A aplicação destes preceitos nesta fase do processo, numa interpretação normativo-processual da aplicação do CPA, enquanto direito subsidiário, tem sido defendido pelo STJ, no AFJ n. º1/2003 (Recurso n.º 467/2002) e pelo TC (Ac.

der ao arguido, através da abertura de uma janela processual dentro da estrutura do processo, o ensejo para ser ouvido antes de tomada a decisão final. Esta oportunidade processual está, umbilicalmente, ligada ao direito de defesa, porquanto, este, por seu lado, pressupõe uma imputação indiciária de uma contraordenação, à qual o arguido poderá, neste momento, contra-argumentar com a sua versão dos factos, apresentando provas e requerendo diligências([71]).

Na fase organicamente administrativa, encontramos as seguintes extensões do núcleo([72]) fundamental destes dois direitos: o direito a se pronunciar sobre a imputação indiciária e a sanção em que incorre (cf. art. 50.º); o direito a ser assistido por um defensor ou mandatário (cf. art. 53.º); o direito a ser notificado sobre as decisões proferidas, o modo e o prazo para as impugnar (cf. n.os 1 e 2 do art. 46.º); o direito a impugnar judicialmente as decisões da autoridade administrativa (cf. arts. 55.º e 59.º); o direito a recorrer para uma instância superior da decisão judicial relativa à impugnação (cf. art. 73.º).

Além deste núcleo base de direitos, Paulo Pinto de Albuquerque enuncia mais nove direitos que assistem ao arguido no processo de contraordenação([73]).

Todos os direitos, suprarreferidos, estão consagrados na lei([74]), para que possamos considerar uma salvaguarda, tanto para o arguido, como para a autoridade administrativa, porquanto, garantem um processo equitativo e a salvo de eventuais arbitrariedades ou abusos de poder.

---

n.os 50/2003 e 179/2005). Na nossa opinião, tal orientação jurisprudencial é aceitável, porquanto, o processo de contraordenação, apesar de aplicar, como direito subsidiário, o processo penal, não deixa de ter na sua génese um procedimento administrativo. Contrariando esta posição, Alexandra Vilela, *ob. cit.*, p. 498, considera ser de eliminar qualquer aproximação ao direito administrativo. Miguel Prata Roque, *ob. cit.*, p. 134 (nota de rodapé 109) de forma veemente, discorda, em absoluto, da posição daquela Autora, sendo acompanhado, entre outros, por Sérgio Passos, *in* "*Contra-ordenações, anotação ao Regime Geral",* p. 253, onde é referido ser aplicável ao procedimento sancionatório os princípios fundamentais do processo administrativo.

([70]) Frederico de Lacerda da Costa Pinto, *ob. cit.*, p. 88.

([71]) Este poder do arguido em apresentar provas e requerer diligências tem sido contestado por alguma Doutrina, que refere que o titular do processo não tem o dever de realizar todas as diligências probatórias solicitadas, admitindo-se, apenas, que só sejam realizadas as mais convenientes, numa perspetiva de economia e celeridade processual, cf. Paulo Pinto de Albuquerque, *ob. cit.*, pp. 141-142; Oliveira Mendes e Santos Cabral, *"Notas ao Regime Geral das Contra-ordenações e Coimas",* p. 153, ponto 5*;* Leones Dantas, "P*arecer do conselho consultivo da PGR";* Ac. do TC n.º 395/2004 (Benjamim Rodrigues).

([72]) O AFJ do STJ n.º 1/2001 (Proc. n.º 3291/2000), no ponto 6.2, elenca três itens relativos ao núcleo base que comporta o direito de audição e defesa.

([73]) *In ob. cit.*, pp. 138 e 139, nota 3.

([74]) Evitando-se, assim, como refere Frederico de Lacerda da Costa Pinto, *ob. cit.*, p. 90, *"zonas de arbitrariedade dogmática ou de subjectivismo construtivista".*

Para o fim, fica a questão que se tem colocado, desde a vigência do art. 50.º: quais os elementos essenciais que devem constar da imputação indiciária e se, nessa primeira fase, a autoridade é obrigada a comunicar e a especificar toda a prova constante dos autos. A resposta, para esta pergunta, é a não existência de uma obrigação de especificação de toda a prova constante do auto. Aliás, em comum com o nosso processo penal, quando na acusação se refere a prova a produzir e não a prova já obtida, leva-se, em linha de conta, o equilíbrio sistemático interno e externo e o princípio da legalidade([75]). A Doutrina e a Jurisprudência([76]) são unânimes ao considerar que os elementos essenciais, a comunicar, são os factos, o enquadramento legal e as sanções, devendo, na nossa opinião, ser indicado o prazo de resposta, porquanto, o arguido, na maior parte das vezes um leigo judicial, deve ter logo conhecimento do tempo que dispõe para poder apresentar a sua defesa e requerer um defensor ou constituir mandatário.

7. Capítulo VI

7.1. Ordenamentos Jurídicos estrangeiros([77])

Para concluir a exposição, façamos uma comparação com outros ordenamentos jurídicos e, no caso particular de Espanha, com a existência de um direito de audiência e defesa.

A Alemanha, fonte inspiradora do legislador português([78]), tem, no seu regime legal, algumas particularidades: por um lado, a previsão da conversão da coima não paga em prisão subsidiária (prisão de constrangimento), por outro, admite-se a prisão preventiva nos ilícitos contraordenacionais.

A Itália é outro país onde a influência germânica das contraordenações se fez sentir, pois, o ordenamento jurídico italiano não conhecia a figura do direito de ordenação social, apenas tinha um regime geral dos ilícitos administrativos.

([75]) Frederico de Lacerda da Costa Pinto, *ob. cit.*, p. 99, Paulo Pinto de Albuquerque, *ob. cit.*, p. 209, ss.

([76]) Veja-se o Assento do STJ n.º 1/2003.

([77]) Licínio Lopes Martins, "*Sanções Administrativas: enquadramento geral e categorias — Sumários de apoio"*.

([78]) Veja-se, *supra*, p. 6, ponto 3.

A legislação espanhola(79) não tem um regime geral das contraordenações, a Doutrina apenas defende a existência de uma teoria geral do ilícito administrativo. Não obstante, é de referir a existência dos seguintes regimes jurídicos: a Lei 30/1992, de 26 de novembro (LRJPAC) e o Real Decreto 1398/1993, de 4 de agosto (RPS). O direito de audiência e defesa também está presente no ordenamento jurídico espanhol, nomeadamente no *derecho de todo interessado a formular alegaciones*(80).

8. Conclusão

Finda toda a exposição sobre, não apenas, o direito de audição e de defesa do arguido, mas todo o enquadramento legislativo e histórico, há conclusões a retirar. No primeiro plano, a constatação dos vários poderes sancionatórios da administração, nas suas várias áreas interventivas. Num segundo plano, as modalidades de atuação da administração que continuam a ter campos de atuação dispersos. Num terceiro plano, a existência de uma autonomia material entre o Direito de Mera Ordenação Social e o Direito Penal, com o critério de diferenciação entre contraordenações e crimes, sendo que, a nível processual, o processo criminal aparece como direito subsidiário, mas o direito administrativo continua a ter, igualmente, aplicação, através do procedimento administrativo e dos seus princípios fundamentais.

Quanto aos direitos de audição e de defesa, estes consistem em garantias processuais que, nos termos do n.º 10 do art. 32.º e do n.º 5 do art. 267.º, ambos da CRP, gozam de efetiva tutela constitucional, vertida no art. 50.º do Regime Geral das Contraordenações. Essas garantias pretendem resguardar os direitos do arguido de se defender de forma adequada, com direito a ter defensor, a apresentar provas e a requerer diligências, embora com as restrições legais expostas e com o direito a recorrer para os tribunais, caso assim entenda. Em termos processuais, é composto por duas fases, a organicamente administrativa (a qual é obrigatória) e a judicial (esta apenas decorre, quando o arguido opte por impugnar a decisão proferida pela autoridade administrativa, embora tenha possibilidade, nesta fase, de interpor recurso da decisão judicial para uma instância supe-

---

(79) Humberto Gosálbez Pequeno, *"El Procedimento Administrativo Sancionador (Teoria y Prática)"*.

(80) *Ibidem*, p. 33, ss., com referência ao procedimento e às normas aplicáveis.

rior). Assim, o processo contraordenacional deve ser célere — ou assim se espera, embora a prática nem sempre acompanhe as esperanças teóricas — tramitado em tempo útil ou razoável, de modo a garantir uma tutela efetiva dos direitos dos administrados. Realce, por último, para o papel do MP, acompanhado das divergências doutrinais sobre essa intervenção, e a importante questão dos elementos essenciais a enunciar numa imputação indiciária, mormente, a questão da prova.

Bibliografia

Albuquerque, Paulo Pinto de, *"Comentário do Regime Geral das Contraordenações à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem",* Universidade Católica Editora, 2011.

Beck, Ulrich, "*World at Risk"*, Cambridge, 2009.

Canotilho, Gomes e Moreira, Vital, *"Constituição da República Portuguesa Anotada"*, Coimbra, Coimbra Editora, 2014.

Correia, Eduardo, *"Direito Penal e Direito de Mera Ordenação Social",* Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Vol. XLIX.

Costa Andrade, Manuel, *"Contributo para o conceito de contra-ordenação (a experiência alemã),* Revista de Direito e Economia, anos 6-7, 1980-81.

Costa Pinto, Frederico de Lacerda da, *"Direito de audição e direito de defesa em processo de contraordenação: conteúdo, alcance e conformidade constitucional"*, Revista de Ciência Criminal, ano 23, n.º 1, 2013, Coimbra Editora, 2013.

Dantas, Leones, *"Parecer do Conselho Consultivo da PGR"*, n.º 84/2007, de 28 de Fevereiro de 2008.

Faria Costa, José de, *"A importância da recorrência no pensamento jurídico. Um exemplo: a distinção entre o ilícito penal e o ilícito de mera ordenação social"*, Revista de Direito e Economia, ano IX, 1983.

Figueiredo Dias, Jorge de, *"O movimento de descriminalização e o ilícito de mera ordenação social",* Direito Penal Económico e Europeu: Textos Doutrinários, Vol. I, Coimbra Editora, 1998.

Freitas do Amaral, Diogo, *"O Poder Sancionatório da Administração Pública"*, Estudos Comemorativos dos 10 anos da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa, Vol. I, Almedina, 2008.

Lopes Martins, Licínio, *"Sanções Administrativas: enquadramento geral e categorias — Sumários de apoio"*, FDUC, 2016/2017.

____, *"Âmbito da jurisdição administrativa no Estatuto dos Tribunais Administrativos e Fiscais revisto",* Cadernos de Justiça Administrativa, n.º 106, 2014.

Madureira Prates, Marcelo, *"Sanção Administrativa Geral: Anatomia e Autonomia"*, Almedina, 2005.

Mendes, Oliveira e Cabral, Santos, *"Notas ao Regime Geral das Contra-ordenações e Coimas"*, 3.ª ed., Almedina, Coimbra, 2009.

Oliveira, Fernanda Paula e Figueiredo Dias, José Eduardo, *"Noções Fundamentais de Direito Administrativo"*, 4.ª ed., Coimbra, Almedina, 2016.

Pequeno, Humberto Gosálbez, *"El Procedimento Administrativo Sancionador (Teoria y Prática),* Dykinson, Madrid, 2013.

Roque, Miguel Prata, *"O direito sancionatório público enquanto bissetriz (imperfeita) entre o direito penal e o direito administrativo — a pretexto de alguma jurisprudência constitucional"*, Revista de Concorrência e Regulação, ano IV, n.º 14/15.

Vilela, Alexandra, *"O Direito Penal de mera ordenação social: entre a ideia de 'recorrência' e de 'erosão' do Direito Penal Clássico"*, Coimbra, Coimbra Editora, 2013.

O CONTRADITÓRIO E A PROIBIÇÃO DAS DECISÕES-SURPRESA

Pelo Desembargador Luís Correia de Mendonça

Sumário:

1. Introdução. **2.** O contraditório: o acto normativo. **3.** O contraditório: a disposição normativa. **4.** O contraditório: a doutrina. **5.** O contraditório: a jurisprudência. **6.** Notas críticas sobre a jurisprudência. **7.** Casuística. **8.** Valor negativo da falta de actuação do contraditório. **9.** Nulidade do processo ou da sentença? Reclamação ou recurso? **10.** As três respostas da jurisprudência à prova. **11.** Há um remédio de quarta via? **12.** Conclusão.

«Il principio del contraddittorio si fonda sul pressuposto che una questione discussa è meglio decisa di una questione non discussa»

F.P. Luiso, *Diritto Processuale Civile*, I, *Principi Generali*, Dodicesima Edizione, Giuffrè Francis Lefebvre, Milano, 2021:35

«La regola di attuazione del contraddittorio (…) deviene una sorta di "punto Aleph" del processo: uno punto privilegiato di osservazione dal quale si possono, tendenzialmente, vedere tutte le cose che è necessário che il giudice veda per decidere nel modo migliore»

Cinzia Gamba, *L`altro volto, Le funzione del contraddittorio e l`articolo 101, comma 2, c.p.c.*, Cacucci, Editore, Bari, 2018:304.

1. Introdução

O contraditório representa uma garantia civilizacional de grande alcance e não deve ser visto como um inútil formalismo que atrasa os processos e favorece a chicana das partes e as manobras dilatórias dos advogados.

Sem contraditório não há igualdade, nem está assegurada uma defesa efectiva; sem contraditório não temos sequer processo([1]).

Estas proposições pertencem hoje ao saber acumulado da maioria dos juristas dos países democráticos e, supostamente, fazem parte da cultura comum dos juízes portugueses.

Pois (não é verdade) que desde a sua versão originária, de 1939, o nosso direito positivo contém, no art. 3.º do Código de Processo Civil([2]), uma definição de contraditório?

Não é certo que o princípio do contraditório, no processo criminal é verdade, teve logo assento constitucional em 1976 (art. 32.º, 5, CRP)?

E anterior consagração a nível supranacional (arts. 10.º e 11.º DUDH, 6.º CEDH e 14.º PIDCP)?

Não é mesmo verdade que um processo equitativo (art. 20.º, 4) postula a efectividade do direito de defesa no processo, bem como os princípios do contraditório e da igualdade de armas?([3]).

No entanto, este clima favorável, não já só ao respeito, mas, mais do que isso, à ampliação e incremento do princípio do contraditório, só se fez sentir no nosso regime positivo do processo civil, com a reforma de 95/96. Esse princípio passou a declinar-se não apenas no direito de qualquer uma das partes a ser chamado e de se fazer ouvir na acção, como anteriormente — portanto, numa perspectiva estática do processo —, mas também na obrigação de o juiz fazer cumprir e observar ele próprio aquele princípio — num diálogo dinâmico entre os intervenientes na lide.

Passaram, desde então, a ser proibidas as **decisões-surpresa**, também chamadas decisões *solitárias*, *solipsisticamente adoptadas* ou de *terceira*

([1]) Girolamo Monteleone, *Diritto Processuale Civile*, 3.ª ed., Cedam, Padova, 2002: 19. Nicola Picardi, *Manuale del Processo Civile*, Giuffrè Editore, Milano, 2006:209, afirma também que «onde não há contraditório não há processo. Onde não há processo não há jurisdição». Em idêntico sentido, Elio Fazzalari, *Istituzioni di Diritto Processuale*, viii edizione, Cedam, Padova, 2005:82 ss. Quero com estes autores dizer que o contraditório é *um carácter essencial do* processo. Outra coisa é saber se contraditório se identifica só com o processo.

([2]) Serão deste Código, na sua versão de 2013, os artigos ulteriormente citados sem diferente menção.

([3]) Rui Medeiros *in* Jorge Miranda e Rui Medeiros, *Constituição Portuguesa Anotada*, Tomo I, 2.ª ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2010, anot. XVIII ao art. 20.º, 441.

via(4). Garantia que muitos colocam no plano da cooperação processual, na sua vertente de obrigação do juiz consultar as partes, para que, numa «comunidade de trabalho», se chegue a uma decisão (mais) «justa».

O âmbito e modo de cumprimento deste novo dever de o juiz provocar o contraditório suscitou, desde o início da sua equação pelo legislador, assinaláveis dúvidas interpretativas e mesmo reservas, sobretudo por parte dos juízes, que recearam o controlo horizontal das suas decisões.

O presente trabalho propõe-se percorrer as etapas legislativas, doutrinais e jurisprudenciais que contribuíram para a actual configuração do contraditório e ver como, depois de legalmente pronto e consagrado, numa vertente ampla e aberta, a doutrina e a jurisprudência trataram de «desmaquilhar» o novo rosto da contradição, contribuindo, na prática, para o esvaziamento da proibição das decisões-surpresa, cujo regime de impugnação, incerto e complicado, acaba por aprofundar.

2. O contraditório: o acto normativo

O art. 3.º, 3 preceitua: *O juiz deve observar e fazer cumprir, ao longo de todo o processo, o princípio do contraditório, não lhe sendo lícito, salvo casos de manifesta desnecessidade, decidir questões de direito ou de facto, mesmo que de conhecimento oficioso, sem que as partes tenham tido a possibilidade de sobre elas se pronunciarem.*

Os primeiros desenvolvimentos a propósito do tema das decisões-surpresa devem-se à doutrina processualística da Alemanha ocidental que, a partir dos anos 60, começou a discutir a possibilidade e valor das decisões jurisdicionais fundadas em tese, de facto ou de direito, diversa daquela que tinha sido equacionada no processo pelas partes. Uma solução para o problema encontra-se no § 139, 2, da ZPO, dispondo que *«Auf einen Gesischtspunkt, den eine Partei erkennbar übersehen oder für unerheblich gehalten hat, darf das Gericht, soweit nicht nur eine Nebenforderung betroffen ist, seine Entscheidung nur stützen, wenn es darauf hingewiesen und Gelehenheitzur Äusserung dazu gegeben hat. Dasselbe*

(4) ««Terceira via» é aquela que o juiz escolhe percorrer, na decisão da causa, atirando para detrás das costas as alegações das partes (primeira e segunda vias)», Roberta Costantino, *Principio del contraddittorio e decisoni della terza via*, <www.contabilita-pubblica,it>. Esta expressão é mais restrita do que decisões-surpresa que abrange todas as decisões inovadoras do juiz, independentemente da conduta das partes em juízo.

gilt für einen Gesischtspunkt, den das Gericht anders beurteilt als beiden Parteien»(5).

Uma regra semelhante encontra-se em França, cujo art. 16.º do *nouveau code de procédure civil* impõe ao juiz o dever de *«en toutes circonstances, faire observer et observer lui-même le principe de la contradiction; Il ne peut fonder sa décision sur les moyens de droit qu`il a relevés d´office sans avoir au préalable invité les parties à presenter leur observations»*.

Na Itália, depois da reforma de 2009 do *Codice di procedura civile*, o art. 101.º, § 2, estipula: *«se ritiene di porre a fondamento della decisione una questioni rilevata d´ufficio, il giudice riserva la decisione, assegnando alle parti, a pena di nullità, un termine non inferiore a venti e non superiore a quaranta giorni dalla comunicazione per il deposito in cancelleria di memorie contenenti osservazioni sulla medesima questione»*.

A proibição de decisões-surpresa, que decorre do art. 3.º, 3 provém do art. 4.º, 3, do Anteprojecto do Código de Processo Civil, de 1988, da Comissão Varela, o qual dispunha: *«As partes devem ser ouvidas sobre as próprias questões de que o juiz conheça oficiosamente, salvo caso de manifesta desnecessidade»*.

A uma primeira comparação talvez não surjam diferenças assinaláveis entre as duas redacções, apesar de terem a separá-las 25 anos, um novo Projecto de código de processo, em 1990, a rejeição desse projecto, pelo Ministro da Justiça, Laborinho Lúcio, a elaboração, em 1992, das *Linhas orientadoras da nova legislação processual civil*, a aprovação, com base nessas Linhas, do Decreto-lei n.º 329.º-A/95, de 12 de Dezembro, a alteração/complemento operada pelo Decreto-lei n.º 180/96, de 25 de Setembro, o Memorando de Entendimento entre o governo português e a Troyka e, finalmente, enquadrada por este Entendimento, a feitura do chamado Código de Processo Civil de 2013.

Todavia, como penso que dizia Marx, «se a aparência fosse a essência não havia ciência».

Em verdade, em todos aqueles momentos foi equacionada a extensão a conferir ao contraditório e as pessoas do foro tiveram oportunidade de se debruçarem com atenção sobre as novas propostas e de debater amplamente as novas ideias.

---

(5) O juiz pode basear a sua decisão numa questão que a parte não notou ou considerou irrelevante, só se, salvo o caso de questões secundárias, o juiz tiver expressamente chamado a atenção da parte sobre o ponto, concedendo-lhe a possibilidade de se exprimir sobre o mérito. O mesmo deve dizer-se para uma questão que o juiz tiver considerado de modo diferente do que fizeram as partes.

Do debate havido e das modificações que a redacção do preceito sofreu fica o registo de um itinerário flutuante e errático, percorrido em sucessivos avanços e recuos.

Vejamos, em traços largos, esse itinerário.

O art. 3.º, na redacção originária, de 1939, preceitua que o tribunal não pode resolver o conflito de interesses que a acção pressupõe sem que a resolução lhe seja pedida por uma das partes e *a outra seja devidamente chamada para deduzir oposição*.

A natureza contraditória da acção era então concebida como uma garantia de defesa de cada uma das partes no confronto com a outra. Nesta acepção, o perfil *cognitivo-epistémico* — enquanto permite um melhor conhecimento dos factos da controvérsia — e materialmente *argumentativo* — enquanto faculta construir «boas razões» e «bons argumentos» como fundamento da decisão —, é deixado inteiramente de lado(6).

A necessidade de garantir ao autor e réu a possibilidade de um confronto leal levou a que a atenção dos processualistas se concentrasse nos mecanismos técnicos postos ao serviço daquela garantia e particularmente nos actos introdutórios do processo, v. g. no regime da citação, definida justamente como acto pelo qual se dá conhecimento ao réu de que foi proposta contra ele determinada acção *e se chama ao processo para se defender* (art. 228.º de 39).

Nas últimas reformas do processo, desde 1988, foram introduzidas importantes alterações normativas que envolveram o contraditório e regras conexas.

Em 2 de Maio de 1984, o então ministro da justiça, Rui Machete, nomeou uma comissão de nove pessoas, presidida pelo antigo ministro de Salazar, Professor Antunes Varela, para proceder à revisão do código de processo civil.

Do trabalho dessa Comissão saiu a Reforma Intercalar do DL n.º 242/ /85, de 9 de Julho, e, em 1988, um Anteprojecto de Código do processo, assente nas mesmas (velhas) ideias do código então vigente, o qual foi objecto de aceradas críticas por parte da comunidade forense(7).

Não foi por causa disto que o Anteprojecto não obteve consenso, mas uma das críticas dirigidas à Comissão foi precisamente o facto de ter apos-

---

(6) Pôr em destaque estes novos perfis é justamente o propósito do interessante estudo de Cinzia Gamba citado em epígrafe.

(7) Ana Sousa Dias, "Processo Civil: os porteiros de Kafka", *Expresso*, 14.01.1989; "Novo Processo Civil não tem consenso", *Público*, 12.08.1990.

tado em demasia no dirigismo do juiz e no modo como em certos pontos descurava o contraditório.

Assim, por exemplo, no art. 8.º, 2, consagrava-se a possibilidade de o juiz atender, na decisão, a factos essenciais não alegados, o que podia conduzir a que a parte fosse surpreendida em juízo com factos que não estava preparada para rebater, com a agravante de esses factos poderem ser levados em conta na decisão final, o que constitui manifesta ofensa do princípio do contraditório([8]). Princípio este que o art. 4.º, 3 ampliava.

A Ordem dos Advogados emitiu parecer, subscrito por Armindo Ribeiro Mendes e José Lebre de Freitas, no qual manifestou apreensão sobre o poder discricionário conferido ao juiz por aquela norma([9]).

Em 1990, perante as críticas formuladas ao anterior anteprojecto, foi apresentado novo Projecto, só publicado em 1993. O art. 4.º, ao arrepio do citado parecer, manteve, no mesmo número 3, a redacção anterior, mas já no art. 9.º, 2, correspondente ao anterior art. 8.º, 2, o aproveitamento oficioso de factos essenciais não alegados ficava dependente de à parte contrária ter sido efectivamente facultada a produção de contraprova ou prova do contrário.

Lebre de Freitas, em nome da Comissão de legislação da Ordem dos Advogados, emitiu parecer enfatizando que «*a audiência das partes antes da sentença, tal como o assegurar o contraditório sobre os fundamentos de direito em que ela se funde, não são princípios que, em caso algum, possam ser postergados*»([10]) e censurou um conjunto de regras no qual se continuava a contrariar aquele princípio.

O Ministro da Justiça, Álvaro Laborinho Lúcio, rejeitou o projecto da comissão Varela, por entender que as soluções encontradas estavam demasiado comprometidas com o modelo de 39 e desajustadas da realidade económica e social do país([11]), e nomeou, pelo despacho n.º 12/92 de 27 de Janeiro, um grupo de trabalho([12]) com a incumbência de elaborar um conjunto de orientações para a modernização do processo civil.

([8]) Teresa Sapiro Anselmo Vaz, "Novas tendências do processo civil no âmbito do processo declarativo comum (alguns aspectos)" (Cont.), *ROA*, 1995, Vol. III, 891/892.

([9]) «Na verdade, admite-se que o juiz deixe de ouvir as partes sobre as questões de que possa conhecer oficiosamente em "caso de manifesta desnecessidade". Embora se confie num uso prudente desta faculdade, acredita-se que a solução preferível seria a de eliminação pura e simples da restrição final», Armindo Ribeiro Mendes e José Lebre de Freitas, "Parecer da Comissão de legislação da Ordem dos Advogados sobre o Anteprojecto do Código de Processo Civil", *ROA*, ano 1989, ano 49, Vol. II, 620.

([10]) José Lebre de Freitas, Parecer da Comissão de Legislação da Ordem dos Advogados sobre o projecto de Código de Processo Civil, *ROA*, 1990, Vol. III, 768.

([11]) Álvaro Laborinho Lúcio, *O julgamento: uma narrativa crítica da justiça*, Dom Quixote, Lisboa, 2012, 85.

([12]) Constituído por Pereira Baptista (Desembargador), Carlos Lopes do Rego (Procurador

Nesse mesmo ano de 1992, foram publicadas as *Linhas orientadoras da nova legislação processual civil*(13).

Estas *Linhas*, que elegem o **princípio da cooperação** como referência essencial do modelo processual preconizado, tomam uma clara posição a favor da proibição das decisões-surpresa(14).

Finda a tarefa daquele grupo de trabalho, por despacho n.º 14/94, de 15 de Abril, o Ministro da Justiça nomeou uma comissão coordenada pelo Secretário de Estado Adjunto(15), com a missão de prosseguir a reforma processual civil tendo em vista a futura aprovação de um novo Código de Processo Civil.

Dessa comissão saiu a público, em Fevereiro de 1995, um Projecto de Revisão do Processo Civil(16), elaborado com base nas referidas *Linhas orientadoras.*

Esse projecto mereceu a atenção da nossa comunidade jurídica, foi amplamente divulgado em inúmeros debates e conferências e, finalmente, convertido em lei pelo Decreto-lei n.º 329.º-A/95, de 12 de Dezembro.

Este decreto acrescentou um n.º 3 ao art. 3.º, com a seguinte redacção: *«O juiz deve observar e fazer cumprir, ao longo de todo o processo, o princípio do contraditório, não lhe sendo lícito decidir questões de direito ou de facto, mesmo que de conhecimento oficioso, sem que as partes tenham tido a possibilidade de,* ***agindo com a diligência devida****, sobre elas se pronunciarem»*(17).

Geral Adjunto), Lebre de Freitas (Professor), João Correia (Advogado), António Telles (Advogado) e Cristina Silva Santos (Jurista).

(13) Estas Linhas Orientadoras encontram-se publicadas na Revista *Sub judice*, *Ideias*, 4, 1992, 37, ss., no *Boletim da Ordem dos Advogados* 2/93, 53, ss., e em opúsculo do Ministério da Justiça, publicado em 1992. Sobre os princípios nessas Linhas, José Lebre de Freitas, "Os princípios gerais nas linhas orientadoras da nova legislação processual civil", *ROA*, 1995, I, 6-18 e *Estudos sobre Direito Civil e Processo Civil,* Vol. I, 2.ª ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2010, 17-29.

(14) Nos seguintes termos: «O pleno respeito pelo princípio do contraditório implicará que sejam banidas as "decisões-surpresa" ao longo de todo o processo, incluindo a instância de recurso. Assim, não deverá ser lícito ao tribunal decidir as próprias questões de conhecimento oficioso sem que previamente tenha sido facultada às partes a possibilidade de sobre elas se pronunciarem, tal como não deverá o juiz decidir com base em qualificação jurídica substancialmente inovadora que as partes não hajam considerado sem antes lhes dar a possibilidade de produzirem as suas alegações, perspectivando o enquadramento jurídico vislumbrado pelo tribunal».

(15) Constituída por Afonso de Melo (Desembargador), Pereira Baptista (Desembargador), Lopes do Rego (Procurador Geral Adjunto), João Correia (Advogado) e Márcia Portela (Juíza de Direito).

(16) Há uma edição de Fevereiro de 1995, editada pelo Ministério da Justiça.

(17) Como razão justificativa de semelhante inovação, pode ler-se no Preâmbulo do diploma: «Afirmam-se como princípios fundamentais, estruturantes de todo o processo civil, os princípios do contraditório, da igualdade das partes e da cooperação e procuram deles extrair-se consequências con-

O Decreto-lei n.º 180/96, de 25 de Setembro, já da autoria do novo governo saído das eleições legislativas de 1995, substituiu, no aludido n.º 3 do art. 3.º, no que se refere à dispensa da prévia audição das partes para as precaver contra decisões-surpresa, o critério da **manifesta desnecessidade da audiência** ao da **actuação do interessado com a diligência devida,** «em consonância com o que, em sede de nulidades, já resulta do n.º 1, do art. 207.º do Código de Processo Civil» (*do preâmbulo*).

Este art. 207.º, na versão originária de 1939, limita-se a dizer que, por regra, no primeiro grau, as nulidades devem ser apreciadas logo que deduzida a reclamação. No segundo e terceiros graus, apresentada a reclamação, o relator levava o processo à conferência para se decidir por acórdão. A lei não exigia, portanto, a audiência da parte contrária nem se opunha a ela([18]).

A reforma de 61, sob a invocação de que essa era a *«prática que já vinha sendo observada pelos tribunais, em obediência ao princípio da contrariedade proclamado pelo art. 3.º»*([19]), passou a dizer que a arguição pode ser indeferida, mas não pode ser deferida sem prévia audiência da parte contrária e adaptou a tramitação nos tribunais superiores à inovação do n.º 1 do mesmo art. 207.º, admitindo o contraditório prévio à conferência, caso o relator *o julgar necessário*.

Finalmente, o Decreto-Lei 242/85, de 9 de Julho, fixando a redacção que está hoje em vigor no art. 201.º, dispôs que a arguição de qualquer nulidade pode ser indeferida, mas não pode ser deferida sem audiência da parte contrária, salvo caso de manifesta desnecessidade.

Ou seja: como assinala Cardona Ferreira, *«tornou-se claro que pode não só indeferir-se, mas também deferir-se a arguição de nulidade, sem audiência da parte contrária»*([20]). Para este magistrado, *«tal, porém, só*

---

cretas, ao nível da regulamentação dos diferentes regimes adjectivos. Assim, prescreve-se, como dimensão do princípio do contraditório, que ele envolve a proibição da prolação de decisões surpresa, não sendo lícito aos tribunais decidir questões de facto ou de direito, mesmo que de conhecimento oficioso, sem que previamente haja sido facultada às partes a possibilidade de sobre elas se pronunciarem, e aplicando-se tal regra não apenas na 1.ª instância, mas também na regulamentação de diferentes aspectos atinentes à tramitação e julgamento dos recursos».

([18]) Alberto dos Reis, pronunciando-se sobre a necessidade ou não de se ouvir a parte contrária previamente ao julgamento das nulidades, pronunciava-se assim: «Se a arguição reveste uma grande simplicidade, quer no aspecto de facto quer no aspecto de direito, o juiz não carece de ouvir a parte contrária; semelhante audiência é, em tal caso, uma formalidade sem justificação, que só serve para diminuir o magistrado. Mas se a questão suscitada pela arguição é complexa e embaraçosa, ou porque os factos se apresentavam incertos e confusos ou porque o direito a aplicar oferece dúvidas e dificuldades, está naturalmente indicado que o juiz procure elucidar-se, ouvindo a parte contrária».

([19]) Eurico Lopes Cardoso, *Código de Processo Civil*, *Anotado*, Almedina, Coimbra, 1962, 152.

([20]) Cardona Ferreira, *Decreto-lei 242/85, de 9 de Julho, (reforma intercalar do Processo Civil), Notas Práticas*, s.e., 1986, 18.

deve acontecer quando seja manifesta a desnecessidade dessa audiência, isto é, quando for de tal modo evidente a razão do arguente e simples a questão que seria meramente protelante e inútil a audiência da parte contrária»([21]).

Foi pois na exigência desta desnecessidade qualificada de ouvir a parte contrária como condição de dispensa do contraditório que o legislador de 96 se inspirou para procurar afastar a previsão incómoda, baseada na citada redacção do DL 329-A/95, «*de um raciocínio judicial de acordo com o qual, se o juiz se apercebe de certa questão oficiosa, também as partes, se tivessem sido diligentes, dela se podiam ter apercebido, com o que dificilmente poderia ocorrer uma decisão-surpresa*»([22]).

A intenção era sem dúvida boa e representava um passo em frente, tímido embora, na protecção do interesse dos particulares. Mas, para muitos, a diferença de redacção das duas formulações legais não era afinal relevante porquanto ambas convergiam num núcleo essencial comum: a audição *excepcional* e *complementar* das partes apenas nos casos em que não seja exigível que essa parte tenha perspectivado uma questão jurídica durante o processo, tomando oportunamente posição sobre ela. Interpretação que, se não erro, conduz na prática, como veremos, a obstaculizar a ampliação que o legislador de 96, bem ou mal, quis dar ao artigo.

A história do art. 3.º, 3 fica praticamente por aqui. Por despacho de 18.12.2009, o ministro da Justiça do XVIII Governo Constitucional nomeou uma comissão incumbida de proceder à revisão do Código de Processo Civil([23]).

Cessadas as funções do secretário de Estado da Justiça, a Comissão interrompeu os seus trabalhos, depois retomados com o novo governo que reconduziu a anterior Comissão e todos os seus membros, agora sob a coordenação de João Correia. Os trabalhos foram concluídos em Dezembro de 2011. Em 2012, considerando os condicionamentos impostos pelo memorando de entendimento com a Troyka, a ministra da Justiça designou

---

([21]) *Idem*.

([22]) José Lebre de Freitas, Isabel Alexandre, *Código de Processo Civil, Anotado*, Vol. 1.º, 3.ª ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2014, 10.

([23]) Essa comissão era presidida pelo secretário de Estado da Justiça João Correia e integrava mais os seguintes elementos: António Abrantes Geraldes, juiz desembargador, Armindo Ribeiro Mendes, advogado, Carlos Lopes do Rego, juiz-conselheiro, Gabriela Cunha Rodrigues, juíza de direito, João Cardoso Alves, procurador-adjunto, João Paulo Remédio Marques, professor da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Júlio de Castro Caldas, advogado, Miguel Teixeira de Sousa, professor da Faculdade de Direito da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, e Paulo Pimenta, professor do Departamento de Direito da Universidade Portucalense e advogado.

João Correia e Paulo Pimenta para proceder à revisão geral da proposta da anterior Comissão. Apesar da razoável discussão e das hesitações sobre o perfil que o contraditório devia assumir na relação entre os poderes do juiz e das partes, a reforma de 2013 deixou intocada a redacção de 96 do art. 3.º, 3.

Pelo caminho fica a rejeição de se voltar à redacção do Projecto de 95 (*diligência devida*), a cominação expressa de nulidade para as decisões que ofendessem o contraditório, e, *last but not least,* a rejeição pela Assembleia da República da exigência que a manifesta desnecessidade em garantir o contraditório fosse **devidamente fundamentada**([24]).

3. O contraditório: a disposição normativa

Depois do percurso errático e ziguezagueante que traçámos e depois de mantida, em 2013, a redacção fixada, 25 anos antes, para o art. 3.º, 3 podemos agora indagar o que diz esta regra.

Não levanta dúvidas o núcleo essencial da proposição normativa: a indicação às partes das questões a decidir constitui uma obrigação do juiz e não uma mera faculdade, um simples dever deontológico; o juiz *deve* observar o princípio do contraditório. Por outro lado, a lei é expressa ao dizer que esta obrigação vincula o juiz ao *longo de todo o processo* e não apenas numa fase dele, o que já resultaria da inclusão do preceito nas disposições e princípios gerais, aplicáveis portanto a todos os processos e suas fases.

Os restantes segmentos não são de apreensão imediata. Comecemos pelo verbo **decidir,** na expressão «*decidir questões de direito ou de facto*».

Em Portugal, as decisões judiciais são de dois tipos: sentenças ou despachos (152.º, 1). Quando proferidas por um colégio de juízes, as sentenças dizem-se acórdãos (152.º, 3).

O art. 152.º, 2, oferece-nos uma definição de sentença: *«Diz-se sentença o ato pelo qual o juiz decide da causa principal ou algum incidente que apresente a estrutura de uma causa»*.

([24]) A supressão do segmento «devidamente fundamentada» foi da iniciativa do PSD, BE e PCP, sendo que a Associação sindical dos juízes portugueses opinou que «se é manifesta a desnecessidade, isto é, *ostensiva*, *incontestável*, *evidente* para qualquer destinatário devidamente informado, não se compreende porque se exige que seja declarada, isto é, afirmada no despacho e, muito menos, que esta declaração seja devidamente fundamentada» (parecer da Associação, p. 6, *in site* do Parlamento).

As sentenças civis são, por conseguinte:

a) actos processuais;

b) proferidos por juízes;

c) no âmbito de uma causa principal ou de um incidente que apresente a estrutura de uma causa;

d) que decidem essa causa ou esse incidente.

O Código utiliza em 213 artigos o substantivo decisão (em 10, «**decisão judicial**»). Além do substantivo ***decisão***, o legislador usa também os verbos **apreciar** [arts. 82.º, 2**,** 123.º, 3, 591.º, 1, *b*), 593.º, 3, 595.º, 1, *a*) e 5, 615.º, 1, *a*), 617.º, 5, 652.º, 2, 715.º, 3 e 1106.º), e (re)**conhecer** (arts. 32.º, 1, 91.º, 1, 98.º, 101.º,1, 109.º, 1 e 2, 196.º, 339.º, 411.º, 573.º, 2, 578.º, 590.º, 1, 591.º, *b*), 595.º, 1, *a*) e *b*), e 4, 617.º, 5, 639.º, 3, 643.º, 1, 652.º, 1, *b*), 655.º, 1, 655.º, 1 e 2, 734.º, 1, 877.º e 879.º, 5] para se referir a pronunciamentos do juiz.

Apreciar não é obviamente decidir, mas ponderar ou avaliar para decidir depois. Por sua vez, pelo contrário, *conhecer* é pôr a tónica na vertente cognitiva ou intelectiva da decisão.

Parece-me que podem estar sujeitas a prévia contradição, as decisões, qualquer que seja a sua forma, mediante as quais o juiz toma conhecimento ou decide uma questão, um incidente ou uma causa, desde que verificados os demais condicionalismos legalmente exigidos.

Costuma distinguir-se os poderes de direcção do processo dos poderes de iniciativa probatória e, sob um ulterior perfil, dos poderes decisórios do juiz. Nenhum deles me parece ser de excluir do contraditório *ex ante*, desde que sobre questões, de direito, de facto ou mistas, de conhecimento oficioso.

Pelo contrário, estarão fora daquela imposição os despachos de mero expediente e de mera gestão processual, sem influência na decisão da causa.

Passemos agora ao conceito de **questão**. Não há, no código de processo, definição do termo *questão*, nem um critério coerente subjacente à criação da linguagem legal. Ao usar o termo *questão*, no citado art. 3.º, 3, o legislador está a modificar a linguagem natural conferindo a este termo um significado técnico.

A nossa jurisprudência, mais do que a doutrina, tem-se debruçado imensas vezes sobre aquele conceito, mas num plano diferente, em ordem a dar um significado adequado ao termo «questões» usado nos arts. 608.º, 2, e 615.º, 1, *d*)([25]).

([25]) É este o entendimento jurisprudencial pacífico entre nós: o juiz tem de atender aos pedi-

Esta noção de questão, que tem sobretudo que ver com as pretensões dirigidas ao juiz pelas partes e respectivos fundamentos, não pode ser decalcada para o art. 3.º, 3.

Aqui, o termo **questão** refere-se aos **temas de decisão** que podem ser objecto de uma pronúncia por parte do juiz, seja ela de facto ou de direito, de natureza substancial ou processual e não abrange os meros motivos, argumentos, considerações ou juízos de valor constantes dos fundamentos da decisão. A obrigatoriedade do princípio do contraditório tem por finalidade evitar que as partes sejam confrontadas com essas decisões e não com os fundamentos com que não contavam de decisões que já eram esperadas.

Não sei se *«por preguiçosa rotina ou por tocante incapacidade para ultrapassar, nestas questões, as facilidades do elementar»*([26]), o art. 3.º, 3 continua a distinguir **questões de direito** e **questões de facto**, considerando-as duas entidades em si, duas entidades significativo-conceituais diferentes.

Houve é certo uma tentativa de baixar, não de demolir, o muro conceptual que separa o direito do facto, como o demonstra, por exemplo, a eliminação do questionário e a sua substituição pelos temas de prova e a supressão do julgamento de facto em decisão autónoma (anterior art. 653.º), a qual passou a ser feito juntamente com o julgamento de direito.

Porém, a nossa lei processual continua a utilizar com grande desenvoltura nas suas prescrições normativas as fórmulas conceituais e doutrinais «matéria de facto»-«matéria de direito», «questão de facto», «questão de direito»([27]).

Como costuma ser evidenciado, a referida distinção tem, em processo civil, um triplo relevo: como critério de competência, v. g. do Supremo

---

dos deduzidos, a todas as causas de pedir e excepções invocadas e a todas as excepções de que oficiosamente lhe cabe conhecer, mas não tem de se pronunciar sobre os **motivos**, **argumentos**, **considerações**, **razões** ou **juízos de valor** produzidos pelas partes nos seus articulados, e, em geral, sobre todos os meios de que a parte se socorre para fazer valer as ditas causas, ou, ainda menos, sobre a qualificação jurídica oferecida pelos litigantes (*iura novit curia*). «São, na verdade, coisas diferentes: deixar de conhecer de *questão* de que devia conhecer-se, e deixar de apreciar qualquer *consideração*, argumento ou razão produzida pela parte. Quando as partes põem ao tribunal determinada questão, socorrem-se, a cada passo, de várias razões ou fundamentos para fazer valer o seu ponto de vista; o que importa é que o tribunal decida da questão posta; não lhe incumbe apreciar todos os fundamentos ou razões em que elas se apoiam para sustentar a sua pretensão», José Alberto dos Reis, *Código de Processo Civil*, Anotado, Vol. V, Coimbra Editora, Coimbra, 1952, 143.

([26]) Castanheira Neves, "Matéria de Facto-Matéria de Direito", RLJ, 129.º ano (1996/1997), 167.

([27]) António Castanheira Neves, *Questão-de-Facto — Questão-de-Direito ou o Problema Metodológico da Juridicidade*, (*ensaio de uma reposição crítica*), I, *A Crise*, Almedina, Coimbra, 1967, 12, nota 1.a.

Tribunal de Justiça; como critério funcional da repartição dos papéis dos sujeitos processuais; como critério do juízo([28]).

É em relação a estes dois últimos critérios que se deve reportar o binómio do art. 3.º, 3, como resulta, entre outros, dos arts. 3.º, 3, 5.º, 515.º, 552.º, 1, *d*), 601.º, 1, 607.º, 2 a 5, 640.º, 1, *b*) e *c*), 662.º, 1 e 663.º, 6, comprometidos que estão com o sentido tradicional da distinção.

Este sentido é o indicado por Castanheira Neves: *«a «matéria de facto», a «questão de facto» ou simplesmente «os factos» refeririam a realidade empiricamente verificada, a realidade espácio-temporalmente existente, que aconteceu ou acontece, que foi ou é, os «factos» no sentido comum da expressão, empiricamente determináveis e comprováveis, ou, de outro modo ainda, susceptíveis de juízos e de uma «prova» objectivamente empíricos (não simplesmente comunicativo argumentativos); a «matéria de direito», a «questão de direito» ou simplesmente «o direito» refeririam a normatividade jurídica na sua objectivação específica, as normas jurídicas e na sua determinação também específica, a interpretação normativa, e a incluir, extensivamente, todos os juízos e valorações normativos que tivessem o seu fundamento naquela normatividade — de um lado o «ser», a implicar juízos de verdade, juízos descritivos ou «de facto», de outro lado o «dever-ser», a implicar juízos de validade, juízos normativos ou «de valor»*([29]).

A lei não permite operar qualquer outra distinção, o que não significa que esteja vedado acrescentar ao difícil binómio as chamadas **questões mistas**, de facto-direito, como aquelas determinadas por uma reavaliação dos factos com consequente requalificação do pedido.

Por outro lado, parece que estarão excluídas daquela previsão as decisões proferidas no uso de um poder discricionário, cuja essência reside na liberdade quanto à vinculação jurídica (arts. 152.º, 4, e 630.º, 1).

Maioritariamente, as questões que devem ser previamente sujeitas ao contraditório prévio são as questões de direito e de entre estas as que são de conhecimento oficioso.

A lei usa um intrigante sintagma: «mesmo que de conhecimento oficioso». Não se percebe que espaço a regra reserva às questões de conhecimento dependente da iniciativa das partes, porquanto ou uma das partes suscita a questão e então a outra parte pode responder, não havendo então lugar a pronúncia oficiosa ou a parte não suscita a questão e então o juiz não pode fundar nela a decisão.

([28]) Castanheira Neves, "Matéria de Facto…", *op. cit.*, 130.

([29]) *Ibidem*, 130/131.

Quanto às questões de facto, decisões-surpresa podem ocorrer, por exemplo, quando o juiz, sem que previamente tenha ouvido as partes, conhecer de factos secundários ou complementares ou concretizadores dos factos principais que resultem da instrução da causa, de factos notórios ou conhecidos por virtude do exercício das suas funções (art. 5.º) e ainda quando considere anormal o uso do processo (art. 612.º).

4. O contraditório: a doutrina

São duas as teses que, entre nós, se confrontam quanto ao que se deve entender por uma decisão-surpresa. Para uma primeira corrente, que se pode chamar *antiformalista*, a decisão-surpresa não se confunde com a suposição ou expectativa que as partes possam ter feito ou acalentado quanto à decisão; não se pode falar em decisão-surpresa quando as decisões, de facto ou de direito, devam ser conhecidas pelas partes como viáveis, como possíveis; só há decisão-surpresa «*quando se trate de apreciar questões jurídicas susceptíveis de se repercutirem, de forma relevante e inovatória, no conteúdo da decisão e quando não for exigível que a parte interessada a houvesse perspectivado durante o processo, tomando oportunamente posição sobre ela*».

Para uma outra corrente, *garantista*, o escopo principal do princípio do contraditório *«é a influência, no sentido positivo de direito de incidir ativamente no desenvolvimento e no êxito do processo»*([30]); consequentemente se deve garantir a *«participação efectiva das partes no desenvolvimento de todo o litígio, em termos de, em plena igualdade, poderem influenciar todos os elementos (factos, provas, questões de direito) que se encontrem em ligação, directa ou indirecta, com o objecto da causa e em qualquer fase do processo apareçam como potencialmente relevantes para a decisão»*([31]). Toda a decisão que não passe por este crivo deverá ser considerada decisão-surpresa ou solitária do juiz.

Vejamos, em síntese, o que dizem os seguidores da primeira corrente, de longe maioritária.

([30]) José Lebre de Freitas, *Introdução ao Processo Civil, Conceito e princípios gerais à luz do novo código*, 3.ª ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2013, 125.

([31]) *Idem*; ID José Lebre de Freitas, Isabel Alexandre, *Código de Processo Civil*, *Anotado*, Vol. 1.º, 3.ª ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2014, 7.

J. Pereira Baptista opina que se estabeleceu, no citado n.º 3 do art. 3.º, «*um claro dever de o tribunal, em cada momento do devir da instância, só decidir questões de facto ou de direito — ainda que cognoscíveis "ex offício" — após ter facultado a respectiva pronúncia às partes, salvo se se estiver perante casos de manifesta desnecessidade.*

Trata-se, assim, de um preceito de contornos amplos, a gerir, na sua aplicação, com muito equilíbrio e sabedoria, de modo a conciliar as suas virtualidades dialécticas e no devir processual e na sua influição causal para uma mais adequada solução do caso com a necessidade de evitar que se transforme num factor de morosidade e de litigância acrescida, enquanto potencial fonte de nulidades, por eventual preterição de acto que possibilite o exercitar de pronúncia pelas partes»(32).

Carlos Lopes do Rego, partindo de sedimentada jurisprudência constitucional formada a propósito dos pressupostos de admissibilidade do recurso na alínea *b*) do n.º 1 do art. 70.º da Lei n.º 28/82, de 15 de Novembro, assevera que *«a audição excepcional e complementar das partes, precedendo a decisão do pleito e realizada fora dos momentos processuais normalmente idóneos para produzir alegações de direito, só deverá ter lugar quando se trate de apreciar questões jurídicas susceptíveis de se repercutirem, de forma relevante e inovatória, no conteúdo da decisão e quando não fosse exigível que a parte interessada a houvesse perspectivado durante o processo, tomando oportunamente posição sobre ela»*(33).

Sintetizando: *«não deverá, na nossa perspectiva, "banalizar-se" a audição atípica e complementar das partes, ao abrigo do preceito ora em análise, de modo a entender-se que toda e qualquer mutação do estrito enquadramento legal que as partes deram às suas pretensões passa necessariamente pela actuação do preceituado no art. 3.º, n.º 3.*

Na verdade, a negligência da parte interessada que, v.g. omite quaisquer "razões de direito", alega frouxamente, situando de forma truncada e insuficiente o óbvio enquadramento jurídico da sua pretensão ou deixa escapar questões jurídicas clara e inquestionavelmente decorrentes dos autos, não merece naturalmente tutela, em termos de obrigar o tribunal — movendo-se, no momento da decisão dentro dos próprios institutos jurídicos em que as partes no essencial haviam situado as suas pretensões — a,

---

(32) J. Pereira Batista, *Reforma do Processo Civil*, *Princípios Fundamentais*, Lex, Lisboa, 1997, 37/38.

(33) Carlos Francisco de Oliveira Lopes do Rego, *Comentários ao Código de Processo Civil*, Vol. I, 2.ª ed., Almedina, Coimbra, 2004, 33.

sob pena de nulidade, realizar uma audição não compreendida no normal fluir da causa»(34).

António Pais de Sousa e J. O. Cardona Ferreira tratam do contraditório em breve nota e a propósito do princípio da cooperação(35).

Estes Conselheiros do STJ consideram este princípio *«o corolário mais **importante** do princípio dos princípios, que é a boa decisão da causa (art. 3.º)»*(36), uma **regra de ouro** do processo(37); *ergo «tirando os casos em que o Juiz tem de assumir a manifesta desnecessidade, deve sempre ouvir os interessados acerca do que lhes interessa»*(38).

Não desenvolvendo o ponto, dão como exemplo um dos casos em que mais se justifica a não audição das partes: a condenação por litigância de má-fé *«porque, perguntar ao mafioso se está de má-fé seria algo quase risível»*(39).

Paulo Ramos de Faria e Ana Luísa Loureiro pronunciam-se também sobre esta matéria, muito claramente na linha da corrente *antiformalista* ou *substancialista*: *«para que o tribunal deva proceder à audição complementar das partes não basta (...) que pretenda aplicar uma norma por estas não invocadas. É necessário que o enquadramento legal realizado seja manifestamente diferente do sustentado pelos litigantes. Deverá ser uma subsunção notada pela sua originalidade, pelo seu carácter invulgar e singular, objectivamente considerado»*(40); *«se o tribunal, debruçando-se sobre uma determinada realidade processual, está em condições de a perspectivar juridicamente, a parte obreira dessa realidade processual ou que dela foi notificada teve igual possibilidade de sobre ela se pronunciar. O patrocínio forense obrigatório não visa a tutela de interesses corporativos, mas sim garantir, além do mais, esta possibilidade. Não faz sentido exigir para o advogado uma posição que peça meças à do juiz no diálogo jurídico, para, no passo seguinte, defender que seja tratado como um leigo, incapaz de lançar um*

---

(34) *Ibidem*, 34.

(35) António Pais de Sousa e J. O. Cardona Ferreira, *Processo Civil*, Editora Rei dos Livros, Porto, 1997, 169 e 17, ss.

(36) *Ibidem*, 169.

(37) *Ibidem*, 20.

(38) *Ibidem*, 169.

(39) *Ibidem*, 20. Porém, a não audição da parte, prévia à condenação por litigância de má fé, viola os princípios constitucionais do **acesso ao direito**, do **contraditório** e da **proibição de indefesa**, cf. Acs. TC de 04.06.94, 440/94, 17.06.95, 103/95, 12.05.98, 357/98, 26.10.2011, 498/2011, e de 02.12.2011.

(40) Paulo Ramos de Faria e Ana Luísa Loureiro, *Primeiras Notas ao Novo Código de Processo Civil*, Vol. I, 2.ª ed., Almedina, Coimbra, 2014, 32.

olhar jurídico elementar sobre a relação processual, se para tanto não for convocado por uma espécie de projecto de decisão»(41).

Demarcando-se desta posição mais restritiva, e assumindo posição claramente *garantista*, encontramos José Lebre de Freitas.

Porquanto se trata, se não erro, da única voz que na academia, entre nós, toma o contraditório verdadeiramente a sério, não se estranhe que dedique ao pensamento deste autor uma maior atenção.

Lebre de Freitas debruçou-se, com particular empenho, sobre o projecto de revisão do processo civil de 1995. Recorde-se que aí se exigia a audição prévia, só em relação às decisões que poderiam constituir surpresa para a parte interessada que tivesse agido com a **diligência devida**.

Perante esta visão restritiva, Lebre de Freitas contrapôs: *«O princípio do contraditório não é, por exemplo, apenas aquele que parece resultar dos arts 3.º e 517.º do CPC, mas mais latamente, a garantia de participação efectiva das partes no desenvolvimento de todo o litígio, mediante a possibilidade de influência em todos os elementos (factos, provas, questões de direito) que se encontrem em ligação com o objecto da causa e que em qualquer fase do processo se pressintam como potencialmente relevantes para a decisão*»(42).

Por isso, *«o princípio impede as decisões-surpresa, como as que o actual código admite, quanto a questões de conhecimento oficioso, no despacho liminar, no despacho saneador, na sentença final ou até em recurso (que tantas vezes são discutíveis, quando não disparatados)»*(43).

Desenvolvendo o seu pensamento, o autor acrescenta: «*a regra do contraditório é uma das traves mestras do direito processual civil e como tal aparece consignada no art. 4.º do Projecto. É seu corolário a de prévia audiência das partes antes da decisão, mesmo quando esta tenha por fundamento uma questão de conhecimento oficioso (art. 4.º, 3) ou se baseie em norma jurídica que as partes manifestamente ignoraram ou consideraram inaplicável ao caso (...), mesmo que a audiência final tenha já tido lugar à data em que se põe ao juiz a questão de a aplicar (Rosenberg-Schwab, Zivilprozessrecht, München, 1981, p. 618, nota 117). Trata-se de norma de tal modo importante que por vezes lhe é atribuída dignidade constitucional (Rosenberg.Schwab, Gottwald, Verfassung und Zivilpro-*

---

(41) *Ibidem*, 33.

(42) José Lebre de Freitas, "Em torno da revisão do direito processual civil", *ROA*-1995, Vol. I, 10.

(43) *Ibidem*, 11.

zess, Bielefeld, 1984, p. 53) e se deduz do art. 6.º, 1, da Convenção Europeia dos Direitos do Homem, que impõe sempre o julgamento público equitativo. Peremptório é também o direito francês (...)»(44).

Estas ideias são retomadas e aprofundadas pelo autor na sua *Introdução ao Processo Civil.*

Lebre de Freitas inicia a abordagem do princípio, sublinhando que à concepção restritiva do contraditório se substituiu *«uma noção mais lata da contraditoriedade, com origem na garantia constitucional do rechtliches Gehör germânico, entendida como garantia da participação efectiva das partes no desenvolvimento 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. O escopo principal do princípio do contraditório deixou assim de ser a defesa, no sentido negativo de oposição ou resistência à atuação alheia, para passar a ser a influência, no sentido positivo de direito de incidir ativamente no desenvolvimento e no êxito do processo»*(45).

Concretizando, em diferentes níveis, este direito de influência, acrescenta o autor:

i) no plano dos factos: *«na medida em que, excecionalmente, o juiz pode introduzir factos principais no processo (...), o princípio do contraditório exige que ambas as partes se possam pronunciar sobre o exercício desse poder funcional, isto é, sobre a ocorrência dos respetivos pressupostos e sobre a existência do facto em causa (notório, de conhecimento derivado do exercício da função judicial ou integrante da simulação do litigio)»*(46).

ii) no plano da prova: *«...cabendo ao juiz apreciar a prova, as partes têm o direito de, antes da apreciação final, isto é, antes da decisão sobre a matéria de facto (hoje integrada na sentença final), se pronunciarem nos termos em que ela deve ser feita (art. 3.º-3)»*(47).

iii) no plano do direito: se nenhuma das partes tiver suscitado questões de direito material ou de direito processual, de conhecimento

---

(44) *Ibidem*, 767.

(45) José Lebre de Freitas, *Introdução ao Processo Civil*, *op. cit.*, 124/125; José Lebre de Freitas e Isabel Alexandre, *Código de Processo Civil*, *Anotado,* Vol. 1.º, *op. cit.*, 7.

(46) José Lebre de Freitas, *Introdução*…, *op. cit.*, 127.

(47) *Ibidem*, 132.

> oficioso, *«com concessão à parte contrária do direito de resposta, o juiz — ou o relator do tribunal de recurso — que nelas entenda dever basear a decisão, seja mediante o conhecimento do mérito da causa, seja no plano meramente processual, deve previamente convidar ambas as partes a sobre elas tomarem posição, só estando dispensado de o fazer em casos de manifesta desnecessidade (art. 3.º-3).*

Não basta, pois, para que esta vertente do princípio do contraditório seja assegurada, que às partes, em igualdade, seja dada a possibilidade de, antes da decisão, alegarem de direito (art. 604.º-3-e, em 1.ª instância; art. 639.º, em instância de recurso). É preciso que, mesmo depois desta alegação, possam fazê-lo ainda quanto as questões de direito novas, isto é, ainda não discutidas no processo»(48).

Assim, será desnecessário, por exemplo, *«convidar as partes a pronunciarem-se sobre a qualificação como compra e venda do contrato que integra a causa de pedir, se o autor, embora não invocando explicitamente esta qualificação, o descreve facticamente como tal, em termos inequívocos e não contrariados, de facto nem de direito, pelo réu. Mas já será necessário o convite se o juiz entender que, não obstante as partes, explícita ou implicitamente, terem tomado o contrato como de compra e venda ao longo de todo o processo, a sua qualificação jurídica correta é de empreitada ou de doação; ou ainda se, concordando embora com a qualificação que as partes lhe atribuíram, o juiz se propuser aplicar uma norma jurídica, específica ou genérica, do respectivo regime (por exemplo, o art. 895.º CC ou o art. 280.º-2 CC) que as partes durante o processo não tiveram em conta»*(49).

Lebre de Freitas, em Março de 2016, num Colóquio realizado pelo CEJ, voltou ao tema do contraditório e da proibição das decisões-surpresa, reiterando as suas «fortes críticas» (sic) ao entendimento dos tribunais neste particular(50). Foi nessa ocasião que assumiu ter sido responsável pela reintrodução da ressalva «caso de manifesta desnecessidade» na redacção de 96 do art. 3.º, 3. Alteração de que se arrepende, pese embora o termo **manifesta** dever ser interpretado como «não haver dúvidas» e «ter

---

(48) José Lebre de Freitas, *Introdução…*, *op. cit.*, 133/134.

(49) *Ibidem*, 133, nota 24.

(50) José Lebre de Freitas, "O Novo Processo Civil à Luz da Convenção Europeia dos Direitos do Homem e da Constituição da República Portuguesa", *Balanço do Novo Processo Civil*, Cej, Lisboa, 2017.

de resultar dos autos», ao contrário das tergiversações feitas pela jurisprudência que, na prática, volve em regra o que devia ser excepção.

Na verdade é uma enorme afronta à língua portuguesa e até ao art. 9.º, 2, CC esquecer que só é manifesto o que é claro, flagrante, o que salta à vista.

Uma última palavra para a posição de Miguel Teixeira de Sousa.

Este autor, ao debruçar-se sobre o projecto de revisão do código de 95, assinalou que uma reforma do processo civil nos tempos actuais deve orientar-se, entre outros, pelo objectivo de aumentar a *«operacionalidade dos sujeitos processuais através de subordinação da actividade das partes e do tribunal a um princípio de colaboração ou de cooperação»*(51).

O dever de cooperação do tribunal com as partes desdobra-se em dois deveres essenciais: o dever de esclarecimento e consulta e o dever de prevenção ou de informação. «*A integração deste dever no mais amplo dever de colaboração justifica a transposição para regulamentação deste último do disposto no art. 3.º, 3 (aliás, essa matéria não respeita à observância do princípio do contraditório, porque só muito impropriamente se pode afirmar que entre o tribunal e as partes existe um direito ao contraditório)*»(52).

Em consequência dessa transposição, Teixeira de Sousa propôs para o n.º 3 do art. 264.º-A do projecto a seguinte redacção:*«O tribunal não pode decidir questões de direito e de facto de conhecimento oficioso sem que tenha facultado às partes a possibilidade de sobre elas se pronunciarem»*(53).

Teixeira de Sousa mantém-se apegado à ideia de que o dever do art. 3.º, 3 deve ser equacionado como *dever de consulta* por parte do tribunal, vertente do princípio da cooperação, e não como emanação do contraditório, como resulta dos *Estudos Sobre o Novo Processo Civil,* pese embora o Código não tenha deslocado para o art. 7.º a proibição das decisões-surpresa(54).

---

(51) Miguel Teixeira de Sousa, "Apreciação de alguns aspectos da «revisão do processo civil — projecto", *ROA*. 1995, ano 55, Vol. II, 354.

(52) *Ibidem*, 362.

(53) *Ibidem*, 363.

(54) Miguel Teixeira de Sousa, *Estudos Sobre o Novo Processo Civil*, 2.ª ed., Lex. Lisboa, 1997, 60, 65 e 67.

5. O contraditório: a jurisprudência

José Lebre de Freitas, na sua *Introdução ao Processo Civil*, refere que *«apesar da sua expressa consagração em 1995-1996, o princípio do contraditório é, nesta sua variante [proibição de decisões-surpresa], frequentemente ofendido na prática judicial, verificando-se que muitos são os juízes que tendem a transformar a exceção em regra, invocando sem razão a desnecessidade manifesta de ouvir as partes»*([55]).

Será isto verdade? Os juízes fazem realmente uma interpretação conservadora e mesmo incorrecta do contraditório?

Vejamos, começando por uma breve incursão na jurisprudência do Tribunal Constitucional, consultável em <www.dgsi.pt>.

Apesar de o Tribunal Constitucional reconhecer que a garantia da via judiciária, desde a redacção primitiva do art. 20.º da CRP, implicava que o processo ficasse subordinado a determinados princípios, nomeadamente os *princípios da igualdade* e *do contraditório*([56]), e que o n.º 5 do art. 33.º conferiu a este princípio uma ampla dimensão não circunscrita ao processo criminal, a verdade é que não se mostrou, até à reforma de 95/96, à altura da sua fama e permaneceu apegado à concepção clássica e até tradicionalista daquele princípio.

O Tribunal Constitucional, no Ac. n.º 222/90, começou por considerar que não deve julgar-se inconstitucional a norma do art. 508.º, n.º 3, do Código de Processo Civil na dimensão em que ela permite ao juiz prescindir da realização de audiência preparatória para julgar qualquer excepção no despacho saneador.

Argumentou-se que «*em primeiro lugar, constituindo as "excepções" matéria cuja apreciação pode fazer-se com base apenas no processado escrito (isto é, podendo o juiz apurar a ocorrência delas a partir simplesmente desse processado), não é estritamente indispensável a abertura, quanto às mesmas, de uma discussão oral: o seu debate nos articulados já permitirá, por isso, a realização do contraditório. Sendo assim — e em segundo lugar — temos que, sempre que as excepções hajam sido suscitadas e debatidas nos articulados ou respostas das partes, fica esse princípio minimamente salvaguardado*».

Mas mesmo nos casos em que seja o juiz a suscitar oficiosamente uma excepção, e dela conheça sem dar às partes, mais precisamente, ao

---

([55]) *Idem*.

([56]) Carlos Lopes do Rego, "Os princípios constitucionais da proibição de indefesa, da proporcionalidade dos ónus e cominação e o regime da citação em processo civil", *Estudos em Homenagem ao Conselheiro José Manuel Cardoso da Costa*, Coimbra, 2003:835.

autor, oportunidade para sobre a mesma se pronunciar, também não se poderá dizer estar «*em causa o princípio do "contraditório", no seu sentido mais preciso de direito da "outra" parte de contraditar as razões contra ela invocadas (audiatur et altera pars), visto não ser contra ela (o réu), mas contra o autor, que o juiz vai decidir — isto, prescindindo já dos casos em que ainda um contraditório (escrito) sobre a matéria da excepção poderá abrir-se em via de recurso. Do que se trata é da possibilidade de o juiz poder decidir sem estar adstrito ao modo como a questão lhe é posta pela parte e segundo outras razões de direito — possibilidade que obviamente não pode negar-se-lhe, e vai mesmo ínsita na própria natureza da função de julgar (cf. art. 664.º, primeira parte, do Código de Processo Civil); e da possibilidade, bem assim, de fazê-lo com base apenas no processado escrito, e sem esperar pela sentença final, quando face a tal processado seja já possível (e desejável) a decisão. Ora, se já não poderá ver-se nesta possibilidade qualquer atentado à exigência do contraditório (no sentido mais rigoroso deste, acima evidenciado), também não pode certamente dizer-se que ela contenda, em termos mais genéricos, com o direito de acesso aos tribunais*».

Após este estranho aresto, importa referir dois outros Acórdãos (Acs. n.os 479/89 e 367/96), que, depois de sublinharem que recai «*sobre as partes em juízo o ónus de considerarem as várias possibilidades interpretativas das normas de que se pretendem socorrer, e de adoptarem, em face delas, as necessárias cautelas processuais (por outras palavras, o ónus de definirem e conduzirem uma estratégia processual adequada)*», fixaram a jurisprudência de que só constitui «situação surpresa», dispensando os interessados da exigência da audiência «prévia», a que for caracterizada pelo seu carácter **insólito ou sua imprevisibilidade**.

Ou seja: quando a interpretação do tribunal nada tem de inesperado nem de imprevisível, sendo razoável exigir que os interessados a hipotizem, podendo defender-se em conformidade, não existe nenhuma decisão-surpresa.

Por sua vez, no ATC n.º 358/98 decidiu-se que não viola o art. 20.º, n.º 1, da Constituição, quando se interpreta o n.º 1 do art. 704.º do Código de Processo Civil, em termos de permitir que, quando o recorrente já alegou, o tribunal possa tomar a decisão de não conhecer do recurso, com fundamento na sua inadmissibilidade, sem o ouvir sobre essa questão.

Entendeu-se que a interpretação adoptada pelo acórdão recorrido não atinge — ao menos de forma *intolerável — o direito de defesa* assim definido, pois que, tendo oferecido a sua alegação, o recorrente teve ocasião de, aí, colocar e discutir todas as questões que o recurso suscitava. Ora, só

se a *violação do direito de defesa fosse intolerável*, é que a interpretação adoptada seria constitucionalmente inadmissível. E só então seria irremissivelmente inconstitucional a norma do n.º 1 do art. 704.º do Código de Processo Civil, com o sentido que o acórdão recorrido dele extraiu. Fora dessa situação, a interpretação adoptada pode constituir melhor ou pior direito, mas ainda não é *«não-direito»*.

Ao contrário do que por vezes se vê afirmado pela própria jurisprudência do Tribunal Constitucional (ATC 510/2015), está longe de ser pacífico que decorra dessa jurisprudência que *«do conteúdo do direito de defesa e do princípio do contraditório resulta prima facie que cada uma das partes deve poder exercer uma influência efetiva no desenvolvimento do processo, devendo ter a possibilidade, não só de apresentar as razões de facto e de direito que sustentam a sua posição antes de o tribunal decidir questões que lhes digam respeito, mas também de deduzir as suas razões, oferecer as suas provas, controlar as provas do adversário e tomar posição sobre o resultado de umas e outras»*.

É verdade que encontramos Acórdãos neste sentido. É o caso do ATC 298/2005, que, na esteira do parecer da Comissão Constitucional n.º 18/81 (*Pareceres da Comissão Constitucional*, 16.º Vol., p. 147, e *Boletim do Ministério da Justiça*, n.º 310, p. 159), de acordo com o qual, «*nenhuma decisão (mesmo interlocutória) deve aí [no processo penal] ser tomada, pelo juiz, sem que previamente tenha sido dada ampla e efectiva possibilidade, ao sujeito processual contra o qual ela é dirigida, de a discutir, de a contestar e de a valorar*», julgou inconstitucionais, por violação do art. 32.º, n.os 1 e 5, da Constituição da República Portuguesa, as normas constantes dos arts. 4.° da Lei n.° 29/99, de 12 de Maio, e 61.°, n.° 1, alínea *b*), do Código de Processo Penal, interpretadas no sentido de não ser obrigatória a audição do arguido antes de ser proferida decisão de revogação do perdão de pena de que beneficiara, e do citado ATC 510/2015 que concluiu pela inconstitucionalidade do art. 796.º, n.º 7, do Código de Processo Civil, na redacção do Decreto-Lei n.º 329-A/95, de 12 de Dezembro, na interpretação segundo a qual «*a sentença proferida em processo sumaríssimo, na qual se considera verificada a exceção da incompetência do tribunal em razão da matéria, pode ser proferida sem facultar às partes a possibilidade de se pronunciarem sobre essa questão, quando até então nenhuma das partes ou o tribunal a tinham colocado, debatido ou de qualquer forma a ela referido*», por violação do direito ao contraditório, ínsito na garantia do processo equitativo prevista no art. 20.º, n.º 4, da Constituição.

No entanto, tais exemplos não são significativos. Por um lado, é sabido que, ao passo que, em direito processual penal, se tem evoluído no

sentido do reforço do acusatório e das garantias, no processo civil, no qual estão em causa sobretudo direitos disponíveis, tem-se, pelo contrário, acentuado o inquisitório. Isto em relação ao primeiro Acórdão. Relativamente ao segundo, está longe de representar uma mudança na orientação jurisprudencial dominante (veja-se recente ATC 172/2016).

Vejamos agora a jurisprudência do STJ([57]), começando pelos casos em que foi considerado **não ser preciso ouvir as partes por manifesta desnecessidade**.

— STJ de 29.09.1998, 98A801. A circunstância de o tribunal apenas se poder servir dos factos articulados não significa que o julgamento do facto caiba às partes, pois pertence exclusivamente ao juiz. Decisão-surpresa a que se reporta o art. 3.º, 3 não se confunde com a suposição que as partes possam ter feito nem com a expectativa que elas possam ter acalentado quanto à decisão quer de facto quer de direito (situando-se estas dentro do permitido pela lei e que de antemão pode e deve ser conhecido como sendo possível, viável, não poderá constituir «surpresa»). A interpretação do art. 712.º não pressupõe que a Relação, antes de alterar a matéria de facto considerada provada na primeira instância, deva previamente ouvir as partes, quando estas não tenham suscitado tal questão nas suas alegações.

— STJ de 16.01.2007, Proc. 3294/06. A Relação pode decidir por uma razão de direito resultante da aplicação de uma norma legal que ainda não tinha sido considerada no processo, pois o Tribunal não está sujeito às alegações das partes no tocante à indagação, interpretação e aplicação das regras de direito. Assim, não constitui decisão-surpresa o conhecimento pela Relação da questão do esbulho violento com fundamentos jurídicos diversos e não suscitados na 1.ª instância, sem que previamente tenha sido convidada a agravante a tomar posição sobre tal questão.

— STJ de 04.03.2008, CJ/STJ, T 1: 157. Incidente de remoção da tutora da interdita estando esta no «limiar da desumanidade». Entre a não observância de um direito processual em confronto com a urgência de actuação judicial no plano substantivo, estando

([57]) Esta opção tem subjacente razões práticas, mas também a função nomofiláctica que pertence ao Supremo Tribunal de Justiça. De resto, não há neste particular grande divergência entre a jurisprudência dos tribunais superiores.

em causa direitos fundamentais da pessoa humana, não se deve colocar aquele à frente destes.

— STJ de 15.12.2011, 5622/06. Não se deve falar em surpresa quando os julgamentos, de facto ou de direito, devam ser conhecidos *como viáveis*, *como possíveis*.

— STJ de 04.06.2009, Proc. 09B0523. Pelos motivos enunciados no anterior Acórdão, não se viola o n.º 3 do art. 3.º do Código de Processo Civil, quando se decide o destino de condecorações com base nas regras próprias do direito de personalidade, não obstante as partes, na oportunidade que as alegações lhe proporcionaram — e até antes — de discutirem a questão, terem ignorado tais regras.

— STJ de 11.12.2012, Inc. 175/2002, Sumários 2012:906. Não viola o princípio do contraditório a não notificação dos requerentes para se pronunciarem sobre o desentranhamento de um requerimento se este é a consequência legal do não pagamento de taxa de justiça devida pelo requerente de acto jurisdicional.

— STJ de 04.12.2012, Inc. 850/05, Sumários 2012:872. Resultando da própria lei que, em caso de incumprimento, o tribunal deve determinar o desentranhamento da peça processual, não há aqui nenhuma questão de facto ou de direito suscitada sobre a qual o tribunal se deva pronunciar, não há nenhuma providência requerida que imponha a prévia audição da parte, não há obviamente nenhuma decisão-surpresa quando o que está previamente em causa é a simples aplicação do que está determinado na lei.

— STJ de 17.06.2014. Proc. 233/200.C2.S1. O legislador, perante os princípios gerais que enformam o nosso Código de Processo Civil, não quis aliviar as partes de usarem a diligência devida para preverem as questões que vêm a ser, ou podem vir a ser, importantes para a decisão, residindo o cerne deste problema em saber se as partes tiveram, ou não, oportunidade processual para alegar quanto àquela questão e se a questão era ou não previsível para uma parte de diligência média. O facto de o Tribunal da Relação ter considerado procedente o agravo intentado pelo Banco e ter declarado a procedência da excepção de caso julgado não constitui uma decisão-surpresa, pois esta questão já havia sido discutida no tribunal de 1.ª instância, conforme resulta dos articulados das partes e do despacho saneador.

— STJ de 11.02.2015, Proc. 607/06. Pedindo os AA o reconhecimento da propriedade sobre um muro que delimita os quintais de dois prédios confinantes, a decisão que, com fundamento no art. 1371.º, 2, CC, não equacionado pelas partes, reconhece que o muro é compropriedade de ambas as partes não deve ser sujeita a audiência prévia.

— STJ de 11.02.2015. Proc. 2384/08. Tendo os recorridos, nas suas contra-alegações, vindo a referir que o recurso era inadmissível por não ocorrer contradição de julgados e os recorrentes, em resposta, defendido a admissibilidade do recurso, o tribunal cumpriu integralmente o contraditório ao decidir não receber o recurso sem ouvir previamente as partes.

— STJ de 11.02.2015, Proc. 201/05, Sumários, 2015:73. Apenas se pode considerar que o juiz proferiu uma decisão-surpresa quando o mesmo de forma inopinada e apartado de qualquer aportamento factual ou jurídico envereda por uma solução — ainda que seja mais correcta ou adequada ao caso — que os sujeitos processuais não quiseram submeter a juízo — *i.e. por uma terceira via* —, o que não sucede quando o despacho se limita a dar resposta a uma questão suscitada pelas partes.

— STJ de 28.05.2015. Proc. 73/04, Sumários, 2015:321. O princípio da proibição das decisões-surpresa não pode ser levado tão longe que esqueça que as partes são representadas por técnicos que devem conhecer o direito e não ignorar as qualificações jurídicas que os factos são susceptíveis de integrar. Assim, a decisão do relator de não admitir o recurso de decisão interlocutória não carece de prévia audição do recorrente, precisamente devido à natureza da decisão.

— STJ de 22.02.2017, Proc. 535/09.0TMNT.L1.S1, e de 09.04.2019, Proc. 2673/12.2T2AVR.P1.S1. Estando em causa o art. 665.º, 1, não se aplica o n.º 3, que só rege para a hipótese do n.º 2 do mesmo artigo, e, não sendo a nulidade de não audição prévia questão de conhecimento oficioso, tem de ser necessariamente suscitada pela parte recorrente (ou pela parte recorrida, no caso de requerer a ampliação do âmbito do recurso), tendo a contraparte a possibilidade de se pronunciar em sede de contra-alegação (ou na sua resposta à ampliação do âmbito do recurso). Sendo assim, não se coloca nesta hipótese a necessidade de um novo

contraditório, nem se pode falar nunca em decisão-surpresa. A decisão sobre a nulidade e sobre a questão omitida insere-se, à partida, no objeto explícito do recurso, e a parte tem sempre possibilidade de se pronunciar.

— STJ de 12.07.2018. Proc. 177/15.0T8CPV.A.P1.S1. Não carece de audiência prévia a fixação pela Relação de matéria relativa à caducidade que não se encontrava elencada na decisão de 1.ª instância.
Lê-se no Acórdão que «*a decisão-surpresa que a lei pretende afastar, afoitamente, contende com a solução jurídica que as partes não tinham a obrigação de prever, para evitar que sejam confrontadas com decisões com que não poderiam contar e não com os fundamentos não expectáveis de decisões que já eram previsíveis, não se confundindo a decisão-surpresa com a suposição que as partes possam ter concebido quanto ao destino final do pleito, nem com a expectativa que possam ter realizado quanto à decisão, quer de facto, quer de direito, sendo certo que, pelo menos, de modo implícito, a poderiam ou tiveram em conta, designadamente, quando lhes foi apresentada uma versão fáctica não contrariada e que, manifestamente, não consentiria outro entendimento*».

— STJ de 08.09.2020, Proc. 602/18.9T8PTG.E1. S1. Decidindo a 1.ª instância, pela necessidade de interpelação do devedor, sem previamente ouvir as partes, tal decisão não constitui decisão-surpresa.
Só estamos perante uma decisão-surpresa quando a mesma comporta uma solução jurídica que as partes não tinham obrigação de prever, quando lhes não era exigível que a houvessem perspectivado no processo.

— STJ de 12.01.2021, Proc. 3325/17.2T8LSB.L1.S1. Só há decisão-surpresa se o juiz, de forma absolutamente inopinada e sem alicerce na matéria factual ou jurídica, enveredar por uma solução que os sujeitos processuais não tinham a obrigação de prever. Se o Recorrente ao reclamar para a conferência teve oportunidade de aduzir as razões que no seu entendimento impunham que o colectivo de juízes invertesse o sentido da decisão singular do Relator, tendo feito expressa referência ao facto de o tribunal da Relação lhe ter deferido o pedido de prazo para junção de certi-

dão do acórdão-fundamento, tornou-se dispensável dar lugar a novo contraditório antes do proferimento do acórdão, tanto mais que as partes, particularmente o Recorrente, não poderia deixar de contar com o enquadramento jurídico da questão que se impunha conhecer.

— STJ de 14.01.2021, Proc. 9919/19.4T8LSB-L1.S1. Um despacho da Relação que, por a causa pertencer ao âmbito da jurisdição administrativa e fiscal, convola o recurso e ordena a remessa dos autos para o Tribunal de Conflitos *ex* n.º 2 do art. 101.º, não carece de notificação prévia às partes, porquanto a clareza e taxatividade do texto legal obsta a que considere uma decisão-surpresa.

— STJ de 01.07.2021, Proc. 726/15.4T8PTM.E1-S1. O Tribunal da Relação ao proceder à rectificação da sentença recorrida não constitui decisão-surpresa, atentatória do princípio do contraditório, na medida em que uma tal atuação insere-se no âmbito de uma mera atividade interpretativa da sentença.

— STJ de 14.09.2021, Proc. 217/14.0TCGMR-A.S1. O indeferimento liminar pelo conselheiro relator do recurso de revisão, sem prévia audição do recorrente, não constitui decisão-surpresa proibida pelo art. 3.º, 3., que vale apenas para os casos em que a qualificação jurídica que o juiz se propõe adoptar não corresponde àquilo com que as partes, pelas posições assumidas, possam contar (cf. Acórdão do STJ de 28.05.2015, P. 73/04, Sumários, 2015, p. 321).

— STJ de 27.10.2021, Proc. 148/18.5T8VNF.G1.S1. A decisão-surpresa que a lei pretende afastar contende com a solução jurídica que as partes não tinham a obrigação de prever, para evitar que sejam confrontadas com decisões com que não poderiam contar e não com os fundamentos não expectáveis de decisões que já eram previsíveis. A consideração de circunstâncias juridicamente relevantes que afastavam as ajuizadas obrigações e da violação do princípio da boa-fé por parte da recorrente, que não foram suscitadas pela apelante e sobre as quais não lhe foi dada a possibilidade de exercer o contraditório, não consubstancia decisão-surpresa. Tal como na jurisprudência do tribunal constitucional também no supremo encontramos acórdãos em que se entendeu ser preciso ouvir previamente as partes antes de proferida a decisão. São,

porém, casos amplamente minoritários que só confirmam o carácter dominante dos restantes.

6. Notas críticas sobre a jurisprudência

A jurisprudência dominante e quase pacífica do STJ não está longe dos pronunciamentos do tribunal constitucional quando sustentou que só é de exigir a audiência «prévia», quando se tratar de pronúncias **insólitas** ou **imprevisíveis**, nem da redacção de 95 do art. 3.º, 3, que afastava o contraditório prévio quando as partes, agindo com a **diligência devida,** pudessem prever e antecipar a decisão do juiz, como se esta expressão não tivesse sido substituída, *et pour cause*, logo em 96, por **manifesta desnecessidade.**

Na realidade, pretendeu-se com essa modificação aliviar as partes do encargo de procurarem antecipar as questões que vêm a ser ou podem vir a ser importantes para a decisão que virá a ser tomada.

A possibilidade de as partes se defenderem de uma questão de conhecimento oficioso do juiz é uma **utopia** e um **absurdo**:

«*a*) *uma utopia, porquanto nem todas as questões de conhecimento oficioso resultam do material do processo, especialmente no caso de um diverso delineamento em direito da controvérsia com a eventual implicação de factos diversos não alegados e provados pelas partes; a parte deveria gozar de faculdades divinatórias, para poder antecipar na própria cabeça o raciocínio que fará o juiz e assim poder correctamente defender-se;*

b) *um absurdo, porquanto o princípio da autorresponsabilidade não pode transmutar-se em princípio de autolesionismo: por que motivo a parte, ainda que consciente da questão, deverá dar-lhe atenção e discussão, se é contrária aos próprios interesses?*»([58]).

Por outro lado, também não parece que seja correcta uma interpretação restritiva, de modo a isentar da obrigação legal as decisões de *puro direito*, de mera interpretação da lei.

([58]) Dino Buoncristiani, "Il principio del contraddittorio nel rapporto tra parti e giudice", *Judicium.it*.

Na verdade, raramente as questões podem ser qualificadas de puro direito atendendo a que na maior parte dos casos não se trata só da interpretação da regra mas também e sobretudo da sua aplicação.

A forte conexão entre questões de direito e questões de facto que se influenciam umas às outras «segundo o movimento circular e progressivo do procedimento decisório» impõe que se interprete o art. 3.º, 3, numa perspectiva dinâmica e aberta([59]).

Analisando as várias posições da jurisprudência e da doutrina acima referidas fica-se com a impressão de que se confundem não poucas vezes os planos e as figuras processuais (cf. v.g. STJ de 16.01.2007, Proc. 3294/06).

Muitas vezes se invoca o princípio *iura novit curia* para fundar a dispensa *ex ante* do contraditório. Se o direito pertence ao juiz, para quê envolver nele as partes?

Não me parece que isto faça grande sentido. Sem dúvida que o juiz é livre de, em plena independência, individualizar a norma geral e abstracta aplicável ao caso. Porém, os arts. 3.º, 3 e 5.º, 5 devem ser cuidadosamente distinguidos. Este último preceito, delimita a extensão dos poderes do juiz; o primeiro, visa definir a atitude processual que o juiz deve adoptar quando cumpra o dever de observar ele mesmo o contraditório. Ou dito de outro modo: o art. 3.º, 3 constitui, em princípio, um limite externo ao princípio *iura novit*.

Dois outros limites, esses intrínsecos, são constituídos pelos factos essenciais principais, cuja introdução no processo ou alteração dos alegados estão vedadas ao juiz, e pela *identificação do objecto de litígio* [arts. 591.º, 1, *f*)], levada a efeito após debate com as partes.

Esta identificação, antecipando o enquadramento jurídico da lide, há-de delimitar as questões a decidir e, consequentemente, de servir de critério para individualizar como decisão-surpresa aquela que não se atenha aos termos e questões que integram aquela identificação.

Note-se, no entanto, que do cumprimento do dever de actuação do contraditório não resulta entrar-se na esfera da codecisão. O juiz pode sempre afastar-se racionalmente do resultado da consulta e seguir uma tese diferente da que foi equacionada pelas partes.

O que não quer dizer que o direito pertença ao juiz. Como referem Jacques Héron e Thierry Le Bars: *«le droit est un bien commun à tous les membres de la société et le juge ne peut se l`approprier»*([60]).

([59]) Cinzia Gamba, *op. cit.*, 300, ss.

([60]) Jacques Héron/Thierry Le Bars, *Droit judiciaire privé*, 3.ª édition, Montchrestien, Paris, 2006, 230.

A ideia de uma estrutura constituída por um poder «arquitrave» limitado por duas colunas marmóreas que bloqueiam aquela arquitrave foi de resto posta em crise pelo trabalho de Cinzia Gamba que concluiu que a actuação do contraditório não constitui qualquer limite ao poder do juiz em matéria de direito, mas uma correcta modalidade do exercício desse poder.

Um segundo aspecto, sobre o qual importa reflectir, tem que ver com o balanceamento entre o contraditório e o prazo razoável, ambos valores de um processo equitativo.

Ao contrário da reforma de 95/96, que erigiu em princípio basilar a cooperação processual, a reforma de 2013, elaborada por causa do Memorando da Troyka, *«teve como fio condutor mais evidente (...) o de pretender acelerar os ritmos processuais»*(61).

Portanto, quando se argumenta que *«num balanceamento entre a realização do contraditório e as necessidades da celeridade processual na administração da justiça, pode justificar-se a restrição do contraditório quando a realização deste, em função da natureza da questão, da simplicidade da mesma, ou da evidência da sua resolução, possa redundar em forte afectação daquelas necessidades»*, dá-se mostras de se estar mais imbuído do espírito da Troyka do que do espírito das garantias inerentes a um Estado liberal de direito.

Os princípios da celeridade processual e do prazo razoável são hoje uma referência constante na exegese das normas processuais. Mas estes princípios não devem eludir outras normas processuais destinadas a realizar outros valores tanto ou mais importantes e que constituem a substância do processo equitativo: o direito de defesa, o direito do contraditório, o direito das partes serem colocadas em posição de poderem discutir, em condições de igualdade e de forma completa, ao longo de todo processo, todas as questões que lhes respeitem.

Acresce que a celeridade que o processo ganha, evitando-se submeter às partes as questões oficiosas, mesmo quando possa parecer que com isso se poupa um inútil formalismo, acaba por perder-se com o recurso interposto da decisão, por *error in procedendo*. Ou então por obrigar as partes, a quem se atribui uma tarefa que não podem cumprir, na antecipação impossível da decisão do juiz, a levantarem as questões que lhes ocorram poderem ser equacionadas pelo tribunal, com a consequência de prolongarem ainda mais o procedimento. Para levar a bom porto e com razoável

---

(61) Elizabeth Fernandez, *Um Novo Código de Processo Civil? Em busca das diferenças*, Vida Económica, Porto, 2014, 9.

celeridade o processo, sem passar por cima do poder/dever de actuar o contraditório, o juiz deve desde cedo seguir e estudar cuidadosamente o processo, para poder tempestivamente individualizar as questões de direito e de facto que entenda oportuno e necessário sujeitar ao contraste dialéctico entre as partes.

Convém igualmente ter o cuidado de não confundir o contraditório com a cooperação, figuras que se encontram em planos diferentes. Realmente, como explica, Luigi Paolo Comoglio, o princípio do contraditório nada tem tecnicamente que ver com o princípio da cooperação, porquanto se inspiram em valores diferentes (direito de defesa, igualdade de armas, eficácia na reconstrução dos factos e correcção na diagnose *in jure* contra *lealdade, probidade, boa fé*)(62).

Viu-se acima que Miguel Teixeira de Sousa sugeriu que o contraditório se unificasse com o princípio da cooperação, como se ambos os princípios pudessem convergir como expressão de um mesmo valor essencial, mas tal proposta não foi aceite. E, na verdade, é incontestável que se pode perfeitamente dialogar ou discutir sem cooperar na suposta obra comum da justa composição do litígio.

Nos acórdãos do Supremo encontra-se reiteradamente afirmado que «mais do que uma discussão dialéctica entre as partes, está agora aberto o caminho para que estas "influenciem directamente" a decisão. Mas a mais a nossa lei não chega, pois a estrutura do nosso processo civil não prevê que o tribunal "discuta" com as partes o que quer que seja».

Si licet, parece-me que por mais respeitável que seja esta posição, a mesma não é consentânea com o regime positivo [cf. art. 591.º, 1, *c*)], nem com uma modalidade democrática de exercício do poder jurisdicional.

Habermas distingue as acções sociais em *acções estragégicas* e *acções comunicativas*, consoante estão orientadas para o êxito ou para o entendimento(63). *«A uma acção orientada para o êxito chamamos estratégica quando a consideramos sob o aspecto da observância de regras de eleição racional e avaliamos o seu grau de influência sobre as decisões de um opositor racional»; «falo, ao invés, de acções comunicativas quando os planos de acção dos autores implicados não se coordenam através de cálculo egocêntrico de resultados, mas mediante actos de entendimento»*(64).

---

(62) Edoardo F. Ricci, "La sentenza «della terza via» e il contraddittorio" e Luigi Paolo Comoglio, "«Terza via» e processo «giusto»", *Rivista di Diritto Processuale*, 2006, 750 e 759, respectivamente.

(63) Jürgen Habermas, *Teoría de la acción comunicativa*, I, Taurus, Madrir, 1998, 366, ss.

(64) *Ibidem*, 367.

É este agir estratégico que caracteriza autor e réu no processo, enquanto ambos manipulam instrumentos de ataque e defesa tendo em vista um resultado a cada um deles favorável.

Quanto ao juiz, que não é adversário de ninguém, é suposto que tenha um agir comunicativo, procurando, no cumprimento do seu dever de transparência em relação às suas próprias posições, *«dirigir as contraposições de modo funcional, com o objectivo de orientar racionalmente as contraposições, atenuando os efeitos da estratégia e fazendo emergir argumentos melhores e mais completos no contexto processual»*(65). A actuação do contraditório não deve ser encarada como uma mera formalidade que se cumpre por mera imposição da lei, sem resultados práticos, mas como um acremento com função propulsiva do processo, *«enquanto amplia o complexo quadro das opções que podem fundar as diferentes hipóteses interpretativas hipoteticamente praticáveis pelo juiz em sede de decisão, colocando as premissas para que a escolha final seja qualitativamente melhor do que a que seria feita na ausência de actuação do contraditório»*(66).

Acresce que as escolhas interpretativas do Supremo contrariam algumas vezes as orientações jurisprudenciais adoptadas pelo Tribunal europeu dos direitos do homem em matéria de processo equitativo. Na verdade, este Tribunal tem sustentando que, também em matéria civil, «*o juiz deve respeitar o princípio do contraditório e dar às partes a possibilidade de conhecer e* ***discutir todas as questões fundamentais*** *para o resultado do procedimento, em particular quando rejeita um recurso de cassação e põe fim a uma causa na base de uma questão de conhecimento oficioso»*(67).

Finalmente, convém responder à acusação de ser formalista a tese garantista aqui defendida. Foi esta uma das principais críticas dirigidas à proibição das decisões de *terza via*, em Itália, onde esta questão inovadora também se colocou e foi afrontada pela comunidade jurídica com o habitual vigor.

---

(65) Cinzia Gamba, *op. cit.*, 202.

(66) Cinzia Gamba, *op. cit.*, 139. Esta autora insiste na ideia de que a correcta actuação do contraditório, além das tradicionais funções de limite dos poderes do juiz e de tutela dos direito de defesa das partes, também tem a função de contribuir para uma correcta construção das premissas da decisão: «a activação do contraditório sobre as questões interpretativas não encaradas pelas partes permite à peculiaridade do caso e dos factos que o constituem "interrogar" de modo correcto e incisivo o ordenamento jurídico, mantendo elástica a polissemia dos textos normativos e acentuando em sentido positivo, o carácter orientador do "facto" a respeito da evolução do direito», *ibidem*, 178.

(67) Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, 11 de Dezembro de 2007, Drassich c. Italia, recurso n.º 25575/04.

Sergio Chiarloni saiu em defesa do substancialismo, insurgindo-se contra o que chamou de «**involução formalística da cultura das garantias**», *«graças à qual as garantias constitucionais são vistas e celebradas por si mesmas, com indiferença soberana ao contexto e aos fins»*(68).

Não posso aqui desenvolver este ponto de vista. Farei notar apenas que a correcção processual não se esgota na justiça do resultado sendo relevante, e muito, o meio como a esse resultado se chega. Por isso, o respeito pela forma, amiga da liberdade, na frase conhecida de Ihering, é tão importante. Ora, o caminho para uma decisão final justa passa forçosamente pelo cumprimento do contraditório na sua vertente mais forte. Como lembra Francesco Luíso, na obra citada em epígrafe, se se devesse concluir que o juiz decide igualmente bem sem o contributo das partes, o princípio do contraditório não teria sentido e, no nosso ordenamento, melhor seria revogar a primeira parte do n.º 1 do art. 24.º da Constituição, na parte em que assegura, a todos, o acesso aos tribunais para defesa dos seus direitos e interesses legalmente protegidos.

Direi mais: cada vez que o juiz abandona a estrada traçada pelas partes e segue o seu próprio caminho, arrisca-se a chegar a uma solução mais favorável a uma do que a outra parte e a deitar por terra a sua **imparcialidade**. A única via para legitimar esta «terceira via» é chamar as partes e partilhá-la com elas.

7. Casuística

O que deve entender-se por **manifesta desnecessidade (**de convocar o contraditório) constitui-se como o *punctum crucis* da questão que só a práxis pode ajudar a desbravar e esclarecer.

As decisões judiciais de conhecimento oficioso não estão disciplinadas por nenhuma norma geral, processual ou substantiva, nem delimitadas por recurso a categorias precisas e concretas. Há sim regras singulares, como a dos arts. 5.º, 2, 6.º, 2, 196.º, 578.º e 579.º CPC e 286.º e 333.º, 1, CC que expressamente prevêem hipóteses de conhecimento oficioso do juiz e outras que expressamente vedam esse conhecimento, como nos arts. 287.º, 303.º, 333.º, 2, e 1292.º do CC. Noutras hipóteses ainda, colocam-se ao intérprete dúvidas fundadas sobre se o conhecimento de certa

---

(68) Sergio Chiarloni, "Questioni rilevabili d´ufficio, diritto di difesa e «formalismo delle garanzie»", *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 1987, 570.

questão está dependente da arguição do seu titular, com conhecimento não oficioso ou oficioso pelo tribunal. Estou a referir-me às chamadas **excepções materiais**([69]), cuja identificação, classificação e regime de arguição não suscitam consenso (ver, entre outras, as excepções de não cumprimento dos contratos e do direito de retenção).

Neste quadro, exigir às partes que prevejam qual o caminho que o juiz vai seguir e antevejam qual a decisão que irá proferir é exigir delas um verdadeiro exercício de adivinhação, incompatível com as exigências de um processo justo e leal.

Uma vez que as questões que o juiz pode relevar por iniciativa própria não têm conteúdo homogéneo nem são reconduzíveis a um parâmetro unitário, há que fugir à tentação de identificar questões *standard* e de individualizar as situações que constituem casos de manifesta desnecessidade de contraditório prévio com recurso a fórmulas rígidas e pré-constituídas.

Torna-se por isso mais útil saber quais as hipóteses que a jurisprudência tem considerado poderem constituir decisões-surpresa. De entre elas, podem referir-se as seguintes:

a) conhecimento oficioso da nulidade de um contrato, não arguida pela parte;

b) condenação oficiosa por litigância de má fé;

c) tendo o despacho preliminar do relator natureza provisória, pode e deve a conferência mandar ouvir as partes sobre a eventualidade de rejeitar o recurso por inobservância do disposto no art. 690.º-A CPC ou então convidar a conformar-se com essa norma, sob pena de rejeição do recurso — STJ de 14.03.2002, Proc. 02A1353; a falta de prolação de um tal despacho-convite traduz nulidade tornando prematuro a rejeição do recurso;

d) conhecimento oficioso da nulidade do trespasse não arguida nem alegada pelas partes — STJ de 01.02.2011, Proc. 6845/07.3 TBMTS.P1.S1;

e) impor-se-ia, ao invés de rejeição liminar do recurso para uniformização da jurisprudência por falta de junção de certidão de acórdão em contradição com o acórdão recorrido, convidar o recorrente a juntar aquela cópia, por força do princípio da coo-

---

([69]) Por todos, sobre esta categoria, Luís Carvalho Fernandes, "Breves notas sobre a excepção material", *Direito e Justiça, 1* (especial), 475-496 e bibliografia aí citada.

peração a que alude o art. 7.º do NCPC- STJ de 21.10.2014, Proc. P1.S1-A;

f) tendo o tribunal da 1.ª instância, e também a Relação, gerado na recorrente a confiança no aproveitamento de umas anteriores alegações de recurso, viola a proibição da decisão-surpresa não conhecer do recurso por falta de alegações —, STJ de 02.05. 2019, Proc. 10066/15.3T8CBR.C1.S2;

g) cancelamento da inscrição das hipotecas registadas a favor de uma interessada, à revelia desta — STJ de 06.07.2021, Proc. 1193/07.1.TBBNV.E1.S1.

A lei não especifica minimamente qual o objecto sobre o qual deve haver lugar a prévia actuação do contraditório, nem estabelece em que se traduz a *possibilidade de as partes se pronunciarem* sobre as questões a elas sujeitas.

Por certo que não basta que o juiz comunique às partes a sua intenção de conhecer determinada questão. Nem que, por exemplo, no caso de litigância de má fé, notifique a contestação na qual é formulado o pedido de condenação por má fé (RE, decisão singular de 14.12.2012, Proc. 731/ /0907TBPTG.E1). O Acórdão RP de 02.03.2015, Proc. 39/13.6TBRSD.P1 explica que «*uma decisão judicial que convida as partes a, querendo, pronunciar-se, para pretensamente evitar a prolação de uma decisão-surpresa, tem que identificar minimamente a matéria que é passível de integrar essa "surpresa", sob pena de grosseira violação do princípio do contraditório*».

Por outro lado, ainda que, em tese, se possa dizer que o respeito integral pelo princípio do contraditório implica que se consinta que as partes desenvolvam amplamente a sua defesa perante novas questões, suscitadas de ofício, anteriormente não sujeitas a confronto dialéctico, parece-me que, os termos vagos e genéricos com que está redigida a locução do art. 3.º, 3, não permitem abrigar a faculdade de as partes, depois de notificadas, deduzirem novos factos e novos meios de prova, nem, por exemplo, alegarem novas excepções ou modificarem os pedidos formulados([70]). De

([70]) Uma hipótese interessante resultante da minha experiência: foram deduzidos embargos; o juiz convidou o embargante a pronunciar-se sobre a tempestividade dos embargos; o embargante respondeu e alegou factos tendentes a demonstrar a tempestividade da oposição; o juiz proferiu despacho liminar a indeferir os embargos por terem sido apresentados fora do prazo, sem se pronunciar sobre os novos factos introduzidos pelo executado; o embargante recorreu, arguindo a nulidade do despacho por omissão de pronúncia. Sobre as posições divergentes quanto à necessidade da audição prévia da parte relativamente ao despacho de indeferimento liminar, Ac. RC de 27.02.2018, Proc. 5500/ /17.0T8CBR.C1

qualquer modo, caberá à jurisprudência concretizar os pressupostos e condições da actuação correcta do tribunal.

8. Valor negativo da falta de actuação do contraditório pelo juiz

Um dos temas mais debatidos sobre as decisões-surpresa, tanto no processo civil como no administrativo, é o das consequências da violação por parte do juiz do dever de provocar o contraditório.

No debate parlamentar da Proposta de Lei n.º 113/XII, o PCP propôs que o art. 3.º, 3 tivesse a seguinte redacção: *O juiz deve observar e fazer cumprir, ao longo de todo o processo, o princípio do contraditório, não lhe sendo lícito*, **sob pena de nulidade,** *salvo casos de manifesta desnecessidade, decidir questões de direito ou de facto, mesmo que de conhecimento oficioso, sem que as partes tenham tido a possibilidade de sobre elas se pronunciarem.*

Esta proposta não foi aceite, e é pena. Talvez assim se evitasse, pelo menos em parte, a diversidade de opiniões que a partir da redacção final do preceito têm surgido a respeito do valor negativo ligado à falta de respeito pelo contraditório por banda do juiz e os inconvenientes práticos de uma jurisprudência dividida e incerta(71).

Os nossos tribunais encontram-se profundamente divididos a respeito daquele valor negativo: nulidade processual ou nulidade da sentença? nulidade autónoma ou derivada?

9. Nulidade processual ou da sentença? Reclamação ou recurso?

Três são as correntes que podemos identificar na jurisprudência sobre a natureza e regime de arguição da nulidade consistente na falta de actuação do contraditório prévio a uma decisão.

---

(71) Em Itália só com a chamada mini-reforma introduzida pela lei 18 de junho de 2009, foram sancionadas com nulidade as sentenças de terceira via, através da introdução de um segundo parágrafo no art. 101.º CPC. O legislador teve justamente a intenção de pôr fim à questão da validade/invalidade das decisões de «terza via» e à «desorientação jurisprudencial» sobre o art. 183.º, §4.

Uma primeira corrente entende que se trata de uma nulidade processual, cujo remédio reside, não na reclamação para o juiz, mas na interposição de recurso; uma outra que se trata de uma nulidade da sentença por excesso de pronúncia, igualmente impugnável por via recursiva; uma terceira corrente defende que estamos ao invés perante uma nulidade procedimental, sujeita ao regime geral dos arts. 195.º e 199.º.

Antes de vermos em que se traduz cada uma das correntes, importa sublinhar que para o código existem duas categorias de nulidades: as **nulidades dos actos** e as **nulidades do procedimento**.

De nulidade dos actos se fala na epígrafe da Secção respectiva, e também aos actos textualmente são referidas as regras gerais contidas nos arts. 195.º e 199.º, para além da dos arts. 197.º, 1, e 202.º. E também nos arts. 191.º e 192.º se faz menção à nulidade de um acto em particular: a nulidade da citação.

Já nos arts. 186.º, 1, 187.º, 193.º, 1 e 2, e 195.º, 2, encontra-se assinalada uma outra manifestação do fenómeno da nulidade, que radica na estrutura do processo, e que consiste na repercussão ou extensão da nulidade de acto em acto ou de omissão em acto e na relação de dependência que entre eles se estabelece (ou não) no desenvolvimento do processo.

Há nulidade do acto quando a este faltam os requisitos formais (forma-conteúdo do acto) legalmente exigidos para a perfeição do mesmo acto, mas também quando os actos estão afectados por vícios localizados não no acto singularmente considerado, mas nas circunstâncias que o envolvem (de tempo, de lugar, de comunicação, etc.)([72]).

Assim, por exemplo, será nulo por afectado de um vício não formal, uma inspecção pericial não previamente comunicada a ambos os mandatários ou uma inspecção ao local realizada com violação do art. 491.º.

Distinta é a nulidade do procedimento. Falta no código uma definição deste tipo de nulidade, além dos acenos acima referidos. Daí que caiba à doutrina o papel de construção dogmática da figura.

Sergio La China individualiza, para o que aqui nos interessa, uma hipótese-base consistente na **nulidade gerada em vícios não localizados em nenhum acto em particular**, o que pode ocorrer em duas situações-tipo: processo conduzido por juiz em posição jurídica viciada; processo com efeitos produzidos e que não se deviam ter produzido, pela existência de uma causa obstativa geral.

([72]) Sergio La China, *Diritto…*, *op. cit.*, 740, ss.

De entre estes últimos casos, pode destacar-se a hipótese de dever ter sido integrado o contraditório, e de o não ter sido. Neste caso, «*se a violação da razão obstativa geral à abertura ou continuação do procedimento é apreciada e pronunciada, nulla quaestio: a cadeia da nulidade cessa com a providência ou decisão que a reconhece; mas se isto não acontece, e a violação não apreciada da razão obstativa continua subterraneamente a ser perpetrada, todo o procedimento, até ao seu acto final compreendido, estará viciado de nulidade*»([73]).

Isto dito, vejamos agora qual a posição de cada uma das correntes jurisprudenciais em presença.

A primeira, é corrente consolidada na jurisdição administrativa e fiscal e encontra-se acolhida também em alguns acórdãos da jurisdição comum (v.g. Acs. STJ de 17.01.2007, Proc.06S2333, e de 30.06.2011, Proc. 527/05.8TBVNO.C1.S1 e ARL de 22.10.2020, Proc. 2648/17.5T8ALM.L1-6).

No acórdão do Supremo Tribunal Administrativo, de 9 de Abril de 1997, proferido no processo com o n.º 21.070, publicado no *Apêndice ao Diário da República*, de 9 de Outubro de 2000, afirma-se que «*a nulidade acabou por ficar implicitamente coberta ou sancionada pela sentença, dado que a nulidade cometida se situa a seu montante e o dever omitido se encontra funcionalizado à sua prolacção*».

Esta doutrina foi adoptada por sucessivos acórdãos do Supremo Tribunal Administrativo, como resulta do acórdão de 6 de julho de 2011 do Pleno da 2.ª Secção, e da jurisprudência aí citada([74]).

Estava em causa nesse aresto o proferimento de uma sentença logo após a apresentação da contestação pela Fazenda Pública e emissão de parecer pelo Ministério Público, sem que ao reclamante tivesse sido dada a oportunidade de se pronunciar sobre o conteúdo da contestação e teor do parecer do Ministério Público, e sem que tivesse tido, entretanto, qualquer intervenção no processo.

O tribunal defendeu que *«tal nulidade pode ser suscitada no recurso interposto da sentença, pois que embora as nulidades secundárias em que o tribunal haja porventura incorrido só possam ser, em princípio, conhecidas mediante reclamação, a deduzir no prazo geral de 10 dias previsto art. 153.º do CPC, o certo é que, por força do n.º 1 do art. 205.º do mesmo Código, esse prazo tem de ser contado do conhecimento da nulidade pelo*

([73]) *Ibidem*, 760.

([74]) De entre os menos recentes, Acs. STA de 9/04/97, Rec. 21.190, de 11/03/98, Rec. 21.050, de 30/04/98 Rec. 43.707, de 3/02/99, Rec. 21.660 e de 15/09/99, Rec. 45.312.

interessado. E, no caso vertente, face à sucessão processual acima exposta, o prazo para arguição da nulidade não se tinha ainda iniciado quando foi proferida a decisão recorrida — por falta de conhecimento, pelo interessado, da irregularidade alegadamente cometida — a qual, desse modo, dá cobertura à referida nulidade.

Aliás, a irregularidade cometida só se consumou verdadeiramente com a pronúncia da decisão judicial, pois como se deixou devidamente explicitado no acórdão desta Secção e Tribunal proferido em 9/04/1997, no recurso n.º 21070, «a nulidade acabou por ficar implicitamente coberta ou sancionada pela sentença, dado que a nulidade cometida se situa a seu montante e o dever omitido se encontra funcionalizado à sua prolação, pelo que tal nulidade processual se tornou também vício formal da sentença que lhe deu cobertura».

A jurisdição administrativa nunca se afastou deste entendimento, como resulta, entre outros, do Ac. STA de 16.09.2020, Proc. 01762/13. 0BEBRG, no qual se lê que *«as nulidades do processo que sejam susceptíveis de influir no exame e decisão da causa e forem conhecidas apenas com a notificação da sentença, têm o mesmo regime das nulidades desta (art. 615.º, do CPC) e devem ser arguidas em recurso desta interposto, quando admissível, que não em reclamação perante o tribunal o Tribunal a quo»*.

Para a compreensão da segunda corrente importa dizer que se encontra estreitamente ligada ao trabalho doutrinário de Miguel Teixeira de Sousa.

Este autor mostra ser um entusiasta da ideia de cooperação processual e entende que a matéria do art. 3.º, 3 não respeita à observância do contraditório, mas sim à vertente de *consulta* daquele princípio. Sustenta que a violação daquele princípio na dita vertente, ao se decidir de modo surpreendente para a parte, consubstancia nulidade da sentença, por excesso de pronúncia [art. 615.º, 1, *d*)].

Prova da influência das ideias de Teixeira de Sousa na jurisprudência é o recente Ac. STJ de 13.10.2020, Proc. 392/14.4T8CHV-A.G1.S1, cuja motivação é um repositório das teses do autor, desenvolvidas no Blog do IPPC.

Diz-se aí: *«Assim, e como se dá nota no acórdão do STJ de 23.6. 2016, proc. n.º 1937/15.8T8BCL.S1, em <www.dgsi.pt>: no escrito datado de 10.5.2014, no referido Blog, em comentário ao Ac.R. de Évora, de 10.4.2014, o referido processualista observou que ainda que a falta de audição prévia constitua uma nulidade processual, por violação do princípio do contraditório, essa «nulidade processual é consumida por uma nulidade da sentença por excesso de pronúncia [art. 615.º, n.º 1, al. d), do NCPC], dado que sem a prévia audição das partes o tribunal não pode conhecer do fundamento que utilizou na sua decisão»*. Também em escrito

datado de 23.3.2015, em comentário ao Ac. da R. do Porto, de 2.3.2015, concluiu que *«o proferimento de uma decisão-surpresa é um vício que afecta esta decisão (e não um vício de procedimento e, portanto, no sentido mais comum da expressão, uma nulidade processual)»*; como aí se refere, até esse momento, *«não há nenhum vício processual contra o qual a parte possa reagir»*, e que *«o vício que afecta uma decisão-surpresa é um vício que respeita ao conteúdo da decisão proferida; a decisão só é surpreendente porque se pronuncia sobre algo de que não podia conhecer antes de ouvir as partes sobre a matéria»*.

Ainda no escrito de 20.5.2020, em comentário a acórdão da Relação do Porto, apreciou assim: "*O vício decorrente da falta da audição prévia das partes é — como é indiscutível e indiscutido — o proferimento de uma decisão-surpresa*; *há, assim, uma decisão-surpresa, mas não uma "nulidade-surpresa"*([75]); *basta este aspecto linguístico para justificar que o vício não é a nulidade processual, mas antes a decisão-surpresa; esta expressão indicia um desvalor da decisão, pelo que não é compreensível desconhecer este desvalor e recorrer ao da nulidade processual (e menos ainda pretender duplicar o desvalor da decisão-surpresa com o da nulidade processual); acresce que o CPC trata diferentemente as nulidades processuais (arts. 186.º e ss.) e as nulidades da decisão (arts. 615.º, 666.º, n.º 1, e 685.º), pelo que fica por justificar como é que, contra a sistemática do CPC, uma decisão viciada é uma nulidade processual; — O objecto do recurso é (sempre) uma decisão (não pode ser outra coisa); há uma decisão recorrida, mas não uma "nulidade recorrida"; logo, o objecto do recurso é a decisão-surpresa, o que significa que o recorrente tem de fundamentar a interposição do recurso num vício dessa decisão; em concreto, a decisão-surpresa é uma decisão nula por excesso de pronúncia, dado que conhece de matéria que, perante a omissão da audição das partes, não podia conhecer [arts. 615.º, n.º 1, al. d), 666.º, n.º 1, e 685.º CPC]"*.

Por último, no escrito de 22.9.2020 do mesmo Blog, escreveu: "(…) *A audição prévia das partes é um pressuposto ou uma condição para que a decisão não seja considerada uma decisão-surpresa. Quer dizer: a decisão-surpresa é um vício único e próprio: a decisão é uma decisão-surpresa quando tenha sido omitida a audição prévia das partes. Noutros termos: há um vício (que é a decisão-surpresa), e não dois vícios independentes (a omissão da audiência prévia das partes e a decisão-surpresa). Em concreto: há um vício processual que é consequência da omissão de um acto. Se*

([75]) Esta expressão é ambígua porquanto serve também para designar o conhecimento oficioso-surpresa de uma nulidade relativa.

assim é, claro que o que há que considerar é o vício em si mesmo (a decisão-surpresa), e não separadamente a causa do vício e o vício. Em parte alguma do direito processual ou do direito substantivo se considera a causa do vício e o vício como duas realidades distintas. A única distinção que é possível fazer é ontológica: é a distinção entre a causa e a consequência. Dado que a decisão-surpresa corresponde a um único vício e porque este nada tem a ver com a decisão como trâmite, o vício de que padece a decisão-surpresa só pode ser um vício que respeita à decisão como acto. Em concreto, a decisão-surpresa é uma decisão nula por excesso de pronúncia [art. 615.º, n.º 1, al. d), CPC], dado que se pronuncia sobre uma questão sobre a qual, sem a audição prévia das partes, não se pode pronunciar".

Portanto, seja qual for a perspectiva que se adopte — a consunção da nulidade processual pela nulidade da decisão por excesso de pronúncia — ou a consideração de apenas um vício, o da decisão, será sempre este último que deverá ser atacado».

Noutra ocasião, sob o título — **Por que se teima em qualificar a decisão-surpresa como uma nulidade processual?** — Teixeira de Sousa voltou ao tema acrescentando mais um argumento: *o da incompetência funcional do segundo grau para conhecer de eventual reclamação*.

Esta posição foi, e continua a ser, seguida em inúmeros arestos, designadamente nos recentes Acs. da RE de 23.09.2021, Proc. 1502/20.8 T8PTM.E1, da RG de 25.03.2021, Proc. 2935/11.6T13BCL.G1, da RL de 04.11.2021, Proc. 344/20.5T8vFX.L1-2 e da RP de 22.06.2021, Proc. 1431/ /20.5T8PVZ.P1 e ainda, entre outros, nos Acs. STJ de 23.06.2016, Proc. 1937/ /15.8TBCL.S1 e de 16.12.2021, Proc. 4260/15.4TSFNC-E.L1.S1.

Por fim, uma terceira corrente, defende que, *porquanto a omissão da audição das partes (salvo no caso de falta de citação) não constitui nulidade de que o tribunal conhece oficiosamente, a eventual nulidade daí decorrente tem que ser invocada pelo interessado no prazo de 10 dias após a respectiva intervenção em algum acto praticado no processo*. Trata-se de uma **nulidade processual atípica**, ou **secundária**, que se integra na previsão do n.º 1 do art. 195.º As nulidades processuais devem, em princípio, ser arguidas perante o tribunal onde se alega terem sido cometidas, só cabendo ao Tribunal de recurso conhecê-las, em regra, no recurso que for interposto do despacho que as aprecie. Com efeito, ao segundo grau não compete [competência funcional] decidir em 1.ª instância de nulidade processual cometida no Tribunal *a quo,* excepto (além do caso previsto no art. 199.º, 3) se se tratar de **nulidade de conhecimento oficioso que não deva considerar-se sanada**. Resulta, deste enquadramento, que **quando a nulidade só é arguida em sede recursiva, para além do**

decêndio legal, contado a partir do conhecimento da decisão-surpresa, essa nulidade já se encontra sanada e não deve ser atendida.

Esta a posição que consta, entre outros, dos Acs, do STJ de 13.01.2005, Proc. 04B4031 e dos Acs. RE de 01.04.2004, Proc. 2737/03-2, RG de 24.10.2019, Proc. 80/18.2T8TMC.E.G1, RC de 03.05.2021, Proc. 1259/20.9T8VIS.C1, RL de 11.12.2014, Proc. 116/13.3YXLSB.L1-2, e RP de 06.06.2006, Proc. 0622702.

10. As três respostas da jurisprudência à prova

É sistematicamente afirmado nos Acórdãos que se debruçam sobre as decisões solipsísticas dos juízes, o seguinte postulado: «**dos despachos recorre-se, contra as nulidades reclama-se**».

O que significa esta máxima? Significa: *«a arguição da nulidade só é admissível quando a infracção processual não está ao abrigo de qualquer despacho judicial; se há um despacho a ordenar ou autorizar a prática ou a omissão do acto ou formalidade, o meio próprio para reagir, contra a ilegalidade que se tenha cometido, não é a arguição ou reclamação por nulidade, é a impugnação do respectivo despacho pela interposição do recurso competente»*(76).

Justificar esta construção não é tarefa difícil. Como explica Alberto dos Reis, «*desde que um despacho tenha mandado praticar determinado acto, por exemplo, se porventura a lei não admite a prática desse acto é fora de dúvida que a infracção cometida foi efeito do despacho; por outras palavras, estamos em presença dum despacho ilegal, dum despacho que ofendeu a lei de processo. Portanto a reacção contra a ilegalidade traduz-se num ataque ao despacho que a autorizou ou ordenou; ora o meio idóneo para atacar ou impugnar despachos ilegais é a interposição do respectivo recurso (art. 677.º, hoje art. 676.º).*

Se, em vez de se recorrer do despacho, se reclamasse contra a nulidade, ir-se-ia pedir ao juiz que alterasse ou revogasse o seu próprio despacho, o que é contrário ao princípio de que, proferida a decisão, fica esgotado o poder jurisdicional de quem decidiu (art. 666.º)»(77).

---

(76) José Alberto dos Reis, *Comentário…2.º*, *op. cit.*, 507. Em igual sentido, Manuel A. Domingues Andrade, *Noções Elementares de Processo Civil*, Coimbra Editora, Coimbra, 1979, 183, Anselmo de Castro, *Direito Processual Civil Declaratório*, Vol. III, Almedina, Coimbra, 1981, 134 e Antunes Varela, *et alii*, *Manual de Processo Civil*, Coimbra Editora, Coimbra, 1985, 393.

(77) *Op. cit.*, 507/508.

O professor de Coimbra equacionava também uma outra hipótese, menos simples, *«os casos em que por trás da irregularidade cometida está um despacho, mas este não contém uma pronúncia expressa sobre a irregularidade»*([78]). Nestas hipóteses devia interpor-se recurso ou reclamar?

Alberto dos Reis entende que ao lado do julgamento *expresso* deve pôr-se o julgamento *implícito*: *«a decisão não vale somente pela vontade declarada que nela se contém, vale também pelos pressupostos tacitamente resolvidos»*([79]).

Assim sendo, a resposta àquele quesito terá de ser esta: *«deve agravar-se se for de admitir que o despacho contenha resolução implícita sobre o facto que serve fundamento ao recurso; deve reclamar-se contra a nulidade no caso contrário»*([80]).

O professor de Coimbra não alude à hipótese inversa, ou seja, se em vez de reclamar contra a nulidade, se interpuser recurso. Nessa hipótese, como a reclamação deve ser feita perante o juiz que proferiu a decisão, segundo o brocardo *«do príncipe mal informado para o príncipe bem informado»*, parece que *o segundo gau não seria funcionalmente competente para apreciar a nulidade*.

Pois bem, a primeira corrente inspira-se claramente na lição de Alberto dos Reis, quando este autor se refere às **decisões implícitas**. No entanto, alarga desmesuradamente o âmbito desta categoria fazendo-a abranger casos em que manifestamente tal abrangência não se justifica.

O juiz pode não convocar o contraditório por vários motivos:

i) porque entende que *não estão preenchidos os pressupostos do art. 3.º, 3*;

ii) porque mais especificamente julga que *é manifesta a desnecessidade de proceder à audiência das partes*;

iii) porque erra na individualização da norma, etc.

Raramente acontecerá que o magistrado justifique o não cumprimento de um dever legal, em matéria de tão importante relevo, sendo certo, por outro lado, que **a lei não exige**, ao contrário do que se chegou a pensar, **que o juiz fundamente a dispensa da audiência das partes relativamente a questão nova**.

([78]) *Op. cit.*, 509.
([79]) *Ibidem*, 510.
([80]) *Ibidem*, 511.

Mas tal pode acontecer. Veja-se, por exemplo, o Acórdão da Relação de Lisboa de 21.10.2021, Proc. 83/20.7YGILSB-A.L1PICRS([81]).

Na ausência de uma justificação expressa para a conduta omissiva, põe-se a questão de saber **se existe ou não uma decisão implícita**.

Ora é aqui que muitas das decisões pertencentes à primeira corrente claudicam, ao julgarem que só por um acto judicial suceder a jusante a um outro omissivo, a decisão vale não apenas «pela vontade declarada que nela se contém», mas também pela vontade implícita que dela se deduz.

Concretizemos: bem se compreende que uma coisa é, por exemplo, como se decidiu no Ac. STJ de 18.10.2006, Proc. 06S1731, entender que **uma eventual nulidade está coberta por despacho judicial**, quando a decisão impugnada considerou que o objecto do acto alegadamente omitido era totalmente irrelevante para essa decisão, e outra é aplicar, como por exemplo, no Ac. RL de 22.10.2020, supracitado, **um mero critério cronológico de sucessão entre actos** para ancorar nessa sucessão o efeito de cobertura da decisão sucessiva.

No nosso ordenamento não existe a categoria de **nulidade derivada em sentido forte**, isto é, no sentido da propagação da nulidade de um acto a **todos** os actos posteriores, como decorre do art. 195.º, 2: a nulidade actua para a frente; só são infectados pela nulidade os actos subsequentes ao acto inválido que dele dependam absolutamente.

Não há presunção que diga que, *quando o juiz profere uma decisão, se certifica de que se verificaram até aí, isto é, em todos os actos anteriores da série, todos os requisitos de regularidade procedimental* (cf. todavia art. 566.º). Nem se explica como o facto de uma comissão suceder a uma omissão aquela possa ter a virtude de, só por causa da cadeia sucessiva dos actos, mesmo que ancorada na função instrumental existente entre todos os actos da série, menos no último, possa sanar *silenter* a falta anterior. Tal resulta aliás desmentido pela análise de S. La China a que fiz alusão.

Não se estranha, por isso, que esta orientação tenha cada vez menos adeptos. A ela contrapõe-se a segunda corrente que entende ser mais seguro *«assentar em que sempre que o juiz, ao proferir alguma decisão, se*

([81]) Neste Acórdão justifica-se o não cumprimento do contraditório prévio a eventual condenação por litigância de má fé, «porque o tribunal , estando ciente que este recurso foi apresentado contra uma decisão interlocutória proferida num processo que está pendente em 1.ª instância, não pretende introduzir uma ainda maior perturbação à tramitação desses autos e assim criar obstáculos indesejáveis (e indesejados) ao cumprimento do dever consagrado no n.º 4 do art. 20.º da Constituição da República e no n.º 1 do art. 2.º do CPC 2013, qual seja, o de assegurar a satisfação do direito das partes (e de todos os que interagem no comércio jurídico) a obter, em prazo razoável, uma decisão judicial que aprecie, com força de caso julgado, a pretensão regularmente deduzida em juízo, bem como a possibilidade de a fazer executar».

abstenha de apreciar uma situação irregular ou omita uma formalidade imposta por lei, a parte interessada deve reagir através da interposição de recurso sustentado na nulidade da própria decisão, nos termos do art. 615.º, n.º 1, al. d)»(82).

Esta posição assenta na tese de que a nulidade processual é consumida pela nulidade da sentença por excesso de pronúncia (ou de que só existe um vício, o da decisão-surpresa, nada havendo na lei que distinga o vício da sua causa).

Parece-me, salvo o respeito devido, que a tese consumptiva não é dogmaticamente conveniente nem se adequa ao regime positivo, e, além disso, entendo que não é convincente qualificar o vício da decisão-surpresa como excesso de pronúncia.

Desde há pelo menos 70 anos que a dogmática civilística reconhece a incompatibilidade entre **formação sucessiva** e **procedimento**.

Angelo Falzea explica-nos bem a diferença entre as duas categorias: *«A pluralidade de actos que se verifica nas hipóteses de formação sucessiva é susceptível de unificação, isto é, torna-se um só acto, enquanto, e só enquanto, consequências jurídicas são ligadas pela lei à inteira totalidade do ciclo formativo: o conjunto dos actos é portanto uma unidade não meramente conceitual, mas jurídica, sendo fonte unitária de situações produtoras de efeitos. Também o procedimento contém uma pluralidade de actos compondo uma série temporal, mas o que falta nesta figura é justamente a consideração unitária da pluralidade no reflexo da eficácia. Na verdade, a situação jurídica final não deriva do conjunto dos actos, como acontece com o caso de formação sucessiva, mas é produzida somente pelo último acto da série»*(83).

Desenvolvendo o seu raciocínio acrescenta o civilista italiano: *«A formação sucessiva é uma coordenação de dois ou mais actos, ou de actos e eventos, os quais concorrem em conjunto para a integração de uma factispécie mais complexa, de que vêm a constituir as componentes. O procedimento ao invés é uma coordenação de dois ou mais actos que concorrem para a determinação do acto final, mas que permanecendo estranhos ao núcleo dos elementos estruturais deste último, se posicionam como simples determinantes, no sentido em que qualquer um deles está orientado para tornar legítimo, nos limites da sua própria zona de influência, o acto com o qual a série se*

---

(82) António Santos Abrantes Geraldes, *Recursos no Novo Código de Processo Civil*, 5.ª ed., Almedina, Coimbra, 2018, 27/28.

(83) Angelo Falzea, *La condizione e gli elementi dell`atto giuridico*, Edizione Scientifiche Italiane, ristampe, della Scuola di perfezionamento in diritto civile dell`Universitá di Camerino, a cura de Pietro Perlingieri, Bari, 1999, 190/191.

conclui. A formação sucessiva concretiza-se numa sequência de actos, ou de actos e eventos, os quais vêm gradualmente a integrar uma factispécie unitária mais complexa, em cujo seio permanecem absorvidos como partes a respeito do todo; o procedimento ao invés concretiza-se numa sequência de actos destinados a permanecer sempre estruturalmente distintos»(84).

E concluindo, o autor afirma que, do perfil normativo, a *«predita distinção configura-se do seguinte modo: para a formação sucessiva — como já se observou — o ordenamento jurídico dispõe uma norma que considera a factispécie complexa na sua inteireza, e ao lado das várias normas auxiliares que prevêem a factispécie singular, na qual se concretizam os vários momentos do ciclo; para o procedimento ao invés só importam as normas concernentes às fases da sequência na sua jurídica coordenação»*(85).

Bem se compreende que na hipótese que aqui nos preocupa, e que tem a ver com ***a omissão de um acto de uma série temporal e plúrima de actos***, a situação final não deriva do conjunto dos actos, como acontece no caso de formação sucessiva, mas é produzida somente pelo último acto da série, normalmente a sentença.

Dito de outro modo: o activação do contraditório posiciona-se como simples *determinante*, no sentido em que claramente está orientado para tornar melhor a decisão, *ergo* para a legitimar melhor.

Ou ainda: a actuação do contraditório integra-se numa sequência em que é estruturalmente autónomo, embora funcionalmente instrumental, ao contrário da sentença que é estrutural e funcionalmente autónoma.

Este destaque dado à **autonomia do acto omitido** impede a aludida consumpção e que se ponha a tónica na nulidade da decisão, confundindo o procedimento com um ciclo formativo de natureza diferente.

Cinquenta e cinco anos depois de Angelo Falzea ter publicado a monografia citada, Remo Caponi debruça-se também sobre o **procedimento**, a propósito da relevância dos impedimentos no exercício dos poderes processuais.

O Professor de Florença escreve que é difícil compreender que a produção de efeitos pelo acertamento de uma situação substancial deduzida em juízo derive só de uma única factispécie que congloba todos os actos do processo, chamando a atenção para que tal concepção não é conciliável com o direito positivo(86).

---

(84) *Ibidem*, 191.

(85) *Idem*.

(86) Remo Caponi, *La rimessione in termini nel processo civile*, Dott. A. Giuffrè Editore, Milano, 1996, 10.

Com efeito, tal incompatibilidade deduz-se facilmente da extensão da nulidade de um acto processual aos actos sucessivos dependentes (art. 159.º, § 1.º, c.p.c. it.) e da distinção entre a nulidade da sentença e a nulidade do procedimento (art. 360.º, 4, c.p.c.).

Estas normas, comenta Caponi, «*têm um sentido se se perfila o procedimento como uma sequência de actos que concorrem para a produção do acto final na qualidade de elementos determinantes estranhos à estrutura deste último, como são estranhos à estrutura de uma pretensa factispécie unitária. Tais normas não se justificam, pelo contrário, se o procedimento for perfilável como factispecie unitária, porque qualquer acto processual seria enquadrável como elemento de tal factispécie e a sua nulidade provocaria de per se a nulidade do procedimento (sanação à parte), sem necessidade de isolar a nulidade da sentença em relação aos outros actos do procedimento e sem necessidade de recorrer a uma relação de dependência entre actos, através da qual a nulidade se comunica*»([87]).

Esta construção é a mais adequada ao nosso direito positivo. O ordenamento processual português contém, não por acaso, regime semelhante ao italiano, como resulta do art. 195.º, 2, e da inserção sistemática do regime geral das nulidades processuais nos arts. 186.º a 202.º, e, ainda, do regime específico da nulidade das sentenças só no art. 615.º.

Procedimento e pronúncia judicial encontram-se, na verdade, em planos distintos, um reflectindo o instrumento destinado a constituir, através de uma pluralidade de actos sucessivos e estruturalmente autónomos, o dever jurisdicional, e a outra, atingindo, com **autossuficiência**([88]), o efeito final da cadeia.

Acresce que a tese de que a decisão-surpresa padece de excesso de pronúncia não me parece convincente.

Na vida forense, mesmo de entre aqueles que seguem a posição de Teixeira de Sousa, frequentes vezes se encontra quem afirme que estamos diante não de uma pronúncia indevida, mas perante uma omissão de pronúncia (entre outros, Ac. RP de 24.05.2021, Pro. 1949/19.2.T8MAI-A.P1). Na verdade, é mais intuitivo apreender que a falta de actuação do contraditório é uma omissão e não uma comissão. A mutação do vício e a sua transmutação na sequência próxima do acto não é facilmente perceptível.

Por outro lado, tradicionalmente sempre se entendeu que a segunda parte do n.º 1, da alínea *d*) é a inversa da figurada na 1.ª parte, sendo **evi-**

([87]) *Idem*.

([88]) Franco Cordero, *Procedura penale*, settima edizione, Giuffrè, Milano, 2003, 1175.

dente que esta nulidade está em correlação com o segundo período do n.º 2, do art. 608.º: o juiz não pode ocupar-se senão das questões suscitadas pelas partes, salvo se a lei lhe permitir ou impuser o conhecimento oficioso de outras([89]).

Maioritariamente, as questões que devem ser previamente sujeitas ao contraditório prévio são as questões de direito e de entre estas as que são de conhecimento oficioso.

Pode dar-se o caso de o juiz considerar erroneamente que uma questão é de conhecimento oficioso e a indique às partes ao abrigo do art. 3.º, 3. Quando o juiz «*exercita poderes, não estabelecidos pela lei, subverte o carácter dispositivo do processo, invadindo a esfera de autonomia da parte interessada no conhecimento oficioso e desresponsabiliza a mesma parte pela eventual omissão em que incorra*»([90]). Neste caso estamos claramente diante de um caso de pronúncia indevida.

Se, por acaso, o juiz se pronunciar oficiosamente sobre uma questão não suscitada por qualquer das partes, sem consentir uma prévia integração da defesa da parte interessada, a pronúncia do juiz resultará viciada sob o perfil da garantia do art. 3.º, 3, mas não do art. 615.º, 1, *d*).

Não se concorda com a afirmação de que o juiz emite uma pronúncia indevida, porquanto:

i) é a própria lei a impor-lhe o conhecimento oficioso da questão;

ii) não é o conteúdo deste conhecimento oficioso que se questiona no recurso;

iii) a decisão considerada nos seus elementos estritamente formais, é irrepreensível.

Sendo assim as coisas, resta apurar se a terceira corrente merece ser seguida.

A uma primeira análise, assim seria: seríamos ***tentados a teimar em qualificar, não a decisão surpresa, mas a falta de actuação do contraditório como uma nulidade processual, sujeita ao regime dos arts. 195.º e 199.º.***

Porém, tal posição também não está isenta de críticas. Tem razão Teixeira de Sousa quando assevera que *«a haver a nulidade inominada estabelecida no art. 195.º, n.º 1, CPC, então o meio adequado para a parte*

([89]) José Alberto dos Reis, *Código de Processo Civil, Anotado*, Vol. V, Coimbra Editora, Coimbra, 1952, 143.

([90]) Antonino Barletta, *Extra e ultra petizione, studio sui limiti del dovere decisório del giudice civile*, Giuffrè Editore, Milano, 2012, 93.

reagir contra essa nulidade seria a reclamação perante o tribunal na qual a nulidade foi cometida (art. 196.º CPC)» e que *«assim, para ser coerente com a própria qualificação que faz do vício (nulidade processual), o tribunal de recurso deveria, no seu acórdão, ter reconhecido que não tem competência (funcional) para o apreciar»*.

Por outro lado, é um facto iniludível que a jurisprudência tem feito uma interpretação muito lata dos casos que dispensam o contraditório vertical, pelo que esta última posição pode resultar, na prática, em indefesa, dado o seu regime incerto e complexo (dupla reacção em prazos diferentes contra a nulidade processual e contra a sentença final). **Talvez**([91]) haja um remédio de quarta via.

11. Há um remédio de quarta via?

Paula Costa e Silva é peremptória: *«segundo a doutrina dominante, os vícios que determinam a nulidade dos actos são vícios estritamente formais. Se se admite que os arts. 193.º a 200.º do CPC não esgotam as nulidades dos actos processuais circunscreve-se sempre esta valoração à inobservância das regras formais»*([92]).

Na verdade, já Anselmo de Castro, que a autora cita, alertava para o seguinte: *«importa ter ainda presente que os vícios do acto processual que a lei versa sob a epígrafe de **nulidade**, se referem apenas aos **vícios formais**; os **vícios substanciais**, como por ex. os cometidos na apreciação da matéria de fundo, ou na tramitação do processo, são objecto de recurso, não se inserindo na previsão normativa das nulidades»*([93]).

Não é esta a doutrina dominante em Itália, que considera, ao lado das nulidades que derivam de um vício de forma *stricto sensu* (**nulidades formais**), a existência de nulidades do acto que derivam da falta de um seu pressuposto, de qualquer coisa exterior ao próprio acto, mas indispensável para a sua validade (**nulidades extraformais**)([94]).

([91]) Avanço na procura de uma quarta via essencialmente por razões práticas, com a preocupação de tutelar eficazmente o direito ao contraditório, mas ao mesmo tempo de não fugir dos limites impostos pelos dados da lei positiva.

([92]) Paula Costa e Silva, *op. cit.*, 493.

([93]) Artur Anselmo de Castro, *Direito Processual Civil Declaratório*, Vol. III, Almedina, Coimbra, 1982, 102.

([94]) Sobre esta distinção na doutrina italiana, cf. por todos, Roberto Poli, *Invalidità ed equipollenza degli atti processuali*, G. Giappichelli Editore, Torino, 2012, 33, ss.

Na definição de Bruno Sassani, **nulidade extraformal** *«é a nulidade que fere um acto que, considerado nos seus elementos estritamente formais, é irrepreensível, mas que todavia permanece negativamente condicionado por um vício exterior a ele: por ex. pela falta de uma condição subjectiva, pela subsistência de uma nulidade (não sanada) de um precedente acto da série»*(95).

Que eu saiba, entre nós, só Isabel Alexandre leva em consideração este tipo particular de nulidade a propósito da taxatividade das nulidades e das proibições de prova ilícita.

Esta autora cita Anselmo de Castro, o qual interpreta o sintagma do art. 201.º, 1 (actual 195.º, 1) — *«a prática de um acto que a lei não admita»* — de modo a abranger a prática de um acto que *«repugna à índole ou espírito do sistema processual vigente»*(96), e Alberto dos Reis quando este refere que *«a proibição, além de expressa pode ser implícita. O acto deve considerar-se proibido implicitamente ou virtualmente, quando for contrário à índole do processo ou comprometer o fim que a lei se propôs conseguir. É o que sucede com a audiência do arrestado antes de decretado e efectuado o arresto»*(97).

Ora Isabel Alexandre, na esteira destes autores, defende que a expressão legal abarca *«tanto os actos violadores de normas processuais como de princípios jurídicos»*, *«não apenas as normas processuais (a lei processual), mas também as normas constitucionais (a lei constitucional, por força da vinculação do juiz aos direitos fundamentais — art. 18.º, n.º 1 CRP)»*. Consequentemente, «*quando o acto ilícito se tenha verificado na órbita processual, pode traduzir a prática de um acto que a lei (constitucional) não permite e, nessa medida, enquadrar-se na previsão do [art. 201.º, 1], gerando nulidade*»(98).

Pois bem, o contraditório é **um princípio estruturante do processo civil**, mas é mais do que isso: é um **direito processual fundamental**(99).

---

(95) Bruno Sassani, *Lineamenti del processo civile italiano*, Settima edizione, Giuffrè Francis Lefebvre, Milano, 2019, 95. Defendendo a legitimidade de relevar os vícios não formais, apesar do silêncio da lei, Francesco Carnelutti, *Istituzioni del nuovo processo civile italiano*, terza ed., T. I, Soc. Ed. Del «Foro Italiano», Roma, 1942, 334; Vittorio Denti, *Nullità degli atti processual civili*, Novissimo Digesto Italiano, XI, Torino, 1965, 470; Giovanni Verde, *Profili del processo civile*, 1. Parte Generale, sesta ed., Jovene editore, Napoli, 2002, 305.

(96) Artur Anselmo de Castro, *Direito Processual…*, *op. cit.*, 108.

(97) José Alberto dos Reis, *Comentário ao código de processo civil*, Vol. 2.º, Coimbra Editora, Coimbra, 1945, 483, nota 1.

(98) Isabel Alexandre, *Provas Ilícitas em Processo Civil*, Almedina, Coimbra, 1998, 180.

(99) Lionel Ascensi, *Du principe de la contradiction*, LGDJ, Paris, 2006, 133, ss.

Este qualificativo decorre da sua consagração constitucional nos arts. 20.º, 1 e 202.º, 2 CRP enquanto direito de defesa, e no art. 32.º, 5, mas ainda do art. 6.º da *Convenção europeia de salvaguarda dos direitos do homem e das liberdades fundamentais* e do art. 47.º da *Carta dos direitos fundamentais da União europeia*.

O direito ao contraditório está ínsito no direito de defesa e o direito de defesa requer que o processo se estruture nas várias fases, de acordo com o princípio do contraditório. Nesta tautologia se realiza a elementar concretização da garantia do processo equitativo.

Com a audiência prévia dos interessados pretende o legislador que o tribunal e as partes discutam as questões relevantes, de facto e de direito, em função de uma decisão melhor, superando a concepção meramente subjectiva-defensiva-retórica do dever de actuação do contraditório.

A falta de actuação do contraditório concretiza um mau exercício dos poderes do juiz, que se traduz na impossibilidade para as partes de exercerem os respectivos poderes processuais. A sentença proferida nestas condições pode, por isso considerar-se ferida de nulidade **extraformal** (ou se se preferir **virtual**) *«geneticamente derivada das garantias constitucionais (que são justamente aquelas em protecção da defesa e do contraditório), cujos efeitos, na ausência de qualquer sanção textual prevista em normas ordinárias, são de per se cogentes e inderrogáveis por todos (e, em particular pelos juízes, funcionalmente sujeitos ao princípio da legalidade»*)([100]).

Constituiria, de resto, «uma particular bizarria hipotizar que uma violação, que constitui fundamento de anulação de uma sentença arbitral [art. 46.º, 3, LAV], possa não determinar a nulidade da sentença adoptada, em igualdade de condição patológica, pelo juiz ordinário» (*sentenza Sezione Unite Cassazione, n.º 36596/2021*).

Tratando-se de ***vício da sentença***, este deve ser feito valer em sede de recurso, não sendo de exigir à parte interessada que alegue as concretas deduções defensivas que teria utilizado se o acto omitido (de actuação do contraditório) tivesse sido praticado e que se tivessem sido devidamente levadas em conta pelo juiz teriam podido razoavelmente conduzir a uma decisão diversa daquela que foi realmente tomada([101]).

Tal influência deriva, em sim mesma, da circunstância de o juiz, ao decidir uma questão de direito ou de facto de conhecimento oficioso, ter

---

([100]) Luigi Paolo Comoglio, ««Terza via» e processo «giusto»», *Rivista diritto procesuale civile*, 2006, 756.

([101]) Cf. neste sentido *sentenza Sezione Unite Cassazione, n.º 36596/2021.*

violado o contraditório. Defender o contrário *«arrisca-se a debilitar a valência garantista dos esquemas processuais predispostos pelo ordenamento e acaba por transformar subrepticiamente a garantia da nulidade em censura de injustiça»*([102]).

Por outro lado, não me parece ser de aplicar analogicamente à esta nulidade o regime do art. 195.º, 1, atendendo a que o interesse protegido pela garantia do contraditório não é exclusivo das partes.

Independentemente de a parte a invocar, esta nulidade extraformal, porquanto serve para salvaguardar o ordenamento de um desvalor que afecta um princípio essencial do sistema, pode ser oficiosamente conhecida, em qualquer estado do processo e em qualquer grau, até ao trânsito da decisão final.

Radicada em elemento *sine qua non* do procedimento, o juiz, diante da procedência da arguição da invalidade, por meio de recurso, ou oficiosamente, anulará a sentença impugnada reinvestindo o órgão *a quo* no dever de praticar o acto propulsivo em falta.

12. Conclusão

O contraditório pode assumir dois sentidos diferentes: o ***contraditório em sentido débil*** e o **contraditório em sentido forte**([103])

A primeira modalidade parte da confiança na existência de uma *verdade objectiva* que o juiz tem o dever de descobrir.

Para tal fim, o contraditório torna-se um instrumento útil, mas não indispensável, que se exaure na garantia de as partes poderem debater entre si ao longo de todo o processo.

A segunda modalidade começa por olhar o contraditório como um instrumento para a descoberta da *verdade provável*, e consiste na convicção de que o contraditório se resolve na regulamentação do diálogo, de modo a assegurar reciprocidade e igualdade não só entre as partes mas também entre o juiz e as partes.

Como sublinha Nicola Picardi, o contraditório, nesta acepção, torna-se «*não um instrumento de luta entre as partes, mas um momento fundamental do juízo, uma metodologia de procura da "verdade" por parte do*

([102]) Andrea Panzarola, «Alla ricerca dei substantialia processus», *Rivista di diritto processuale*, 2015, 693.

([103]) Nicola Picardi, *op. cit.*, 209-212.

juiz, com a colaboração das partes, recuperando o aspecto ético, para além do lógico, do processo».

O princípio *audiatur et altera pars* foi tradicionalmente concebido sob um perfil retórico-defensivo, isto é, em sentido débil. Apesar de em 95/96 se ter querido tornar o processo mais isonómico, ou menos assimétrico, a verdade é que os tribunais, como resulta da jurisprudência do Supremo, conviveram mal com esta tentativa de horizontalização e de racionalização e logo passaram a transmutar a regra em excepção: em vez de se sentirem vinculados a dispensar o contraditório prévio só em casos de manifesta desnecessidade, como a lei literalmente exige, preferiram interpretar a proposição contida no art. 3.º, 3 como se dissesse que só em caso de necessidade o contraditório deve ser convocado.

Quem vir o contraditório de fora, pode dizer, como Andrea Panzarola que «*o art. 3.º, 3 do código de processo civil português de 2013 é o último anel de uma cadeia de codificações (compreendida a italiana: art. 101.º, §2.º, 183.º, §4, 384.º, §3, c.p.c.) que acolhem uma concepção «forte» do contraditório abrangendo também o juiz*»([104]). Na prática, porém, viu-se que o contraditório em Portugal não tem esta índole.

Viu-se também que as tentativas de «contornar» o regime positivo das nulidades processuais, inadequado e a precisar de reforma urgente, de modo a afastar o risco de indefesa, mostram-se débeis e a precisar, enquanto não houver uma também desejada intervenção legislativa, de uma construção dogmática mais consistente.

De qualquer modo, não compreendo a relutância em relação à «**ética da discussão**»([105]), nem a desconfiança em relação à **democracia processual**.

([104]) Andrea Panzarola, «Alla ricerca dei substantialia processus», *Rivista di diritto processuale*, 2015, 692, nota72.

([105]) Sobre esta designação, várias concepções éticas podem modernamente referir-se, designadamente as ligadas aos nomes de Jürgen Habermas e Karl Otto Apel, este último respondendo à situação de hoje com uma **ética da discussão** fundada de maneira pragmático-transcendental, segundo a qual o sujeito é considerado como «desde sempre membro de uma *comunidade real de comunicação histórica* , com a qual deve desde sempre partilhar uma *língua concreta* e uma *precompreensão* dos problemas, assim como um acordo mínimo sobre as *certezas paradigmáticas* e as *premissas aceitas* da argumentação». O autor distingue as reflexões transcendentais da comunicação humana das discussões *empiricamente* existentes. Nas discussões reais, ocorrem autênticos conflitos, e, em relação a eles, «as inultrapassáveis normas da discussão funcionam manifestamente como *padrões* da sua regulação, cuja validade deve mesmo ser imposta no espaço público por determinadas sanções. Eis porque as discussões *reais* não podem estar tampouco, em sentido estrito, "livres de qualquer dominação", como é pressuposto na discussão argumentativa, mas requerem ao menos uma *chairperson,* um árbitro, cuja quase-função de dominação é precisamente de assegurar, na discussão real, quanto possível a ausência de dominação», Karl Otto Apel, *Ethique de la discussion*, Les Éditions du Cerf, Paris, 1994: *passim*, designadamente pp. 39, 62 e 63.

Nada justifica que se abdique de um instrumento que pode garantir que alguns interesses sejam melhor tidos em conta e que algumas decisões sejam melhor tomadas e aceitas.

O fulcro da «justeza»do processo é, mais do que qualquer outra, a regra do *contraditório* dado que só através de um confronto rigorosamente dialéctico entre as partes parece possível chegar a uma decisão correcta em sede processual.

Finalmente, «não se trata de não surpreender as partes, trata-se de discutir as questões relevantes, de facto e de direito, em função de uma decisão melhor, superando a concepção meramente subjectiva-defensiva-retórica do dever de actuação do contraditório»([106]).

([106]) Cinzia Gamba, *op. cit.*, 288.

O RECURSO PARA UNIFORMIZAÇÃO DE JURISPRUDÊNCIA PREVISTO NO ARTIGO 688.º E SEGS. CPC TEM ALGUMA UTILIDADE PRÁTICA?

Pelo Dr. Manuel Pereira Barrocas

Importância do Tema

A uniformização da jurisprudência do STJ é de interesse público. Na verdade, não só representa um sinal de coerência da ordem jurídica nacional, como também confere aos cidadãos e à sociedade a segurança que a identificação e a previsibilidade das soluções jurídicas dadas pela mais alta instância judicial nacional possibilitam.

Demonstração eloquente disso são os sucessivos acórdãos do STJ que afirmam que as soluções relevantes na caracterização do objeto do recurso extraordinário de uniformização de jurisprudência, regulado nos arts. 688.º e seguintes do CPC, são as que evidenciam estar em causa valores jurídicos de segurança e de certeza([1]).

O próprio CPC, no seu art. 691.º, impõe ao Ministério Público o dever de interpor oficiosamente aquele recurso, sempre que se verifiquem os requisitos e condições exigidas e mesmo que não seja parte na causa, ainda que o resultado do recurso não tenha qualquer influência na decisão do processo em que esteja envolvido.

Trata-se, portanto, de matéria de grande relevância pública, tanto quanto a coerência da ordem jurídica e a previsibilidade da interpretação e aplicação da lei pelo STJ requerem.

([1]) Ver, entre outros, o acórdão STJ de 12.2.2015, tirado no Proc. n.º 64/1996, Sumários, 2015, p. 140, ss.

Todavia, a utilização deste recurso não deixa de revestir dificuldades. Na verdade, tanto quanto o acórdão STJ de 20 de maio de 2015, tirado no Proc. n.º 2351/07, Sumários, 2015, p. 295 e segs., deixou claro, este recurso só deve ser admitido após uma análise rigorosa da aplicabilidade dos seus requisitos legais e da condição estabelecida no n.º 3 do art. 688.º CPC, por forma a evitar que ele constitua mais uma instância de recurso para discutir questões em que o recorrente soçobrou nas instâncias ordinárias.

A atitude do STJ perante este recurso é, assim, claramente defensiva, apenas admitindo o recurso após efetuada uma análise rigorosa da sua aplicabilidade. Não são, por isso, esperadas facilidades neste capítulo no que respeita ao acesso ao pleno da seção cível daquele tribunal, tal como veremos pela leitura do presente texto.

Esta posição do STJ defronta-se, porém, com uma antinomia que não é fácil ultrapassar, dado que aquele desiderato do STJ pode conflituar frontalmente com a finalidade legal do recurso, ou seja, a de assegurar a uniformização da sua própria jurisprudência. Deste modo, não pode deixar de se entender que o recurso deve sempre ser admitido quando ocorra a verificação de todos os requisitos legais da sua admissibilidade e atento, igualmente, o disposto no n.º 3 do art. 688.º CPC.

A acrescer, é a própria lei que expressamente consagra o efeito do resultado do recurso no destino final da lide objeto daquele recurso, tal como se alcança do disposto no art. 695.º, n.º 2 CPC. Assim, em caso de procedência do recurso, a decisão do STJ implicará inevitavelmente a revogação do acórdão recorrido, embora transitado em julgado, e a sua substituição por outro em que se decide a questão controvertida.

Nesta conformidade, é mister concluir que o recurso extraordinário para uniformização de jurisprudência não pode ser, simultaneamente, uniformizador de jurisprudência e medida judicial que impeça aquele efeito, apenas porque não deva constituir uma quarta instância de resolução do litígio.

Na verdade, quando procedente, e porque a lei o determina, acaba por ser, efetivamente, uma instância derradeira na resolução de certos litígios no ordenamento jurídico nacional.

Seguramente que não seria esse o caso se o legislador não tivesse permitido que as partes utilizassem o recurso com efeitos no seu próprio caso, admitindo, por exemplo, apenas o ministério público a fazê-lo.

Fê-lo assim, porque entendeu que o ministério público pode carecer, em termos práticos, de um interesse específico na assunção oficiosa dessa iniciativa, a par da eventual falta de oportunidades para o fazer em tempo útil dadas outras ocupações jurídicas da sua competência.

Em conclusão, o legislador conferiu às partes a possibilidade de tomarem a iniciativa do recurso também no seu próprio interesse, mas com a óbvia limitação de não poderem pleitear nele matéria das instâncias ordinárias que os requisitos de admissão do recurso previstos no art. 688.º, n.º 1 CPC claramente não preveem.

Dificuldades de Acesso à Admissão do Recurso

Examinando a jurisprudência do STJ em matéria cível sobre a frequência da admissão do recurso em questão, pelo menos, e apenas para facilitarmos a análise, ocorrida nos últimos cinco anos, concluímos que se tem mostrado rara a admissão de um recurso desta natureza, facto que não pode deixar de se estranhar.

Posto isto, evidenciamos aqui, antes de mais, o contraste que a larga maioria da jurisprudência do STJ publicada demonstra face à jurisprudência minoritária oposta. Começando por esta última, é o caso dos seguintes acórdãos:

— acórdão STJ de 29.6.2021 (*in* <www.dgsi.pt>), no qual, em síntese, se diz no sumário que o recurso em questão "pressupõe a demonstração de uma contradição direta entre o acórdão recorrido e outro acórdão do Supremo Tribunal de Justiça relativamente a alguma questão de direito essencial para cada um dos acórdãos".
  Prossegue, dizendo que não é exigível a identidade da situação de facto nos dois acórdãos, se bem que seja imprescindível que em ambos os casos tenha sido apreciada a mesma questão de direito, sendo resolvida de forma diversa.

— Este acórdão teve como relator o senhor Juiz Conselheiro António Abrantes Geraldes. Deste mesmo magistrado, como relator, é também o acórdão STJ de 29.6.2017 (*in* <www.dgsi.pt>), no qual se afirma, por um lado, a necessidade de ambos os acórdãos deverem assentar numa mesma base normativa e, por outro lado, sublinha que a situação de facto não tem de ser coincidente.

— Já os acórdãos do STJ de 20.3.2014, Proc. n.º 1937/08; de 18.6.2014, Proc. n.º 4706/10; de 2.10.2014, Proc. n.º 268/03; de 25.11.2014, Proc. n.º 1630/06; de 27.1.2015, Proc. n.º 2251/05; 29.1.

2015, Proc. n.º 20580; 14.4.2015, Proc. n.º 2098/11; de 28.1. 2016, Proc. n.º 291/1995; de 6.12.2018, Proc. n.º 2393 não atribuem à identidade ou à similitude da matéria de facto em ambos os acórdãos em confronto particular importância para a admissão do recurso.

Esta não é, todavia, e longe disso, a posição amplamente maioritária da jurisprudência do STJ que considera necessária a existência de identidade ou similitude da matéria de facto do acórdão recorrido e do acórdão-fundamento, sem que os múltiplos recursos já julgados tenham logrado ultrapassar o relator do processo ou, eventualmente, a reclamação para a conferência.

A propósito, importa mencionar que a admissão do recurso pelo relator da revista, com a possibilidade de reclamação para a conferência, constitui condição necessária para o acesso do recurso ao pleno das secções cíveis do STJ. Sem qualquer alternativa, a recusa da sua admissão naquele momento inviabiliza definitivamente o seu conhecimento pelo pleno. Isto é, grandes perspetivas e quiçá esperanças foram por lei conferidas às partes para, ao mais alto nível, poderem ainda fazer valer os seus direitos, pela via do conflito jurisprudencial, colapsam, porém, se o relator, com ou sem intervenção da conferência, decidir pela não admissão do recurso.

Cabe, assim, naturalmente, perguntar onde se têm situado as dificuldades que não permitem a admissão do recurso.

Recordando os requisitos legais de admissão do recurso eles são, cumulativamente, os seguintes (art. 688.º, n.º 1 CPC):

— a existência de um **conflito jurisprudencial**, ou seja, a contradição, na parte decisória, entre o acórdão recorrido e outro (o acórdão-fundamento), também proferido pelo STJ e ambos transitados em julgado …

— no **domínio da mesma legislação** e …

— **sobre a mesma questão fundamental de direito**.

A estes requisitos, acresce a condição jurídica já anteriormente salientada que consiste no facto de o recurso não poder contrariar orientação uniformizada perfilhada pelo STJ (n.º 3 do art. 688.º CPC). Essa uniformização tanto pode resultar do que tiver sido fixado em decisões tomadas em recursos extraordinários para uniformização de jurisprudência, como a que tiver sido obtida mediante o julgamento ampliado da revista regulado, por sua vez, nos arts. 686.º e 687.º do CPC.

De salientar que o requisito juridicamente mais saliente e mais vezes utilizado para escrutinar o conflito jurisprudencial, sem prejuízo da importância dos restantes, é o que se refere à identidade da questão fundamental de direito em ambos os acórdãos.

Efetivamente, o requisito do conflito jurisprudencial é intuitivo, porque apenas se pode uniformizar o que é diferente.

Por sua vez, o requisito da identidade da vigência da mesma legislação no momento da prolação de ambos os acórdãos revela-se naturalmente lógico que assim seja.

A dificuldade está, porém, quando se acrescenta, não um novo requisito legal, porque a lei não o prevê, mas sim se apela a elementos entendidos como juridicamente relevantes que requerem e determinam a aplicação de certas normas jurídicas e/ou de princípios jurídicos (constitucionais ou não) que integram a questão fundamental de direito.

Na verdade, como é sabido, as normas jurídicas e os princípios jurídicos são corpos, digamos inertes, no ordenamento jurídico até serem chamados à sua aplicação por factos jurídicos que lhe subjazem.

Ora, é neste domínio da **factualidade** que tem surgido um dos principais obstáculos à procedência da admissibilidade do recurso.

A Reduzida Admissão no STJ do Recurso para Uniformização de Jurisprudência em Matéria Cível em Virtude de Questões de Facto

A principal razão, neste domínio, consiste na atribuição de relevância jurídica decisiva a meras questões de facto, apesar do art. 688.º CPC não considerar que elas possam condicionar a admissão do recurso.

Além disso, a jurisprudência do STJ considera mesmo que os factos devem ser idênticos em ambos os acórdãos em confronto([2]). E não apenas

---

([2]) Vejam-se, entre muitos outros, os acórdãos STJ datados de:
— 23.9.2009 (Proc. n.º 109/07)
— 10.1.2013 (Proc. n.º 2363/09)
— 17.6.2014 (Proc. n.º 1091/07)
— 13.11.2014 (Proc. n.º 278/09)
— 20.11.2014 (Proc. n.º 22577/09)
— 25.11.2014 (Proc. n.º 9/09)
— 13.1.2015 (Proc. n.º 123/07)
— 13.1.2015 (Proc. n.º 11430/00)
— 29.1.2015 (Proc. n.º 20580)
— 24.2.2015 (Proc. n.º 579/13)

os factos devem ser idênticos, como também, por imperativo legal, deve ser idêntica a questão fundamental de direito em ambos os acórdãos (ver, por exemplo, o acórdão STJ de 25.11.2014, Proc. n.º 9/09). A diferença entre eles não se situa, pois, nos domínios das matérias de direito e de facto, mas no da interpretação que o STJ deu à mesma disposição legal aplicada em ambos os arestos.

Se considerarmos, porém, um aspeto nuclear deste entendimento que é a natural diversidade fáctica entre os casos que são submetidos a juízo, a conclusão dificilmente pode ser aquela. É mesmo costume dizer-se que não existem dois casos iguais.

Posto isto, quais são os factos relevantes que o STJ deve ter em consideração no momento da decisão de admissão do recurso entre a multiplicidade dos circunstancialismos da vida real, uns pertinentes e outros não?

Sem prejuízo da tese oposta que, como se disse anteriormente, não atribui importância aos factos *tout cour* e na melhor das hipóteses da tese contrária que requer a relevância de certos factos, não pode, porém, deixar de os cingir apenas aos **factos, e apenas a esses, que subjazem à questão fundamental de direito** e determinam a caracterização desta em cada caso concreto.

Isso significa, naturalmente, que os factos que importam não são os factos laterais, adjuvantes, o que quer que seja, que não contribuam para a caracterização e identificação da questão fundamental de direito, tanto no acórdão recorrido como no acórdão-fundamento.

No contexto descrito, a aceitação de quaisquer outros factos que não sejam os que subjazem à questão fundamental de direito apenas serve para abrir a porta à confusão, à incerteza e, consequentemente, dado o rigor que o STJ tem evidenciado na apreciação da admissibilidade do recurso, conduz inevitavelmente à rejeição do recurso.

Temos visto alegações efetuadas em recursos de uniformização de jurisprudência em que se tem atribuído relevância a meros factos secundá-

---

— 12.3.2015 (Proc. n.º 6272/04)
— 12.3.2015 (Proc. n.º 64/1996)
— 24.3.2015 (Proc. n.º 939/11)
— 5.5.2015 (Proc. n.º 8565/06)
— 2.6.2015 (Proc. n.º 94/07)
— 22.9.2015 (Proc. n.º 8034/10)
— 20.10.2015 (Proc. n.º 1988/05)
— 20.10.2015 (Proc. n.º 2451/08)
— 17.12.2015 (Proc. n.º 2071/09)
— 28.01.2016 (Proc. n.º 291/1995)
— outro.

rios, ilógicos e sem qualquer interesse para a caracterização da questão fundamental de direito que a nada conduzem.

É verdade que são numerosos os acórdãos do STJ que têm, e bem, afirmado que não constituem factos relevantes para a apreciação da admissibilidade do recurso os que tiverem natureza meramente lateral, marginais ou secundários à *ratio decidendi*, bem como os factos que revistam a natureza de simples *obiter dictum* (isto é, afirmações de passagem, meramente coadjuvantes de uma alegação) (por todos, e são muitos, os acórdãos do STJ de 2 de outubro de 2014, tirado no Proc. n.º 268/03.OTBVPA.P2.S1-A e o acórdão do STJ de 29 de janeiro de 2015, tirado no Proc. n.º 20580/11.4 T2 SNT.L1.S1-A.dgsi.Net).

Estes acórdãos salientam, aliás, que o que é verdadeiramente relevante é, apesar da complexidade exigida pela conceptualização do STJ, a essencialidade da questão fundamental de direito, isto é, a verdadeira identidade substancial do núcleo, igualmente essencial, da matéria litigiosa subjacente a cada uma das decisões em confronto.

E, diz ainda, que a questão fundamental de direito em que assenta a alegada divergência deve assumir um caráter essencial ou fundamental para a solução do caso.

Mas, se é certo que o STJ colocou bem a questão, embora sem esquecer as exceções que de seguida evidenciaremos, não vai, porém, mais longe ao ponto de nos esclarecer, de uma vez por todas, que a uniformidade da matéria de facto é a que subjaz à questão fundamental de direito e não qualquer outra.

As questões que a jurisprudência do STJ tem colocado, nesta matéria, à admissibilidade do recurso são numerosas, como é desde logo e por exemplo, o caso de o conflito jurisprudencial só existir se se verificar uma divergência sobre a específica interpretação da mesma norma jurídica ou do mesmo instituto jurídico em ambos os acórdãos.

As dificuldades levantadas à admissão do recurso previsto e regulado no art. 688.º e segs. do CPC são, como se vê, de vulto. Pontuamos aqui, a título exemplificativo, algumas questões levantadas pelo STJ para fundamentar a rejeição do recurso de uniformização de jurisprudência na sua fase preliminar. Como se vê, os conceitos utilizados são indeterminados, consequentemente pouco precisos, autênticos conceitos em branco:

— distinção entre *argumentos pertinentes* e *argumentos de ordem suplementar com natureza de obiter dictum* (Ac. STJ de 22.3.2013, Proc. n.º 261/09.dgsi.Net)

— *questões de direito que se revelem essenciais para a solução encontrada tanto no acórdão recorrido como no acórdão-fundamento* (*idem* acórdão anteriormente citado)

— c*arácter essencial da questão em que se manifesta a contradição* (Ac. STJ de 20.3.2014, Proc. n.º 1937/08)

— *núcleo fáctico similar* (Ac. STJ de 17.6.2014, Proc. n.º 1091/07)

— *instituto ou figura jurídica fundamental* (Ac. STJ de 2.10.2014, Proc. n.º 268/03)

— *uma verdadeira identidade substancial do núcleo essencial da matéria litigiosa subjacente a cada um dos arestos em confronto; a questão fundamental de direito em que assenta a alegada divergência assume um caráter essencial ou fundamental para a solução do caso* (Ac. STJ de 2.10.2014, Proc. n.º 268/03)

— a mesma questão fundamental de direito ocorre quando o *núcleo da situação de facto*, *à luz da norma aplicável, é, essencialmente, idêntico* em ambas as hipóteses (Ac. STJ de 13.11.2014, Proc. n.º 278/09)

— o *caráter essencial da questão* em que se manifesta a discordância

— o *núcleo da situação de facto, à luz da norma aplicável, é essencialmente idêntico em ambas as hipóteses* (Ac. STJ de 25.11.14, Proc. n.º 9/09

— outros.

Uma última e importante nota que deve ser salientada por se poder revelar útil para a identificação da questão fundamental de direito, tanto no acórdão recorrido como no acórdão-fundamento, consiste na perscrutação do bem jurídico protegido pela lei integrante da questão fundamental de direito em ambos os acórdãos e, a partir daí, concluir sobre a coincidência ou não do objeto da questão fundamental de direito em ambos os acórdãos.

Lisboa, 14 de abril de 2022

Manuel Pereira Barrocas

BREVES NOTAS SOBRE O REGIME FISCAL DAS SOCIEDADES GESTORAS DE PARTICIPAÇÕES SOCIAIS (SGPS)

Pela Dra. Maria Amélia Barradas Carlos([1])

Sumário:

1. Generalidades. **2.** Origem e evolução legislativa das SGPS. **3.** O atual regime jurídico das SGPS. *3.1.* As SGPS no CIRC. **4.** Conclusão.

1. Generalidades

O tema que iremos analisar neste artigo prende-se com as sociedades gestoras de participações sociais (SGPS), enquanto forma jurídica societária especial([2]).

Debruçar-nos-emos sobre as suas principais características específicas e examinaremos criticamente as eventuais vantagens da sua existência à luz do Direito Fiscal português.

Neste sentido, e tendo por referência o universo das sociedades *holdings*, tentaremos compreender as razões que levam atualmente uma SGPS a assumir a forma de organização empresarial que tem por único objeto social a gestão de posições sociais (ações ou quotas) noutras sociedades juridicamente independentes, como exercício indireto de ati-

---

([1]) Advogada.

([2]) Sobre como constituir uma SGPS segundo o tipo de sociedade anónima, de sociedade por quotas ou sociedade unipessoal por quotas, enquanto tipo societário especial não autónomo e respetivo capital social mínimo V. J. Engrácia Antunes, *As sociedades gestoras de participações sociais, em Direito das Sociedades em Revista*, março de 2009, Coimbra, pp. 77, 80 e 102.

vidade económica, num modelo de coordenação e gestão de médio-longo prazo([3]).

Examinaremos a estabilidade e concentração de tal modelo, ao determinar que a participação não tem carácter ocasional, considerando-se que a mesma é detida pela SGPS por período superior a um ano, e desde que atinja, pelo menos, 10% do capital social com direito de voto da sociedade participada; quer por si só, quer através de participações de outras sociedades em que a SGPS seja dominante (cf. art. 1.º, n.os 1, 2 e 3 do já mencionado Decreto-Lei n.º 495/88, de 30 de dezembro).

É com este recorte jurídico que as SGPS vão convocar a nossa atenção no que toca, designadamente, a saber como é que estas sociedades intervêm na gestão estratégica e centralizada do conjunto das atividades e negócios sociais das respetivas participadas e que vantagens especificas de natureza fiscal fornecem por contraponto com as demais sociedades *holdings*([4]).

Atendendo sobretudo a que fora da cadeia societária onde se insere, uma SGPS não pode exercer diretamente uma atividade económica de natureza comercial ou industrial, apenas devendo prestar serviços técnicos de administração e gestão a todas ou a algumas das sociedades nas quais detenha licitamente participações sociais; bem como conceder crédito a todas ou a algumas delas e ser beneficiária das operações de tesouraria efetuadas dentro do grupo [cf. art. 5.º, n.º 1. al. *c*) e n.os 2 e 3 do mesmo diploma].

Serve o que escrevemos para lembrar que a noção de *holding* é mais ampla do que a noção de SGPS. Com efeito, como iremos ver, existem *holdings* — de direção ou *holdings* puras — que em Portugal adotam a forma jurídica de SGPS, e existem outras — *holdings* financeiras —, que podem, uma vez preenchidos certos pressupostos, adotar a forma jurídica de SGPS, mas que também são livres de a não adotar.

Observamos, assim, que na sua abrangência o conceito de sociedade *holding* pode traduzir realidades muito heterógenas, justificando-se, por isso, uma breve caracterização das três principais modalidades que se mostram relevantes para o tema em análise.

Em primeiro lugar, quanto à posição que ocupam na cadeia societária em que se inserem, as *holdings* subdividem-se em *holdings* sociedade-mãe

---

([3]) V. art. 1.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 495/88, de 30 de dezembro que estabelece o regime jurídico das sociedades gestoras de participações sociais.

([4]) Ver, neste sentido, Alessio Persiani, *Case Law Note: Italian Supreme Court and the Parent-Subsidiary Directive: A Dark Tunnel with a Light at the End? Intertax*, 11, 2020, pp. 1053-1061.

e *holdings* intermédias. A *holding* sociedade-mãe situa-se no topo da estrutura societária e detém participações sociais numa perspetiva centralizada (ou global) de grupo, enquanto a *holding* intermédia é uma sociedade interposta entre a sociedade-mãe e outras sociedades do grupo, cabendo-lhe a gestão das participações detidas no âmbito de certa função ou área específica de negócio.

Em segundo lugar, quanto ao fim prosseguido pela gestão de participações sociais, as sociedades *holdings* podem qualificar-se como *holdings* de direção ou como *holdings* financeiras. As *holdings* de direção são aquelas cuja atividade compreende o controlo e a gestão indireta dos negócios das sociedades participadas, quer através da detenção de participações sociais quer através do exercício dos direitos resultantes da titularidade de tais participações, nelas se incluindo, pelas razões já aduzidas, as SGPS. As *holdings* financeiras têm o seu âmbito de atividade restringido à administração de participações sociais com o fim de maximizar o capital investido, por via da realização de mais-valias e da obtenção de dividendos([5]).

Em terceiro lugar, quanto ao seu objeto social, deve distinguir-se *holdings* puras de *holdings* mistas. As *holdings* puras são aquelas cujo objeto social compreende, exclusivamente, a detenção e gestão de participações sociais noutras sociedades, como forma indireta de exercício de uma atividade económica, nelas se incluindo, conforme referimos, as SGPS.

Ao invés, as *holdings* mistas são aquelas que, para além da detenção de participações sociais noutras sociedades, têm um escopo empresarial e desenvolvem atos ou negócios jurídicos inerentes a uma certa atividade produtiva, por exemplo, de natureza industrial ou comercial.

Em síntese, uma *holding* é uma sociedade que tem por objeto a detenção de posições ou participações sociais noutras sociedades, devendo distinguir-se as que têm por objetivo a rentabilização do capital investido — *holding* financeira — e as que se destinam a exercer os direitos sociais inerentes às participações com o propósito de intervir na gestão ou obter o controlo das participadas — em Portugal designadas por SGPS ou *holding* em sentido restrito —, dependendo da posição que ocupa no grupo, poderá ser uma *holding* sociedade-mãe ou, tratando-se de uma sociedade interposta entre a sociedade-mãe e outras sociedades do grupo, poderá ser considerada uma *holding* intermédia.

([5]) Para mais desenvolvimentos ver Andres Báez Moreno, *How Do 'The Old' and 'The New' Live Together? The Principal Purpose Test and Other Anti-avoidance Instruments in Tax Treaties, Intertax*,10, 2021, pp. 771-785.

Do que antecede, retira-se que as SGPS enquanto sociedades que pretendam ter como único objeto de facto a gestão de participações sociais noutras sociedades são *holdings* de direção ou *holdings* puras, na medida em que, como dizemos, são sociedades que não desempenham a atividade económica direta, mas sim a direção das sociedades participadas, através da detenção das respetivas participações sociais(6).

Por outras palavras, sendo a sua finalidade a compra, gestão ou administração e venda de participações sociais (quotas / ações) — bem como a intervenção na gestão e controlo das sociedades participadas, assumindo uma gestão estratégica e centralizada do conjunto das atividades destas —, impõe-se perguntar: que vantagens fiscais oferecem atualmente as SGPS?

Se, como vimos, por um lado, estão proibidas de exercer a atividade económica direta extra-grupo e, por outro lado, à semelhança das demais *holdings*, procedem à compra, gestão e venda de participações sociais exercendo os direitos sociais que integram aquelas quotas ou ações, coloca-se a questão de saber: quais são os benefícios fiscais das SGPS que as tornam preferíveis em face das demais *holdings*?

Importa começar por lembrar que o regime jurídico que criou, em 1988, as SGPS estabeleceu não só os benefícios fiscais como também as correspondentes sanções em caso de violação de tal regime. Com efeito, se determinada sociedade com diferente objeto social tiver como único objeto de facto a gestão de participações noutras sociedades, ou se a SGPS exercer de facto atividade económica direta há, lugar à prática de uma contraordenação, e nos termos dos arts. 8.º, n.º 2 e 13.º do mencionado Decreto-Lei n.º 495/88, de 30 de dezembro, a sujeição à dissolução administrativa.

São estas particularidades das SGPS que nos levam a querer conhecer as eventuais vantagens do seu atual regime fiscal.

É sabido, no entanto, que, até 2014, ao abrigo do art. 32.º do Estatuto dos Benefícios Fiscais as SGPS eram utilizadas quase exclusivamente como instrumento de planeamento fiscal, não raras vezes agressivo ou até mesmo abusivo(7).

---

(6) Ver Emer Hunt, *(Un)Fairness as an Irritant to the Legal System: The Case of Two Legislatures and More Multinational Enterprises, Tax Justice and Tax Law, Understanding Unfairness in Tax Systems*, Parte V, Cambridge, 2020, p. 156.

(7) Sobre a noção de planeamento fiscal agressivo v. abuso, cf. Ana Paula Dourado. *Aggressive Tax Planning in EU Law and in light of BEPS — The EC Recommendation on Aggressive Tax Planning and BEPS Actions 2 and 6*, *Intertax*, 1, 2015; *The EU Anti-Tax Avoidance Package: Moving Ahead of BEPS?* Intertax, 6/7, 2016; *Tax Avoidance Revisited in the EU BEPS Context, Vol. 15, EATLP International Tax Series*, 2017; *Governação Fiscal Global*, Coimbra, 2018; *The US Base Erosion and Anti-Abuse Tax, and the EU Responses*, *Intertax*, 4, 2018 e *Direito Fiscal*, Coimbra, 2021, p. 332.

No sentido de impedir tal abuso, este regime foi revogado pela Lei n.º 83-C/2013, de 31 de dezembro, que procedeu à reforma da tributação das sociedades com o objetivo de assegurar a neutralidade (irrelevância) fiscal da forma jurídica de SGPS escolhida para o exercício das respetivas atividades económicas e evitar a sua utilização fiscal abusiva.

Fazendo com que, atualmente, as SGPS sejam sujeitas ao regime geral do imposto sobre o rendimento das pessoas coletivas, nos termos do art. 87.º, n.º 1, do CIRC, à alíquota de 21% de tributação de IRC, tal como qualquer outra sociedade comercial ou sociedade civil sob forma comercial que tenha por objeto o exercício direto de uma atividade económica.

Porém, se é verdade que a partir de 2014 os benefícios fiscais foram revogados, não é menos verdade que as restrições e sanções a que fizemos referência continuam a ser aplicadas. Ou seja, alterou-se substancialmente o regime fiscal, mas em tudo o mais o regime do Decreto-Lei n.º 495/88, de 30 de dezembro permanece em vigor([8]).

Propomo-nos por isso tomar posição crítica sobre o atual regime jurídico das SGPS e discutir se dele resulta uma *verdadeira* prática racional no âmbito da livre iniciativa económica. Para tal impõe-se começar por conhecer a sua origem e evolução legislativa; é o que tentaremos fazer na secção seguinte.

2. Origem e evolução legislativa das SGPS

Na origem das SGPS está o Decreto-Lei n.º 41 403, de 27 de novembro de 1957, que tinha em vista as então designadas instituições parabancárias, que obtiveram um tratamento mais explícito no Decreto-Lei n.º 46 032, de 27 de abril de 1965, enquanto sociedades cujo objeto era a gestão de carteiras de títulos.

Posteriormente, o Decreto-Lei n.º 271/72, de 2 de agosto, na perspetiva de reestruturação do mercado financeiro, manteve as sociedades *holdings* numa lógica bancária, enquanto categoria geral de sociedades que tinham por objeto a gestão de uma carteira de títulos; distinguindo-as em sociedades de investimento, sociedades de aplicação de capitais e sociedades de controlo.

([8]) Ver, neste sentido, P. Olavo Cunha, *Direito das Sociedades Comerciais*, Coimbra, 2019, pp. 1149-1157.

Definindo-se sociedades de controlo no art. 2.º, n.º 1 como "(…) as que tenham estatutariamente por objeto exclusivo a gestão de participações noutras sociedades, como forma indireta de exercício de atividades comerciais ou industriais".

Nos termos do art. 2.º, n.º 4 as sociedades de controlo não eram parabancárias e de acordo com o art. 6.º n.º 2, al. *b*) passavam a estar isentas da supervisão bancária e outras formalidades como a prévia autorização do Ministro das Finanças.

Depois da integração de Portugal na União Europeia foi aprovado o Decreto-Lei n.º 262/86, de 2 de setembro, que viria a constituir a génese do Código das Sociedades Comerciais, e a reconhecer, no âmbito do Direto Societário, os grupos de sociedades.

Retirando dessa disciplina as necessárias consequências fiscais o Decreto-Lei n.º 414/87, de 31 de dezembro, entretanto revogado, concedia determinados benefícios fiscais às sociedades em situação de domínio total, referindo-se no respetivo preâmbulo que "(…) nas soluções acolhidas tiveram-se em consideração os estudos desenvolvidos a este propósito na Comissão de Reforma Fiscal a respeito do futuro imposto sobre o rendimento das pessoas coletivas (IRC) de modo a assegurar que não sejam tomadas nesta altura medidas que dificultem a transição para o regime que resultará da reforma fiscal".

Acrescentando-se que se dava "(…) deste modo, com a prudência que a evolução verificada neste domínio noutros países aconselha, um primeiro passo no sentido de definir um regime tributário para os grupos de sociedades, que será desenvolvido com as lições que forem retiradas da experiência da aplicação das normas que agora se adoptam"(9).

Consequentemente, quando a reforma fiscal de 1988, através do Decreto-Lei n.º 442-B/88, de 30 de novembro, cria o Código do Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Coletivas (CIRC), vai-se, pela primeira vez, desenvolver o tratamento da unidade económica do grupo, surgindo um regime especial: o Regime de Tributação pelo Lucro Consolidado, vocacionado para a tributação do rendimento dos grupos de sociedades. As SGPS não seriam, no entanto, nele incluídas.

Sendo, no entanto, curioso observar que desde o art. 1.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 46 302, de 27 de abril de 1965 até ao preâmbulo do Decreto-Lei n.º 495/88, de 30 de dezembro se faz referência expressa à figura da *holding*, evidenciando a evolução legislativa o facto de as SGPS

(9) Ver a este propósito a Diretiva (UE) 2016/1164 do Conselho, de 12.07.2016 (Anti Tax Avoidance Directive).

serem sociedades *holdings*, sem que, no entanto, esgotem o universo geral das *holdings*([10]), como nos continua a dar nota o regime em vigor, conforme, em seguida, iremos observar.

3. O atual regime jurídico das SGPS

O diploma que aprova o regime jurídico das SGPS (RJSGPS) é o Decreto-Lei n.º 495/88, de 30 de dezembro, em cujo preâmbulo o legislador explica que apesar do CSC e do Decreto-Lei n.º 414/87, de 31 de dezembro representarem "(…) alguns progressos no sentido da revisão do quadro legal das sociedades *holdings*" o mercado único exigiria "(…) passos mais significativos no sentido de criar condições favoráveis, designadamente de natureza fiscal, que facilitem e incentivem a criação de grupos económicos, enquanto instrumentos adequados a contribuir para o fortalecimento do tecido empresarial português".

Pelo que o referido diploma visaria "(…) proporcionar aos empresários um quadro jurídico que lhes permita reunir numa sociedade as suas participações sociais, em ordem à sua gestão centralizada e especializada"([11]). Ainda de acordo com o preâmbulo optar-se-ia por abandonar a terminologia de sociedades de controlo — porque implicava uma ideia de domínio que não se coadunava com o art. 486.º do CSC — e passar-se-ia a designá-las por sociedades gestoras de participações sociais — SGPS, definindo-as no n.º 1 do art. 1.º como sociedades que (…) têm por único objeto contratual a gestão de participações sociais de outras sociedades, como forma indireta de exercício de atividades económicas.

O n.º 2 deste preceito explicita a "forma indireta de exercício". Assim, "(…) a participação numa sociedade é considerada forma indireta de exercício da atividade económica desta quando não tenha carácter ocasional e atinja, pelo menos, 10% do capital com direito de voto da sociedade participada, quer por si só, quer conjuntamente com participações de

---

([10]) Entendimento que tem sido, desde há muito tempo, acompanhado pelos nossos tribunais superiores V., neste sentido, entre outros, o acórdão do STJ n.º 98A567, de 29.09.1998 (Ferreira Ramos) e, mais recentemente, o acórdão do STA n.º 0105/20.1BALSB, de 26.05.2021 (Francisco Rothes).

([11]) Sobre mais desenvolvimentos sobre esta gestão cf. Pablo A Hernández Gonzaléz-Barrela, *Holding Companies and Leveraged Buyouts in the European Union Following BEPS: Beneficial Ownership, Abuse of Law, and the Single Taxation Principle (Danish ECJ Cases C-115/16, 116/16, 117/16, 118/16, 119/16 and 299/16), European Taxation*, 59, 2019, p. 409; Ac. TJUE, 26.02.2019, C 116/16 (*T Danmark*) e C-117/16, (*Y Denmark*), §§ 70 *a* 72, 75, 79, 80 e 98.

outras sociedades em que a SGPS seja dominante". Em conformidade com o n.º 3 a participação detida por mais de um ano não tem caráter ocasional, admitindo-se, no entanto, participações inferiores a 10% nos termos do n.º 4. Ou seja, reduziu-se o montante relevante para efeitos de qualificação de participação como forma indireta de exercício de atividade económica, exigindo-se, no entanto, uma certa permanência.

Apesar de, nos termos do art. 5.º, ficarem vedadas às SGPS determinadas operações, designadamente a concessão de crédito, com exceção de suprimentos, o referido diploma legal, segundo a síntese do seu preâmbulo, confere às SGPS a possibilidade de prestarem serviços, que nos termos do art. 4.º, são designados por serviços técnicos de administração ou de gestão às suas participadas ou às sociedades com as quais tenham celebrado contrato de subordinação, dispensando-se autorização prévia e prevendo-se apenas a fiscalização para efeitos fiscais.

Procurando sumariar a relevância material dos treze artigos que compõem o Decreto-Lei n.º 495/88, de 30 de dezembro, podemos sinteticamente dizer que do art. 1.º ao art. 3.º se definem as SGPS, fixam os tipos de sociedades possíveis e indicam as participações admitidas; o art. 4.º autoriza as SGPS a prestarem certos serviços; o art. 5.º proíbe algumas operações; o art. 6.º (entretanto revogado) tornava obrigatória a menção por extenso das SGPS em atos externos; o art. 7.º deu origem ao regime dos benefícios fiscais (entretanto revogado); o art. 8.º, n.º 1, estipula que as sociedades que tenham por objeto social uma atividade económica mas que detenham participações sociais podem, com elas, constituir uma SGPS([12]). Enquanto o n.º 2 determina a dissolução das sociedades que, tendo outro objeto, de facto, só gerem participações sociais; o mesmo sucedendo no caso de SGPS que, na realidade, exerçam uma atividade económica; o art. 9.º prescreve o dever de comunicação às Conservatórias do Registo Comercial e à Inspeção-Geral de Finanças a constituição de SGPS e alterações dos respetivos contratos; o art. 10.º define os termos e os elementos a que devem obedecer os relatórios, publicidade e fiscalização; o art. 11.º admite a aplicação das normas respeitantes a sociedades coligadas estabelecendo que o disposto neste Decreto-Lei não dispensa a aplicação do título VI do CSC (normas respeitantes a sociedades coligadas); o art. 12.º determina que as antigas sociedades de controlo constituí-

([12]) Ver, por contraponto, a Comunicação da Comissão ao Parlamento e ao Conselho, 18.05.2021, COM/2021/251 final, a propósito da constituição de uma holding "criada com o principal objetivo de reduzir a responsabilidade fiscal ou disfarçar a conduta imprópria do grupo ou das operações a que pertence".

das ao abrigo do Decreto-Lei n.º 271/72, de 2 de agosto. ficam sujeitas a este novo regime e o art. 13.º prevê a aplicação de sanções em caso de violação do disposto nos arts. 2.º a 12.º.

De sublinhar também as alterações introduzidas pelo Decreto-Lei n.º 318/94, de 24 de dezembro, que para além de revogar o art. 6.º que obrigava a mencionar as SGPS por extenso, veio até introduzir algumas melhorias, nos termos do seu art. 9.º, na prestação de informações à Inspeção-Geral de Finanças e, sobretudo, flexibilizou a aquisição e detenção das participações inferiores a 10%, em conformidade com o art. 3.º, e atenuou, nos termos do art. 5.º, as restrições à atuação das SGPS no que se refere, nomeadamente, à aquisição de imóveis e à obtenção de crédito.

Em face do que antecede, o regime que lhe sucedeu, através do Decreto-Lei n.º 378/98, de 27 de novembro, procurou essencialmente, como se refere no preâmbulo, "(…) eliminar determinado tipo de procedimentos e simplificar outros, contribuindo para desburocratizar serviços". Na verdade, são modificações de natureza instrumental, acompanhadas de uma melhoria dos aspetos gramaticais por referência ao texto inicial, de que é exemplo o art. 8.º, n.º 2.

Convém, a este propósito, lembrar que com a reforma fiscal de 2000, de modo a tornar o país mais competitivo e mais atrativo em termos de investimento e de modo a combater a evasão e fraude fiscais, foi abolido o Regime de Tributação pelo Lucro Consolidado devido à sua complexidade e dificuldade de controlo por parte da Administração Tributária e, a partir de 1 de janeiro de 2001, o RETGS-Regime Especial de Tributação dos Grupos de Sociedades passou a estar consagrado nos arts. 69.º a 71.º do CIRC. As SGPS não foram, no entanto, nele incluídas, e o seu regime manteve-se no já referido Decreto-Lei n.º 495/88, de 30 de dezembro([13]).

A Lei n.º 109-B/2001, 27 de dezembro, (OE 2002) veio revogar o art. 7.º deste Decreto-Lei relativo ao regime fiscal das SGPS, integrando-o no Estatuto de Benefícios Fiscais, que tinha sido aprovado pelo Decreto-Lei n.º 215/89, de 1 de julho e que pretendeu conferir um caráter sistemático ao conjunto dos benefícios fiscais que se encontravam dispersos por vários diplomas legais.

Com efeito, nos termos do então n.º 2 do art. 32.º do Estatuto dos Benefícios Fiscais (EBF), entre 2003 e 2013 vigorou este regime fiscal, segundo o qual as mais-valias realizadas por estas sociedades através da transmissão onerosa de participações sociais, desde que detidas por período

---

([13]) Ver Júlio Tormenta, *As sociedades gestoras de participações sociais como instrumento de planeamento fiscal e os seus limites*, Coimbra, 2011, pp. 32-33.

não inferior a um ano, não concorriam para a formação do respetivo lucro tributável em IRC, o que traduzia uma não tributação daquelas mais-valias.

A partir de 2013 as mudanças de regime foram profundas, com o tratamento que passou a ser dado às SGPS no Código do Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Coletivas (CIRC)(14).

3.1. As SGPS no CIRC

A Lei n.º 83-C/2013, de 31 de dezembro (OE 2014) revogou o regime fiscal das SGPS, e, concomitantemente, a Reforma do IRC estendeu a todas as sociedades (sob a forma de SGPS ou não) um regime de não tributação das mais-valias realizadas através da alienação de participações sociais que não prejudica a dedução de encargos financeiros com elas relacionados. Por outro lado, o regime de limitação da dedução de gastos de financiamento previsto no art. 67.º do CIRC inclui qualquer sujeito passivo de IRC, estando as entidades dedicadas total ou parcialmente à gestão de participações sociais por ele abrangidas.

Serve o que escrevemos para dizer que as SGPS enquanto *holdings* de direção prosseguem fins e partilham vantagens que são comuns às *holdings* em geral, desde logo no que se refere às finalidades de reorganização do grupo societário bem como vantagens de natureza financeira, designadamente em termos de melhoria das condições de financiamento externo e poupanças decorrentes do recurso ao crédito intra-grupo. Para além, naturalmente, da partilha de serviços comuns a todas as sociedades da cadeia societária.

Além disso, importa não esquecer que a constituição de uma SGPS também pode permitir economias de escala com uniformização de procedimentos, designadamente não só ao nível da gestão como também ao nível da investigação e desenvolvimento.

Ao prosseguirem uma direção coordenada e concertada das sociedades do grupo, permitem simultaneamente diversificar investimentos mitigando o risco financeiro, sobretudo aquele que decorra da existência de eventuais perdas que ponham em causa a recuperação do capital investido(15).

---

(14) Ver P. Olavo Cunha, *Direito das Sociedades Comerciais*, Coimbra, 2019, pp. 1149-1157 e *Direito Comercial e do Mercado*, Coimbra, 2021, p. 191, ss.

(15) Neste sentido cf. Andreas Perdelwitz, *Chapter 10: International Tax Structuring for Holding Activities, International Tax Structures in the BEPS Era: Na Analysis of Anti-Abuse Measures, Online Books*, IBFD, 2016, p. 3.

Além disso, a SGPS pode, ainda, transmitir ao mercado uma imagem de robustez financeira com vantagem para o fortalecimento da marca ou até a simples perceção de assinalável êxito empresarial, sobretudo se tiverem sido criadas depois daquela reforma fiscal de 2014 que revogou os benefícios fiscais.

Depois da unificação do regime fiscal aplicável a todas as sociedades resultante desta reforma do IRC de 2014 e excecionando a mencionada imagem transmitida para o mercado a que acabámos de fazer referência, tendemos a considerar que, à partida, a forma jurídica societária especial de SGPS parece não acarretar significativas vantagens específicas, sobretudo de natureza fiscal, por contraponto, como vimos, com a sua forma jurídica obrigatória para as sociedades *holdings* de direção.

O que nos leva naturalmente a perguntar: será que aquela unificação de regime fiscal plasmada no art. 51.º, n.º 1, alíneas *a*) e *b*) do CIRC, nos termos da Lei n.º 2/2014, de 16 de janeiro, veio tornar supérfluo o regime das SGPS?

Qual o atual fundamento das SGPS em face das sociedades com objeto comercial imediato que paralelamente desempenham funções que até 2014 cabiam às SGPS?

Afinal que situações justificam a opção do legislador?

São perguntas que despertam a nossa curiosidade e a que nos propomos responder num segundo momento, por requererem uma investigação mais alargada, que não cabe na economia destas notas iniciais de reflexão crítica que se procuraram verter no presente artigo.

4. Conclusões

Observámos que a SGPS não é uma *holding* sociedade-mãe e também não é uma holding *mista*, na medida em que o art. 8.º, n.º 2, do Decreto-Lei n.º 495/88, de 30 de dezembro, na redação dada pelo Decreto-Lei n.º 378/98, de 27 de novembro, proíbe que uma SGPS exerça, de modo direto, qualquer atividade económica, sob pena de dissolução. Embora o art. 8.º, n.º 1 não dificulte a constituição da SGPS a partir de *holdings* sociedade-mãe, endossando-lhe imediatamente as participações sociais.

Constatámos também que a SGPS não é uma *holding* financeira (*Vermögensholding ou société portefeuille*) dado que a *holding* financeira apenas detém participações sociais com escopo financeiro e corresponde às

sociedades de investimento ou às de aplicação de capitais, consoante pudesse ultrapassar os 10% do capital da participada ou do próprio, conforme dispõe o Decreto-Lei n.º 271/72, de 2 de agosto.

Tivemos igualmente a oportunidade de ver que a SGPS possui como único objeto contratual a gestão de participações de outras sociedades, mas, nos termos do art. 1.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 495/88, de 30 de dezembro, apenas como forma indireta de exercício de atividades económicas. Dado que, em conformidade com o art. 1.º, n.º 2, do mesmo diploma, na redação dada pelo Decreto-Lei n.º 318/94, de 24 de dezembro, a participação deve atingir, pelo menos, os 10%, torna-se possível intervir na vida da sociedade e, desse modo, exercer indiretamente a atividade económica.

Concluímos ainda que a SGPS também não é uma *holding* puramente financeira, na medida em que ela não corresponde à (*Unternehmensbeteiligungsgesellschaft*) mera detenção de títulos, de modo a gerir dividendos e mais valias. Com efeito, conforme estipula o art. 3.º, n.º 3 do referido Decreto-Lei n.º 495/88, alterado pelos Decreto-Lei n.º 318/94 e n.º 378/98, a SGPS só limitadamente pode deter participações com um sentido financeiro, ou seja, sem ser através do exercício indireto da atividade económica.

Vimos que em face de este perfil de *holding* a SGPS distingue-se, por um tipo social estrito, com regras imperativas próprias, que nos termos do art. 2.º do Decreto-Lei n.º 495/88, de 30 de dezembro, tem por único objeto a gestão de participações sociais como forma indireta de exercer a atividade económica, em que o princípio da separação entre as sociedades impõe que as participadas funcionam formal e materialmente como sociedades autónomas.

Tivemos a oportunidade de verificar que o Decreto-Lei n.º 318/94, de 24 de dezembro, para além de revogar o art. 6.º que obrigava a mencionar as SGPS por extenso, veio até introduzir algumas melhorias, nos termos do seu art. 9.º, na prestação de informações à Inspeção-Geral de Finanças e, sobretudo, flexibilizou a aquisição e detenção das participações inferiores a 10%, em conformidade com o art. 3.º, e atenuou, nos termos do art. 5.º, as restrições à atuação das SGPS no que se refere, nomeadamente, à aquisição de imóveis e à obtenção de crédito.

Observámos que o regime que lhe sucedeu através do Decreto-Lei n.º 378/98, de 27 de novembro, procurou essencialmente, como se refere no preâmbulo, "(…) eliminar determinado tipo de procedimentos e simplificar outros, contribuindo para desburocratizar serviços". Mas, na verdade, são modificações de natureza instrumental, acompanhadas de uma melho-

ria dos aspetos gramaticais por referência ao texto inicial, de que é exemplo o art. 8.º, n.º 2.

Dissemos que o atual regime do Decreto-Lei n.º 495/88, de 30 de dezembro, foi alterado pelo Decreto-Lei n.º 318/94, de 24 de dezembro e pelo Decreto-Lei n.º 378/98, de 27 de novembro, mas nenhum deles provocou uma mudança de fundo e o acatamento de restrições e sanções permaneceu como *conditio sine qua non* de atribuição de benefícios fiscais, que vimos terem sido revogados em 2014.

Constatámos que com a reforma fiscal de 2000, de modo a tornar o país mais competitivo e mais atrativo em termos de investimento e de modo a combater a evasão e fraude fiscais, foi abolido o Regime de Tributação pelo Lucro Consolidado devido à sua complexidade e dificuldade de controlo por parte da Administração Tributária e, a partir de 1 de janeiro de 2001, o RETGS-Regime Especial de Tributação dos Grupos de Sociedades passou a estar consagrado nos arts. 69.º a 71.º do CIRC. As SGPS não foram, no entanto, nele incluídas, e o seu regime mantém-se no já referido Decreto-Lei n.º 495/88, de 30 de dezembro.

Vimos que a Lei n.º 109-B/2001, de 27 de dezembro, (OE 2002) veio revogar o art. 7.º deste Decreto-Lei relativo ao regime fiscal das SGPS, integrando-o no Estatuto de Benefícios Fiscais, que tinha sido aprovado pelo Decreto-Lei n.º 215/89, de 1 de julho, e que pretendeu conferir um caráter sistemático ao conjunto dos benefícios fiscais que se encontravam dispersos por vários diplomas legais.

Concluímos que, nos termos do então n.º 2 do art. 32.º do Estatuto dos Benefícios Fiscais (EBF), entre 2003 e 2013 vigorou este regime fiscal, segundo o qual as mais-valias realizadas por estas sociedades através da transmissão onerosa de participações sociais, desde que detidas por período não inferior a um ano, não concorriam para a formação do respetivo lucro tributável em IRC, o que traduzia uma não tributação daquelas mais-valias.

Defendemos que a partir de 2013 as mudanças de regime foram profundas, com o tratamento que passou a ser dado às SGPS no Código do Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Coletivas (CIRC) e afirmámos que qualquer *holding* que não assumisse este tipo — estritamente previsto na lei — de SGPS a estas não se podia reconduzir.

Por isso, assentámos que a SGPS é uma *holding* de direção (*Führungsholding*) ao ter como objetivo exclusivo a detenção de participações sociais de outras sociedades para, desse modo, intervir no desenvolvimento das respetivas atividades.

Terminámos interrogando-nos se, após a unificação do regime fiscal aplicável a todas as sociedades resultante da reforma do IRC de 2014, a

forma jurídica societária especial de SGPS continua, ou não, a acarretar significativas vantagens fiscais específicas. Vimos que, em princípio, não, mas prometemos voltar ao tema cuja importância e atualidade no ordenamento jurídico português nos impõe o desenvolvimento desta nossa reflexão crítica.

Em Lisboa, a 5 de maio de 2022

O DEVER DE CONTRATAR E A *CLÁUSULA DE NÃO ADJUDICAÇÃO* NA CONTRATAÇÃO PÚBLICA

Pelo Dr. Rui Cardona Ferreira(*)

Sumário:

1. Enquadramento. **2.** Conformação jurídica do procedimento adjudicatório e dever de contratar. **3.** A problemática em torno da cláusula de não adjudicação. **4.** Conclusão.

1. Enquadramento

Um dos aspetos nucleares da contratação pública é a estabilidade do procedimento adjudicatório(1) e da relação que intercede entre os concorrentes e a entidade adjudicante até à adjudicação ou à celebração do contrato.

Na verdade, quer do ponto de vista dogmático, quer do ponto de vista prático, a caracterização e a tutela da posição dos concorrentes perante as vicissitudes do *devir procedimental* são decisivas para a compreensão do regime jurídico da contratação pública e para a própria implementação da colaboração entre particulares e Administração, visada com o apelo à con-

---

(*) Mestre em Direito. Advogado (com inscrição voluntariamente suspensa, exercendo, presentemente, as funções de assessor do Tribunal Constitucional).

(1) Assinalando a distinção entre o procedimento de contratação pública, globalmente considerado, e os subprocedimentos em que se decompõe, incluindo o subprocedimento adjudicatório — que, por sua vez, integra vários subprocedimentos que precedem a tramitação do procedimento de adjudicação (decisão de contratar, decisão de escolha do procedimento e aprovação das peças do procedimento) —, *vide* Pedro Costa Gonçalves, *Direito dos Contratos Públicos*, 5.ª ed., Coimbra, 2021, p. 928. Pela nossa parte, não ignorando nem recusando a distinção, referimo-nos a *procedimento adjudicatório* na sua aceção mais ampla.

corrência e à participação nos procedimentos adjudicatórios. Adentro desta temática, por sua vez, avulta a questão de saber qual o grau de vinculação da entidade adjudicante perante os concorrentes e quais os termos em que, inversamente, a desvinculação daquela é legalmente admissível.

É sobre esta matéria que versa o presente estudo, tendo por objeto central a controvérsia doutrinária, recentemente reavivada, quanto à admissibilidade e aos efeitos das tradicionalmente designadas *cláusulas de não adjudicação*, por vezes inseridas nas peças do procedimento. Ainda antes de nos debruçarmos diretamente sobre essa controvérsia, todavia, aludiremos à conformação jurídica do procedimento adjudicatório e ao dever de contratar da entidade adjudicante.

2. Conformação jurídica do procedimento adjudicatório e dever de contratar

I. Não pode hoje questionar-se a existência, em geral, de um dever de celebrar o contrato, a que vai inerente um logicamente precedente dever de adjudicação. Este modo de ver encontra, aliás, lastro juspositivo na própria epígrafe do art. 76.º do Código dos Contratos Públicos (CCP), onde se acolhe, precisamente, um "dever de adjudicação".

Mas a existência deste dever, reforçada pela formulação da lei, decorreria já da própria natureza, conformação e efeitos jurídicos do *ato* de abertura do procedimento adjudicatório.

Por *ato* de abertura do procedimento tomamos o conjunto dos instrumentos jurídicos formado pelo anúncio e pelo programa do procedimento, bem como pelo caderno de encargos, que estabelecem, respetivamente, as regras a que há de obedecer a tramitação do procedimento e os termos e as condições substanciais que deverão integrar o *conteúdo* do futuro contrato (cf. arts. 41.º e 42.º do CCP).

Este conjunto de instrumentos jurídicos tem subjacente, unificando-os, uma verdadeira decisão de contratar, ainda que implícita, que precede a publicação do anúncio do procedimento, mas que só através daqueles instrumentos se exterioriza e se torna eficaz(2). O art. 36.º, n.º 1, do CCP, dá hoje, aliás, evidência desta fenomenologia.

---

(2) Pelo menos quando encarada da perspetiva da sua eficácia *prototípica* que é a da vinculação da entidade adjudicante perante terceiros à prossecução de um procedimento funcionalmente orientado para a celebração do contrato adequado à finalidade de interesse público concretamente

II. Segundo o entendimento tradicional, a abertura de concurso público não consubstanciava mais do que um mero convite a contratar. Com efeito, Marcello Caetano definia o concurso público como "(…) o processo resultante do convite, feito ao público ou àqueles que reúnam determinados requisitos, para a apresentação de propostas de contrato (…)"(3). Em termos congruentes com a caracterização da abertura de concurso como mero convite a contratar, Marcello Caetano recusava a existência de um dever de adjudicar o contrato a qualquer dos concorrentes: "Em princípio, entende-se que, também aí, os poderes são discricionários, sendo facultado à pessoa coletiva declarar sem efeito o concurso já chegado à adjudicação ou recusar todas as propostas por não lhe convir nenhuma delas"(4).

No entanto, como assinalou Sérvulo Correia, divergindo do entendimento tradicional, a autonomia contratual da Administração, pelo menos no que respeita aos contratos administrativos — hoje, melhor diríamos, contratos *públicos* —, desenvolve-se, fundamentalmente, em dois momentos distintos: num primeiro momento, situa-se "(…) a decisão de contratar, executada pelos atos que formalizam uma proposta ao público (…)"(5); num segundo momento, a Administração exerce a sua "(…) faculdade de aderir, com maior ou menor grau de autodeterminação às propostas que outros lhe apresentem"(6). É que, conforme salienta ainda Sérvulo Correia, se nalguns casos a decisão de contratar, traduzida na abertura de concurso, "(…) poderá constituir desde logo o teor integral do contrato que a Administração se propõe celebrar, que em tal hipótese funcionará como contrato

---

visada (neste sentido, cf. Mário Esteves de Oliveira/Rodrigo Esteves de Oliveira, *Concursos e outros Procedimentos de Contratação Pública*, Coimbra, 2011, pp. 804-805). Também Pedro Costa Gonçalves assinala que, até ao momento da sua exteriorização, a decisão de contratar constitui um ato interno que "esgota os seus efeitos no interior da entidade adjudicante" — cf. *Direito…*, *cit.*, p. 421 (aludindo, igualmente, ao caráter interno da decisão de contratar, não obstante a exigência de fundamentação, cf. João Pacheco de Amorim, *Introdução ao Direito dos Contratos Públicos*, Coimbra, 2021, p. 137). E isto sem embargo de se admitir que, nos termos gerais da lei processual administrativa, desde que conhecida — por exemplo, através da sua publicação oficial, quando a tal sujeita — e suscetível de lesar (ou vir a lesar, com elevada probabilidade, uma vez exteriorizada) um direito ou interesse legítimo, a decisão de contratar possa ser imediatamente impugnada (salientando este aspeto e a tomada da decisão de contratar como o momento relevante para a determinação da lei aplicável ao procedimento, em caso de sucessão de leis no tempo, cf. Pedro Fernández Sánchez, *Direito da Contratação Pública*, Vol. I, Lisboa, 2019, pp. 563-565). Sobre a decisão ou deliberação de contratar, como imprescindível ato inicial ou propulsivo do procedimento administrativo pré-contratual e respetiva caracterização, cf., por todos, Sérvulo Correia, *Legalidade e Autonomia Contratual nos Contratos Administrativos*, Coimbra, 1987, pp. 656, ss.

(3) Cf. *Manual de Direito Administrativo*, Vol. I, 10.ª ed. (reimp.), Coimbra, 2005, pp. 596-597.

(4) *Ob. cit.*, p. 604.

(5) *Ob. cit.*, p. 656.

(6) *Ob. cit.*, p. 657.

de adesão"([7]), via de regra haverá lugar a uma fase "(…) mais ou menos procedimentalizada de negociações, da qual venha a resultar a elaboração do texto do contrato"([8]).

Assim, de acordo com Sérvulo Correia, na abertura de concurso, "(…) a Administração formula uma oferta ao público, ou a um conjunto delimitado de possíveis cocontratantes"([9]), mas trata-se de uma proposta ou de uma oferta ao público *sui generis*, dotada de duas particularidades: "(…) à proposta da Administração não hão de corresponder declarações de aceitação das quais decorra a conclusão do contrato mas sim novas propostas, provenientes dos interessados; em face das novas propostas provenientes dos interessados, cumpre à Administração pronunciar-se mais uma vez, aceitando uma delas"([10]).

A circunstância de se reconhecer que, ao menos na generalidade dos casos, sobre as propostas dos interessados incide ainda uma *aceitação* por parte da Administração não impede que se reconheça, igualmente, de acordo com o entendimento propugnado por este Autor, um dever de adjudicar decorrente da própria abertura de concurso: "ao abrir o concurso, a Administração vincula-se perante o público, ou perante os limitados destinatários quando for esse o caso, a levar avante o procedimento pré-contratual e, designadamente, a apreciar as propostas com intenção de escolher a melhor de entre as que não estiverem aquém dos limites da aceitabilidade"([11]).

III. No que respeita à configuração da abertura de concurso como uma *proposta* ou *oferta ao público*, a posição de Sérvulo Correia pode prestar-se a algumas críticas, mas que não a afetam substancialmente.

É certo que, como refere Margarida Olazabal Cabral([12]), a abertura de concurso não é dotada da completude que caracteriza a proposta enquanto negócio jurídico típico integrativo da formação dos contratos. Tal completude só se verificará, de facto, quando esteja em causa um contrato cujo único critério de adjudicação seja o preço, o que, como o próprio Autor assinala, raramente ocorrerá.

([7]) *Ob. cit.*, p. 657.

([8]) *Ob. cit.*, p. 658. Conforme se depreende da nota 476 na mesma página, a referência a negociações é formulada pelo Autor em termos amplos, de modo a abranger as diversas formas pelas quais os concorrentes são chamados a integrar ou completar o conteúdo do futuro contrato, designadamente a simples apresentação de "(…) propostas com condições divergentes das do caderno de encargos (…)".

([9]) *Ob. cit.*, p. 701.

([10]) *Ob. cit.*, p. 701.

([11]) *Ob. cit.*, p. 701.

([12]) Cf. *O Concurso Público nos Contratos Administrativos*, Coimbra, 1997, p. 222.

Por outro lado, mas em estreita relação com o que acabámos de referir, não parece que quadre bem com a qualificação de *proposta* ou *oferta ao público* a circunstância de a abertura de concurso ter em vista despoletar a apresentação de novas propostas pelos interessados e não conferir-lhes a faculdade de, por via da simples aceitação, procederem à conclusão do contrato. É que, como também Margarida Olazabal Cabral põe em evidência, este ponto "(…) contradiz o essencial da noção jurídica de proposta, quer esta seja feita a pessoa determinada, quer seja a pessoa indeterminada".

Também pela nossa parte, subscrevemos estas observações e há muito que, modestamente, tendemos a vislumbrar na abertura do concurso público não uma *proposta* ou *oferta ao público*, mas uma verdadeira *promessa pública*, através da qual a entidade adjudicante se obriga unilateralmente à realização de uma prestação — no caso, uma prestação de facto jurídico, que consiste na celebração do contrato objeto do concurso —, perante um leque indeterminado de destinatários, sendo este o único instituto com virtualidade explicativa do fenómeno em causa e também o único que quadra, em particular, com a existência de um dever de celebração do contrato([13]).

Em todo o caso, cumpre reconhecer que a posição expressa por Sérvulo Correia teve o enorme mérito de assinalar, em termos pioneiros, que a abertura de concurso não é, propriamente, um convite a contratar, juridicamente inócuo — ou pouco mais do que isso — para a Administração, mas que dela emerge um dever de adjudicar.

IV. À conclusão alcançada não obsta, aliás, o reconhecimento da existência de uma *reserva de revogação*, ou de *não adjudicação*, por razões de interesse público.

No entanto, e como é consabido, a atividade administrativa está subordinada ao princípio da legalidade — cf. art. 266.º, n.º 2, da Constituição e art. 3.º, n.º 1, do Código do Procedimento Administrativo (CPA) —, constituindo a lei não apenas um *limite*, mas antes o *fundamento* dessa atividade([14]).

([13]) Cf., em termos mais desenvolvidos, a nossa posição explanada em *Indemnização do Interesse Contratual Positivo e Perda de* Chance *(em especial, na contratação pública)*, Coimbra, 2011, p. 51, ss.

([14]) Na lapidar síntese de Freitas do Amaral, "(…) a Administração Pública só pode agir se, e na medida em que, a norma jurídica lho permitir" — cf. *Curso de Direito Administrativo*, Vol. II (com a colaboração de Pedro Machete/Lino Torgal), 4.ª ed., Coimbra, 2018, p. 45.

Daí que a decisão de interromper o procedimento sem a celebração do contrato tenha, necessariamente, de assentar numa norma legal habilitante, que consta hoje do art. 79.º do CCP, onde se encontram previstas, taxativamente(15), as razões de interesse público justificativas da decisão de não adjudicação e da consequente revogação da decisão de contratar (cf. art. 80.º, n.º 1, do CCP)(16).

Mais concretamente, determinam as alíneas *c*) e *d*) do art. 79.º do CCP que não há lugar à adjudicação, extinguindo-se o procedimento,

---

(15) O reconhecimento do caráter legalmente devido da decisão de adjudicação e da taxatividade das causas de não adjudicação, não sendo uniforme, é largamente predominante na doutrina e na jurisprudência nacionais e foi, aliás, corroborado na recente monografia de João Pacheco de Amorim (cf. *As Decisões de Adjudicação e não Adjudicação no Código dos Contratos Públicos*, Coimbra, 2021, p. 22, ss). Entendendo que o art. 79.º do CCP consagra uma "mera exceção" ao dever legal de adjudicação resultante do art. 76.º do mesmo código, Pedro Fernández Sánchez reiterou, também recentemente, que "(…) o legislador confirmou ter firmado a ideia de que a prossecução do interesse público não pode servir de pretexto para a criação de uma situação de insegurança na esfera de quem aceitou gastar tempo e recursos na elaboração de uma proposta, em resposta a um convite que lhe foi dirigido por uma entidade adjudicante e no qual depositou as suas legítimas expectativas, ficando a invocação do interesse público estritamente dependente das causas de não adjudicação que a própria lei enumere" — cf. "Sobre a distinção entre análise e avaliação de propostas e a limitação das funções atribuídas a um critério de adjudicação", *in Revista de Contratos Públicos*, n.º 23 (abril, 2020), pp. 41-42 (já assim, do mesmo Autor, cf. *Direito…*, *cit.*, Vol. II, p. 367, ss.). Ainda neste sentido, na doutrina nacional, *vide* Marcelo Rebelo de Sousa/André Salgado de Matos, *Direito Administrativo Geral*, Vol. III, 2.ª ed., Lisboa, 2009, p. 373, Vera Eiró, "Adjudicar, não contratar… e indemnizar — Ac. do STA n.º 1/2010, de 22.10.2009", *in Cadernos de Justiça Administrativa*, n.º 80 (2010), pp. 47-48, Lourenço Vilhena de Freitas, *Direito dos Contratos Públicos e Administrativos*, Lisboa, 2014, pp. 289-290, e Pedro Costa Gonçalves, *Direito…*, *cit.*, p. 951; na jurisprudência recente, cf., *inter alia*, os Acs. do STA de 11.03.2021, proc. 01445/19.8BEBRG, de 3.03.2016, proc. n.º 01153/15, de 3.12.2015, proc. n.º 0913/15, os Acs. do TCA Norte de 31.01.2020, proc. n.º 00231/19.0, de 28.06.2019, proc. n.º 00744/18.0BECBR, e de 16.02.2018, proc. n.º 01023/17.6BEPRT, e o Ac. do TCA Sul de 26.04.2012, proc. n.º 08634/12.

(16) Admitindo, todavia, a "existência de causas de não adjudicação que exorbitem do elenco legal do art. 79.º [do CCP]", cf. Mário Esteves de Oliveira/Rodrigo Esteves de Oliveira, *Concursos…*, *cit.*, p. 1055. Também Miguel Assis Raimundo entende que "o Direito positivo sustenta, sem dúvida, a defesa de uma cláusula geral de não adjudicação" e, mais concretamente, que as alíneas *c*) e *d*) do n.º 1 do art. 79.º do CCP apenas "(…) significam que *sempre que exista um interesse público suficientemente relevante para pôr em causa a confiança depositada no procedimento, pode não haver adjudicação*, ou são inconstitucionais por violação do princípio da prossecução do interesse público" — cf. *A Formação dos Contratos Públicos — Uma Concorrência Ajustada ao Interesse Público*, Lisboa, 2013, pp. 1147 e 1155 (reiterando este entendimento, mais recentemente, cf. *Direito dos Contratos Públicos*, Vol. I, Lisboa, 2022, p. 526, ss.). Sustentando, igualmente, uma interpretação mais *generosa* para as entidades adjudicantes e recusando o caráter taxativo das causas de não adjudicação contempladas no art. 79.º do CCP, *vide* Bernardo Azevedo, "Adjudicação e celebração do contrato no Código dos Contratos Públicos", *in Estudos de Contratação Pública — II* (coord. Pedro Costa Gonçalves), Coimbra, 2010, p. 243, ss., e Juliana Ferraz Coutinho, "Adjudicar ou não adjudicar? Os novos contornos da mesma questão", *in Comentários ao Código dos Contratos Públicos* (coord. Carla Amado Gomes/Ricardo Pedro/Tiago Serrão/Marco Caldeira), Vol. II, 4.ª ed., Lisboa, 2021, p. 277, ss.

quando, respetivamente, *por circunstâncias imprevistas, seja necessário alterar aspetos fundamentais das peças do procedimento* e *circunstâncias supervenientes relativas aos pressupostos da decisão de contratar o justifiquem*([17]).

Vê-se, assim, que as condições em que a lei admite uma não adjudicação lícita, fundada em razões de interesse público, não são tão *estritas* assim, não exigindo a mencionada alínea *c*) que se trate de circunstâncias imprevisíveis — basta que, efetivamente, não tenham sido previstas — e resultando da referida alínea *d*) uma liberdade de reponderação da própria decisão de contratar.

Naturalmente que, em ambas as hipóteses, há de exigir-se uma fundamentação objetiva e convincente, não estando a decisão de não adjudicação, ao abrigo de qualquer destas alíneas, à margem do controlo do exercício de poderes discricionários que resulta dos princípios gerais da atividade administrativa([18]). Além disso, sendo o fundamento da não adjudicação a necessidade de alteração de aspetos *fundamentais* das peças do procedimento, a própria lei impõe, no n.º 3 do mesmo artigo, que a entidade adjudicante dê início a um novo procedimento adjudicatório no prazo máximo de seis meses a contar da data da notificação da decisão de não adjudicação.

V. Por fim, recorde-se que a lei prescreve, no n.º 4 do referido art. 79.º, que "quando o órgão competente para a decisão de contratar

---

([17]) Quanto às demais alíneas do art. 79.º do CCP, as alíneas *a*), *b*) e *g*) não consagram uma exceção ao dever de adjudicar, mas preveem situações de *impossibilidade de adjudicar* no âmbito do procedimento iniciado, como bem assinala Pedro Costa Gonçalves (cf. *Direito…*, *cit.*, pp. 937-938). Já as alíneas *e*) e *f*) poderão comportar maior margem de liberdade de apreciação, embora limitada às hipóteses aí contempladas (respetivamente, a apresentação de um preço *inaceitável*, quando não tiver sido fixado um preço base, e o caráter insatisfatório de todas as soluções apresentadas em procedimento de diálogo concorrencial ou parceria para a inovação).

([18]) No que concerne, nomeadamente, à hipótese prevista na alínea *d*) do n.º 1 do art. 79.º, como sublinha Pedro Costa Gonçalves, sempre será de exigir que estejam em causa "(…) circunstâncias que permitam formular, em termos retrospetivos, o juízo de que o órgão adjudicante não teria certamente decidido contratar se aquelas circunstâncias já existissem e fossem dele conhecidas no momento em que tomou a decisão de contratar" — cf. *Direito…*, *cit.*, p. 941. Também o STA, no recente aresto de 11.03.2021 (proc. 01445/19.8BEBRG), se pronunciou no sentido de que "existe um dever legal de adjudicação *ex vi* do art. 76.º do CCP, dever que cessa quando se verifica uma das exceções previstas no art. 79.º" e que, embora a entidade adjudicante goze de "algum poder discricionário" ao abrigo da alínea *c*) deste último preceito legal, "a decisão de não adjudicar só pode ocorrer quando se verifiquem objetivamente as situações do n.º 1 do art. 79.º do CCP" e "tem de ser devidamente fundamentada", de tal sorte que "a possibilidade de lançar mão de uma causa de não adjudicação, assim prevista em termos tão apertados, dificilmente pode ser equiparada a uma cláusula *cum voluerit* ou *si voluerit*".

decida não adjudicar com fundamento no disposto nas alíneas *c*) e *d*) do n.º 1, a entidade adjudicante deve indemnizar os concorrentes, cujas propostas não tenham sido excluídas, pelos encargos em que comprovadamente incorreram com a elaboração das respetivas propostas".

Em face desta disposição legal, e segundo Pedro Costa Gonçalves, deveria entender-se que "a lei define aqui um critério de indemnização pelo mínimo, não tendo a pretensão de afastar o ressarcimento de outros danos, como a perda de chance ou a lesão do interesse contratual positivo"([19]). Mais recentemente, também Miguel Assis Raimundo veio afirmar, a respeito desta mesma disposição legal, não ter por líquida "a questão de saber se esta limitação ao *quantum* indemnizatório se aplicará a todos os concorrentes em casos de não adjudicação por facto lícito"([20]).

Pela nossa parte, todavia, entendemos que deve ser afastada uma indemnização pelo interesse contratual positivo na hipótese legal aqui considerada, tendo em conta que se está perante uma não adjudicação lícita que, alicerçada em habilitação legal específica, tem por efeito a *erradicação* do dever de celebração do contrato que constitui pressuposto da indemnização do interesse contratual positivo([21]). Desta perspetiva, a reconstituição da situação atual hipotética e a correspondente delimitação do dano indemnizável tem de ser feita com base na mera frustração — frustração *lícita*, repita-se — da confiança gerada nos concorrentes, ou seja, de acordo com o interesse contratual negativo.

A situação considerada distingue-se, portanto, da indemnização pelo interesse contratual positivo, quer nos casos de preterição ilícita de um concorrente — em que ocorre violação de um dever de contratar que conforma a reconstituição da situação atual hipotética que circunscreve a obrigação de indemnizar —, quer nos casos de revogação lícita da adjudicação já proferida, em que há ablação de um direito subjetivo público à celebração do contrato perfeitamente consolidado pela adjudicação e em que a indemnização do interesse contratual positivo decorre também da própria aplicação da lei e, mais concretamente, do n.º 5 do art. 167.º do CPA([22]).

([19]) Cf. *Direito…*, *cit.*, p. 941.

([20]) Cf. *Direito…*, *cit.*, p. 532, nota 1045.

([21]) Tanto assim que, nos termos do n.º 1 do art. 80.º do CCP, a decisão de não adjudicação aqui em causa "determina a revogação da decisão de contratar".

([22]) Sobre os termos em que pode admitir-se a revogação lícita da adjudicação, cf., todavia, os pontos IX e X, mais adiante no texto, e nota 50 *infra*.

3. A problemática em torno da *cláusula de não adjudicação*

I. Decorre do que vimos de expor que, apesar do inevitável recurso a conceitos indeterminados e da consequente *abertura* das alíneas *c*) e *d*) do art. 79.º do CCP, a entidade adjudicante não dispõe, efetivamente, de um poder ilimitado ou incondicionado de não adjudicar.

Estreitamente relacionada com o âmbito das alíneas *c*) e *d*) do art. 79.º do CCP —, encontra-se, todavia, uma questão de considerável complexidade e relevantes implicações práticas, que tem conhecido desenvolvimentos recentes na doutrina especializada: a admissibilidade de uma cláusula de *reserva de não adjudicação* ou de *reserva de revogação da decisão de contratar*, estabelecida nas peças do procedimento adjudicatório (comummente designada, na prática jurídica, como *cláusula de não adjudicação*).

Importa passar em revista, no essencial, os termos deste debate doutrinário.

II. No que respeita a este tema da *cláusula de não adjudicação*, o entendimento estabilizado na jurisprudência aponta no sentido da sua inadmissibilidade. Neste sentido se pronunciara já o STA em face do Decreto-Lei n.º 197/99, de 8 de junho, nomeadamente através do aresto de 07.07.2005, tirado no processo n.º 352/2004, que vale a pena transcrever aqui na parte relevante, uma vez que nos situa também perante a evolução legislativa em torno desta matéria.

Assim, lê-se naquele aresto do STA o seguinte:

> "Inexiste, hoje, norma jurídica que, em geral, atribua à Administração o poder de, por sua iniciativa, reservar no programa ou no aviso de concurso que resolveu abrir, o direito a não efetuar a adjudicação — como acontecia na vigência do DL n.º 55/95, de 29-03, que no art. 71.º, n.º 1, al. *e*), previa que não haveria lugar a adjudicação «quando no programa de concurso exista cláusula de não adjudicação».
>
> Na verdade, o legislador do DL n.º 197/99, revogando o DL n.º 55/95 e invocando o «objetivo de aperfeiçoar o sistema de garantias para os contratantes» — cf. ponto 10 do preâmbulo —, configurou de novo as situações que podem conduzir à não adjudicação do que foi posto a concurso, distinguindo, pela primeira vez, as causas de não adjudicação (art. 57.º), daquelas que conduzem à anulação da adjudicação (art. 56.º) ou à anulação do procedimento (art. 58.º).
>
> Assim, relativamente às causas de não adjudicação, até então previstas nas cinco alíneas do n.º 1, do art. 71.º, do DL n.º 55/95, apenas manteve como tal as duas primeiras ali previstas, restringindo-as às situações de inaceitabilidade de todas as propostas apresentadas e de presunção de conluio entre os concorrentes — cf. alí-

neas *a*) e *b*), do art. 57.º. Em relação às restantes causas de não adjudicação prevista naquela disposição revogada procedeu do seguinte modo:

— as previstas na alíneas *c*) e *d*) transformou-as, com alterações de redação, em causas de anulação do procedimento cuja competência atribuiu à «entidade competente para autorizar a despesa» — al. *a*) e *b*), do art. 58.º;

— a prevista na al. *e*), que previa que não haveria lugar à adjudicação «quando no programa de concurso exista cláusula de não adjudicação», excluiu-a deixando de consagrar qualquer norma em branco que permitisse à Administração introduzir, por sua livre iniciativa qualquer outra causa que obstasse a que o procedimento concursal não conduzisse à adjudicação.

(…)

Inexistindo, assim, norma jurídica nesse sentido não é possível, hoje, atento o princípio da legalidade, consagrado nos arts. 266.º, n.º 2, da CRP, e 3.º, do CPA, introduzir uma cláusula desse tipo nos documentos dos concursos abertos pela Administração Pública".

No entanto, este entendimento, que nunca foi inteiramente consensual na doutrina(23), tem sofrido, nos últimos tempos, contestação acrescida, nomeadamente, através das posições adotadas sobre esta matéria por Pedro Moniz Lopes(24) e João Pacheco de Amorim(25), a que nos referimos em seguida.

III. Invocando, no essencial, que a Secção I do Capítulo II, bem como a Secção IV da Capítulo II do CPA "são aplicáveis, na falta de *lex specialis* derrogatória, a quaisquer atos administrativos, incluindo a decisão de contratar especialmente regulada no art. 36.º do CCP"(26), por força

---

(23) Recusando a admissibilidade da previsão de causas de não adjudicação em peças do procedimento apenas "quando as mesmas assentem em meras condições potestativas ou de fundo largamente discricionário", cf. Mário Esteves de Oliveira/Rodrigo Esteves de Oliveira, *Concursos…*, *cit.*, p. 1054. Coerentemente com a posição por si adotada quanto a uma ampla faculdade de não adjudicação por razões de interesse público, afirma, igualmente, Miguel Assis Raimundo que "(…) uma cláusula que preveja a não adjudicação 'por motivos de interesse público relevante adequadamente fundamentados' não nos parece ilegítima (…)" — cf. *A Formação…*, *cit.*, p. 1157 (reafirmando essa orientação, mais recentemente, cf. *Direito dos Contratos Públicos*, Vol. I, Lisboa, 2022, p. 281). Também Lourenço Vilhena de Freitas, apesar de considerar "o elenco do art. 79.º do CCP taxativo", admite a existência de "cláusulas de não adjudicação" por forma a salvaguardar o interesse público, sustentando ainda, em termos não inteiramente claros, que "nesse caso o regime não será o do art. 79.º, mas sim o da indemnização integral com fundamento no interesse contratual positivo" (*ob. cit.*, p. 302). Cf. ainda as referências bibliográficas constantes da nota 16 *supra*.

(24) Cf. "Em defesa da admissibilidade da reserva de revogação da decisão de contratar", *in Revista de Contratos Públicos*, n.º 23 (abril, 2020), *maxime* p. 120, ss.

(25) Cf. *As Decisões…*, *cit.*, *maxime* p. 106, ss.

(26) *Loc. cit.*, p. 121.

do disposto no n.º 1 do art. 2.º do CPA, do mesmo passo que a omissão no CCP de qualquer proibição de aposição de reserva de revogação da decisão de contratar teria o alcance de permiti-la, nos termos da alínea *d*) do n.º 2 do art. 167.º do CPA([27]), Pedro Moniz Lopes sustenta a admissibilidade de *cláusulas de não adjudicação* que não traduzam cláusulas *cum voluerit* e *ad libitum* mas radiquem num evento "densificado e pormenorizado ao ponto de identificar um circunstancialismo específico" que apresente um "nexo direto com a *equação «pro tanto»* subjacente à decisão de contratar — que deverá ocorrer (ou que não poderá ocorrer) até ao termo de um determinado prazo"([28]).

Em abono da sua tese, o mesmo Autor adianta ainda alguns apoios normativos adicionais. Mais concretamente, afirma Pedro Moniz Lopes que "se o CCP permite, nos termos da alínea *d*) do n.º 1 do art. 79.º a não adjudicação em caso de *«circunstâncias supervenientes relativas aos pressupostos da decisão de contratar»* justificativas da revogação da decisão de contratar, então o CCP também admitirá, por maioria de razão, a precarização da decisão de contratar com base em reserva de revogação especificativa dessas mesmas circunstâncias supervenientes; o mesmo se pode referir relativamente ao conceito de «preços inaceitáveis», nos casos a que se refere o n.º 5 do art. 47.º, cotejado com o disposto na alínea *e*) do n.º 1 do art. 79.º. ambos do CCP"([29]).

E, na mesma linha de raciocínio, sustenta também o Autor que "idêntico argumento *a fortiori* pode ser usado com base na norma prevista no n.º 1 do art. 87.º-A, epigrafado *«outras causas de caducidade da adjudicação»*", de tal sorte que "se o CCP admite, como causa de caducidade da adjudicação, *«a ocorrência superveniente de circunstâncias que inviabilizem a celebração do contrato, designadamente por impossibilidade natural ou jurídica»*, então também consentirá, por maioria de razão, a precarização da decisão de contratar com base em reserva de revogação especificativa de razões constitutivas dessa impossibilidade natural ou jurídica"([30]).

Como o próprio Autor assinala ainda, numa ressalva que sempre seria incontornável, mesmo quando se considere admissíveis tais cláusulas, as mesmas nunca poderão ter por efeito exaurir a lista de eventos potencialmente determinantes da não adjudicação, nos termos do art. 79.º do CCP,

---

([27]) *Loc. cit.*, pp. 129-130.
([28]) *Loc. cit.*, p. 125.
([29]) *Loc. cit.*, p. 130.
([30]) *Loc. cit.*, pp. 130-131.

sob pena de violação da "margem de livre decisão legalmente conferida, nas vertentes da discricionariedade e da margem de livre apreciação, pelas várias regras do art. 79.º do CCP"([31]).

A acrescer à admissibilidade, em determinados moldes, desta cláusula de reserva de revogação da decisão de contratar, fundamentando uma exoneração ao dever de adjudicar e a inerente licitude de uma decisão de não adjudicação, Pedro Moniz Lopes propugna ainda relevantes consequências no plano indemnizatório.

Mais concretamente, sustenta o Autor que "num cenário em que tenha sido introduzida cláusula acessória de reserva de revogação da decisão de contratar, a base razoável da confiança na adjudicação é excluída a respeito das circunstâncias suficientemente determinadas de não adjudicação previstas antecipadamente nas peças do procedimento", o que "por si só, opera como condição negativa implícita da norma enunciada no n.º 4 do art. 79.º do CCP", privando da indemnização aí prevista os concorrentes que vejam o procedimento adjudicatório terminado ao abrigo de tal cláusula([32]).

IV. Em termos próximos, mas não inteiramente coincidentes, pronunciou-se, ainda mais recentemente, João Pacheco de Amorim([33]).

Segundo este Autor, a entidade adjudicante tem a faculdade de apor à decisão de contratar "(…) uma cláusula acessória de condição suspensiva ou resolutiva, ou mesmo de reserva de revogação, neste último caso a fim de lhe permitir, e caso se venha a verificar o circunstancialismo específico previsto na própria cláusula [cf. art. 167.º/2/*d*) do CPA], a tomada da adequada decisão de não adjudicação"([34]).

Assim, "(…) caso não se venha a verificar (ou caso se venha a deixar de verificar), nos termos previstos na cláusula acessória da decisão de contratar, o pressuposto em causa deste ato, poderá o órgão adjudicante tomar a decisão de não adjudicar, com resolução do vínculo contratual embrionário e consequente revogação da decisão de contratar, ao abrigo dos arts. 149.º/2 e 167.º/2/*d*) CPA"([35]).

Ainda segundo João Pacheco de Amorim, "(…) o caráter legítimo ou aceitável da previsão da possível alteração superveniente — apesar de não

---

([31]) *Loc. cit.*, p. 125.

([32]) *Loc. cit.*, p. 132.

([33]) Cf. *As Decisões…*, *cit.*, p. 106, ss. A posição expendida nesta monografia e de que acima se dá conta sucede já a intervenções orais anteriores no mesmo sentido, segundo refere o próprio Autor — *ibidem*, p. 107, nota 160.

([34]) *Ibidem*, p. 107.

([35]) *Ibidem*, p. 108.

revestir esta as notas da superveniência e do caráter imprevisto, no caso da al. *c*) do art. 79.º/1, e (a acrescer a essas notas) as da anormalidade e da imprevisibilidade, no caso da alínea *d*) do mesmo número — radica na salvaguarda dos valores da confiança, transparência, igualdade e concorrência"(36).

Em todo o caso, não deixa este Autor de considerar também indispensável "uma correta e suficiente fundamentação" e de exigir que "(…) a condição seja certa e não envolva uma apreciação discricionária do órgão adjudicante, discricionariedade esta por definição incompatível como vimos com o caráter vinculado (de ato devido no *an*) da decisão de adjudicação — isto de forma, desde logo, a não pôr em causa a confiança dos candidatos e concorrentes na abertura e transparência do procedimento"(37).

Por fim, cabe salientar que não encontramos, na posição de João Pacheco de Amorim, qualquer indicação no sentido da existência, ou não, do direito à indemnização contemplada no art. 79.º, n.º 4, do CCP, nas hipóteses em que a adjudicação deixaria de ter lugar. Direito esse que, como se referiu, Pedro Moniz Lopes entende não ter fundamento, não se verificando uma *confiança legítima* dos concorrentes cuja frustração gere o dever de indemnizar, em face de uma cláusula de reserva de revogação da decisão de contratar.

V. Não obstante o evidente mérito científico destes ensaios e dos seus muito respeitáveis Autores, não podemos, ainda assim, acompanhá-los, pelo menos em toda a extensão ou quanto ao alcance das consequências potencialmente advenientes do entendimento que, no essencial, partilham.

Assim, no que concerne, desde logo, ao pressuposto da aplicação subsidiária do CPA ao procedimento adjudicatório e, nomeadamente, dos respetivos arts. 149.º e 167.º, que regulam, respetivamente, a aposição de cláusulas acessórias e os condicionalismos aplicáveis à revogação do ato administrativo, parece-nos que não pode ser extraído de forma automática ou tão linear do disposto no art. 2.º do CPA.

É certo que, na formulação do n.º 5 do art. 2.º do CPA, "as disposições do presente Código, designadamente as garantias nele reconhecidas aos particulares, aplicam-se subsidiariamente aos procedimentos administrativos especiais". Esta disposição tem, aliás, semelhanças notórias com o n.º 7 do art. 2.º do anterior CPA, onde se determinava que, no domínio da atividade

(36) *Ibidem*, p. 108.
(37) *Ibidem*, p. 109.

de gestão pública, as disposições desse código — cuja aplicação não fosse imperativamente imposta nos termos dos números anteriores do mesmo preceito legal — aplicavam-se "supletivamente aos procedimentos especiais, desde que não envolvam diminuição das garantias dos particulares".

O cotejo entre a norma do novo CPA e a do anterior CPA, acabadas de transcrever, tem a utilidade de enfatizar dois aspetos relevantes: por um lado, a aplicação subsidiária de um regime geral, servindo um compreensível propósito de coerência do sistema, não pode ser desligada do princípio segundo o qual *a lei geral não revoga (ou derroga) a lei especial* (cf. art. 7.º, n.º 3, do Código Civil); por outro lado, no caso do CPA, a aplicação subsidiária da lei geral tem historicamente visado, além da coerência do sistema, a prevalência das garantias dos particulares nela previstas, presumindo-se que tais garantias são reforçadas, e não diminuídas, por virtude dessa aplicação.

Sendo bem conhecida a preponderância da dimensão teleológica no processo hermenêutico, dir-se-á que há aqui uma *deferência* da intencionalidade da lei geral perante a intencionalidade da lei especial, consistindo a subsidiariedade na aplicação daquela apenas quando não contrariada por esta última. Acrescendo a isto que, mesmo quando não resulta da lei especial uma ostensiva *aversão* à aplicação da lei geral, a aplicação da lei geral tenderá a cessar onde implicar diminuição das garantias dos particulares, critério excludente ou negativo que, embora não formulado explicitamente no n.º 5 do art. 2.º do novo CPA — ao contrário do que sucedia no n.º 7 do art. 2.º do velho CPA — se alicerça, sem dificuldade, na presunção de racionalidade das leis e de que o legislador visou consagrar as soluções materialmente mais acertadas (cf. art. 9.º, n.º 3, do Código Civil)([38]). Tal entendimento é ainda corroborado pelo próprio preâmbulo do novo CPA, onde se afirma que, no novo n.º 5 do art. 2.º, "(…) estende-se o regime do Código, supletivamente, aos procedimentos administrativos especiais, *no que respeita às garantias reconhecidas no Código aos particulares*" (itá-

([38]) Não obsta a este entendimento, antes o confirma, a perspetiva de José Miguel Sardinha, segundo a qual "(…) o atual Código, contrariamente ao Código anterior, não partiu de uma posição de menoridade em matéria de garantias dos particulares, antes *assumindo* que as mesmas, porque constituindo o núcleo fundamental na defesa das posições dos particulares no procedimento administrativo, nunca envolverão, se aplicadas supletivamente, a diminuição das garantias dos particulares nos procedimentos administrativos especiais" — cf. *Comentários à Revisão do Código do Procedimento Administrativo*, AA.VV., 2.ª ed., Coimbra, 2022, anotação *sub* art. 2.º, p. 20 (itálico nosso). Com efeito, a *assunção* ou *presunção* do legislador em que radica a solução normativa constitui mero pressuposto da política legislativa e não pode ter o alcance de instituir uma norma cega ou contrariar, em determinadas situações, a finalidade garantística visada, se tal pressuposto for infirmado através do confronto entre os regimes jurídicos geral e especial.

lico nosso) e que "procurou-se uma redação que torne mais flexível o cotejo entre as garantias já vigentes naqueles procedimentos e o regime garantístico resultante do Código, de modo a permitir que a comparação seja feita quanto ao resultado global a que se chega em cada procedimento"([39]).

Que a aplicação subsidiária do CPA a procedimentos administrativos especiais tem de assentar neste critério da intencionalidade legislativa, e não num *preenchimento automático* de zonas normativas aparentemente omissas no regime jurídico especial, é lição que se colhe, aliás, da própria jurisprudência do STA. Neste sentido, e mesmo perante uma situação de omissão de previsão do direito de audiência prévia em regime jurídico especial, o STA, embora reconhecendo estar em causa um "princípio estruturante da atividade administrativa" e uma "formalidade essencial" cuja inobservância determina a invalidade do ato administrativo ulteriormente praticado, não deixou de afirmar, no aresto tirado em 7.06.2018 (proc. 1224/17) — em face do anterior CPA, mas em termos que se nos afiguram ainda inteiramente aplicáveis —, que "na ausência de previsão importa determinar se ocorre qualquer aplicação imediata do regime do CPA ou se tal significa que o mesmo foi dispensado", aferindo "(…) se houve alguma intencionalidade no procedimento especial aqui em causa no sentido de dispensar o referido princípio de audiência prévia".

VI. Sucede que são múltiplos os aspetos que aconselham a maior prudência na averiguação da compatibilidade ou aplicação subsidiária dos arts. 149.º e 167.º do CPA ao procedimento especial de contratação pública e, concretamente, na conclusão a extrair quanto à admissibilidade e aos termos de uma cláusula acessória (condição ou reserva de revogação) preclusiva da adjudicação.

Com efeito, importará levar em conta, nomeadamente, (*i*) a pré-existência, a densidade normativa e a relativa autonomia do CCP no quadro do

---

([39]) Distanciando-se do critério mencionado pelo próprio legislador, e privilegiando uma ótica *mecanicista* segundo a qual as normas procedimentais do CPA "não se aplicam apenas a procedimentos especiais *se mais favoráveis"*, mas "aplicar-se-ão sempre que inexistir na regulação de tais procedimentos norma específica para o tratamento de determinada questão que reclame ser tratada", cf. Alexandre Sousa Pinheiro/Tiago Serrão/Marco Caldeira/José Duarte Coimbra, *Questões Fundamentais para a Aplicação do CPA*, Coimbra, 2018 (reimp.), pp. 73-74. Parece-nos, todavia, que o problema se reveste de maior complexidade e que, sem deixar de se reconhecer alguma dissonância entre o preâmbulo e a formulação literal do n.º 5 do art. 2.º do CPA, o critério apontado pelo legislador preserva utilidade, precisamente, nos casos em que o sentido da omissão detetável no procedimento administrativo especial não é evidente e bem pode ter subjacente uma intencionalidade própria ou um reforço da proteção dos particulares que seria defraudado pela aplicação da lei procedimental geral, como mais claramente se expõe adiante, no texto.

ordenamento jurídico-administrativo português, (*ii*) a ausência de qualquer intuito marcadamente uniformizador subjacente ao CPA, cuja aplicação subsidiária aos procedimentos administrativos especiais continua, como vimos, a não prescindir, no limite, de um juízo comparativo e a ter fundamentalmente em vista o reforço das garantias dos particulares, e (*iii*) a circunstância de o CCP e de o próprio art. 79.º do CCP terem sido alterados várias vezes após a entrada em vigor do CPA, sem que, das alterações introduzidas ou dos preâmbulos dos diplomas legais que as promoveram, decorra qualquer indício quanto à eventual intenção de modificar o sentido e o alcance do art. 79.º do CCP.

Parecendo-nos, portanto, clara a ausência de uma *intencionalidade legislativa* de fazer aplicar ao procedimento administrativo especial de contratação pública a disciplina dos arts. 149.º e 167.º do novo CPA([40]), tal aplicação não poderá ser admitida *qua tale*, mas segundo um critério de subsidiariedade particularmente exigente, em termos que não frustrem (*i*) nem o dever de adjudicação e o caráter taxativo das hipóteses de não adjudicação legalmente contempladas — ainda que algumas delas se achem configuradas em termos relativamente abertos ou indeterminados —, (*ii*) nem as *garantias dos particulares* (numa aceção assumidamente ampla) de que a lei rodeia a *ativação* dessas hipóteses, nomeadamente, no que concerne aos deveres de reinício do procedimento — quando aplicável — e de indemnização dos concorrentes — cf. n.os 3 e 4 do art. 79.º do CCP.

VII. Consequentemente, e da nossa perspetiva, as *cláusulas de não adjudicação* (condição ou reserva de revogação da decisão de contratar), a constar das peças do procedimento, nunca permitirão alicerçar qualquer decisão de não adjudicação de forma autónoma ou para além dos limites traçados pelo art. 79.º do CCP([41]). Tais cláusulas apenas podem ser admitidas e relevar na exata medida em que constituam mera concretização de factos ou circunstâncias que, na ausência dessas cláusulas, sempre seriam

---

([40]) Assinalando que "a solução prevista nos arts. 76.º e 79.º do CCP, enquanto lei especial, *derroga* o regime geral de revogação dos atos administrativos previsto nos arts. 165.º e seguintes do CPA", *vide* Pedro Fernández Sánchez, *Direito…*, *cit.*, Vol. II, p. 378.

([41]) Substancialmente neste mesmo sentido, referindo que "as peças do procedimento têm de respeitar os limites" legalmente decorrentes do art. 79.º do CCP, não podendo prever "fundamentos de revogação do procedimento (em sentido lato, que inclui a decisão de não adjudicação e a revogação da adjudicação) diferentes dos que se encontrem definidos" na lei, cf. Pedro Costa Gonçalves, *Direito…*, *cit.*, p. 951. Naturalmente, temos aqui em vista apenas o regime plasmado no CCP e não disposições constantes de legislação avulsa (cf. nota 45 *infra*).

subsumíveis às hipóteses contempladas no art. 79.º, n.º 1, do CCP e, em especial, nas respetivas alíneas *c*) ou *d*)(42).

Na averiguação desta compatibilidade, há de prescindir-se, logicamente, do caráter imprevisto desses factos ou circunstâncias, a que alude a referida alínea *c*), no que não se vislumbra uma distorção da solução normativa materialmente plasmada nessa disposição legal, desde logo porque a lei, inequivocamente, quis afastar uma exigência de imprevisibilidade. E, assim sendo, do ponto de vista substancial, nenhuma razão se perfila para impedir que se reconheça como fundamento de não adjudicação factos ou circunstâncias explicitados pela entidade adjudicante como tendo, ou podendo ter, esse efeito, caso se viessem a materializar, quando, se não tivessem sido explicitados, seriam invocáveis como fundamento legal de não adjudicação.

Ponto é que, como resulta do que já acima se adiantou, não sirvam tais cláusulas como expediente para que a entidade adjudicante se exima, a descoberto da normação especialmente aplicável, ao dever de adjudicar ou se furte ao cumprimento das obrigações de reinício do procedimento e/ou de indemnização contempladas nos n.os 3 e 4 do mesmo art. 79.º. Se assim fosse, estaria aberto o caminho para que, *deixando entrar pela janela aquilo a que o legislador fechou a porta*, as entidades adjudicantes evitassem o cumprimento da lei que rege a contratação pública, suprimindo *garantias dos particulares* (latamente entendidas) nesta consagradas e, assim, contrariando o sentido do próprio n.º 5 do art. 2.º do CPA.

A existência e a salvaguarda dessas *garantias* visam, aliás, a promoção da concorrência e, portanto, a própria satisfação do interesse público visado pela abertura do procedimento, impedindo ou limitando a transferência do *risco administrativo* ou de *alteração das circunstâncias* para os potenciais concorrentes, de que poderia resultar a inibição da apresentação de propostas com interesse para as entidades adjudicantes. Neste como noutros domínios, as abordagens interpretativas que radicam numa perspetiva de maximização da tutela do interesse público podem revelar-se contraproducentes.

---

(42) É a esta luz que entendemos, nomeadamente, o aresto tirado pelo STA em 3.12.2015, no proc. 0913/15, que implicitamente admitiu a validade de uma disposição constante do caderno de encargos que condicionava a adjudicação à aprovação de candidatura da entidade adjudicante a fundos da União Europeia, mas no qual também se afirma que "no caso especifico do art. 79.º, n.º 1, alínea *d*), do CCP, *onde seria suscetível de integrar a situação dos autos*, estão em causa circunstâncias supervenientes relativas aos pressupostos da decisão de contratar que justifiquem que não ocorra o ato de adjudicação" (itálico nosso). Afigura-se-nos ilegítimo, portanto, pretender alicerçar neste aresto entendimento mais amplo do que aquele que acima adotamos, no texto.

VIII. Seguindo esta mesma linha de raciocínio, também não nos parece de acolher, efetivamente, a solução de exclusão da indemnização legalmente prevista que propugna Pedro Moniz Lopes, invocando que deixam de se verificar os pressupostos da responsabilidade pela confiança. Tese esta que, todavia, mereceu já a recente adesão de Miguel Assis Raimundo(43).

É certo que, de acordo com o entendimento tradicional e, sobretudo, no domínio da *culpa in contrahendo*, em caso de rutura das negociações, a doutrina faz depender a obrigação de indemnizar da verificação cumulativa de quatro pressupostos: (*i*) uma situação de confiança efetiva do lesado; (*ii*) que essa situação de confiança seja imputável à contraparte — ou, mais amplamente, ao lesante —, em termos justificados face aos dados objetivos; (*iii*) um investimento de confiança, isto é, a prática de atos externos, juridicamente relevantes, decorrente da confiança gerada; e (*iv*) a boa fé de quem confiou, entendida na perspetiva objetiva e também subjetiva (ou seja, como convicção genuína de quem confiou e, simultaneamente, como cumprimento pelo lesado dos deveres pré-contratuais que sobre si próprio impendiam)(44).

Contudo, tendo em conta os limitados termos em que, como referimos acima, poderá, a nosso ver, ser aceitável a imposição pela entidade adjudicante de uma *cláusula de não adjudicação*, não nos parece admissível, nem conforme aos demais princípios que regem a atividade administrativa e a contratação pública, distinguir, substancialmente, a proteção outorgada aos concorrentes segundo a existência, ou não, de tais cláusulas.

Ademais, se o n.º 4 do art. 79.º do CCP consubstancia uma específica responsabilidade pela confiança, ela encerra também, em certo sentido, uma *contrapartida pela insusceptibilidade de confiar* que sempre resultaria da relativa amplitude das alíneas *c*) e *d*) do n.º 1 do art. 79.º do CCP e da prossecução do interesse público que lhes subjaz, alargando substancialmente a faculdade de *desistência* da celebração do contrato pela entidade adjudicante em face daquilo que é normalmente admitido no domínio das relações pré-contratuais entre sujeitos privados sem que haja lugar a

---

(43) Cf. *Direito…*, *cit.*, pp. 281-282.

(44) Cf., *inter alia*, Carlos Ferreira de Almeida, *Contratos I — Conceitos — Fontes — Formação*, 7.ª ed. (revista por Maria Helena Brito/Jorge Morais Carvalho/Assunção Cristas, Coimbra, 2022, pp. 223-224) e Baptista Machado, "Tutela da confiança e 'venire contra factum proprium'", *in Obra Dispersa — I*, Braga, 1991, pp. 415-419; autonomizando da *culpa in contrahendo* uma teoria *pura* da responsabilidade pela confiança, não assente no incumprimento de deveres laterais de conduta, cf. Carneiro da Frada, *Teoria da Confiança e Responsabilidade Civil*, Coimbra, 2003, *passim* e *maxime* p. 480, ss.

indemnização da contraparte([45]). E, como tal, essa *contrapartida* não poderia ser obliterada mesmo quando se entendesse — diversamente do que sustentamos — que tal cláusula encontra permissão para além do limiar traçado por aquelas alíneas.

IX. Complementarmente, esclareça-se que não nos parece que possa, sequer, alargar-se o elenco das razões de interesse público passíveis de fundamentar uma decisão de não adjudicação, ou mesmo de revogação da decisão de adjudicação, para além dos limites decorrentes das alíneas *c*) e *d*) do n.º 1 do art. 79.º do CCP, invocando, para isso, uma ideia de coerência do sistema e a admissibilidade, em termos muito mais amplos, da resolução do contrato administrativo por imperativos de interesse público (cf. art. 334.º do CCP).

É certo que essa ideia aflora, em face de um quadro normativo muito distinto, no pensamento de Sérvulo Correia([46]) e foi defendida, mais recentemente, por outros Autores, nomeadamente, por Miguel Assis Raimundo, segundo o qual a principal consequência da adjudicação, enquanto fundadora de um "direito subjetivo público à celebração do contrato nos termos resultantes do procedimento" é que "a entidade adjudicante não pode revogar o ato de adjudicação sem pagar ao adjudicatário uma indemnização que à partida corresponderá ao interesse contratual positivo", podendo essa revogação ocorrer "nos contratos onde a entidade adjudicante disponha do poder de resolver unilateralmente o contrato por motivos de interesse público"([47]).

([45]) Ou seja, a indemnização prevista no n.º 4 do art. 79.º do CCP não está instituída, como sucede na comum responsabilidade pré-contratual pela *rutura de negociações*, para as situações em que se transgride os limites em que essa *rutura* é normalmente considerada justificada, mas para todas as situações em que tal *rutura* ocorre licitamente, precisamente porque os limites em que a mesma pode ser admitida são bastante mais amplos e, ainda, porque não seria razoável, nem conforme ao princípio da igualdade na distribuição dos encargos públicos — nem, em última instância, benéfico para o interesse público —, que, na generalidade dos casos, se fizesse incorrer neste risco de perda os privados que se dispõem a colaborar com a Administração e, por isso, participam num procedimento adjudicatório e suportam as respetivas despesas. A questão poderá, naturalmente, assumir diferentes contornos em face de contratos de especial complexidade e rentabilidade previsivelmente elevada e em que os concorrentes tendem a apresentar um perfil empresarial diferenciado, como se depreende do n.º 3 do art. 18.º do Decreto-Lei n.º 111/2012, de 23 de maio (com alterações posteriores), exclusivamente aplicável às parcerias público-privadas contempladas nesse diploma legal, e sem que se tome aqui posição quanto à constitucionalidade dessa norma ou à densidade da fundamentação exigível para uma decisão de não adjudicação tomada ao seu abrigo sem direito a indemnização, em termos compatíveis com a Constituição.

([46]) Cf. *Legalidade…*, *cit.*, pp. 701-703.

([47]) Cf. *A Formação…*, *cit.*, p. 1177.

No mesmo sentido pronuncia-se, igualmente, João Pacheco de Amorim, segundo o qual "(…) não se vislumbra qualquer justificação lógica para negar à entidade adjudicante neste momento (entre a adjudicação e a celebração do contrato) o poder que lhe é explicitamente conferido após a celebração do contrato", ressalvando também que a revogação da decisão de adjudicação, diferentemente do que sucede na fase anterior à adjudicação, há de conferir direito a uma indemnização pelo interesse contratual positivo alicerçada no n.º 5 do art. 167.º do CPA([48]).

Não acompanhamos, sem quebra do respeito devido, tal entendimento, pelo menos *de jure condito*. Da nossa perspetiva, opõem-se a ele, hoje em dia, a circunstância de as duas, e diversas, soluções normativas — cf. arts. 79.º e 334.º do CCP — constarem do mesmo diploma legal e de, portanto, essa diversidade não poder ter sido ignorada ou indesejada pelo legislador, ao que acresce a importância de que se reveste, na atividade administrativa do Estado de direito, o princípio da legalidade, aqui entendido na sua vertente da precedência de lei.

X. Na verdade, mesmo admitindo, nalguma medida e com as limitações acima enunciadas, a aplicação subsidiária do CPA e da disciplina de revogação do ato administrativo constante do respetivo art. 167.º aos procedimentos de contratação pública e, nomeadamente, à revogação da decisão de adjudicação, afigura-se-nos que a preservação da intencionalidade legislativa e da autonomia normativa do regime da contratação pública reclamam, também neste plano, uma harmonização em termos tais que a aplicação daquele art. 167.º do CPA, para o efeito de habilitar a entidade adjudicante a revogar a decisão de adjudicar, se cinja às hipóteses já contempladas no art. 79.º do CCP, para fundamentar a não adjudicação.

Aliás, mesmo um Autor tão merecidamente reputado como Pedro Costa Gonçalves, que anteriormente sustentara a existência de uma competência implícita da entidade adjudicante para não adjudicar, pelo menos nas mesmas circunstâncias em que, na condição de contraente público, lhe fosse permitido resolver o contrato por razões de interesse público, nos termos do art. 334.º do CCP, assinala hoje que "(…) não se afigura viável a

---

([48]) Cf. *As Decisões…*, *cit.*, pp. 128-129. Aderindo também a esta tese, embora reconhecendo que a mesma "não tem acolhimento direto na letra da lei" e que "teria sido sem dúvida útil que o legislador pátrio tivesse consagrado a solução em exame, de modo expresso, na atual versão do CCP", cf. Maria Ataíde Cordeiro, "A responsabilidade civil da entidade adjudicante no âmbito de um procedimento de formação de um contrato público", *in Comentários…*, *cit.*, Vol. I, p. 314. No entanto, as próprias ressalvas desta Autora evidenciam bem as dificuldades em alicerçar a tese em apreço *de jure condito*.

configuração de um poder implícito de revogação dos procedimentos de adjudicação naqueles termos", não podendo aceitar-se "(…) um poder implícito por analogia (fundado na analogia com um poder explícito)"([49]).

Pedro Costa Gonçalves não deixa, todavia, de admitir a revogação da decisão de adjudicação quando as circunstâncias a que se refere a alínea *d*) do n.º 1 do art. 79.º do CCP ocorram depois da adjudicação e antes da celebração do contrato, com base no art. 167.º, n.º 2, alínea *c*), do CPA([50]).

Pela nossa parte, também esta última hipótese não nos parece já de repudiar, na medida em que não extravasa a teleologia do art. 79.º, n.º 1, do CCP, cujo alcance ou espetro regulatório se estende, assim, para além da própria adjudicação.

4. Conclusão

Em síntese, afigura-se-nos que se mantém acertado o entendimento segundo o qual não pode a entidade adjudicante, à luz da lei portuguesa, inserir, nas peças do procedimento, cláusula que tenha em vista habilitar a decisão de não adjudicação para além dos limites legalmente permitidos: a *cláusula de não adjudicação* (condição ou reserva de revogação da decisão de contratar) *praeter legem* não deve ser admitida. Ademais, o disposto nos n.os 3 e 4 do art. 79.º do CCP em circunstância nenhuma pode ser postergado.

Com o alcance de mera explicitação ou antevisão de circunstâncias justificativas da eventual *alteração de aspetos fundamentais das peças do procedimento*, ou que, de forma irremediável, *afetem os pressupostos da decisão de contratar* — cf. alíneas *c*) e *d*) do n.º 1 do art. 79.º do CCP, respetivamente —, tais cláusulas, antecipando (e em medida nenhuma restringindo) o leque de circunstâncias suscetíveis de obstar à adjudicação em conformidade com a lei, apenas terão, porventura, a utilidade de promover a ponderação e a racionalidade da decisão de contratar, a par do reforço da transparência e da segurança jurídica.

([49]) Cf. *Direito…*, *cit.*, p. 951.

([50]) Cf. *Direito…*, *cit.*, pp. 944-945. Mesmo quando se admita, nestes termos, a revogação da decisão de adjudicação, a indemnização a que o concorrente terá, então, direito não poderá encontrar-se confinada ao âmbito previsto no n.º 4 do art. 79.º, estando em causa a ablação de um direito consolidado à celebração e à execução do contrato, como, de resto, reconhece Pedro Costa Gonçalves (cf. *Direito…*, *cit.*, p. 945).

As razões materiais que subjazem a este entendimento são, aliás, extensivas à própria revogação da decisão de adjudicação, que, pelo menos *de jure condito*, deve conter-se dentro dos limites traçados pela alínea *d*) do n.º 1 do art. 79.º do CCP, não podendo aceitar-se, no domínio da contratação pública e a respeito da revogação da decisão de adjudicação, aplicação mais ampla do art. 167.º, n.º 2, do CPA ou o recurso à aplicação analógica do art. 334.º do CCP.

A TUTELA CRIMINAL DA CONFIDENCIALIDADE EM ARBITRAGEM: A CRIMINALIDADE ECONÓMICO-FINANCEIRA E A TENSÃO ENTRE OS DEVERES DE SEGREDO E DE DENÚNCIA

Pelo Dr. Tiago da Costa Andrade(*)

Sumário:

1. Razão de ordem. **2.** O árbitro como funcionário e o dever de denúncia. **3.** O dever de confidencialidade do árbitro. **4.** O segredo criminalmente relevante. **5.** O dever de denúncia e a justificação da violação do segredo. **6.** A criminalidade económico-financeira e o *Zeitgeist* político-criminal contemporâneo. **7.** A (des)necessidade da violação de segredo para a realização da justiça penal. **8.** A distinção entre árbitros e denunciantes. **9.** Conclusão.

1. Razão de ordem

O objeto do presente estudo situa-se na fronteira entre o Direito da Arbitragem e as ciências jurídico-criminais. E parte da constatação da existência de uma tensão entre as normas que disciplinam a arbitragem e as normas penais, precipitada pela *coqueluche* da política criminal internacional hodierna do combate *ou* luta *ou* guerra *contra* ou *à* corrupção.

(*) Advogado e Assistente Convidado da Secção de Ciências Jurídico-Criminais da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. No contexto da elaboração do presente texto, devo uma palavra de agradecimento à minha colega Joana Granadeiro, versada nas matérias de arbitragem, pelos valiosos contributos e desafiantes interrogações que me ofereceu e colocou e que não deixaram de influenciar a abordagem a algum dos temas aqui discutidos.

O estudo da tutela criminal da confidencialidade em arbitragem assenta em vetores de difícil harmonização.

Em primeiro lugar, existem hoje normas jurídicas que equiparam os árbitros aos funcionários públicos para efeitos de lei penal, e com base nessa equiparação, tem-se assistido a uma tendência na comunidade jurídica para atribuir aos árbitros um dever de denúncia de crimes de que tomem conhecimento no exercício das suas funções e por causa delas.

Em segundo lugar, a lei portuguesa impõe sobre os árbitros um dever de confidencialidade sobre a informação e documentos de que tomem conhecimento em virtude do processo arbitral. Essa confidencialidade goza, no nosso ordenamento jurídico, de tutela penal, podendo a sua violação dar lugar à prática de um crime.

Em terceiro lugar, é hoje comummente entendido na doutrina da especialidade que um tribunal arbitral deve empreender os melhores esforços no sentido de proferir sentenças arbitrais exequíveis, sendo incontroverso que essa exequibilidade ficará inviabilizada se a sentença arbitral proferida violar a ordem pública internacional, conceito no qual a doutrina e a jurisprudência têm vindo a inserir os casos em que se descortinam crimes de colarinho branco, nos quais se inclui a corrupção. Além disso, os casos *World Duty Free v. Quénia*, de 2006, e *Metal-Tech v. Uzbequistão*, de 2013, no contexto da arbitragem internacional de investimento, tornaram claro que a determinação da existência de práticas criminais, designadamente de corrupção, pode obstar não apenas ao reconhecimento das sentenças arbitrais, mas também, a montante, à própria jurisdição dos tribunais arbitrais.

É da intersecção destes vetores que nasce a tensão que o presente estudo se propõe analisar. O tema assume hoje particular acuidade dada a frequência crescente com que surgem alegações de corrupção, branqueamento de capitais ou outros crimes semelhantes no contexto da arbitragem, bem como a circunstância de a generalidade dos instrumentos jurídicos que disciplinam o processo arbitral serem omissos quanto à forma de tratar tais alegações.

Importa ter presente que as alegações de práticas criminosas podem surgir em diferentes momentos e afetar diversos aspetos do processo arbitral: podem dizer respeito ao contrato ao abrigo do qual o litígio surge, à convenção de arbitragem nele ínsita, podem relacionar-se com a prova obtida, ou podem até mesmo consistir na submissão de um falso litígio à arbitragem como forma de branquear a transferência de fundos entre as partes.

Sendo verdade que o paradigma atual aponta para uma maior seriedade no tratamento das alegações de práticas criminosas, é também ver-

dade que essas alegações são feitas muitas vezes sob a forma de mera insinuação, sem daí se extraírem consequências jurídicas para o processo, com o objetivo de suscitar a dúvida no tribunal, de desviar as atenções da violação contratual em discussão, ou de atrasar o processo arbitral. Os árbitros devem por isso estar cientes de que há um elevado risco de alegações de crime infundadas em arbitragem, sem meios de prova que as sustentem, como ficou demonstrado no caso *African Holding v. República Democrática do Congo*, de 2008.

É este o pano de fundo sobre o qual empreendemos a busca por uma resposta que permita harmonizar o dever de confidencialidade dos árbitros e o dever de denúncia de crimes a que possam considerar-se adstritos. Com esse desígnio, começaremos por analisar a questão de saber se os árbitros são funcionários para efeitos da lei penal e, consequentemente, se estão realmente sujeitos a um dever de denúncia obrigatória. Em seguida, exploraremos o conteúdo e limites do dever de confidencialidade a que os árbitros estão adstritos no exercício das suas funções, para posteriormente dissecar o crime de violação de segredo e averiguar a correspondência entre o segredo dos árbitros e o segredo criminalmente relevante. Subsequentemente, ocupar-nos-á o problema de saber se a denúncia de crimes de pendor económico-financeiro pelo árbitro constitui causa de justificação do crime de violação de segredo, quer em ordem a assegurar a administração repressiva da justiça penal, quer com a intenção de prevenção de crimes. Por fim, olharemos para a recente Diretiva sobre proteção de denunciantes e para a sua transposição no direito português para questionar a justeza da potencial inclusão dos árbitros como *whistleblowers*.

2. O árbitro como funcionário e o dever de denúncia

2.1. Antes de mais, umas breves notas sobre lei aplicável. Breves porque o contrário nos desencaminharia da meta que estabelecemos para este estudo. E apenas as suficientes para balizar a aplicação da lei penal e da lei processual penal, bem como das normas disciplinadoras da arbitragem voluntária, que influenciam decisivamente a existência ou inexistência do dever de denúncia dos árbitros.

No que diz respeito à aplicação da lei penal substantiva, o princípio primordial no tocante à sua aplicação no espaço é o *princípio da territorialidade*. A lei penal aplica-se aos factos praticados em território português

qualquer que seja a nacionalidade do agente([1]). Além disso, sempre que o agente não tiver sido julgado no país da prática do facto ou se houver subtraído ao cumprimento total ou parcial da condenação, a lei portuguesa é ainda aplicável a factos praticados fora do território nacional em razão dos princípios da nacionalidade, da proteção dos interesses nacionais, da universalidade ou da administração supletiva da justiça penal([2/3]).

No que diz respeito à lei processual penal, esta é aplicável em todo o território português e, bem assim, em território estrangeiro nos limites definidos pelos tratados, convenções e regras do direito internacional([4]).

Em Direito Penal (em sentido amplo), ao contrário do que sucede no contexto do Direito Privado, o ponto de vista do qual se parte para um problema de lei aplicável não é tanto o de saber qual é a única ou a *melhor* lei aplicável, mas sobretudo se a lei penal de um determinado Estado — neste caso, a portuguesa — é aplicável ou não ao caso decidendo, tendo em vista, nesta sede, o princípio de indeterminação das conexões legítimas([5]).

Daqui resulta, desde logo, uma primeira consequência para a delimitação do problema ao qual pretendemos dar resposta: a questão jurídico-penal e — em certa medida também — processual do tratamento de indícios de corrupção ou de qualquer tipo de crime de colarinho branco conexo, numa arbitragem internacional, deve ser perspetivada a partir da lei penal a aplicar no caso, sendo extremamente difícil fazê-lo de outro modo, designadamente de um ponto de partida jurídico global.

No que diz respeito às normas disciplinadoras da arbitragem, o entendimento dominante é o de que é a *lex arbitri*, e não a lei nacionalidade dos árbitros, que define os poderes dos árbitros e, nomeadamente, os seus poderes públicos([6]). Assim, e sem prejuízo da possibilidade de as partes poderem contratualmente estipular os direitos e deveres dos árbitros na

---

([1]) Art. 4.º do Código Penal.

([2]) Arts. 5.º e 6.º do Código Penal.

([3]) Sobre os princípios que regem o âmbito de aplicação espacial da lei penal, em detalhe, cf. Jorge de Figueiredo Dias, *Direito Penal*, Parte Geral, Tomo I, Gestlegal, 2019, 3.ª ed., p. 242, ss.

([4]) Art. 6.º do Código de Processo Penal. A parte final deste artigo é especialmente relevante para enquadrar a legalidade dos atos de auxílio jurídico interestadual em matéria penal.

([5]) De acordo com este princípio, cabe aos Estados concretizar nas suas ordens jurídicas, as regras de aplicabilidade que entenderem mais convenientes, dentro do respeito pelo direito internacional. Sendo que as regras de aplicabilidade da lei a factos extraterritoriais envolvem quase sempre conflitos potenciais entre as pretensões jurisdicionais dos Estados. Sobre este tema no quadro da teoria das regras de aplicabilidade em Direito Penal, Pedro Caeiro, *Fundamento, Conteúdo e Limites da Jurisdição Penal do Estado*, Coimbra Editora, 2010, 1.ª ed., p. 325, ss.

([6]) Dragor Hiber, Vladimir Pavić, "Arbitration and Crime", *Journal of International Arbitration*, Kluwer Law International 2008, Volume 25 Issue 4, 461-478, p. 467.

convenção de arbitragem, a lei do Estado da sede da arbitragem será a lei relevante na determinação dos direitos e deveres a que estão adstritos no exercício das suas funções.

Destarte, o pressuposto em que assenta o presente estudo é o de que o lugar da arbitragem se encontra dentro das fronteiras do Estado português, aplicando-se a lei de arbitragem e a lei processual penal nacional. E que aos factos criminais dos quais há indícios na arbitragem se aplica a lei penal substantiva portuguesa. Vejamos então.

2.2. Sob a égide de um verdadeiro Estado de Direito, não há nem pode haver qualquer obrigação geral da denúncia da prática de crimes. Exceto quando a lei especificamente determinar tal obrigação em relação a um grupo de pessoas que se encontram em certas circunstâncias que justifiquem a imposição de tal obrigação.

Em Portugal, vale precisamente um tal princípio, uma vez que a denúncia de crimes apenas é obrigatória, nos termos do disposto no art. 242.º Código de Processo Penal, ainda que os agentes do crime não sejam conhecidos, para (*i*) as entidades policiais, quanto a todos os crimes de que tomarem conhecimento e (*ii*) para os funcionários, na aceção do art. 386.º do Código Penal, quanto aos crimes de que tomarem conhecimento no exercício das suas funções e por causa delas.

Colocando de parte o dever de denúncia obrigatória que impende sobre as entidades policiais, que não cabe na economia do presente estudo, atender-se-á ao dever que impede sobre os funcionários e, em particular, à remissão feita pela norma processual penal para a lei penal substantiva para efeitos de determinação do conceito criminalmente relevante de funcionário.

No âmbito da lei penal substantiva nacional, o art. 386.º do Código Penal consagra uma definição de funcionário para "*efeito da lei penal*". Nos termos deste artigo do Código Penal, tanto pela alínea *e*) do número 1([7]) como, pelas alíneas *e*)([8]) e *f*)([9]) do número 3 para os efeitos de aplicação dos crimes de tráfico de influência, de recebimento indevido de vantagem, de corrupção passiva e de corrupção ativa, o árbitro é considerado funcionário para efeito da lei penal([10]).

([7]) "*O árbitro, o jurado, o perito, o técnico que auxilie o tribunal em inspeção judicial, o tradutor, o intérprete e o mediador*".

([8]) "*Todos os que exerçam funções no âmbito de procedimentos de resolução extrajudicial de conflitos, independentemente da nacionalidade e residência*".

([9]) "*Os jurados e árbitros nacionais de outros Estados*".

([10]) No panorama internacional, se a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção (2003) e a Convenção da OCDE sobre a luta contra a corrupção de agentes públicos estrangeiros em

É inevitável, por conseguinte, que, desde logo, nos questionemos relativamente a duas idiossincrasias atinentes ao art. 386.º. Em primeiro lugar, qual a razão de os árbitros surgirem em três alíneas do mesmo artigo como sendo funcionários para efeito da lei penal? E, em segundo lugar, como se processa a remissão da lei processual para uma norma que expressamente indica que a definição legal de funcionário vale para "*efeito da lei penal*"? Finalmente, como interpretar o conceito de árbitro, em função das diferentes categorias de arbitragem que poderão estar subjacentes à aplicação da norma.

2.3. Ora, os árbitros como pessoas que exercem funções em procedimentos de resolução extrajudicial de conflitos entraram para a categoria jurídico-penal de funcionário pela mão da Lei n.º 59/2007, de 4 de abril, que os incluiu no atual art. 368.º, n.º 3, alínea *e*), do Código Penal([11]). A Lei n.º 32/2010, de 2 de setembro, passou a incluir expressamente no art. 386.º, n.º 1, alínea *c*), os árbitros, sendo hoje inequívoco que o arbitro é funcionário para efeitos penais. Fê-lo, porém, sem revogar a alínea *e*) do número 3 do mesmo artigo. Mais: com a Lei n.º 30/2015, de 22 de abril, a

---

transações comerciais internacionais (1997), oferecem um conceito autónomo de funcionário público, os instrumentos europeus como a Convenção Penal sobre a Corrupção do Conselho da Europa (2003) — além de outros instrumentos de Direito da União Europeia — refletem uma opção pela remissão para os correspondentes ordenamentos jurídicos internos dos Estados. Sobre o conceito de funcionário público no direito internacional e europeu, propondo um conceito autónomo para o Direito Penal da União Europeia, que inclua também os árbitros, Adán Nieto Martín, "El Concepto de Funcionario Público (art. 1)", *in Fraude y Corrupción en el Derecho penal económico europeo*. Eurodelitos de corrupción y fraude (Coord. Luis Arroyo Zapater/Adán Nieto Martín), Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, 2006, pp. 89 e ss. Notamos que, nos termos do art. 1.º do Protocolo adicional à referia Convenção Penal sobre a Corrupção do Conselho da Europa, o termo "árbitro" deve ser interpretado por referência ao Direito interno dos Estados Partes no referido Protocolo, devendo incluir, em qualquer caso, a pessoa que, por força de um acordo de arbitragem, é chamada a proferir uma decisão juridicamente vinculativa num litígio que lhe tenha sido submetido pelas partes nesse acordo. Notamos, ainda, que na Resolução da Assembleia da República n.º 1/2015 que aprovou o referido Protocolo Adicional, a República Portuguesa reservou-se o direito de não sancionar criminalmente as infrações de corrupção de árbitros estrangeiros e de corrupção de jurados estrangeiros, previstas nos arts. 4.º e 6.º do Protocolo, com exceção dos casos em que a infração tenha sido cometida, total ou parcialmente, em território português. É esta reserva formulada por Portugal relativamente ao Protocolo Adicional que explica a exigência de uma conexão territorial nas alíneas *e*) e *f*) do número 3 do art. 386.º do Código Penal. Desenvolvendo e sustentando a contrariedade das alíneas *e*) e *f*) do número 3 do art. 386.º do Código Penal e a violação da obrigação internacional de incriminação por parte do Estado Português, cf. Paulo Pinto de Albuquerque, *Comentário do Código Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, Universidade Católica Editora, 3.ª ed. atualizada, 2015, p. 1229.

([11]) À data, a alínea *e*) correspondia à alínea *d*), com a redação "*Todos os que exerçam funções no âmbito de procedimentos de resolução extrajudicial de conflitos*" mais restrita do que a atual.

alínea *f*) do número 3 passou a abranger também os "*jurados e árbitros nacionais de outros Estados, quando a infração tiver sido cometida, total ou parcialmente, em território português*". E, agora, com a Lei n.º 94/2021, de 21 de dezembro, mantiveram-se as referências aos árbitros no art. 386.º do Código Penal, desaparecendo apenas os segmentos normativos "*quando a infração tiver sido cometida, total ou parcialmente, em território português*" das alíneas *e*) e *f*) do número 3. Julgamos que o fundamento genérico que tem vindo a servir de base para as sucessivas adições a este artigo tem que ver com a necessidade de um conceito de funcionário suficientemente abrangente para evitar lacunas de punibilidade(12).

Contudo, o art. 386.º do Código Penal não pode ser vista como um empilhar de tipos de agentes sem qualquer consideração material pela função que cada um desempenha e, decisivamente, pelas concretas normas incriminadoras que se socorrem da definição de funcionário para completar o seu tipo. A diversidade de modalidades de arbitragem — pública ou privada, necessária ou voluntária, doméstica ou internacional — impede uma equiparação direta, para efeitos de exercício de função pública, de todos os árbitros com base numa única formulação(13). Importa, por isso, averiguar se aos diferentes tipos de arbitragem deve corresponder uma distinção na densificação do conceito de árbitro para efeitos jurídico-penais.

2.4. Examinado como ficou o regime jurídico-penal do dever de denúncia, e antes de abordar a questão de saber se tal regime deve abranger indistintamente os árbitros em todo o tipo de arbitragens, importa analisar brevemente os diferentes tipos de arbitragem que podem estar em causa.

Em primeiro lugar, a arbitragem pode distinguir-se em voluntária ou necessária. Nos termos do art. 1.º, n.º 1, da Lei da Arbitragem Voluntária, "[*d*]*esde que por lei especial não esteja submetido exclusivamente aos tribunais do Estado ou a arbitragem necessária, qualquer litígio respeitante a interesses de natureza patrimonial pode ser cometido pelas partes, mediante convenção de arbitragem, à decisão de árbitros*".

A arbitragem diz-se, por isso, necessária quando seja prescrita por lei especial, conforme decorre do art. 1136.º do Código de Processo Civil(14),

---

(12) Sobre a evolução deste artigo, José Manuel Damião da Cunha, *Comentário Conimbricense do Código Penal* (Dirigido por Jorge de Figueiredo Dias), Tomo III (arts. 308.º a 386.º), Coimbra Editora, 2001, p. 808, ss., e *A Reforma Legislativa em Matéria de Corrupção — uma análise crítica das leis n.os 32/2010, de 2 de Setembro, e 41/2010, de 3 de Setembro*, Coimbra Editora, 2011, p. 20, ss.

(13) Assim, mesmo no que toca aos árbitros, José Manuel Damião da Cunha, *A Reforma*…, p. 29.

(14) Mencionando outros conceitos de arbitragem necessária, nomeadamente por referência a relações assimétricas entre as partes litigantes, Artur Flamínio da Silva, Daniela Mirante, "Da constitu-

sem recurso a uma convenção de arbitragem assinada pelas partes em litígio. Ou seja, nas palavras de Carlos Blanco de Morais, "*a arbitragem necessária envolve a obrigatoriedade de os litigantes submeterem o litígio não a tribunais estaduais, mas a instâncias arbitrais*"([15]). Vigoram no ordenamento jurídico português vários regimes especiais, como, entre outros, o dos instrumentos de regulamentação coletiva de trabalho não convencionais([16]), o dos litígios emergentes dos atos e omissões das federações desportivas, ligas profissionais e outras entidades desportivas([17]), o dos conflitos de consumo de reduzido valor económico([18]) e o das relações coletivas de trabalho([19]). Nos termos do art. 1139.º do Código de Processo Civil, "[*e*]*m tudo o que não vai especialmente regulado observa-se, na parte aplicável, o disposto na Lei da Arbitragem Voluntária*".

Conforme nota Carlos Blanco de Morais, a admissibilidade da arbitragem necessária não é pacífica na doutrina([20]), por restringir a autonomia privada e por impedir o acesso aos tribunais estaduais e, assim, eventualmente, o acesso aos tribunais e, eventualmente, o princípio da igualdade([21]). Contudo, esta questão foi superada pela modificação da Constituição da República Portuguesa, que reconhece atualmente no seu art. 209.º, n.º 2, os tribunais arbitrais como tribunais, bem como pelo acórdão n.º 52/92 do Tribunal Constitucional, no qual se reconheceu que a Constituição não distingue, expressamente, entre tribunais arbitrais voluntários e necessários. Segundo Rui Tavares Lanceiro, a jurisprudência do Tribunal Constitucional demonstra a preocupação com a proteção do direito fundamental de acesso aos tribunais (estaduais) e explica o autor que esta preocupação implica que a arbitragem necessária apenas seja imposta, à luz dos princípios da proporcionalidade e da igualdade, quando sirva o propósito de prosseguir um interesse público que exceda o sacrifício imposto aos cidadãos([22]).

---

cionalidade da arbitragem necessária: o caso da arbitragem no Direito do Consumo", *Revista Internacional de Arbitragem e Conciliação*, Vol. XIII, 2020, p. 91.

([15]) Carlos Blanco de Morais, "Problemas Constitucionais da Arbitragem Necessária em Portugal", *Arbitragem em Direito Público* (org. Nuno Villa-Lobos e Tânia Carvalhais Pereira), FGV Projetos, p. 40, disponível em <https://fgvprojetos.fgv.br/sites/fgvprojetos.fgv.br/files/fgv_publicacao_arbitragem_miolo.pdf>.

([16]) Art. 13.º da Lei Geral do Trabalho em Funções Públicas.

([17]) Art. 4.º da Lei n.º 74/2013, de 06 de setembro, que cria o Tribunal Arbitral do Desporto.

([18]) Lei n.º 63/2019, de 16 de agosto.

([19]) Decreto-Lei n.º 259/2009, de 25 de setembro.

([20]) Carlos Blanco de Morais, "Problemas Constitucionais…", pp. 40-41.

([21]) J. J. Gomes Canotilho, Vital Moreira, *Constituição da República Portuguesa*, Anotada, II, 2010, p. 551.

([22]) Rui Tavares Lanceiro, "A jurisprudência constitucional e a arbitragem necessária", *Estudos em Homenagem ao Conselho Presidente Joaquim de Sousa Ribeiro*, Almedina, 2019, 401-436, p. 436.

Finalmente, importa abordar brevemente a distinção entre arbitragem de direito público e de direito privado. O ponto de partida é o disposto no n.º 5 do art. 1.º da Lei da Arbitragem Voluntária, segundo o qual "[*o*] *Estado e outras pessoas coletivas de direito público podem celebrar convenções de arbitragem, na medida em que para tanto estejam autorizados por lei ou se tais convenções tiverem por objeto litígios de direito privado*".

Até à entrada em vigor do Código de Processo nos Tribunais Administrativos, em 2004, a constituição de tribunais arbitrais para dirimir litígios de direito administrativo só era permitida para a resolução de litígios relativos à interpretação, validade ou execução de contratos administrativos ou à responsabilidade civil por danos causados pela Administração no âmbito da sua atividade de gestão pública, ficando de fora a emissão de pronúncias sobre questões de legalidade de atos administrativos([23]). Atualmente, fica de fora do âmbito de um potencial compromisso arbitral a responsabilidade civil por prejuízos decorrentes do exercício da função política ou legislativa e da função jurisdicional([24]), mas não da função administrativa.

Prevalece hoje no ordenamento jurídico português o entendimento segundo o qual o direito comum da arbitragem é aplicável à arbitragem de Direito Administrativo, sem prejuízo de algumas das suas disposições deverem ser afastadas([25]). Isto mesmo se verifica no art. 59.º, n.º 2, da LAV, que determina que "[r]*elativamente a litígios que, segundo o direito português, estejam compreendidos na esfera da jurisdição dos tribunais administrativos, a competência para decidir sobre matérias referidas nalguma das alíneas do n.º 1 do presente artigo* [relativas ao recurso da sentença arbitral, à destituição de árbitro e a outras questões], *pertence ao Tribunal Central Administrativo em cuja circunscrição se situe o local da arbitragem ou, no caso da decisão referida na alínea h*) *do n.º 1* [relativa ao reconhecimento de sentença arbitral proferida no estrangeiro*], o domicílio da pessoa contra quem se pretende fazer valer a sentença*". Importa atentar, ainda, no art. 185.º, n.º 2, do Código de Processo nos Tribunais Administrativos, que afasta a possibilidade de os árbitros decidirem com

---

([23]) Mário Aroso de Almeida, "Breves Apontamentos sobre a Arbitragem de Direito Administrativo em Portugal", *Arbitragem em Direito Público* (org. Nuno Villa-Lobos e Tânia Carvalhais Pereira), FGV Projetos, p. 50, disponível em <https://fgvprojetos.fgv.br/sites/fgvprojetos.fgv.br/files/fgv_publicacao_arbitragem_miolo.pdf>.

([24]) Nos termos do art. 185.º do Código de Processo nos Tribunais Administrativos.

([25]) Mário Aroso de Almeida, "Breves Apontamentos…", p. 54.

base na equidade, bem como, muito significativamente, o art. 185.º-B, que obriga à publicidade das decisões proferidas por tribunais arbitrais transitadas em julgados incidentes sobre matéria administrativa.

Pode dizer-se, portanto, que a especialidade da arbitragem de direito público, que justifica desvios pontuais ao regime geral da arbitragem comum, assenta na presença do elemento do interesse público, o que justifica que os tribunais arbitrais competentes para resolver tais causas sejam "tribunais administrativos arbitrais", ou seja, tribunais especializados na aplicação do Direito Administrativo. Motivo pelo qual, aliás, Mário Aroso de Almeida defende a criação de uma regra que implique que a arbitragem de Direito Administrativo só tenha lugar no âmbito de centros de arbitragem institucionalizada que garantam essa especialidade(26).

2.5. Percorridas as várias distinções que no seio da arbitragem se podem encetar, enfrenta-se a questão de saber se o regime jurídico-penal do dever de denúncia deve abranger (ou não) indistintamente os árbitros das arbitragens domésticas e das arbitragens internacionais localizadas em Portugal, das arbitragens necessárias e voluntárias, de direito público e de direito privado.

Por um lado, pode arguir-se que não deve o intérprete traçar distinções onde o legislador não as traçou. De acordo com esta lógica, se o legislador tivesse querido circunscrever o conceito de funcionário ao árbitro que desempenha tais funções numa determinada categoria legal de arbitragem, tê-lo-ia feito de forma expressa. Do ponto de vista valorativo, pode igualmente arguir-se que o objetivo do legislador foi o de garantir que, num procedimento em que se postulam direitos em busca de um provimento jurisdicional, que é equivalente ao provimento jurisdicional estadual e que goza das proteções da lei portuguesa enquanto lei do foro, os árbitros estejam adstritos a um dever de reporte de atividade criminosa não diferente do dos juízes. Esse dever pode considerar-se ainda mais relevante num momento em que, como agora, a legitimidade da arbitragem enquanto alternativa aos tribunais do estado é objeto de forte escrutínio pela sociedade civil, e se faz sentir uma maior pressão pela demonstração de transparência e ética por parte dos seus intervenientes.

Por outro lado, e retomando o regime previsto no Código Penal, cumpre notar que existe uma clara separação de fins — e, consequentemente, de âmbito de aplicação — entre as várias alíneas e números do art. 386.º

(26) *Idem*, p. 54.

do Código Penal. Desde logo, atente-se nas alíneas *a*) e *b*) do número 1 daquele art. 386.º e nas alíneas *c*) e *e*) do mesmo artigo. No fundo, as primeiras correspondem aos que pela doutrina administrativa são designados como agentes administrativos, caracterizados por uma ligação funcional a uma pessoa coletiva de Direito Público. Já as segundas dizem respeito ao grupo de agentes desprovidos de um vínculo funcional ou pessoal à administração pública, tendo apenas sido chamados a participar no desempenho de uma atividade incluída na função pública administrativa ou jurisdicional. Pelo que se poderá arguir que o conceito de funcionário para "*efeito da lei penal*" não foi pensado e não deve ser aplicável ao árbitro que exerce funções, por exemplo, em arbitragens internacionais e nas arbitragens domésticas de direito privado.

Assim, e tendo ainda em linha de conta a redação do art. 386.º, n.º 3, alínea *e*), fará sentido que os árbitros identificados na alínea *e*) do número 1 do art. 386.º correspondem àqueles que intervêm em arbitragens de direito público e aqueles que intervêm em arbitragem necessária([27]). Com efeito, estas categorias de arbitragem correspondem àquelas em que está presente o interesse público, seja por o procedimento de resolução do litígio prescrito por lei servir o propósito de prosseguir um interesse público que excede o sacrifício imposto aos cidadãos, como sucede no caso da arbitragem necessária, seja por os próprios interesses em litígio serem interesses públicos, como sucede no caso da arbitragem administrativa.

Se assim não fosse, todos os árbitros de qualquer modalidade de arbitragem poderiam ser considerados agentes de uma panóplia de tipos de crime que se dirigem aos funcionários, e não apenas para os crimes de tráfico de influência, de recebimento indevido de vantagem, de corrupção passiva e de corrupção ativa, como parece ter sido a intenção do legislador([28]).

([27]) No mesmo sentido parece escrever José Manuel Damião da Cunha, *A Reforma*…, pp. 29, 30 e 37, notas 29 e 41, que não deixa de expressar a dúvida sobre se verdadeiramente foram estes os árbitros visados pelo legislador quando incluiu os árbitros no número 1 do art. 386.º do Código Penal, em 2010 ou se terá querido revogar a atual alínea *e*) do número 3 para abranger toda a arbitragem naquele número 1. O autor acaba por apontar no sentido de que "*árbitros que intervenham em processo público de arbitragem são indivíduos que intervêm em actividade pública (administrativa/jurisdicional), e por isso, integrados (embora com independência) em órgãos públicos. Os árbitros na designada arbitragem voluntária não estão compreendidos (no n.º 1 do art. 386.º) porque não actuam em nome do Estado. O facto de o Estado reconhecer (mesmo constitucionalmente) a importância dos Tribunais arbitrais (cf., assim, o art. 209., n.º 2, da CRP) não implica considerá-los como função pública estadual (é uma função autónoma/independente)*".

([28]) Que, de acordo com José Manuel Damião da Cunha, *A Reforma*…, p. 21, ss., teve como inspiração a solução legislativa do Código Penal espanhol que consagra um conceito de funcionário mais alargado apenas para efeitos do crime de corrupção que abrange também os árbitros.

Diferentemente, os árbitros em arbitragem privada e voluntária estarão incluídos no art. 386.º, n.º 3, alíneas *e*) [e *f*)], do Código Penal, como agentes tidos como funcionários para efeitos não de toda a lei penal, mas "*para efeitos do disposto nos arts. 335.º e 372.º a 374.º*" daquele Código. Isto é, para os crimes de tráfico de influência, recebimento indevido de vantagem e corrupção.

O alargamento do conceito de funcionário para lá da categoria de agente administrativo deu-se em virtude de uma pretensão de equiparação de um conjunto de funções que justificavam um certo paralelismo do ponto de vista político-criminal. Já desde o Decreto-Lei 371/83, de 6 de outubro, que se almejava resolver o problema do combate à corrupção(29). E entendeu-se que a opção de consideração dos árbitros como funcionários seria justificada por uma analogia funcional com os magistrados judiciais, pela participação de ambos no exercício da função jurisdicional.

Não obstante, é necessário ter presente que, sobre a inclusão dos árbitros de arbitragem privada e voluntária na categoria de funcionários, através das atuais alíneas *e*) [e *f*)] do número 3 do art. 386.º do Código Penal, pairam as mais negras nuvens. Apenas a título de exemplo, desde logo, no plano substantivo, se antes da alteração promovida pela Lei n.º 30/2015, de 22 de abril, era duvidosa a intenção do legislador de abranger o recebimento indevido de vantagem, com esta lei de alteração, que inclusivamente adicionou o tráfico de influência à esfera de crimes que podem ter como agentes os árbitros, restam menos dúvidas quanto à intenção do legislador relativamente aos arts. 335.º e 372.º a 374.º. Mas, ainda assim, não fica totalmente resolvido o problema da consideração do árbitro como funcionário para efeitos do crime de recebimento indevido de vantagem, em razão de a norma supor uma certa exclusividade e permanência do funcionário(30). Em segundo lugar, e agora num plano processual penal, aquela inclusão dos árbitros de arbitragem privada e voluntária revela uma extensão do conceito de funcionário que, por deixar de se ater tanto aos deveres do cargo(31) e se passar a referir sobretudo à semelhança das fun-

---

(29) Com alguma ligeireza, de acordo com José Manuel Damião da Cunha, *Comentário*…, p. 809.

(30) Assim, José Manuel Damião da Cunha, *A Reforma*…, p. 36, nota 40.

(31) Naturalmente, à equiparação também não será estranha a existência de deveres análogos, que se fundam, precisamente, na circunstância de ser a função jurisdicional que está a ser exercida. Tal como os magistrados judiciais, os árbitros estão adstritos a deveres de imparcialidade e independência (art. 9.º, n.º 3, da Lei da Arbitragem Voluntária) e respondem civilmente nos mesmos termos em que respondem os magistrados judiciais (art. 9.º, n.º 4, do mesmo diploma legal). Parece-nos, no entanto, que a existência de deveres análogos é consequência (um *posterius*) — e não causa (um *prius*) — da semelhança da função jurisdicional exercida por árbitros e magistrados judiciais, sendo esta função o

ções exercidas — jurisdicionais, por referência à dos magistrados nos tribunais estaduais —, equiparando uma função privada a uma função pública, torna sobremaneira duvidosa a inclusão daqueles na remissão que o art. 242.º, n.º 1, alínea *b*), do Código de Processo Penal faz para o art. 386.º do Código Penal.

2.6. Deste modo, sendo difícil contestar que os árbitros sejam funcionários para efeitos do art. 386.º, n.º 3, do Código Penal, poderíamos ser levados a concluir que o árbitro é sempre um sujeito do dever de denúncia obrigatória, nos termos do art. 242.º, n.º 1, alínea *b*), do Código de Processo Penal. Porém, esta é uma afirmação que receamos demasiado redutora das finalidades do art. 386.º e do seu âmbito de aplicação. Na verdade, a questão não se resolve tão facilmente quanto a simples leitura da lei parece sugerir.

Como salienta José Manuel Damião da Cunha — que entre nós se tem dedicado com profundidade ao conceito de funcionário — a determinação do âmbito de aplicação do conceito de funcionário não prescinde da análise de cada um dos conceitos de funcionário prescritos pelo art. 386.º do Código Penal. E, além disso, nenhuma equiparação de um agente ao estatuto de funcionário deve ser automática, antes dependendo sempre da concreta norma penal em que o agente se insere, com uma especial incidência para quem atua no âmbito puramente privado e que se pretende que seja equiparado a um agente público (ainda que não através do cargo, mas da função exercida). Razões pelas quais, concretamente, sobre o dever de denúncia do art. 242.º, n.º 1, alínea *b*), do Código de Processo Penal, este autor entende que "*não é necessário que haja coincidência entre o universo dos funcionários do CPP, e o dos funcionários que, nos quadros do CP, possam incorrer em eventual responsabilização criminal*". Isto é: para o autor, nem todos os funcionários do art. 386.º do Código Penal têm um dever legal de denunciar, de tal modo que a omissão de denúncia por parte de qualquer funcionário, que seja considerado como tal nos termos do art. 386.º, devesse precipitar necessariamente a sua responsabilização criminal(32). Não podemos senão concordar com esta ideia, especialmente se atentarmos no caso específico dos árbitros em arbitragens voluntárias e de direito privado, pelos motivos que exporemos de seguida.

Em primeiro lugar, porque, na senda da posição adotada, os árbitros nas arbitragens voluntárias e de direito privado caem no chamado *conceito*

---

cerne axiológico e teleológico da equiparação de tais deveres e, portanto, também da extensão do conceito de funcionário.

(32) José Manuel Damião da Cunha, *Comentário*…, pp. 821-822, e *A Reforma*…, p. 16.

alargado de funcionário. Isto é, ficam fora das alíneas *a*) e *b*) do número 1 do art. 386.º do Código Penal e, no contexto do seu número 3, consideram-se funcionários apenas para efeitos dos crimes de tráfico de influência, recebimento indevido de vantagem e corrupção.

Apesar de serem chamados a desempenhar uma atividade compreendida na função pública jurisdicional, os árbitros não têm qualquer vínculo funcional ou pessoal com a jurisdição estadual. A equiparação que é feita entre os árbitros e os magistrados judiciais deve, por isso, ser tomada *cum grano salis*: os árbitros desempenham uma função similar no sentido de que a sentença arbitral é tendencialmente final, vinculativa e executável nos respetivos Estados, mas não são juízes estaduais com um estatuto próprio, mais solene e reconduzível à titularidade de um órgão de soberania, ainda que exerçam uma função jurisdicional. Aliás, o facto de o Estado português reconhecer constitucionalmente a arbitragem como forma alternativa (ainda que limitada) de resolução litigiosa de conflitos, não implica considerá-la função pública jurisdicional. É, sim, uma "forma voluntária" de jurisdição.

Nos casos em que o art. 386.º do Código Penal alarga o conceito de funcionário para lá do agente administrativo, para abranger agentes de atividades puramente privadas, impõe-se uma interpretação restritiva do seu âmbito de aplicação, no que diz respeito à obrigatoriedade de denúncia prevista no Código de Processo Penal.

A circunstância de os árbitros serem funcionários para efeitos de responsabilidade criminal pela comissão dos crimes de tráfico de influência, recebimento indevido de vantagem e corrupção, não equivale a dizer que, relativamente a esses crimes, estejam adstritos a um dever de denúncia. Assim, em nosso entender, por tudo aquilo que se deixou exposto, à luz do caráter essencial do vínculo à Administração, que traduz a necessidade de defesa permanente do interesse público e a responsabilidade acrescida de quem age em nome do Estado, o art. 242.º, n.º 1, alínea *b*), do Código de Processo Penal terá como âmbito de aplicação apenas os funcionários que exercem um cargo público através de uma ligação orgânica à atividade da Administração Pública e à Justiça estadual.

Por outro lado, há duas outras coordenadas que parecem sugerir o afastamento do árbitro em arbitragem privada e voluntária como sujeito do dever de denúncia obrigatória. A primeira é dada pela ausência de uma previsão legal de sanção para a omissão do dever de denúncia no plano jurídico-penal. Importa, pois, atentar na não criminalização, por parte do Código Penal português, da omissão de denúncia de um árbitro no exercício da função jurisdicional naquelas condições. Apenas se criminaliza,

através do art. 245.º do Código Penal, a omissão de denúncia do superior hierárquico tiver conhecimento da prática, por subordinado, de tortura e outros tratamentos cruéis, degradantes e desumanos. O que, inclusivamente, cremos que alvitra a sensação de que terão sido estas condutas, mais do que quaisquer outras que poderão também ser lesivas do interesse público, aquelas que se procuram prevenir com maior acuidade através do dever de denúncia que impende sobre os funcionários.

Já a segunda coordenada tem que ver com a circunstância de que o Código de Processo Penal — tal como o Código Penal — não contém quaisquer indicações sobre as formalidades que devem ser cumpridas para que se possa afirmar existir uma verdadeira e efetiva denúncia de crime. A Lei da Corrupção no Comércio Internacional e no Sector Privado(33) também nada acrescenta. A Lei do Combate ao Branqueamento de Capitais e do Financiamento do Terrorismo(34) indica um conjunto de elementos a incluir na comunicação de operações suspeitas, mas os árbitros não devem ser tidos como sujeitos das obrigações desse diploma, atendendo ao disposto no seu art. 4.º, n.º 1, alínea *f*), e n.º 2. Já o Código dos Valores Mobiliários contém uma norma — o art. 382.º, n.º 2 — que obriga os funcionários(35), que, no exercício da sua atividade profissional ou função, tenham conhecimento de factos que possam vir a ser qualificados como crime contra o mercado de valores mobiliários ou de outros instrumentos financeiros, a informarem de imediato o conselho diretivo da CMVM. Porém, o art. 382.º, n.º 3, deste Código apenas indica que a denúncia pode ser apresentada por qualquer meio idóneo para o efeito, sendo confirmada por escrito, a pedido da CMVM, sempre que este não seja o meio adotado inicialmente(36). Por último, poderia pensar-se que o recentemente aprovado Regime Geral de Proteção de Denunciantes(37) trouxesse algumas

---

(33) Lei n.º 20/2008, de 21 de Abril.

(34) Lei n.º 83/2017, de 18 de Agosto.

(35) De acordo com Jorge Alves Morais/Joana Matos Lima, *Código dos Valores Mobiliários Anotado*, Quid Juris — Sociedade Editora, 2015, p. 634, este artigo dispõe no mesmo sentido do art. 242.º, n.º 1, alínea *b*), do Código de Processo Penal, sugerindo, apesar de o artigo do Código dos Valores Mobiliários não o identificar expressamente, uma equiparação com o conceito de funcionário do art. 386.º do Código Penal.

(36) As obrigações de descrição das razões da suspeita, da identificação pormenorizada e com rigor das operações em causa, das ordens dadas, dos comitentes e de quaisquer outras pessoas envolvidas, das modalidades de negociação, das carteiras envolvidas, dos beneficiários económicos das operações, dos mercados em causa e de qualquer outra informação relevante para o efeito, bem como da qualidade de quem subscreve a denúncia e da sua relação com o intermediário financeiro apenas se dirigem a estes últimos, segundo o número 4 do art. 382.º daquele Código.

(37) Lei n.º 93/2021, de 20 de dezembro.

respostas, mas, além de ser altamente questionável — como veremos *infra* — que os árbitros possam ser denunciantes para efeitos de gozo dos benefícios atribuídos por tal regime, a verdade é que o que o diploma veio confirmar é precisamente a ausência de formalidades e a multiplicidade de meios aplicáveis às denúncias(38).

Face a esse vazio de normas, a questão é se bastará uma manifestação por parte do denunciante de que tomou conhecimento de certos factos e que os considere como potencialmente relevantes a título jurídico-penal, isto é, a transmissão da notícia do crime? Não parece exigível ao denunciante que identifique, quer total quer parcialmente, o sujeito ativo do crime, sendo tal individualização da responsabilidade do Ministério Público (ou dos órgãos de polícia criminal em que aquele delegue os poderes de investigação), nos termos do art. 262.º, n.º 1, do Código de Processo Penal(39). E sem essas indicações, pergunta-se ainda, se poderá um dever de denúncia obrigar o árbitro, que, em princípio, não mantém qualquer relação orgânica com a administração da justiça, a quebrar o eventual dever de confidencialidade com o qual se comprometeu a quem lhe cometeu a arbitragem e que é um dos pilares de todo o sistema arbitral? A nosso ver, as demasiadas interrogações que surgem a este propósito e, em definitivo, a combinação teleológica dos arts. 242.º, n.º 1, alínea *b*), do Código de Processo Penal e 386.º do Código Penal impedem que se considere o árbitro como sujeito de um dever legal de denúncia.

Em suma, mesmo consagrando o art. 386.º do Código Penal uma equiparação dos árbitros aos funcionários para efeitos do disposto nos arts. 335.º e 372.º a 374.º daquele diploma legal, não estamos suficientemente convencidos de que o conceito de funcionário para efeitos de lei penal possa substantiva e teleologicamente aplicar-se a todos os árbitros, irrestritamente, e muito menos adjetivamente e para efeitos de um dever legal de denúncia.

---

(38) Basta atentar nos arts. 10.º e 14.º da Lei n.º 93/2021, de 20 de dezembro.

(39) Numa formulação semelhante, *mutatis mutandis* em razão de se referir ao exercício do direito de queixa, julgou o acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 5 de dezembro de 2007, no processo 07P3758, que "[o] *Código Penal e o Código de Processo Penal não contêm normas sobre a formalidade da queixa, o que legitima o entendimento de que a manifestação inequívoca do ofendido de que se exerça o procedimento criminal por um certo facto deve ser considerada queixa, independentemente da expressão formal dessa manifestação, seja ou não apelidada de queixa, denúncia, ou qualquer outro conceito, ou ainda do rigor da qualificação jurídico-penal dos factos*" e que "[n]*ão se exige, ainda, a identificação, total ou parcial, do sujeito activo do delito, que o ofendido pode ignorar, competindo a sua individualização à entidade dirigente do inquérito o MP ou à entidade em quem ele delegue os inerentes poderes de investigação*".

Parece-nos, antes, que a categorização dos árbitros que participam em arbitragens voluntárias de direito privado como funcionários apenas faz sentido para efeitos de aplicação da lei penal substantiva e, dentro dessa, apenas nos limites materiais a que deve estar finalisticamente votada à luz dos arts. 335.º e 372.º a 374.º do Código Penal. Se todo o crime — *rectius*, se qualquer suspeita de crime — que chegasse ao conhecimento de tais árbitros, no exercício das suas funções e por causa delas, fosse denunciado de imediato às autoridades, levando à publicidade dos vários elementos do processo, não se auguraria um bom futuro à arbitragem como meio de resolução alternativa de litígios(40).

3. O dever de confidencialidade do árbitro

3.1. Não se pode dizer que seja total a aceitação da confidencialidade como característica nuclear e necessária do conceito de arbitragem(41). Nem se pode proclamar sequer que toda a arbitragem voluntária de direito privado é confidencial ou que, sendo confidencial, o é de forma homogénea quanto aos seus âmbitos pessoais e funcionais(42).

Com efeito, tem-se assistido a uma crescente exigência de transparência na arbitragem, alicerçada sobretudo no seu caráter jurisdicional e na necessidade de sindicância da imparcialidade e independência dos árbitros.

É possível afirmar que esse clamor se dirige mais às arbitragens em que são parte o Estado ou entes públicos, mais do que nas arbitragens de direito privado entre partes que são sujeitos de direito privado(43). Embora

---

(40) E muito menos — ainda que este argumento não seja minimamente decisivo — à capacidade de Portugal para atrair um maior volume de arbitragens internacionais.

(41) Defendendo um modelo de arbitragem público e transparente, com a confidencialidade como exceção, cf. Juan Fernandéz-Armesto, "The time has come. A Plea for Abandoning Secrecy *in* Arbitration", *in Les Cahiers de l'Arbitrage/The Paris Journal of International Arbitration*, 2012-3, pp. 583-588. É relevante mencionar aqui a decisão proferida em 1995 no caso Esso v Plowman, na qual o High Court of Australia afirmou que a confidencialidade não é inerente à arbitragem.

(42) Consideraremos apenas o dever de confidencialidade dos árbitros no presente artigo, ainda que se reconheça que o âmbito pessoal de tal dever em arbitragem possa estender-se, além dos árbitros e das partes, aos seus assistentes profissionais e ao *staff* das instituições de arbitragem, secretárias, testemunhas, peritos, relatores, tradutores, intérpretes, particularmente na falta de convenção ou lei expressa.

(43) A este respeito, note-se que o art. 41.º, n.º 2, do Regulamento de Arbitragem do Centro de Arbitragem Comercial de 1 de abril de 2021, da Câmara de Comércio e Indústria Portuguesa, dispõe que, "[*a*]*s sentenças arbitrais sobre litígios em que uma das partes seja o Estado ou outra pessoa coletiva de direito público são sempre publicadas nos termos da lei*". Ainda neste ponto podemos referir a

o presente estudo tenha como objeto primordial a arbitragem doméstica, não se ignoram as tensões entre confidencialidade e a reclamada transparência que se fazem sentir particularmente no domínio das arbitragens internacionais que envolvem Estados ou entidades estatais. Comprovando-o, vejam-se, por exemplo, as Regras sobre Transparência em Arbitragem entre Investidores e Estados baseada em Tratados, aprovadas pela Comissão de Direito Comercial Internacional das Nações Unidas em 2013. Ainda que o seu mote seja o de conferir uma maior transparência, como o demonstra o seu art. 3.º, a verdade é que o seu art. 7.º, cuja epígrafe é "*Exceções à Transparência*", apresenta uma série de números e parágrafos que atestam uma preocupação daquelas Regras em harmonizar as exigências de transparência com a confidencialidade(44).

Não obstante, é seguro afirmar que a confidencialidade é, ainda hoje, maioritariamente reconhecida como um dos princípios basilares em que assenta todo o sistema arbitral internacional, ao ponto de ser defendido por alguns a existência de um dever implícito de confidencialidade. Nas palavras de Serge Lazareff, "*se, como escreveu Ihering, a forma é a irmã gémea da liberdade, então a confidencialidade é a irmã gémea da arbitragem*"(45). Num plano anterior ao jurídico, se atendermos à realidade económica e à vontade genérica dos seus operadores, no sigilo vê-se um dever com um relevo muitíssimo assinalável(46). Dedutível, em grande medida,

---

Lei 10/2011, de 20 de aneiro que prevê o Regime Jurídico da Arbitragem em Matéria Tributária e estabelece, na alínea *g*) do art. 16.º, como princípio fundamental a publicidade das decisões arbitrais.

(44) O crescente movimento de transparência resultante do fenómeno da globalização da atividade comercial tem-se sentido particularmente nas arbitragens de investimento em que, por norma, uma das partes é um Estado ou uma pessoa coletiva pública. Nestas o interesse de preservação do interesse público a que se juntam a publicidade de qualquer processo como fim de justiça em si mesmo e o reforço da consistência da jurisprudência internacional que pressionam a balança dos interesses retirando peso absoluto à confidencialidade como princípio geral da arbitragem. Sobre o tema, entendendo dever continuar a caber às partes a decisão quanto à existência e quanto aos limites da confidencialidade e chamando a atenção para as exceções à transparência previstas nas Regras sobre Transparência indicadas no texto. Cf. Elisa Rangel Nunes, "A confidencialidade na arbitragem voluntária: uma questão de preservação de valores éticos?", *in Arbitragem Comercial: Estudos Comemorativos dos 30 anos do Centro de Arbitragem Comercial da Câmara de Comércio e Indústria Portuguesa* (Coord. António Menezes Cordeiro), Almedina, 2019, p. 335, ss. e 347, ss. A autora defende dever existir um equilíbrio entre os interesses da confidencialidade e da transparência, mediado pela ética e analisado em função do caso concreto, do convencionado pelas partes, do consagrado na lei e, na falta de lei ou convenção, dos ditames da boa-fé, que impõe às partes a obrigação de não incorrerem em comportamentos abusivos de divulgação e lesivos dos interesses e direitos da parte contrária.

(45) Serge Lazareff, *apud* Juan Fernandéz-Armesto, "The time has come…", p. 583.

(46) Cf. por todos, com referências doutrinais internacionais e com indicações de estudos empíricos sobre a influência económica da confidencialidade em arbitragem, José António Fichtner/Sergio Nelson Mannheimer/André Luís Monteiro, "A confidencialidade na arbitragem: regra geral e

da circunstância de as partes, no início de uma relação negocial, ocasional ou contínua, terem cada vez mais como *conditio sine qua non* do negócio a integração no contrato de uma cláusula de arbitragem que afasta um potencial litígio futuro dos tribunais estaduais, onde a publicidade do processo poderia ameaçar as suas opções estratégicas de negócio.

Se, aparentemente, a celeridade na resolução do litígio ou a específica *expertise* dos árbitros escolhidos podem ser erigidas como as principais características que impulsionam as partes na procura da resolução alternativa de conflitos, a garantia de confidencialidade é o elemento de segurança que as leva a poder confiar no controlo de danos reputacionais e na mitigação do fluxo de informação que sai para o mercado e que, por isso e segundo cremos, verdadeiramente as motiva a afastarem-se dos tribunais estaduais de justiça pública. Frequentemente, as partes almejam que um litígio que surge no contexto de um determinado mercado não se reflita, pelo menos, noutros mercados([47]). Por outro lado, além da natural vontade das partes de preservar segredos de negócio ou informação comercial sensível, como informação de preços, planos de negócio, listas de clientes, informação de componentes ou *know how*, planos, desenhos, entre outros, há também o desejo de evitar a divulgação de prova produzida através de visitas a complexos industriais, de análise de amostras e de intervenção de peritos([48]). Além da circunstância de existirem casos em que certos indivíduos e entidades nunca aceitariam intervir em público (ou que, num processo público, não atuariam com a mesma postura do que numa arbitragem), como governantes e figuras públicas, e que aceitam, no entanto, fazê-lo, com ganhos evidentes na produção de prova, mais livremente em arbitragem([49]).

Todavia, como se referiu no início, ao tema da confidencialidade em arbitragem não pode ser dado o estatuto de questão pacífica ou resolvida,

---

exceções", *in Revista de Direito Privado*, ano 13, Vol. 49, Editora Revista dos Tribunais, jan-mar (2012), pp. 229-231; António Menezes Cordeiro, *Tratado da Arbitragem em Comentário à Lei 63/2011, de 14 de dezembro*, Almedina, 2015, p. 304, ss.; e Artur Flamínio da Silva/António Pedro Pinto Monteiro, "Publicidade vs. Confidencialidade na Arbitragem Desportiva Transnacional", *in Revista de Arbitragem e Mediação*, Vol. 50, ano 13, Jul.-Set., 2016, p. 431, ss. e, em especial, nota 18.

([47]) Mayank Samuel, *Confidentiality in International Commercial Arbitration: Bedrock or Window-Dressing*, Kluwers Arbitration Blog, 2017, disponível em <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2017/02/21/confidentiality-international-commercial-arbitration-bedrock-window-dressing/>.

([48]) Domitille Baizeau/Juliette Richard, "Addressing the Issue of Confidentiality *in* Arbitration Proceedings: How Is This Done *in* Practice?", *in Confidential and Restricted Access Information in International Arbitration*, Association Suisse de l'Arbitrage Special Series, n.º 43, 2016, p. 54.

([49]) António Menezes Cordeiro, *Tratado da Arbitragem*…, p. 305.

desde logo no seio da comunidade jurídica arbitral. Há muitos países cujas leis nacionais não contêm qualquer previsão de confidencialidade(50), na literatura sobre arbitragem distingue-se frequentemente entre privacidade e confidencialidade na arbitragem(51), os âmbitos pessoais e funcionais do dever de confidencialidade são algo díspares entre ordenamentos jurídicos(52) e as próprias partes, no momento de redação do contrato, não investem grandes esforços no desenvolvimento das cláusulas compromissórias (cunhadas como *midnight clauses*) e na definição do grau e do tipo de confidencialidade pretendidos, nem das sanções (*inter partes*) a aplicar no caso de quebra da confidencialidade(53).

O facto de a Lei Modelo da Comissão de Direito Comercial Internacional das Nações Unidas não consagrar qualquer menção à confidencialidade pode ser apontado como um dos motivos pelos quais as leis nacionais de alguns dos ordenamentos jurídicos de referência não regulam a confidencialidade de forma homogénea entre si(54). Ainda assim, se relativamente às partes ou a determinados meios de prova as fronteiras da confidencialidade ainda são controvertidas, mais pacífica e quase unânime é a vigência de um sólido dever de confidencialidade relativamente aos árbitros. Aliás, se as partes não tivessem como seguro o cumprimento do dever

---

(50) Sobre a confidencialidade na arbitragem em várias ordens jurídicas, cf. Elisa Rangel Nunes, "A confidencialidade…", p. 339, ss.

(51) A confidencialidade é dirigida aos sujeitos da arbitragem e derivada de previsão legal ou de convenção expressa sobre a informação respeitante ao conteúdo do processo arbitral e a privacidade aplica-se a terceiros proibidos de aceder aos atos processuais de determinada arbitragem e decorrente da natureza privada dos procedimentos arbitrais, designadamente às sessões arbitrais. Sobre o tema, cfr., por exemplo, Elisa Rangel Nunes, "A confidencialidade…", pp. 334-35.

(52) Sobre o tratamento da confidencialidade em França, Alemanha, Inglaterra e Estados Unidos da América, cf. António Menezes Cordeiro, *Tratado da Arbitragem*…, p. 306, e Guilherme Recena Costa, "Integração contratual, confidencialidade na arbitragem e segredo de justiça", *in Revista de Direito Privado*, ano 13, Vol. 49, Jan.-Mar., 2012, p. 77, ss. De acordo com Jacob Dolinger e Carmen Tibúrcio, *apud* José António Fichtner/Sergio Nelson Mannheimer/André Luís Monteiro, "A confidencialidade na arbitragem…", p. 245, o High Court of Australia, na decisão do caso Esso Australia Resources Ltd. And Others v. The Honourable Sidney James Plowman and Others, em 1995, "*entendeu ser impossível a confidencialidade absoluta de uma arbitragem, em razão de uma multiplicidade de fatores, como por exemplo: 1*) *a inexistência do dever de confidencialidade por parte de testemunhas envolvidas no processo arbitral; 2*) *um laudo arbitral pode tornar-se público por meio de uma série de medidas judiciais relacionadas à arbitragem; e 3*) *as partes terem o direito de divulgar a existência e até detalhes do processo arbitral e do próprio laudo, em razão do dever de manterem os seus acionistas informados ou de terem que resgatar uma apólice de seguro*". Em sentido semelhante, decidiu o US District Court de Delaware, no caso United States v. Panhandle Eastern Corp., em 1988 (disponível em <https://law.justia.com/cases/federal/district-courts/FSupp/681/229/1800714/>).

(53) Sobre a habitual falta de diligência das partes na previsão de litígios e outros riscos futuros, cf. Guilherme Recena Costa, "Integração contratual…", p. 70, ss.

(54) Neste sentido, Elisa Rangel Nunes, "A confidencialidade…", p. 339.

de confidencialidade dos árbitros, o incentivo a recorrer a tal método de resolução de litígios diminuiria drasticamente. Por isso mesmo, os regulamentos de arbitragem dedicam especial atenção ao dever de confidencialidade que sobre os árbitros impende, como o demonstram o art. 6.º, do Anexo I, do Regulamento de Arbitragem da Câmara de Comércio Internacional(55), o art. 37.º do Regulamento do Centro Internacional para Resolução de Conflitos da Associação Americana de Arbitragem(56), o art. 30.º do Regulamento de Arbitragem da Corte de Arbitragem Internacional de Londres(57), o art. 75 do Regulamento de Arbitragem da Organização Mundial de Propriedade Intelectual(58) e o art. 9.º da Regras de Ética da *International Bar Association* para Árbitros Internacionais de 1987(59). As conhecidas Regras de Arbitragem da Comissão de Direito Comercial Internacional das Nações Unidas não se referem expressamente ao dever de confidencialidade, mas parecem reconhecê-lo ligando-o ao consentimento das partes necessário para tornar uma sentença pública(60). Como

---

(55) "*The work of the Court is of a confidential nature which must be respected by everyone who participates in that work in whatever capacity. The Court lays down the rules regarding the persons who can attend the meetings of the Court and its Committees and who are entitled to have access to materials related to the work of the Court and its Secretariat*".

(56) "*Confidential information disclosed during the arbitration by the parties or by witnesses shall not be divulged by an arbitrator or by the Administrator. Except as provided in Article 30, unless otherwise agreed by the parties or required by applicable law, the members of the arbitral tribunal and the Administrator shall keep confidential all matters relating to the arbitration or the award*".

(57) "*The parties undertake as a general principle to keep confidential all awards in the arbitration, together with all materials in the arbitration created for the purpose of the arbitration and all other documents produced by another party in the proceedings not otherwise in the public domain, save and to the extent that disclosure may be required of a party by legal duty, to protect or pursue a legal right, or to enforce or challenge an award in legal proceedings before a state court or other legal authority*".

(58) "(*a*) *Except to the extent necessary in connection with a court challenge to the arbitration or an action for enforcement of an award, no information concerning the existence of an arbitration may be unilaterally disclosed by a party to any third party unless it is required to do so by law or by a competent regulatory body, and then only:* (*i*) *by disclosing no more than what is legally required; and* (*ii*) *by furnishing to the Tribunal and to the other party, if the disclosure takes place during the arbitration, or to the other party alone, if the disclosure takes place after the termination of the arbitration, details of the disclosure and an explanation of the reason for it.* (*b*) *Notwithstanding paragraph (a), a party may disclose to a third party the names of the parties to the arbitration and the relief requested for the purpose of satisfying any obligation of good faith or candor owed to that third party*".

(59) "*The deliberations of the arbitral tribunal, and the contents of the award itself, remain confidential in perpetuity unless the parties release the arbitrators from this obligation. An arbitrator should not participate in, or give any information for the purpose of assistance in, any proceedings to consider the award unless, exceptionally, he considers it his duty to disclose any material misconduct or fraud on the part of his fellow arbitrators*".

(60) "*An award may be made public with the consent of all parties or where and to the extent disclosure is required of a party by legal duty, to protect or pursue a legal right or in relation to legal proceedings before a court or other competent authority*".

expoente máximo da proteção da confidencialidade arbitral e regulando sobre matéria criminal surge o *Corruption, Drug Trafficking and Other Serious Crimes (Confiscation of Benefits) Act* de Singapura, de 1992. No seu art. 39.º, n.º 1, consagra um amplo dever de denúncia a que está sujeita qualquer pessoa que em virtude da sua profissão tome conhecimento de factos potencialmente enquadráveis num crime. Porém, o mesmo diploma contém uma ressalva no art. 39.º, n.º 4, que isenta um árbitro de responsabilidade por incumprimento do dever de denúncia relativamente a factos de que tomou conhecimento no decorrer de um processo arbitral em que atuou.

3.2. No ordenamento jurídico Português, a regra sobre confidencialidade na arbitragem voluntária encontra-se prevista no art. 30.º, n.º 5 da Lei da Arbitragem Voluntária(61) que, sob a epígrafe "*Princípios e regras do processo arbitral*", dispõe que "[o]*s árbitros, as partes e, se for o caso, as entidades que promovam, com carácter institucionalizado, a realização de arbitragens voluntárias, têm o dever de guardar sigilo sobre todas as informações que obtenham e documentos de que tomem conhecimento através do processo arbitral, sem prejuízo do direito de as partes tornarem públicos os actos processuais necessários à defesa dos seus direitos e do dever de comunicação ou revelação de actos do processo às autoridades competentes, que seja imposto por lei*".

Apesar de erigir como princípio fundamental a confidencialidade, a lei portuguesa ressalva expressa e claramente o dever de comunicação de atos do processo às autoridades competentes que seja imposto por lei. Ademais, importa ter presente que, mesmo entre nós, a confidencialidade nunca é absoluta ou totalmente garantida, desde logo porque podem tornar-se públicos os elementos do processo arbitral pela simples interposição pela parte vencida de uma ação de anulação da sentença arbitral perante os tribunais judiciais(62).

A fórmula legal contida no art. 30.º, n.º 5, da Lei da Arbitragem Voluntária, não é, porém, a mais feliz. O dever de sigilo dos árbitros, partes e entidades está legalmente consagrado como tendo por objeto apenas as "*informações*" que obtenham e os "*documentos*" de que tomem conhecimento através do processo arbitral. O que julgamos não poder deixar de ser alargado à própria existência do processo, aos seus elementos básicos,

---

(61) Lei n.º 63/2011, de 14 de Dezembro.

(62) Sobre o tema, Dragor Hiber, Vladimir Pavić, "Arbitration and Crime", *Journal of International Arbitration*, Kluwer Law International 2008, Volume 25 Issue 4, 461-478, p. 465.

a todos os meios de prova, aos incidentes que nele ocorrem e à decisão final(63). Além do exposto, e embora a norma não os mencione expressamente, entendemos estarem igualmente adstritos à confidencialidade os tradutores e os peritos que, ao prestarem os seus serviços no âmbito de um procedimento arbitral, têm acesso a informações e documentos que se pretendem manter confidenciais.

Face ao exposto, poderá então colocar-se a questão de saber se um árbitro, que está adstrito a um dever de confidencialidade relativamente a factos de que tome conhecimento em virtude do processo arbitral, pode denunciar a existência de indícios de crime ao abrigo da parte final do art. 30.º, n.º 5, da Lei da Arbitragem Voluntária.

Quanto às exceções de divulgação legalmente obrigatória, escrevem Armindo Ribeiro Mendes e António Sampaio Caramelo que o dever de confidencialidade cessa quando existe um dever de comunicação ou revelação de atos do processo às autoridades competentes, que seja imposto por lei aos árbitros, nomeadamente no caso de repressão de atos de corrupção ou de branqueamento de capitais(64).

No entanto, segundo cremos, num juízo de proporcionalidade que englobe todos os interesses tutelados pelo dever de confidencialidade, as exceções a esse dever devem limitar-se ao absolutamente necessário para cumprir as exigências de interesse público ou de justiça, numa ótica de razoabilidade(65). O que apenas parece legitimar uma quebra da confidencialidade para defesa de direitos e cumprimento de decisões judiciais, mas nunca — *rectius,* quase nunca, como veremos abaixo — para cumprir um dever de denúncia(66). Pelo que não podemos senão concordar com Antó-

---

(63) Sobre os elementos abrangidos pelo dever de confidencialidade dos árbitros, António Menezes Cordeiro, *Tratado da Arbitragem*…, p. 307; e José António Fichtner/Sergio Nelson Mannheimer/André Luís Monteiro, "A confidenci alidade na arbitragem…", p. 268, ss.

(64) Armindo Ribeiro Mendes, *Lei da Arbitragem Voluntária Anotada* (coord. Dário Moura Vicente), Almedina, 2015, 2.ª ed. revista e atualizada, p. 86, não encontra justificação para esta norma, avançando apenas que as ressalvas perecem "impor-se por si, dispensando justificação específica". Cf., também, António Sampaio Caramelo, "Condução do Processo Arbitral. Comentários aos arts. 30.º a 38.º da Lei da Arbitragem Voluntária", *in Revista da Ordem dos Advogados*, Ano 73, Tomo II/III, Abril-Setembro, 2013, p. 684.

(65) Neste sentido, Michael Hwang S.C./Katie Chung, "Defining the Indefinable: Practical Problems of Confidentiality *in* Arbitration", *in Journal of International Arbitration*, Kluwer Law International, 26(5), 2009, p. 626.

(66) De acordo com António Menezes Cordeiro, *Tratado da Arbitragem*…, p. 307, se a defesa de direitos permite às partes tornar públicos os actos processuais necessários à defesa dos seus direitos, não pode esta permissão ser ilimitada e acriticamente subjectiva. Aludindo brevemente ao ponto de vista jurídico-penal do problema que iremos desenvolver *infra*, Manuel da Costa Andrade, *Comentário Conimbricense do Código Penal* (Dirigido por Jorge de Figueiredo Dias), Tomo I (arts. 131.º a 201.º),

nio Menezes Cordeiro quando o autor recomenda, no plano jusprivatístico, uma interpretação restritiva do art. 30.º, n.º 5, da Lei da Arbitragem Voluntária(67).

Ainda que uma primeira leitura do art. 30.º, n.º 5, da Lei da Arbitragem Voluntária possa pressionar o intérprete para uma conclusão em favor da denúncia no que respeita a crimes conhecidos no exercício de funções e por causa delas, a relação entre a norma penal que identifica os funcionários e a norma processual que os obriga à denúncia, a lógica do sistema de arbitragem e a análise jurídico-criminal do crime de violação de segredo, apontam no sentido contrário, mesmo que ofuscados pela *luminosidade* do omnijustificativo combate à corrupção.

3.3. No seio da doutrina penal e processual penal, logo verificamos que a colisão entre o dever de denúncia e o dever de sigilo é uma questão que continua a ser debatida, a propósito das várias vertentes em que tais deveres se afirmam. Há quem sustente, por um lado, que quando a denúncia importe violação do segredo profissional cessa a obrigatoriedade de denúncia imposta pelo art. 242.º do Código de Processo Penal. Todavia, esta quebra da obrigatoriedade da denúncia só valeria para os casos em que o segredo profissional é imposto por lei, já que só a *lex specialis derrogat legi generali*(68). Há também quem defenda que, no caso de o dever de denúncia se encontrar em conflito com o dever de guardar segredo de Estado, este deva prevalecer, a não ser nos casos em que se esteja perante crimes contra a segurança do Estado, em que esta e/ou a defesa da ordem constitucional imponham excecionalmente a prevalência do dever de denúncia(69). Por outro lado, há quem entenda que, genericamente, o dever

---

Coimbra Editora, 2.ª ed., 2012, pp. 1162-1163, quanto à violação de segredo para a proteção de interesses próprios do agente refere que: (*i*) em geral, reconhece-se a licitude da revelação necessária para evitar a perseguição e condenação penal do profissional obrigado a segredo, (*ii*) que também se reconhece legitimidade para recorrer à revelação quando necessária para afastar imputação desonrosa feita ao agente e (*iii*) que, se ainda é consensual a admissibilidade da revelação de segredo com vista à efetivação da pretensão de honorários, já o seu enquadramento doutrinal e normativo motiva sérios desencontros.

(67) António Menezes Cordeiro, *Tratado da Arbitragem*…, pp. 307-308. Concordando com o autor, Artur Flamínio da Silva/António Pedro Pinto Monteiro, "Publicidade…", p. 433.

(68) Assim, Manuel Lopes Maia Gonçalves, *Código de Processo Penal Anotado*, Almedina, 17.ª ed., 2009, p. 590.

(69) Neste sentido, Eduardo Maia Costa, *Código de Processo Penal Comentado* (Henriques Gaspar, Santos Cabral, Maia Costa, Oliveira Mendes, Pereira Madeira, Henriques da Graça), Almedina, 2.ª ed. revista, 2016, pp. 883-884. Segundo o autor, a solução nestes casos é mais duvidosa, na medida em que o segredo de Estado abrange factos cuja revelação pode causar dano à segurança do Estado ou à defesa da ordem constitucional, não havendo uma clara hierarquia entre os interesses protegidos

de denúncia dos indícios de crime deve prevalecer sempre, uma vez que aquele dever tem como escopo proteger interesses de ordem pública de valor superior, sendo qualquer recusa ou omissão de denúncia ilegítima(70).

Em nosso entender, mesmo estando em causa a repressão — note-se, não a prevenção — de criminalidade altamente organizada, elevada a missão prioritária dos esforços internacionais, não podem os tribunais arbitrais chamar a si — nem deve a lei atribuir-lhes — as competências de um "supervisor da corrupção e de crimes conexos", sem qualquer respeito pela confidencialidade acordada e pressuposta pelas partes. Não é, nem deve ser esse o lugar dos árbitros na lógica da arquitetura dos sistemas jurídico-penais e arbitrais, nacionais e internacionais, das sociedades democráticas e liberais.

Tomar a última oração do art. 30.º, n.º 5, da Lei da Arbitragem Voluntária como se esta se tratasse de uma regra de revelação dos elementos e informações da arbitragem, teria como consequência o desinteresse total das partes no recurso à arbitragem. Mesmo as partes que confiam na adequação das suas condutas ao Direito sempre teriam o fundado e justo receio de que os árbitros, pressionados por um suposto dever de denúncia sem um qualquer limite definido por lei, quebrassem o sigilo a que estão obrigados e revelassem factos que, ainda que sem relevo criminal, pudessem abalar a reputação pública ou de mercado dos visados. Recorde-se que o dever de denúncia nem sequer exige que se identifiquem os sujeitos do crime, quanto mais os específicos contornos de uma qualquer versão criminal dos factos pressuposta pelos árbitros ou veiculada pela parte contrária.

Se é certo que a arbitragem não pode ser um espaço livre de Direito, também é certo que o problema não é resolúvel *de jure dato* por apelo a

---

pelos deveres em conflito. Salienta ainda que, de acordo com o art. 32.º, n.º 3, da Lei n.º 30/84, de 05 de Setembro (Lei-Quadro do Sistema de Informações da República Portuguesa), os funcionários obrigados pelo segredo de Estado, regulado nos arts. 32.º-A e 33.º daquela Lei, devem comunicar às entidades competentes para a investigação as informações e os elementos de prova respeitantes a factos indiciários da prática de crimes contra a segurança do Estado. Ainda que, nos termos do art. 32.º, n.º 4, do mesmo diploma o Primeiro-Ministro pode autorizar que seja retardada aquela comunicação pelo tempo estritamente necessário à salvaguarda da segurança interna ou externa do Estado.

(70) Assim, Paulo Pinto de Albuquerque, *Comentário do Código de Processo Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, Universidade Católica Editora, 4.ª ed. atualizada, 2018, p. 665. O autor defende ainda, a p. 391, que o funcionário não tem o dever de se escusar a depor, nos termos do art. 136.º do Código Processo Penal, sobre factos de que teve conhecimento no exercício das suas funções e tenham por si denunciados, já que se não se compreenderia que a lei impusesse ao funcionário o dever de denúncia de um crime de que teve conhecimento e concomitantemente lhe impusesse que se escusasse a depor sobre o mesmo crime.

uma interpretação, sem reflexo na lei penal substantiva, do dever de denúncia como um dever particularmente exigente quanto ao seu objeto, o que apenas poderia ser pertinente para a definição dos contornos de uma eventual realização típica do crime de difamação. Na verdade, somos da opinião de que o árbitro que denuncie crimes de que tenha tomado conhecimento no decurso do processo arbitral pode ser, além de civilmente responsável pela reparação dos danos causados com a divulgação(71), criminalmente responsável pela violação da confidencialidade ou do segredo, como se exporá de seguida.

4. O segredo criminalmente relevante

4.1. Em ordem a balizar a responsabilidade criminal dos árbitros denunciantes, cumpre apurar a relevância jurídico-criminal do sigilo a que os árbitros estão votados.

Como vimos, os árbitros em arbitragem privada e voluntária não são funcionários, exceto para efeitos dos crimes de tráfico de influência, recebimento indevido de vantagem e corrupção, nos termos do art. 386.º, n.º 3, do Código Penal, razão pela qual não poderiam ser agentes do crime de violação de segredo por funcionários do art. 383.º do Código Penal. Todavia, ainda que assim não fosse e se tomasse o árbitro em arbitragem privada voluntária como funcionário, uma análise mais detalhada daquela incriminação sempre quebraria a ilusão da sua aplicação, em benefício da aplicação do crime comum de violação de segredo do art. 195.º daquele diploma.

Primum, o bem jurídico protegido pelo tipo legal do art. 383.º do Código Penal é o interesse público na reserva do segredo da administração e a confiança na discrição geral de todos os organismos públicos no tratamento dos assuntos dos cidadãos e do Estado(72). Ora, os árbitros em arbitragem voluntária não fazem parte da Administração Pública em sentido orgânico. Os tribunais constituídos por árbitros são reconhecidos expressamente pela Constituição da República Portuguesa no seu art. 209.º, n.º 2,

---

(71) Devendo ter-se presente, no entanto, que, nos termos do art. 9.º, n.º 4, da Lei da Arbitragem Voluntária, os árbitros não podem ser responsabilizados por danos decorrentes das decisões por eles proferidas, salvo nos casos em que os magistrados judiciais o possam ser.

(72) Neste sentido, Helena Moniz, *Comentário Conimbricense do Código Penal* (Dirigido por Jorge de Figueiredo Dias), Tomo III (arts. 308.º a 386.º), Coimbra Editora, 2001, p. 785.

assumindo uma função jurisdicional. Porém, nem fazem parte da organização judiciária estadual nem pertencem à Administração, sendo que no exercício das suas funções não tomam conhecimento de segredos desta última.

Diferentemente, a violação de segredo do art. 195.º do Código Penal tem como bem jurídico típico a privacidade em sentido material, sendo o prestígio e a confiança em determinadas profissões e serviços, como interesses comunitários e institucionais, mediata ou reflexamente protegidos([73]). A privacidade é tutelada enquanto expressão da reserva de um segredo conhecido em razão do estado, ofício, emprego, profissão ou arte, podendo abranger segredos do mundo dos negócios([74]). A norma equivalente no ordenamento jurídico alemão — o § 203 (*Verletzung von Privatgeheimnissen*) — deixa outro tipo de dúvidas quanto à primazia do bem jurídico protegido, resultantes da metodologia de *numerus clausus* de profissões ou atividades escolhida pelo legislador federal e que sugere uma valoração maior da confiança e prestígio nas profissões ou atividades elencadas([75]). Todavia, em Portugal, ainda que seja a privacidade o objeto de tutela primordial, consubstanciado, no caso a que nos dedicamos, pelo segredo da existência e conteúdo da arbitragem para as partes, é evidente que, reflexa e mediatamente, está em causa a confiança na discrição, competência e capacidade dos árbitros([76]). Note-se, ainda, que a distinção entre

---

([73]) De acordo com Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 14 de novembro de 2012, no processo 238/12.8YRPRT, "[o] *segredo é, assim, um dever de determinados profissionais que, por virtude das funções ou dos serviços que prestam aos cidadãos, tomam conhecimento de factos relativos à esfera privada dos clientes ou utilizadores desses serviços, não se pretendendo, com a sua instituição, proteger direitos desses profissionais, mas, outrossim e fundamentalmente, direitos daqueles cidadãos*". Já em Acórdão do mesmo Tribunal, datado de 14 de dezembro de 2017, no processo 10355/17.2T9PRT-A.P1, se diz que "*o tipo do art. 195.º C Penal visa a tutela e protege, efectiva e directamente, mais que um interesse jurídico, todos eles, dignos da tutela da lei — ainda que algum deles se mostre dominante — no que se pode afirmar como um bem jurídico tutelado multifacetado*".

([74]) Sobre as várias conceções relativas à definição do bem jurídico do crime de violação de segredo e, fundamentando a eleição da privacidade como valor que preside àquela incriminação, cf., por todos, Manuel da Costa Andrade, *Comentário*…, p. 1119, ss.

([75]) E que, por isso, torna o grupo fechado de profissões alvo de dissensos na literatura alemã, além das várias modificações que com a evolução dos tempos vão sendo necessárias. Sobre o crime de violação de segredo na Alemanha, cf. Nikolaus Bosch, "Der Schutz vor Verletzung von Privatgeheimnissen durch § 203 StGB", *in JURA — Juristische Ausbildung*, 2013(8), p. 780, ss.

([76]) A validade da confiança como bem jurídico autónomo é um tema discutido na dogmática jurídico-penal. Não a admitindo, argumentando ser apenas um estado de consciência caracterizado pela ausência de um conteúdo específico que é a desconfiança, cf. Knut Amelung, "El concepto de «bien jurídico» en la teoria de la protección penal de bienes jurídicos", *in La Teoría del Bien Jurídico. ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?*, Marcial Pons, Madrid, 2016, p. 243. Entre nós, Nuno Brandão, "Bens Jurídicos Colectivos e Intervenção Penal

privacidade e confidencialidade discutida pela doutrina que se dedica aos temas de arbitragem não pode ser oposta à definição de privacidade como bem jurídico da violação de segredo: a privacidade do Direito Penal abrange o que em arbitragem se chama de confidencialidade.

O problema da denúncia obrigatória por parte dos árbitros de matéria criminal da qual tomaram conhecimento no exercício das suas funções em arbitragem, releva principalmente em razão princípio da publicidade vigente no Direito Processual Penal português, consagrado no art. 86.º, n.º 1, do Código de Processo Penal. O processo penal é assunto da comunidade jurídica e, como tal, a publicidade garante o controlo e a confiança nos valores da independência, imparcialidade e igualdade da administração da justiça penal. Mas esta imposição de publicidade colide invariavelmente com a esperada confidencialidade que as partes pretenderam com o recurso à arbitragem. Mesmo que, nos termos do art. 86.º, n.º 2, do Código de Processo Penal, o juiz de instrução determine a sujeição do processo, durante a fase de inquérito, a segredo de justiça, por entender que a publicidade prejudica os direitos daqueles sujeitos ou participantes processuais, não é suficiente para que as partes consigam preservar os interesses que as levaram a optar *ab initio* pela arbitragem como meio de resolução do conflito. Não só pela tendencial publicidade da eventual audiência de julgamento, mas também pela constatação sociológica da evidente travessia pelo deserto que o segredo de justiça há muito se encontra a percorrer.

Secundum, considerando o bem jurídico protegido, será punível a violação de segredo por funcionário quando o agente revele uma informação relativa a um privado, de que tenha tomado conhecimento no exercício das suas funções, ainda que tal pessoa tenha dado o consentimento para a sua propalação([77]). Assim, o bem jurídico protegido pelo art. 383.º do Código Penal não se encontra na disponibilidade da pessoa a quem o segredo diz respeito, sendo que é a confiança da sociedade no funcionamento leal e legal de toda a Administração que resulta lesada. Isto, mesmo que o número 3 do art. 383.º do Código Penal faça depender o procedimento criminal de queixa do ofendido, uma vez que também permite que o procedimento se inicie com o impulso da entidade que superintender no respetivo serviço, independentemente da queixa do ofendido. Ou seja: o art. 383.º não é mera agrava-

---

Cumulativa", *in Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, ano 25, n.os 1 a 4, Janeiro-Dezembro, 2015, p. 27, ss. entende que uma intervenção penal que desconsiderasse o elemento fundamental da confiança nos bens jurídicos criadores de espaços de liberdade para os indivíduos seria seguramente lacunosa, devendo ter-se como um elemento constitutivo do próprio bem jurídico.

([77]) Assim, Helena Moniz, *Comentário*…, p. 785.

ção ou qualificação do art. 195.º do Código Penal. Estatui uma punição mais severa, é certo, mas tem uma função de tutela de um bem jurídico distinto.

Tertium, e em complemento dos dois primeiros argumentos, o tipo subjetivo do art. 383.º do Código Penal é mais exigente do que o do seu art. 195.º. Aquele requer um elemento subjetivo especial do tipo, na forma de uma intenção de obter, para o funcionário ou para outra pessoa, benefício ou a consciência de causar prejuízo ao interesse público ou a terceiros. A violação de segredo do art. 195.º, com um tipo subjetivo mais amplo, basta-se com o dolo geral do tipo. A exigência daquele elemento subjetivo adicional faz com que o simples conhecimento e a vontade de revelação do segredo não bastem para punir o funcionário, a não ser pela norma do art. 195.º do Código Penal. E também não nos parece que, na esmagadora maioria dos casos em que o árbitro cumprisse o dever de denúncia obrigatória do art. 242.º do Código de Processo Penal, se pudesse afirmar que aquele quisesse obter um benefício conexo com a revelação do segredo ou pensasse estar a prejudicar o interesse público.

Em face do exposto, a tipicidade da denúncia por parte do árbitro de factos com relevância criminal de que tenha tido conhecimento no exercício e por causa das suas funções arbitrais, apenas poderá afirmar-se tendo por referente normativo o art. 195.º do Código Penal. Razão pela qual não é de somenos importância a análise do tipo geral de violação de segredo e dos seus elementos e a procura por um critério que permita afirmar ou negar, em abstrato, a responsabilização criminal do árbitro denunciante.

4.2. Em conformidade, importa começar por questionar se o dever de confidencialidade dos árbitros equivale, no plano jurídico-criminal, a uma reserva de segredo quanto à existência e ao conteúdo da arbitragem. Segredo, da perspetiva do Direito Penal — e para efeitos da conduta típica do crime de violação de segredo —, significa uma informação (ou conjunto de informações) "*apenas conhecido de um círculo determinado (e, em princípio, restrito) de pessoas e em relação ao qual aquele a cuja esfera pertence tem a vontade, assente num interesse razoável e digno de tutela de que ele continue apenas conhecido daquele círculo ou (para além do círculo) de quem ele decidir*"([78]). Com esta definição, nada parece impedir que a confidencialidade a que os árbitros estão obrigados, quer por convenção expressa que por lei, nele se insira. Vejamos.

([78]) A definição é de Manuel da Costa Andrade, que, no entanto, no lugar de uma "*informação*" prefere a palavra "*facto*", ainda que dando nota da preferência de alguns autores pela "*informação*". Cf. Manuel da Costa Andrade, *Comentário*…, p. 1126, ss.

O conceito de segredo deve interpretar-se restritivamente, dele excluindo as informações não-verdadeiras. Ainda que o tipo legal do crime não contenha expressamente a palavra "*factos*" (como, por exemplo, o crime de burla, como objeto do engano), a privacidade em sentido material afasta a relevância jurídico-penal das informações não verdadeiras. Porém, deve ter-se presente que a identificação da verdade de uma informação ou de um facto em absoluto é (ainda) inalcançável para o intérprete que deve ter sempre em conta (*i*) a relação existente entre a informação, o titular do segredo e o contexto espácio-temporal da interação e (*ii*) a objetividade da informação e suscetibilidade de prova([79]). Esta última característica, de pendor mais prático-empírico do que metafísico, parece-nos de capital importância para interromper qualquer pretensão de busca cartesiana, em favor de uma aceitação da verdade em termos relativos e mais alinhados com Nietzsche.

Faltando uma referência a factos, o tipo objetivo de violação de segredo possibilita, contudo, a inclusão dos juízos de valor e os prognósticos na tutela da privacidade do art. 195.º do Código Penal. No que aos juízos de valor diz respeito, estes não são nem verdadeiros nem falsos na medida em que traduzem uma tomada de posição do emitente. Ainda que insuscetíveis de demonstração empírica, podem assumir um relevo jurídico-penal a partir da vontade conhecida ou cognoscível do titular. Já quanto aos prognósticos, nenhuma razão se vê para que sejam afastados do tipo apenas pelo motivo de as informações a coberto do segredo poderem dizer respeito a eventos futuros. Estas estarão a coberto do segredo — na linha do que se avançou imediatamente antes — quer se trate de informação atual e verdadeira de uma pretensão futura quer sejam um juízo de valor criminalmente relevante acerca da verificação de uma situação vindoura. Desde que as informações digam respeito à esfera privada de uma pessoa, física ou coletiva, conhecidas de um número objetivamente controlável de pessoas e que seja conhecida do agente ou cognoscível a vontade do titular do segredo de as manter sob reserva([80]), nada obsta à sua inclusão no âmbito da ação típica.

([79]) Em sentido próximo, *mutatis mutandis* em razão de ter como escopo a interpretação do crime de burla, e na linha da doutrina alemã sobre a normativização do erro, cf. Tiago da Costa Andrade, *O Crime de Burla: Bem Jurídico e Imputação Objectiva*, Almedina, 2019, p. 116.

([80]) O interesse legítimo ou razoável do titular na definição do segredo deve, em nossa opinião, juntar-se ao conhecimento ou cognoscibilidade por parte do agente da vontade de reserva do titular do segredo, atuando como como limitadores do arbítrio deste último. O que, bem vistas as coisas, contribuirá para a limitação da subjetividade da intervenção penal a título de violação do segredo, com o objetivo de evitar abusos arreigados numa interpretação que desconsidere a determinabilidade como

Seja qual for a posição adotada quanto aos contornos do segredo penalmente relevante, dificilmente se poderá justificar a exclusão daquilo que é abrangido pelo dever de confidencialidade dos árbitros. Como vimos, o âmbito objetivo do dever de confidencialidade dos árbitros incide sobre um conjunto de informações extremamente sensíveis para as partes e que estas não abdicam de manter em segredo, razão pela qual se decidiram por uma cláusula compromissória a incluir no(s) contrato(s). Desde logo, a existência da própria arbitragem é um dado que as partes podem querer — e normalmente querem — manter sigiloso. Também as informações obtidas no curso do processo, os documentos trazidos para os autos e a restante prova produzida são elementos que, sem dúvida, devem incluir-se no segredo. Por fim, a confidencialidade abrange ainda, na grande maioria dos casos, a própria decisão arbitral que nada impede que esteja também protegida pelo âmbito de tutela da incriminação. Todos estes elementos traduzem informações desconhecidas do exterior do círculo fechado da arbitragem e que, segundo a vontade expressa ou presumida das pessoas a quem respeitam, devem manter-se sob reserva.

4.3. Se nenhuma dúvida parece haver quanto à circunstância de o conteúdo do processo arbitral ser um segredo alheio das partes, também nos parece poder afirmar-se que tal segredo é obtido no exercício da atividade profissional dos árbitros. O art. 195.º do Código Penal exige que o segredo chegue ao conhecimento do agente "*em razão do seu estado, ofício, emprego, profissão ou arte*". A violação do segredo profissional pode ser de todas as constelações típicas a mais frequente, mas não significa que seja a única, aliás, como a própria norma indica. Não parece que se possa afirmar categoricamente que a arbitragem é uma profissão em sentido próprio. Na verdade, a Lei da Arbitragem Voluntária apenas impõe que os árbitros devem ser pessoas singulares e plenamente capazes([81]). Mas, independentemente da noção sociológica de profissão — se exige a obediência a determinados padrões éticos e deontológicos, se exige a inscrição numa ordem profissional ou se se basta com a contraprestação de uma remuneração —, inegável nos parece que a função de juiz-árbitro sempre será, no mínimo, um ofício com competências próprias, requisitos de experiência, reputação e *expertise*.

---

imposição do princípio da legalidade criminal. Ainda que a hipótese de que nos ocupamos não nos suscite qualquer tipo de reserva em face destas premissas, por nos parecer absolutamente legítimo o interesse na reserva do conteúdo da arbitragem e a natural vontade das partes em manter tal conteúdo restrito.

([81]) Cf. art. 9.º, n.º 1, da Lei da Arbitragem Voluntária.

Em primeiro lugar, lembre-se que o bem jurídico protegido pelo crime de violação de segredo é a privacidade em sentido material e que os interesses comunitários e institucionais, se bem que inegavelmente associados àquela, apenas assumem o estatuto de interesses reflexamente protegidos, não se exigindo que a arbitragem seja uma profissão em sentido estrito. Em segundo lugar, porque a razão de ser daquele elemento do tipo se identifica com a exclusão dos conhecimentos que o agente adquire na sua vida privada e dos segredos de terceiros com quem não tem uma relação em virtude de um seu trabalho. Em terceiro lugar, porque a relevância típica do segredo não se liga a uma relação de confiança entre o titular do segredo e o profissional obrigado, que limitaria a obrigação de segredo do profissional à relação de confiança e denegaria a tutela penal aos segredos decorrentes da prestação de serviços por profissional não livremente escolhido, pressupondo sempre uma existência de uma ordem profissional a assegurar o cumprimento dessa relação de confiança([82]). Em quarto lugar, porque, contrariamente às incriminações correspondentes dos ordenamentos jurídicos alemão e suíço, por exemplo, o legislador penal português, como já havíamos assinalado, não preferiu a legística de *numerus clausus*, abrindo as portas a todas as atividades em que deva imperar o sigilo.

Assim, ainda que não exista uma ordem profissional para os árbitros, facto é que os árbitros são pessoas com altos níveis de formação académica, sujeitos a códigos deontológicos ou regras de ética, especialmente quando participam em arbitragens institucionalizadas, e em relação aos quais as pessoas, no exercício da sua atividade, desguarnecem a sua privacidade e os seus segredos de negócio. No fundo, o dever de sigilo dos árbitros é um *cocktail* resultante da mistura de uma pitada de segredo profissional, um aroma de segredo de justiça e uma grande dose de confidencialidade imposta pelas partes e — em certos casos, como o português — pela lei([83]).

([82]) Cf. Manuel da Costa Andrade, *Comentário*…, p. 1130, ss.

([83]) Ainda que muitos árbitros não sejam também advogados, observa-se com frequência na prática jurídica situações em que árbitros são simultaneamente advogado. A Lei da Arbitragem Voluntária não impede a cumulação das funções de árbitro e advogado em abstrato, limitando-se a dispor, no art. 9.º, n.º 3, que os árbitros devem ser independentes e imparciais, pelo que o exercício da função de árbitro depende de um reconhecimento e declaração de independência que preserve a sua incompatibilidade com o exercício da advocacia. Já do lado dos advogados, a função de árbitro em centros de arbitragem foi declarada como compatível com o exercício da advocacia, pelo Parecer do Conselho Geral da Ordem dos Avogados n.º E-11/97, de 19 de Fevereiro de 1997, entendimento que se mantém vigente em face da versão atualizada do Estatuto da Ordem dos Advogados, aprovado pela Lei n.º 145/2015, de 9 de Setembro. Todavia, não se pode pretender que o dever de segredo profissional de advogado se funda com o dever de sigilo de árbitro ou que o de âmbito funcional maior consuma o de âmbito menor. O dever de sigilo "ativo" deve ser aquele que corresponde ao papel que o profissional desem-

Face ao exposto, pode concluir-se que a confidencialidade a que estão adstritos os árbitros goza de relevância e tutela jurídico-criminais, sendo a sua violação penalmente sancionada nos termos do art. 195.º do Código Penal.

5. O dever de denúncia e a justificação da violação do segredo

5.1. De acordo com o entendimento que deixámos exposto, é patente — em abstrato — a tipicidade da conduta do árbitro que denuncia às autoridades judiciárias a existência de factos de que tomou conhecimento no exercício e por causa das suas funções com potencial relevância criminal. A ausência de consentimento do titular do segredo para a revelação é um elemento do tipo, considerando-se, por conseguinte, este consentimento, *rectius* este acordo, como causa de negação da tipicidade(84). Apenas existe violação de sigilo relativamente ao segredo cujo portador não deu o seu acordo na revelação pelo árbitro, podendo, ainda assim e em certos casos, haver consentimento na revelação(85). Contudo, o problema de que cuidamos não coloca significativos problemas em termos de acordo ou consentimento, antes devendo ser solucionado no contexto da exclusão da ilicitude.

---

penha no momento em que adquiriu as informações que compõem o segredo, sendo que as obrigações de reserva que sobre ele recaem têm o alcance apenas e só do dever em causa.

(84) Cf., no que concerne ao crime de violação de segredo, Manuel da Costa Andrade, *Comentário*…, p. 1146. Sobre a distinção entre consentimento e acordo, na dogmática jurídico-penal em geral, cf. Manuel da Costa Andrade, *Consentimento e Acordo em Direito Penal*, Coimbra Editoria, 2004, p. 516, ss.

(85) Segundo cremos, na hipótese que em que o árbitro se depara com factos de potencial relevância criminal e os denuncia, não é dado o consentimento pelo titular do segredo. Todavia, aqueles factos, na esmagadora maioria das vezes, terão chegado ao conhecimento do árbitro através do impulso processual de uma das partes que alega que a contraparte praticou determinado crime, normalmente por forma a impugnar a pretensão contrária. Por exemplo, A alega que B não pagou a totalidade dos serviços contratados numa relação duradoura, dando origem ao processo arbitral, mas B contesta, afirmando que os serviços não foram pagos porque, na sua origem, estariam práticas de corrupção que fizeram A ganhar o concurso. A parte acusada não dá o consentimento para ser denunciada como possível agente de corrupção. O que pode suceder é que a estratégia processual da parte acusadora passe por fazer com que o árbitro, em face do dever de denúncia obrigatória que sobre si recai, faça a denúncia a partir dos elementos por aquela trazidos e, por isso, dissemine o segredo da arbitragem. Neste cenário, inexiste o consentimento da parte acusada, mas pode haver acordo presumido da parte acusadora, cujo "*étimo de legitimação material-axiológica radica na* vontade hipotética *do titular do segredo e não no que se possa considerar o seu* melhor interesse". Sobre este último sentido de acordo presumido, Manuel da Costa Andrade, *Comentário*…, p. 1152.

Começando pela justificação relacionada com a existência de uma imposição legal, ela é enunciada pelo Código Penal no seu art. 31.º, n.º 2, alínea *c*), mas sobretudo desenvolvida no seu art. 36.º, n.º 1, sob a lógica do conflito de deveres. De acordo com aquela primeira norma, não é ilícito o facto praticado "[n]*o cumprimento de um dever imposto por lei*". E, nos termos do art. 36.º do Código Penal, "[n]*ão é ilícito o facto de quem, em caso de conflito no cumprimento de deveres jurídicos ou de ordens legítimas da autoridade, satisfizer dever ou ordem de valor igual ou superior ao do dever ou ordem que sacrificar*".

Efetivamente, a doutrina que se tem dedicado aos temas da arbitragem, nomeadamente ao problema do âmbito funcional do dever de confidencialidade dos árbitros, revela a existência de uma tendência internacional de assumir a regra da confidencialidade como uma espécie de princípio normativo transpositivo, ainda que comportando exceções(86). De acordo com o relatório da International Law Association sobre confidencialidade na arbitragem comercial internacional, "[r]*easonable exceptions to an obligation of confidentiality may include:* (*a*) *prosecuting or defending the arbitration or proceedings related to it (including enforcement or annulment proceedings), or pursuing a legal right;* (*b*) *responding to a legitimate subpoena, governmental request for information or other compulsory process;* (*c*) ***making a disclosure required by law*** *or rules of a securities exchange; or* (*d*) *seeking a legal, accounting or other professional services, or satisfying information requests of potential acquirers, investors or lenders, provided that in each case that the recipient agrees in advance to preserve the confidentiality of the information provided*"(87).

Porém, como vimos já, o árbitro não é um funcionário para efeitos de denúncia obrigatória do art. 242.º do Código de Processo Penal. E, vimo-lo já também, a denúncia obrigatória não deveria ser abrangida por aquelas "*disclosures required by law*" que tendencialmente têm que ver com a defesa de direitos e o cumprimento de decisões judiciais. Mas mesmo que assim não fosse, o dever de denúncia não justificaria a violação do segredo sem mais.

---

(86) Assim, muito claramente, *e. g.*, nas normas dos arts. 39.º das Regras do Centro de Arbitragem Internacional de Singapura, o art. 18.º da Ordenação de Arbitragem de Hong Kong, 14.º do Regulamento de Arbitragem da Câmara de Comércio Brasil-Candá e dos arts. 30.º das Regras de Arbitragem da Corte de Arbitragem Internacional de Londres e 75.º das Regras de Arbitragem da Organização Mundial de Propriedade Intelectual. Na doutrina, José António Fichtner/Sergio Nelson Mannheimer/André Luís Monteiro, "A confidencialidade na arbitragem…", p. 236.

(87) *Apud* José António Fichtner/Sergio Nelson Mannheimer/André Luís Monteiro, "A confidencialidade na arbitragem…", p. 271 (destaque nosso).

5.2. Não raras vezes se discute a exceção ao dever de confidencialidade com base no interesse público que se imporia sobre os interesses privados das partes([88]) ou, numa formulação mais específica — sublinhada no célebre caso *John Forster Emmott v. Michael Wilson & Partners Limited*, decidido pelo *English Court of Appeal*, em 2008([89]) —, na premência de interesses da justiça([90]). Porém, muitas vezes também a imposição do dever de denúncia assume a forma de lei imperativa, congregando os interesses públicos ou de justiça assumidos pelo legislador que, por sua vez, os institui sob a forma de lei. Assim sendo, pelo menos no plano jusprivatístico, o dever legal de denúncia sobrepor-se-ia com naturalidade ao dever de sigilo.

Todavia, ainda que a solução do Direito Privado pudesse ter o desígnio de excluir a ilicitude da violação do dever de confidencialidade criminalmente tutelado, é insuficiente, do ponto de vista jurídico-penal, depor as armas da dogmática, qual Vercingétorix, quando em causa está a tutela da privacidade.

Nos termos do art. 36.º, n.º 1, do Código Penal, a situação de conflito de deveres apenas excluirá a ilicitude da conduta do agente se este optar por cumprir, (*i*) num caso de conflito de deveres de igual valor, qualquer um dos deveres, ou (*ii*), num caso de conflito de deveres de diferente valor, o dever de maior valia. Ora, para quem defenda que o conflito de deveres é causa de justificação apenas se ambos os deveres forem de ação, então o tema de que aqui tratamos nem sequer se qualifica como um problema de conflito de deveres, uma vez que o dever de denúncia é um dever de ação e o dever de reserva é um dever de omissão, que prevalece sempre sobre os deveres de ação em linha com o dever geral de não ingerência em bens jurídicos alheios([91]). Mas, mesmo para quem sustenta que o conflito de

---

([88]) Marlon Meza-Salas, *Confidentiality in International Commercial Arbitration: Truth or Fiction?*, Kluwer Arbitration Blog, 2018, disponível em <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2018/09/23/confidentiality-in-international-commercial-arbitration-truth-or-fiction/>.

([89]) John Forster Emmott v. Michael Wilson & Partners Limited [2008] EWCA Civ 184, disponível em <https://www.trans-lex.org/301850/_/john-forster-emmott-v-michael-wilson-partners%C2%A0limited-%5B2008%5D-ewca-civ-184/>.

([90]) Entendeu Lawrence Collins L.J.: "*In my judgment the content of the obligation may depend on the context in which it arises and on the nature of the information or documents at issue. The limits of that obligation are still in the process of development on a case-by-case basis. On the authorities as they now stand, the principal cases in which disclosure will be permissible are these: the first is where there is consent, express or implied; second, where there is an order, or leave of the court (but that does not mean that the court has a general discretion to lift the obligation of confidentiality); third, where it is reasonably necessary for the protection of the legitimate interests of an arbitrating party; fourth, where the interests of justice require disclosure, and also (perhaps) where the public interest requires disclosure*".

([91]) Assim, Jorge de Figueiredo Dias, *Direito Penal*…, p. 548, com indicação bibliográfica de doutrina concordante e discordante.

interesses como causa de justificação admite a ponderação entre um dever de ação e um dever de omissão, não é exato considerar que o dever de denúncia se sobreponha ao dever de reserva, nem sequer que estes se configurem como deveres de igual intensidade.

Ora, no plano da justificação por imposição legal de denúncia obrigatória, a doutrina especializada tem entendido que o dever de denúncia não prevalece sem mais sobre o dever de segredo. Isto porque se subverteria a prevalência de princípio do dever de segredo sobre os interesses da justiça penal na sua vertente meramente repressiva, onde tal denúncia já não vai evitar a prática do crime, contrariamente ao que sucederia se a violação de segredo atuasse preventivamente em relação a um crime projetado ou anunciado pelo portador do segredo([92]). Concordamos com essa ideia. Seria absolutamente desproporcional que o dever legal de denúncia justificasse sem mais a violação do dever de sigilo.

Assim, não sendo o árbitro sujeito do dever legal de denúncia e, mesmo que o fosse, não sendo tal dever suficiente para legitimar a quebra do sigilo ao abrigo de um constrangimento classificável como conflito de deveres, resta saber se tal violação pode ser justificada nos termos gerais do direito de necessidade. Sendo certo que a justificação a esse título deve obedecer aos requisitos do art. 34.º do Código Penal, tendo, por isso, a revelação do segredo de se assumir como o meio adequado e necessário para afastar um perigo atual que ameaça interesses sensivelmente superiores no contexto de uma busca pelo interesse preponderante.

A propósito do conflito entre o sigilo e os valores da administração da justiça penal, a doutrina especializada apresenta três enunciados de princípio estabilizados: (*i*) a revelação de um segredo é lícita quando for necessária para evitar a condenação penal de um inocente, (*ii*) os valores ou interesses encabeçados pelo processo penal, de identificação e perseguição dos agentes e repressão de crimes passados, como a eficácia da justiça penal, não justificam, só por si, a revelação do segredo (*iii*) e em relação aos crimes futuros projetados pelo portador do segredo, o conflito entre o dever de colaboração com a justiça e o dever de sigilo deve solucionar-se nos termos gerais da ponderação de interesses([93]). Interessa-nos substancialmente, nesta sede, o segundo e o terceiro dos entendimentos de princí-

---

([92]) Assim, Manuel da Costa Andrade, *Comentário*…, pp. 1153 e 1164, rejeitando também a ideia de que interesses repressivos servidos pelo processo penal valham como interesses legítimos suscetíveis de, por si só, justificar a violação de segredo. Genericamente contra, Paulo Pinto de Albuquerque, *Comentário do Código Penal*…, p. 770.

([93]) Manuel da Costa Andrade, *Comentário*…, p. 1161, ss.

pio enunciados. De acordo com Manuel da Costa Andrade, "*o dever de segredo prevalece sobre o dever de* denúncia *obrigatória (art. 242.º do CPP). Só deverão admitir-se excepções ao princípio nos casos extremados dos crimes mais graves que ponham em causa a paz jurídica ou haja perigo de novas infrações*"(94). Destarte, na definição do justo equilíbrio de interesses entre a preservação do segredo e a administração da justiça penal repressiva, há algumas interrogações a que cumpre dar resposta. A primeira diz respeito à gravidade dos crimes como elemento justificador, tomando como plano de análise o processo de arbitragem. A segunda prende-se com a indagação da efetiva necessidade do cumprimento do dever de denúncia em ordem à eficácia da administração da justiça penal.

6. A criminalidade económico-financeira e o *Zeitgeist* político-criminal contemporâneo

6.1. Quando Manuel da Costa Andrade enunciou, no *Comentário Conimbricense do Código Penal*, o entendimento de princípio *supra* exposto, relativamente aos casos extremados dos crimes mais graves que pudessem perigar a paz jurídica ou que fizessem recear a prática de novas infrações, o autor não desenvolveu em pormenor tal hipótese particular que poderia dar prevalência ao dever de denúncia(95). Necessário é, portanto, perceber se, efetivamente, o *white-collar/business crime* ou a criminalidade económico-financeira, incluindo os fenómenos da corrupção e do branqueamento de capitais, como uma das manifestações daquelas categorias congregadoras de contributos da criminologia e da dogmática penal(96), assumem os contornos dos crimes mais graves que pudessem perigar a paz jurídica ou que acarretam o receio generalizado da prática de novas infrações.

Desde logo, um crime caracterizado pelo receio generalizado da prática de novas infrações é difícil de precisar em abstrato. Especialmente

---

(94) Manuel da Costa Andrade, *Comentário*…, p. 1162.

(95) Manuel da Costa Andrade, *Comentário*…, p. 1161, apenas indica o caso paradigmático da criança ou idoso internado em estabelecimento em que é vítima de repetidos abusos e maus tratos e o regime específico dos profissionais investidos no estatuto processual de testemunhas e constante do art. 135.º do Código de Processo Penal.

(96) Não sendo, portanto, inteiramente coincidentes os resultados conceptuais obtidos quer se parta de uma perspetiva criminológica quer se escolha um ponto de partida dogmático. Assim, sobre a criminalidade económico-financeira, Susana Aires de Sousa, "Ações encobertas (e outras figuras próximas) na investigação da criminalidade económico-financeira", *in Julgar*, n.º 38, Maio-Agosto, 2019, p. 35.

porque aquela nota característica se liga em grande medida ao tipo de agente e à dimensão da culpa, dificilmente consideráveis sem nos deparar-mos com uma situação e com o agente concretos. Como tal, não é possível prognosticar que crime económico-financeiro é passível de traduzir uma tendência certa de repetição no tempo.

Seja como for, desde a entrada em cena de Edwin Sutherland na História da Criminologia, na conferência anual da Sociedade Americana de Sociologia, de 1939, munido do inovador estudo intitulado "*White-Collar Criminality*", que este tipo de criminalidade não largou mais os holofotes da Sociologia, da Criminologia e do Direito Penal(97). Sem a pretensão de cuidar de todas as dimensões do crime de colarinho branco, não podemos deixar de destacar uma das conclusões mais sedimentadas nas ciências jurídico-criminais a propósito do tema: o equívoco da menor danosidade do *white-collar crime* face à restante criminalidade encontra-se decididamente ultrapassado.

O crime de colarinho branco tem como traço caracterizador a difusão da vitimização. Muitas vezes, as próprias vítimas não se apercebem da sua qualidade de vítimas de um crime. Isto acontece porque, usualmente, aquelas infrações se prolongam no tempo e ocorrem maioritariamente num âmbito espacial vasto, atingindo inúmeras pessoas, ainda que os danos provocados sejam individualmente sentidos com relativa ligeireza. A "fatura" acaba sempre por chegar mais tarde e sob a forma de políticas públicas de compensação que o Estado impõe aos cidadãos. Assim — e contando com a crescente consciencialização do público sobre o fenómeno da criminalidade de colarinho branco —, a comunidade tem concluído que o custo financeiro do *white-collar crime* é, provavelmente, muitas vezes maior do que o custo financeiro de todos os crimes comuns(98). E que, além das consequências financeiras, a danosidade social do crime de colarinho branco é mais elevada do que as efetivas perdas pecuniárias por ele provocadas, atingindo as partes normalmente mais

---

(97) Na linha de Edwin Sutherland, "White-Collar…", pp. 2-3, e do seu inovador estudo criminológico publicado na década de 40 do séc. XX, "[w]*hite-collar crime in business is expressed most frequently in the form of misrepresentation in financial statements of corporations, manipulation of stock exchange, commercial bribery, bribery of public officials directly or indirectly in order to secure favorable contracts and legislation, misrepresentation in advertising and salesmanship, embezzlement and misapplication of funds, short weights and measures and misgrading of commodities, tax frauds, misapplication of funds in receiverships and bankruptcies. These are what Al Capone called «the legitimate rackets»*".

(98) Assim, Edwin Sutherland, *apud* Cláudia Cruz Santos, "O Crime Ambiental: crime organizacional ou crime organizado?", *in Revista do Centro de Estudos de Direito do Ordenamento, do Urbanismo e do Ambiente*, 2/3, 2000, p. 81.

fracas, como os contribuintes, consumidores, investidores, acionistas e os cidadãos em geral(99).

6.2. A propósito da criminalidade económico-financeira, a maioria dos estudos sobre Direito da Arbitragem tem-se centrado no problema da corrupção. Na verdade, não há dúvida de que a corrupção é exemplo — frequentemente destacado — da especial gravidade da criminalidade de colarinho branco. Basta ler as muito avisadas considerações, ao nível supranacional, de Kofi Annan(100) e, entre nós, de Cláudia Cruz Santos, sobre as consequências sistémicas associadas à corrupção(101). Numa perspetiva tributária, o fenómeno da corrupção reduz drasticamente a receita efetivamente cobrada, além de criar noutros contribuintes a decisão de fuga ao Fisco por razões de competitividade, obrigando os governos a obter financiamento por outros meios (por exemplo, endividando-se com empréstimos). Numa ótica de governação, os agentes públicos "esquecem" o interesse público e a meritocracia, enquanto atraem negócios de valia mais duvidosa quando comparados com o pujante empreendedorismo dos empresários íntegros. Quanto ao funcionamento da economia de mercado, o vírus da corrupção infecta qualquer pretensão de salutar concorrência, razão pela qual muitos advogam a favor da criminalização da corrupção no sector privado. Até a própria segurança física dos cidadãos e a ordem pública podem ser reflexamente postas em causa pela corrupção, através da proliferação de manifestações populares menos pacíficas e tumultos pelas ruas das cidades precipitados por notícias de corrupção no seio das elites políticas (lembrem-se os *gilets jaunes*). No fundo, a corrupção mina a democracia e o Estado de Direito, provocando violações de

---

(99) Já Edwin Sutherland, "White-Collar Criminality", *in American Sociological Review*, Vol. 5, February 1940, Number 1, pp. 5 e 9, escrevia que as perdas financeiras derivadas dos crimes de colarinho branco, por maiores que sejam, são menos importantes do que o dano causado às relações sociais. Para o autor, aqueles crimes são uma violação da confiança e, portanto, criam uma desconfiança que afecta a moral social e que produz uma desorganização social de elevada escala. E o trabalho desenvolvido posteriormente a Edwin Sutherland, deixa poucas dúvidas de que a maioria dos crimes mais graves e que causaram maiores perdas materiais e humanas são cometidas antes pelos ricos do que pelos pobres, como indica John Braithwaite, "Poverty, Power, White-Collar Crime and the Paradoxes of Criminological Theory", *in Australian and New Zealand Journal of Criminology*, 1991, 24, p. 40.

(100) No discurso, de 31 de Outubro de 2003, por ocasião da adoção da Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção.

(101) Cláudia Cruz Santos, "Considerações Introdutórias (ou algumas Reflexões Suscitadas pela «Expansão» das Normas Penais sobre Corrupção)", *in* Cláudia Cruz Santos/Claudio Bidino/Débora Thaís de Melo, *A Corrupção*: *Reflexões (a Partir da Lei, da Doutrina e da Jurisprudência) sobre o seu Regime Jurídico-Criminal em Expansão no Brasil e em Portugal*, Coimbra Editora, 2009, p. 16, ss.

direitos humanos e a deterioração da qualidade de vida — particularmente nos países em desenvolvimento —, distorcendo o mercado e abrindo espaço para outras tendências criminógenas crescerem.

Ainda assim, na senda de Cláudia Cruz Santos, por muitas consequências reflexas que possam apontar-se à tradicional corrupção — de funcionários públicos e de titulares de cargos políticos —, na perspetiva do Direito Penal, aquela fará sempre parte de um fenómeno de criminalidade contra os interesses do Estado como organização política(102). Aos quais se juntam outros crimes que compõem o arco de proteção da legalidade da atuação pública, como o tráfico de influência ou o financiamento ilegal de partidos políticos(103). Mesmo a proibição da corrupção no sector privado visa, pelo menos nalguns dos modelos atuais (*e.g.* Alemanha, Áustria e Suíça), uma proteção reflexa de interesses dos Estados contemporâneos, como a concorrência ou o justo comércio transfronteiriço de bens e serviços(104).

É hoje, pois, inegável que a corrupção é um crime que assombra a paz jurídica comunitária. Sendo vista como uma das mais graves formas de criminalidade, considerando as consequências desigualitárias que provoca ao moldar o interesse público de acordo com os desejos dos corrupto-

---

(102) Não fazem parte do âmbito deste estudo a panóplia de considerações acerca do bem jurídico típico tutelado pelos vários tipos de crime que cobrem o fenómeno da corrupção. E que muito relevam na hora de determinar quais são verdadeiramente os contornos da ação típica de um crime de corrupção, com influência decisiva no situar das margens de punibilidade. Sobre isto, cf. Cláudia Cruz Santos, "Considerações…", p. 30, ss.; e António Manuel Almeida Costa, *Comentário Conimbricense do Código Penal* (Dirigido por Jorge de Figueiredo Dias), Tomo III (arts. 308.º a 386.º), Coimbra Editora, 2001, p. 661, ss.

(103) Sobre a necessária inclusão destes delitos no debate sobre a eficácia da luta contra a corrupção, cf. Adán Nieto Martín, "La lucha contra la corrupción en la Constitución Europea", *in Fraude y Corrupción en el Derecho penal económico europeo. Eurodelitos de corrupción y fraude* (Coord. Luis Arroyo Zapater/Adán Nieto Martín), Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, 2006, pp. 87-88.

(104) No modelo alemão e austríaco, embora se reconheça a existência de interesses patrimoniais secundários a tutelar indiretamente, o bem jurídico primário é somente a concorrência leal, sendo indispensável que haja uma atuação ordenada a distorcer a concorrência. No modelo suíço, ainda que se compreenda a infração como crime contra a concorrência, exige-se a uma conduta do trabalhador contrária ao dever exigido no cumprimento das suas funções ou do negócio. Por outro lado, em Portugal, os tipos previstos na Lei 20/2008, de 21 de Abril, são autênticos delitos de violação de deveres funcionais, ainda que prevendo como circunstância agravante a idoneidade das condutas idóneas a causar uma lesão na concorrência ou um prejuízo patrimonial. Para Claudio Bidino, "O problema específico da corrupção no setor privado (no Brasil e em Portugal)", *in* Cláudia Cruz Santos/Claudio Bidino/Débora Thaís de Melo, *A Corrupção: Reflexões (a Partir da Lei, da Doutrina e da Jurisprudência) sobre o seu Regime Jurídico-Criminal em Expansão no Brasil e em Portugal,* Coimbra Editora, 2009, p. 217, ss., a incriminação portuguesa é de duvidosa legitimidade na medida em que tutela um bem jurídico com insuficiente dignidade penal, devendo o tipo ter sido construído assumindo a lealdade da concorrência como bem jurídico típico.

res([105]). O que tem motivado a pressão contínua das instâncias supranacionais sobre a legislação dos Estados em matéria de corrupção, no sentido de a harmonizar e de tornar a prevenção do fenómeno mais eficaz. Como indica o preâmbulo da Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, há uma preocupação "*com a gravidade dos problemas e das ameaças que a corrupção coloca à estabilidade e segurança das sociedades, na medida em que mina as instituições e os valores da democracia, os valores éticos e a justiça e na medida em que compromete o desenvolvimento sustentável e o Estado de direito*"([106]). Noutro quadrante, quanto ao branqueamento de capitais, a tendência é semelhante: são constantes os apelos supranacionais ao reforço do arsenal legislativo, tomado como imperativo por não haver alternativa a uma eficaz prevenção e repressão do fenómeno([107]).

É certo que a corrupção não é o único crime de colarinho branco que afronta o ideal de Estado de Direito do século XXI, mas parece-nos difícil encontrar outro que concentre tão intensamente as atenções da política criminal hodierna. Para o específico problema do confronto entre os deveres de sigilo e de denúncia dos árbitros em Portugal, o referente típico da corrupção deve ser o da lei penal nacional, uma vez que, em termos de Direito Penal, o pressuposto de que partimos é o da aplicabilidade da lei penal portuguesa, por referência a qualquer um dos relevantes princípios da territorialidade, da nacionalidade, da proteção dos interesses nacionais, da universalidade ou da administração supletiva da justiça penal, dos arts. 4.º a 6.º do Código Penal([108]). Isto, mesmo que as partes tenham escolhido

---

([105]) Na formulação de John Braithwaite, "Transnational Corporations and Corruption: Towards Some International Solutions", *in International Journal of the Sociology of Law*, 1979, 7, p. 126, "[t]*he whole purpose of business-government bribes is, after all, the inegalitarian purpose of enticing governments to act against the public interest and in the interests of the transnational*".

([106]) Entre outras convenções relevantes das quais Portugal é signatário, destacam-se a Convenção sobre a Luta contra a Corrupção de Agentes Públicos Estrangeiros nas Transações Comerciais Internacionais de 1997, a Convenção relativa à luta contra a corrupção em que estejam implicados funcionários das Comunidades Europeias ou dos Estados-Membros da União Europeia de 1997 e a Convenção Penal sobre a Corrupção do Conselho da Europa de 1999.

([107]) Sobre a complexificação técnica, financeira e territorial de dissimulação e conversão dos subornos através de circuitos de branqueamento de capitais, que têm desembocado num certo fatalismo legislativo, cf. Rui Patrício/Nuno Igreja Matos, "Corrupção e Branqueamento: das Relações Incestuosas às (A)Tipicidades", *in Estudos Projeto Ethos: Corrupção e Criminalidade Económico Financeira*, Procuradoria-Geral da República, 2018, p. 53.

([108]) Isto é, principalmente, o Código Penal português, a Lei n.º 34/87, de 16 de julho, que define os crimes de responsabilidade dos titulares de cargos políticos ou de altos cargos públicos, a Lei n.º 50/2007, de 31 de agosto, que estabelece o regime de responsabilidade penal por comportamentos suscetíveis de afetar a verdade, a lealdade e a correção da competição e do seu resultado na atividade desportiva, e a Lei n.º 20/2008, de 21 de abril, sobre o regime penal de corrupção no comércio internacional e no setor privado.

uma qualquer outra lei aplicável aos litígios emergentes do contrato onde se insere a cláusula compromissória. Afinal, em comparação, designadamente, com as normas que definem a corrupção transnacional ou de funcionário estrangeiro dos arts. 16.º, n.º 1, da Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção ou do art. 1.º da Convenção da OCDE sobre a luta contra a corrupção, as normas portuguesas, particularmente as de recebimento e oferta indevidos de vantagem e de corrupção ativa e passiva, aparentam ser suficientemente — talvez, demasiado — amplas.

6.3. Contudo, há outros fenómenos de criminalidade — uns mais estabilizados que outros — a merecerem um olhar tão atento como aquele que tem sido reservado à corrupção, como os crimes conexos de peculato, peculato de uso, participação económica em negócio, concussão, abuso de poder, tráfico de influências e administração danosa. E ainda crimes não conexos com o crime de corrupção, com uma danosidade (direta ou reflexa) de nível igual ou superior, partilhando do rótulo de criminalidade grave não obstante tutelarem bens jurídico-criminais de cariz eminentemente distinto, como os crimes fiscais, ambientais, contra a saúde pública, financeiros ou ainda os crimes contra o mercado. Estes tipos de criminalidade têm também um elevado custo económico([109]), são praticados no seio de organizações e entes coletivos, com uma perniciosidade social não despicienda e reclamam uma maior atenção das instituições responsáveis pela definição e aplicação da política criminal do Estado([110]). E tanto o crime de corrupção como estas outras infrações podem surgir no contexto de uma arbitragem ou ser usados como armas de arremesso por uma das partes contra outra, apontando para momentos como os da adjudicação de uma proposta de serviços, da produção de um produto ou para outros momentos da vida comercial e societária.

A arbitragem e os árbitros não podem ser utilizados para ocultar ou branquear qualquer tipo de criminalidade. Aliás, no que deles dependa, os tribunais arbitrais devem contribuir para a prevenção do crime, seja de corrupção, de branqueamento de capitais ou outros([111]). Contudo, devem

---

([109]) Para Susana Aires de Sousa, "Ações encobertas…", pp. 36-37, uma aproximação ao conceito de criminalidade económico-financeira deve ter em conta, por um lado, a especial danosidade dos crimes e, por outro lado, a particular dificuldade de investigação pela natureza complexa e até transnacional que essas condutas revelem.

([110]) Sobre o conceito de crime organizacional, como crime cometido por funcionários de uma organização no interesse desta, cf. Cláudia Cruz Santos, "O Crime Ambiental…", p. 82.

([111]) Assim, entende António Menezes Cordeiro, *Tratado da Arbitragem*…, p. 308, que "[c]*omo diretriz de ordem geral: no que deles dependa, os tribunais arbitrais devem agir no sentido de*

fazê-lo no âmbito das suas competências e em equilíbrio com a distribuição de poderes e atribuições enquadradas nos sistemas instituídos de justiça arbitral e de justiça criminal. Isto é — e adiantando algo mais sobre o problema —, os árbitros não devem confundir os poderes que possuem numa arbitragem para dirimir litígios emergentes de um determinado contrato ou relação comercial, de lidar com eventuais alegações de crime pelas partes e extrair as devidas consequências para a adjudicação do litígio, no contexto do processo arbitral, com um qualquer desígnio de combate à corrupção fora da arbitragem, como se de órgãos de polícia ou entidades supervisoras se tratassem. Não é essa a sua missão, não é esse o seu mandato original, nem é esse o seu lugar no sistema jurídico. Nem tal deve ser deles esperado ou exigido em prol de uma suposta perfeição da luta global contra a corrupção.

7. A (des)necessidade da violação de segredo para a realização da justiça penal

7.1. É sobejamente conhecido que a corrupção, em particular, e os crimes económico-financeiros, em geral fazem parte de um tipo de criminalidade pouco transparente para a justiça penal e, como tal, de difícil deteção. Dizem respeito a condutas complexas, praticadas em ambientes de elevada privacidade e afastados do espaço público, sem que seja patente, no momento da conduta, um conflito entre um dado agente e uma específica vítima. Sendo, ainda, sobremaneira frequente a dispersão da responsabilidade no seio de organizações complexas, podendo inclusivamente haver crime dentro da empresa desligado de qualquer interesse estratégico desta(112). A existência de um vasto acervo de provas diretas e cabais daqueles tipos de crimes é altamente improvável. Consequente-

---

combater a corrupção. Todavia não o devem fazer na margem em que isso conduz a acrescidos benefícios indevidos para os prevaricadores. Além disso, os árbitros não são (pequenos) polícias".

(112) A racionalização do trabalho e a crescente especialização no ambiente empresarial, a que se juntam as estruturas hierárquicas complexas de organização das sociedades e dos grupos de sociedades, tornam particularmente difícil a individualização da responsabilidade de cada sujeito. Assim, Cláudia Cruz Santos, "O Crime Ambiental…", p. 84; e, ainda, "A Corrupção de Agentes Públicos em Portugal: Reflexões a partir da Lei, da Doutrina e da Jurisprudência", *in* Cláudia Cruz Santos/Claudio Bidino/Débora Thaís de Melo, *A Corrupção: Reflexões (a Partir da Lei, da Doutrina e da Jurisprudência) sobre o seu Regime Jurídico-Criminal em Expansão no Brasil e em Portugal*, Coimbra Editora, 2009, p. 103.

mente, pergunta-se se a violação de segredo por parte dos árbitros é, desde logo, necessária para o funcionamento da justiça penal e idónea para a sua salvaguarda.

7.2. Antes de nos propormos responder à pergunta lançada no parágrafo precedente, importa fazer umas breves considerações sobre o estatuto de direitos e deveres dos árbitros.

Vários são os deveres dos árbitros. O mais paradigmático quanto às suas funções é o dever de resolver o litígio. Mas há outros, como o dever de observar um processo justo e equitativo, o dever de atuar com independência e imparcialidade, o dever de conduzir o processo de modo eficiente, o dever de respeitar a confidencialidade do processo, o dever de atuar com diligência. Outro dos deveres reconhecido pela doutrina internacional é o de proferir uma decisão exequível(113). Como explicam Derains/ /Schwartz, "[e]*nforceability of the award* […] *is* […] *the raison d'être of the arbitration process*"(114). O que justifica que algumas das principais regras institucionais, como as da Corte de Arbitragem Internacional de Londres, da Câmara de Comércio de Estocolmo e dos Centros de Arbitragem Internacional de Hong Kong e de Singapura prevejam uma obrigação de aplicar esforços razoáveis para garantir a validade da decisão.

Discute-se se os árbitros têm o dever de procurar obter a validade da decisão à luz da lei do Estado da sede ou também de outros ordenamentos jurídicos. Para um ponto de vista, o árbitro deve garantir a validade à luz da lei do Estado da sede do litígio, de modo a evitar uma *vacatur*, mas não à luz de outros Estados, indeterminados, onde as partes poderão vir a pretender obter o reconhecimento ou a execução da sentença. Segundo esta perspetiva, para lá do Estado da sede o árbitro não está obrigado a garantir a validade da decisão, pelo menos, para lá dos requisitos, relativamente uniformes a nível internacional, estabelecidos pela Convenção de Nova Iorque. Em conformidade com este entendimento, o Regulamento de Arbitragem da Corte de Arbitragem Internacional de Londres, no seu art. 32.º, n.º 2, expressamente delimitam o dever de aplicação de esforços razoáveis para garantir que a decisão é reconhecida e exequível no Estado da sede da

---

(113) Acerca do tema, *vide* Aníbal Sabater, Lídia Rezende, "An Arbitrator's Obligation to Use Reasonable Efforts to Issue an Enforceable Award and Its Interaction with the New York Convention", *Spain Arbitration Review/Revista del Club Español del Arbitraje*, Wolters Kluwer España 2019, Volume 2019 Issue 34, pp. 33-45.

(114) Derains/Schwartz, *A Guide to ICC Rules of Arbitration*, 385, *apud* Margaret L. Moses, *The Principles and Practice of International Commercial Arbitration,* p. 79.

arbitragem. Por outro lado, outra tese defende que aquela posição é contrária aos arts. 42.º das Regras de Arbitragem da Câmara de Comércio Internacional, 2.º, n.º 2, das Regras da Câmara de Comércio de Estocolmo e 41.º, n.º 2 das Regras do Centro de Arbitragem Internacional de Singapura, que não fazem semelhante restrição ao conteúdo do dever, pelo que, pelo menos quando a arbitragem esteja sujeita a estas regras, não se deverá proceder a tal limitação. Além do mais, segundo esta tese, o Estado da sede é comummente um Estado neutro, onde as partes não tencionam executar a decisão, pelo que o tribunal arbitral deve, sim, procurar obter uma decisão dotada de efeitos jurídicos no Estado onde as partes provavelmente irão procurar obter o reconhecimento e a execução da sentença (não tendo de o fazer em relação a Estados apenas tangencialmente ligados à disputa). Em suma, nos termos desta tese, a menos que as regras aplicáveis indiquem para outra solução, os árbitros deverão procurar obter uma decisão válida à luz do Estado da sede([115]), *bem como* no(s) Estado(s) onde as partes provavelmente irão procurar obter o reconhecimento e a execução da sentença — juízo que deve ter por base os elementos pertencentes ao processo([116]).

7.3. Com fundamento no dever de proferir uma decisão exequível, tem-se assistido a uma certa tendência no seio da comunidade arbitral, para admitir que os tribunais arbitrais desenvolvam investigações quando suspeitem da ilicitude de determinadas condutas conhecidas no processo arbitral, mesmo quando nenhuma das partes o haja requerido([117]). É defendido, em diversas instâncias, que existe um poder-dever dos árbitros de iniciar investigações a partir de *red flags* de crime, ou seja, de indicadores indiretos, em si mesmos insuficientes para confirmar a prática de condutas

---

([115]) Caso contrário, arriscar-se-ia a exequibilidade da decisão em qualquer outro Estado, atendendo ao artigo V(1)(e) da Convenção de Nova Iorque.

([116]) Aníbal Sabater, Lídia Rezende, "An Arbitrator's Obligation to Use Reasonable Efforts to Issue an Enforceable Award and Its Interaction with the New York Convention", *Spain Arbitration Review/Revista del Club Español del Arbitraje* (Wolters Kluwer España 2019, Volume 2019 Issue 34), p. 35.

([117]) Como justificação política e moral desta tendência, Domitille Baizeau/Tessa Hayes, "The Arbitral Tribunal's Duty and Power to Address Corruption Sua Sponte", *in International Arbitration and the Rule of Law: Contribution and Conformity*, ICCA Congress Series, Volume 19 (Kluwer Law International 2017), p. 235, apontam que tem sido avançado que os árbitros têm uma "responsabilidade pública para com a administração da justiça", que anda de mão dada com a autonomia que lhes é reconhecida pelos tribunais nacionais. Além disso, diz-se que os Estados e as empresas têm envidado esforços para eliminar a corrupção e que os árbitros devem também ser proactivos. E, ainda, que, se as instâncias ineficazes são uma das causas da resistência da corrupção, os interesses da comunidade da arbitragem internacional são melhor servidos através da assistência em esforços de anti-corrupção, em vez de ser-se visto como fraco e complacente com a corrupção.

ilícitas, mas que determinam o árbitro a proceder a uma investigação mais aprofundada dos factos(118).

Pois bem, tal iniciativa de investigação até poderá ser de louvar quando o fim seja retirar consequências de práticas ilícitas para aferir da validade de certo contrato ou, então, em ordem a qualquer outro efeito dentro do processo arbitral para o qual o tribunal arbitral é competente. Todavia, temos as maiores reservas quando a aspiração dos árbitros se aproxime dos poderes de investigação reconhecidos aos juízes do processo penal, especialmente antecipando o momento em que as autoridades judiciárias com verdadeira competência para a investigação de crimes começarem a olhar para o processo arbitral como potencial fonte de meios de prova(119).

Desde logo, porque o nível de prova exigido numa arbitragem dependerá da lei aplicável. A particularidade das investigações espontâneas dos tribunais arbitrais reside precisamente na ausência de um pré-determinado ónus da prova(120). Se o tribunal arbitral não usar o critério da prova para além da dúvida razoável como referente para as suspeitas de crime, pode resultar que no processo arbitral resultem como provados factos que não o seriam num processo criminal, à luz do equilíbrio que este reclama entre o princípio da livre apreciação da prova e o princípio *in dubio pro reo*(121).

---

(118) Kathrin Betz, "Arbitration and Corruption: A Toolkit for Arbitrators", *in Journal of Anti-Corruption Law*, Volume 2, Number 2, 2018, p. 191.

(119) No Reino Unido, a Civil Division do England and Wales Court of Appeal no caso Ali Shipping Corporation v. Shipyard Trogir, em 1997 (disponível em <https://www.bailii.org/ew/cases/EWCA/Civ/1997/3054.html>), e o Commercial Court do England and Wales High Court no caso Glidepath BV and Others v. John Thompson & Others, em 2005 (<https://www.bailii.org/ew/cases/EWHC/Comm/2005/818.html>) evidenciaram que o tribunal arbitral não pode permitir que a mera menção ou acusação de corrupção ou de qualquer outro crime dirigida à contraparte no processo de arbitragem seja motivo para cumprir o dever de denúncia obrigatório imposto pelo artigo. Há interesses constitucionais em conflito e o acesso a documentos do processo deve ter uma cláusula de necessidade razoável para o reconhecimento de um direito, para o exercício da defesa ou para os interesses da justiça.

(120) Domitille Baizeau/Tessa Hayes, "The Arbitral…", p. 260.

(121) Seguindo de perto Maria João Antunes, *Direito Processual Penal*, Almedina, 2.ª ed., 2018, p. 180, e Jorge de Figueiredo Dias, *Direito Processual Penal*, Coimbra Editora, reimpressão, 2004, p. 215, o princípio *in dubio pro reo*, decorrente da presunção de inocência constitucionalmente garantida pelo art. 32.º, n.º 2, impõe ao tribunal, quando fica aquém da dúvida razoável apesar de toda a prova produzida, que dê como provados os factos favoráveis ao arguido como se deles tivesse sido feita prova completa, ainda que o tribunal aprecie a prova produzida segundo as regras de experiência e a sua livre convicção que deverá ser sempre objetivável e motivável. De acordo com Rui Patrício, *A presunção da inocência no julgamento em processo penal — Alguns problemas*, Almedina, 2019, p. 42, se a prova produzida não se revelar como suficiente para formar a convicção do juiz ou no sentido da culpabilidade do arguido ou no sentido da sua inocência, este deverá ser absolvido uma vez que a presunção de inocência não foi "ilidida".

Essa falta de exigência probatória — legitimada, nalguns casos, pela vontade das partes, noutros, pela sua inércia — radica na visão de quase impossibilidade de, com um critério mais exigente, se provarem determinados tipos de criminalidade em processo arbitral, como a corrupção(122). Ainda que, em princípio, a dificuldade de prova não possa ser a única e decisiva razão para diminuir o critério probatório(123), se os efeitos dessa prova se circunscreverem ao processo arbitral — como conducentes, por exemplo, à nulidade do contrato por violação da lei ou da ordem pública —, nada teremos a acrescentar.

Genericamente, pode dizer-se que os tribunais arbitrais são ainda extremamente cautelosos quando confrontados com indícios de corrupção, aplicando nomeadamente um superiormente rigoroso *standard* de prova ou, no limite, pronunciando-se pela sua incompetência. Este fenómeno tem sido visto como um "*private scepticism*"(124).

Pior será sempre que a lei aplicável à arbitragem consagre um dever de cooperação e de boa-fé processual das partes para efeitos de prova. Algo que, no meio arbitral, não é raro, no contexto de cumprimento de ordens probatórias emitidas pelos tribunais arbitrais. Aliás, nos domínios da corrupção e do branqueamento de capitais, além de meios de prova que sustentem a alegação de crime, os árbitros são mesmo encorajados a exigir de uma parte elementos probatórios que contradigam as acusações de crime feitas por outra parte. E, ainda que as alegações de atividade criminosa devam estar sujeitas a um *standard* probatório mais exigente, também se tem defendido que lhes deve ser permitido assumir o facto prejudicial se a parte onerada com aquela obrigação se recusar a cumpri-la(125).

---

(122) Kathrin Betz, "Arbitration and Corruption…", p. 192.

(123) Como reconhecem Jefrrey W. Sarles, *Solving the Arbitral Confidentiality Conundrum in International Arbitration*, disponível em <https://www.mayerbrown.com/-/media/files/perspectives-events/publications/no-date/solving-the-arbitral-confidentiality-conundrum-in/files/confidentiality/fileattachment/confidentiality.pdf>, 2002, p. 11, também não será fácil para os tribunais avaliar e julgar violações do dever de confidencialidade, pela dificuldade de prova.

(124) Louis Yves Fortier, "Arbitrators, corruption, and the poetic experience: 'When power corrupts, poetry cleanses'", *in* William W. Park (ed), *Arbitration International*, Oxford University Press 2015, Volume 31 Issue 3, 367-380, p. 374. Na p. 376, enfaticamente, o mesmo Autor expressa a sua visão acerca do tema: "*The arbitrator-poet, for me, is keenly aware of his duties to the parties, to the entities that have entrusted him with their dispute; but he also aspires to certain ideals of international justice and morality. There is no real choice to be made between these two moralities, at least not if the arbitrator, like the doctor, wishes to excel in his practice. He must compose with and adopt both of these commitments. In other words, he must seek in discharging his awesome responsibilities, the poetic equivalent of harmony*".

(125) É o *Corruption and Money Laundering in International Arbitration — A Toolkit for Arbitrators* elaborado pelo *Competence Centre Arbitration and Crime*, na sua p. 12, ss., que avança tais

O que, para lá de aquela ser uma reivindicação de prova de facto negativo muito próxima da prova da não existência do Diabo, fere o direito à não autoincriminação com uma manifesta "burla de etiquetas": o tribunal arbitral pede documentos ou informações que podem autoincriminar a parte requerida e esta ou entrega os documentos autoincriminatórios, que permitem aos árbitros aferir da existência de corrupção ou se recusa a entregá-los e sofre as consequências de uma sanção processual ou de inferências negativas (*adverse inferences*) a partir da recusa(126). Ainda que reconheçamos a liberdade das partes na definição das regras da arbitragem em matéria probatória, a perturbação que causam estas inferências negativas na ordem pública internacional do Estado português consubstanciada por princípios normativos de direito processual penal não deve ser subestimada e carecerá, no caso concreto, de uma específica ponderação de conflito de direitos(127). No limite, tais elementos estarão cobertos por uma proibição de valoração da prova em processo penal.

Mas, ainda que sejam aceites no processo arbitral, serão as inferências negativas suficientes para um tribunal arbitral determinar a existência de crime económico-financeiro e para legitimar uma denúncia de crime que viole as obrigações de confidencialidade? Parece-nos difícil de aceitar, pelo menos antes da sentença arbitral no processo poder sequer ser considerada como final. As inferências negativas constituem meras presunções

---

linhas orientadoras para os árbitros que se deparam com alegações de condutas ilegais, *i.e.* criminalmente relevantes, numa determinada arbitragem. Em síntese, aconselha-se que os árbitros, quer quando decidem investigar espontaneamente indícios de crime quer quando tal lhes seja requerido por uma das partes, usem de ordens processuais para pedir informações orais ou por escrito sobre os referidos indícios, tanto às partes "acusadoras" como às "acusadas" ou "suspeitas". Além disso, se a parte "acusada" ou "suspeita", obrigada a entregar elementos probatórios que contrariem os indícios de crime não o fizer sem uma "razão convincente" aos árbitros é permitido fazerem inferências negativas e dar por provados os factos desfavoráveis àquela.

(126) No mesmo *Toolkit for Arbitrators* referido na nota antecedente afirma-se que os árbitros devem considerar aplicar a metodologia de inferências negativas quando as seguintes condições se verificarem: (*i*) a parte que pede a inferência negativa apresente indicadores fortes de corrupção e tenha produzido toda a prova possível para corroborar a inferência procurada ou o tribunal identifique indícios suficientes de corrupção, (*ii*) a parte obrigada a entregar documentos e informação tenha a possibilidade de aceder a tais elementos, (*iii*) a parte a quem os documentos e informação foram pedidos não apresente qualquer razão convincente para não entregar tais elementos e (*iv*) a inferência seja razoável, consistente com os factos e logicamente relacionada com a natureza verosímil da prova não entregue.

(127) Sobre a ordem pública internacional do Estado português com questão da licitude da prova em arbitragem, reclamando uma específica ponderação em concreto dos valores, direitos e interesses fundamentais em conflito no momento de análise da licitude da prova produzida, Mariana Soares David, "Os poderes do tribunal arbitral em matéria de prova, no âmbito da actual lei de arbitragem voluntária", *in Revista Internacional de Arbitragem e Conciliação*, n.º 9, 2016, p. 79, ss.

formuladas a partir da verificação de uma série de pressupostos, não sendo prova direta de qualquer facto, e obrigando o tribunal arbitral a ponderar sempre a pertinência daquelas([128]). Não nos parece legítimo que, se a tendência maioritária na literatura sobre arbitragem é a de que os tribunais arbitrais devem investigar os indícios de corrupção para retirar as devidas ilações face aos problemas civis ou comerciais em juízo, se deva permitir uma espécie de *fishing for evidence* de fins distorcidos e que depois dará substância à denúncia e consequente processo penal. As coisas podem pôr-se do seguinte modo: os tribunais arbitrais têm, quando comparados com as autoridades judiciárias estaduais, menos poderes de obtenção de provas. Se quebram o sigilo para denunciar os indícios de crime fazem-no, em princípio, com menos prova do que seria desejável. Mas, se utilizam os deveres de cooperação e as inferências negativas para concluir pela prática de crimes já que o direito à autoincriminação não tem respaldo no Direito de Arbitragem, sempre estarão a promover a construção de um processo-crime cuja origem reside na obtenção coativa de prova, que já se cristaliza neste momento como uma violação do *nemo tenetur*, e, assim, a bloquear a realização da justiça penal a jusante, que nunca poderá valorar as provas obtidas através do acatamento de ordens probatórias do tribunal arbitral.

Noutros domínios do ordenamento jurídico nacional, recorde-se que a possibilidade de averiguações preliminares como as promovidas pela CMVM ao abrigo do art. 383.º e seguintes do Código dos Valores Mobiliários ou o regime das medidas de verificação do cumprimento dos arts. 95.º e 96.º da Lei do Combate ao Branqueamento de Capitais e Financiamento do Terrorismo não são pacificamente aceites pela comunidade jurídica, estando a tolerância relativamente ao seu regime jurídico (precariamente) pendurada no facto de aí estarem a ser exercidos poderes de supervisão das autoridades competentes([129]). O que, por maioria de razão, contribui para deslegitimar o

---

([128]) Assim, Maria Almeida e Silva, "Jogar às escondidas: quando a não produção de documentos pode resultar em inferências negativas", *in Lisbon Arbitration by Morais Leitão*, 2019, disponível em <https://lisbonarbitration.mlgts.pt/pt/artigos/jogar-as-escondidas-quando-a-nao-producao-de-documentos-pode-resultar-em-inferencias-negativas/89/>.

([129]) Sobre o problema das pré-averiguações e da sua proximidade com a investigação criminal, Paulo de Sousa Mendes, *Lições de Direito Processual Penal*, Almedina, 2018, pp. 60-61. Tratando das averiguações preliminares no domínio do mercado de valores mobiliários, o autor refere que a CMVM não desenvolve uma autêntica atividade de investigação criminal, não podendo interrogar pessoas nem podendo constituí-las arguidas. No entanto, reconhece também que esta é uma questão polémica, na medida em que sujeita um suspeito a investigações administrativas sem que este possa beneficiar dos direitos de defesa reconhecidos ao arguido em processo penal. Pelo menos, num olhar imediato para o Código dos Valores Mobiliários. Não vemos razão para que não se possa aceitar a tese de permitir ao investigado constituir-se por iniciativa própria como arguido, ainda que isto implique,

produto desse tipo de *investigações* por parte dos tribunais arbitrais que não são, para nenhum efeito, entidades reguladoras ou de supervisão.

É certo também que às autoridades judiciárias, no processo penal, seria sempre permitida a recolha de documentos e informações relativos a uma arbitragem, desde que coberta por um juízo do carácter essencial e indispensável da utilização desses dados para a investigação(130), devendo igualmente ser assegurados por inteiro todos os direitos fundamentais dos envolvidos, de acordo com as normas processuais penais e constitucionais(131). Como dissemos, sempre estariam, em nossa opinião, cobertos por uma proibição de valoração da prova os documentos e as informações entregues pela parte-suspeita ao tribunal arbitral ao abrigo de um dever de colaboração e sob a ameaça de presunções de culpa ou de inferências negativas, mesmo que um tribunal estadual com aquele tenha colaborado em conformidade com o art. 38.º da Lei da Arbitragem Voluntária(132). Um tal uso dos árbitros como "homens de confiança" (*Vertrauens-Männer*) para efeitos de investigação e repressão criminal é altamente questionável à luz de diversas razões, mas desde logo do ponto de vista de um processo justo e equitativo(133), especialmente quando as partes julgam estar perante

---

no plano mediático-social hodierno, um imediato custo reputacional não despiciendo. Defendendo esta possibilidade, Augusto Silva Dias, "O Direito à Não Auto-Inculpação no Âmbito das Contra-Ordenações do Código dos Valores Mobiliários", *in Revista de Concorrência e Regulação*, Ano I, Número 1, Janeiro-Março, 2010, p. 255, e Vânia Costa Ramos, "Nemo tenetur se ipsum accusare e Concorrência: Jurisprudência do Tribunal de Comércio de Lisboa", *in Revista de Concorrência e Regulação*, Ano I, Número 1, Janeiro-Março, 2010, p. 193.

(130) Isto é, cuja obtenção não seja possível por qualquer outro meio. Cf. José António Fichtner/Sergio Nelson Mannheimer/André Luís Monteiro, "A confidencialidade na arbitragem…", p. 272. Aliás, se bem que os autores admitem a quebra da confidencialidade dos árbitros perante um crime que os permitiria "levar ao conhecimento das autoridades competentes os fatos criminosos de que tiveram ciência durante a arbitragem", apenas concretizam tal exceção ao sigilo nos casos em que o Ministério Público requisite documentos utilizados na arbitragem, sem especificar se é admissível a denúncia espontânea quando as autoridades ainda não têm conhecimento da prática de um crime descoberto pelos árbitros.

(131) Em Portugal, tal resulta expressamente, sem prejuízo das normas gerias aplicáveis, do art. 2.º, n.º 1, da Lei n.º 36/94 que consagra as medidas de combate à corrupção e criminalidade económica e financeira.

(132) Sobre o direito de recusa de documentos e da prestação de informações autoincriminatórias em processo penal e contraordenacional, cf. Tiago da Costa Andrade, "Nemo tenetur se ipsum accusare: um novo olhar a partir do Direito da Concorrência, no sentido da sua extensão ao processo contra-ordenacional e às pessoas colectivas", *in Revista de Concorrência e Regulação*, Ano VII, Número 31, Julho-Setembro, 2017, p. 190, ss.

(133) De acordo com Susana Aires de Sousa, "Ações encobertas…", pp. 41-42, a expressão "homens de confiança" "abrange, num sentido extensivo, todas as testemunhas que, ganhando a confiança do suspeito, 'colaboram com as instâncias formais de perseguição penal, tendo como contrapartida a promessa da confidencialidade da sua identidade e atividade'".

um órgão de resolução de conflitos e estão antes perante um informador da investigação. No fundo, só seriam admissíveis em processo penal os meios de prova presentes na arbitragem obtidos de modo que não se violassem os princípios processuais penais relativos à obtenção (e valoração) da prova([134]).

7.4. Nem a determinação de corrupção por um tribunal arbitral nem a premência do combate à corrupção, ao branqueamento de capitais e a qualquer outro tipo de criminalidade económico-financeira devem afastar a ilicitude de uma violação da confidencialidade por parte dos árbitros sob a forma do cumprimento do dever de denúncia. Na verdade, depois de descrever um conjunto de linhas orientadoras para os árbitros em casos que envolvam corrupção ou branqueamento de capitais, o *Corruption and Money Laundering in International Arbitration — A Toolkit for Arbitrators* elaborado pelo *Competence Centre Arbitration and Crime*, acaba por sublinhar que tem que ser considerada a relação com o Direito Penal e Processual Penal nacionais. E no ordenamento jurídico português, *de jure condito*, os árbitros poderão ser criminalmente responsabilizados pela violação de segredo se decidirem espontaneamente comunicar às autoridades nacionais os indícios de crime.

O argumento de que os tribunais arbitrais não podem revelar-se coniventes relativamente à identificação e comprovação de ilícitos criminais

---

([134]) Sendo que, no sentido inverso, se bem que não nos é possível aqui desenvolver todo o problema da prova emprestada, deixamos apenas um enunciado de princípio: o árbitro também não pode utilizar e valorar meios de prova obtidos em processo penal, apenas a partir da sua transferência processual para a arbitragem e de um seu juízo quanto à sua autenticidade e quanto ao contexto em que o documento foi produzido. Importa sublinhar que muitos dos meios de obtenção de prova no processo penal só são admitidos naquele mesmo processo penal, nos termos da lei processual penal, que pressupõe um balanço entre direitos fundamentais conflituantes levado a cabo pelo legislador com o objetivo de responder (utilitariamente) à prática do crime e não para instruir todo e qualquer processo civil ou arbitral. Não colhe, portanto, em nosso entendimento, o argumento de que se a prova já foi produzida no processo penal — o processo paradigmaticamente mais garantista quando confrontado com o processo civil, arbitral, disciplinar, administrativo e contraordenacional —, está assegurado o máximo respeito pelos direitos fundamentais do visado e, como tal, tal meio de prova pode ser "emprestado" para ser valorado em qualquer outro tipo de processo. Basta pensar, por exemplo, nos meios de prova obtidos através de investigações encobertas que não seriam admissíveis em qualquer outro processo que não o processo penal e, mesmo neste, apenas dentro de apertados limites e na investigação de certos tipos de crime. Não pode ser esquecido que o procedimento de concordância prática de finalidades do processo penal é sobremaneira exigente e a procura da verdade processual implica um sacrifício em matéria de direitos fundamentais e processuais, tanto maior quanto a gravidade e a danosidade social do crime investigando e a absoluta indispensabilidade do meio de prova a regular. Sobre este sacrifício especificamente ordenado ao exercício do *ius puniendi* pelo Estado, cf. David Silva Ramalho, *Métodos Ocultos de Investigação Criminal em Ambiente Digital*, Almedina, 2017, p. 183, ss.

não merece acolhimento. Afigura-se-nos como um sintoma de populismo jurídico disruptivo da coerência do sistema jurídico(135) e desligado das reais missões das instituições de um Estado de Direito, afirmar que, se não denunciarem os crimes de que tomam conhecimento, os tribunais arbitrais caminham no sentido contrário à tendência global de considerar o combate contra a criminalidade económico-financeira como integrante da ordem pública internacional. Ou mesmo proclamar-se que, se o setor da arbitragem não tem nada a esconder, então que se aceite toda e qualquer manifestação de maior transparência(136).

Em primeiro lugar, cumpre frisar que não é aceitável a afirmação genérica de que uma informação privada e sujeita a confidencialidade deve deixar de o ser apenas porque não a querer divulgar significaria uma qualquer intenção de ocultar práticas socialmente repugnantes, imorais ou, para o que aqui verdadeiramente releva, potencialmente ilícitas. Se assim fosse, não existiria qualquer tutela da privacidade no ordenamento jurídico e normas específicas de proibição de valoração de prova obtida em violação do domínio privado. Tudo estaria aberto para que um qualquer saudoso de Torquemada pudesse espreitar e conferir se tudo "está nos conformes". Aquele argumento é tão ilegítimo quanto o de sancionar o direito ao silêncio com a justificação de que quem não tem nada a esconder deve dizer tudo o que sabe.

Em segundo lugar, é um equívoco equiparar em toda a linha o estatuto dos árbitros ao dos magistrados judiciais, como muitas vezes se pretende para legitimar a justificação da denúncia. Ainda que exerçam uma função jurisdicional, os árbitros devem respeitar as normas contratuais definidas pelas partes e, se for o caso, as normas institucionais do centro de arbitragem junto do qual atuam. Os árbitros não são guardiões do Direito e da legalidade em geral, tanto dos princípios e das normas de Direito Público como das de Direito Privado, como é o dever dos magis-

---

(135) Rui Patrício/Nuno Igreja Matos, "Corrupção…", p. 53, identificam como as duas tendências político-criminais hodiernas que se digladiam, por um lado, "a defesa de um estado de emergência que tudo legitima" contra a corrupção e o branqueamento de capitais e, por outro, os "seus negadores, que mais não anteveem nas ansiedades do legislador do que o triunfo de um populismo preventivo e penal que se revela disruptivo da coerência do sistema jurídico". Pese embora não negarmos (antes, sublinhámo-lo) as consequências sistémicas negativas que se abatem sobre a sociedade, não podemos deixar de ver na vontade de utilização dos árbitros para uma política criminal de combate à corrupção e ao branqueamento de capitais um elemento identificador daquele estado de emergência, aos nossos olhos, inteiramente desadequado à arquitetura do sistema jurídico e ao reconhecimento que este atribui à arbitragem como método de resolução alternativa de litígios.

(136) Considerando deverem ser abolidos a confidencialidade e o sigilo na arbitragem, Juan Fernandéz-Armesto, "The time has come…", p. 586.

trados judiciais. Os árbitros representam a confiança das partes, não sendo representantes do Estado(137). Ainda que os magistrados estejam também sujeitos a um dever de sigilo e de reserva, a magistratura judicial é objeto de um estatuto mais completo e exigente, derivado da titularidade de um órgão de soberania e constitucionalmente conformado pelos arts. 215.º a 218.º da Lei Fundamental. O art. 3.º, n.º 2, do Estatuto dos Magistrados Judiciais(138) é a este título inequívoco, ao consagrar que "[n]*a administração da justiça, os magistrados judiciais asseguram a defesa dos direitos e interesses legalmente protegidos, reprimem a violação da legalidade democrática, dirimem os conflitos de interesses públicos e privados e garantem a igualdade processual dos interessados nas causas que lhes são submetidas*". Este é um estatuto inegavelmente distinto do dos árbitros, que é conformado pela autonomia privada das partes e com um grau de ligação à ordem pública menos intenso, por não se poder ver neles um verdadeiro órgão de soberania ainda que exerçam a função jurisdicional. Mesmo que se lhes reconheça um dever de produzir sentenças exequíveis nos diversos ordenamentos jurídicos nacionais e de atender à ordem pública para decidir os litígios que lhes são cometidos, a competência dos árbitros não vai para além disso.

A arbitragem cumpre um propósito próprio no sistema institucional de resolução de conflitos nacional e internacional, com uma marcada genética de autonomia privada e liberalismo, servindo como lubrificante da economia de transações e de investimento que valoriza a credibilidade, a confiança, a celeridade, a especialização e a privacidade na solução de litígios. Sem a correspondente obrigação de segredo, quando as partes assim o decidiram ou quando escolheram uma lei de regulação da disputa que lhes garantia confidencialidade, é impossível estabelecer uma relação de confiança entre o titular do segredo e o árbitro, que passa a não estar habilitado para cumprir cabalmente a função que lhe está destinada pelas partes(139). Como é de fácil observação, sem o segredo ou confidencialidade dos árbitros, os operadores económicos deixariam de ter incentivos para atuar globalmente no mercado, passando a escolher apenas os Estados onde negociar e investir pela garantia de segredo das leis penais e de arbitragem aplicáveis.

Em terceiro lugar, a violação de segredo pelos árbitros não pode ver a sua ilicitude sempre dirimida em casos de crimes económico-financeiros

---

(137) Neste sentido, José António Fichtner/Sergio Nelson Mannheimer/André Luís Monteiro, "A confidencialidade na arbitragem…", p. 261.

(138) Aprovado pela Lei n.º 21/85, de 30 de Julho.

(139) Assim, Nikolaus Bosch, "Der Schutz…", p. 780.

quando se pretenda atender aos interesses de uma justiça penal repressiva. É que entre o prevenir e o punir não existem apenas diferenças formais e orgânicas, mas também uma distinção material situada ao nível supralegal. Como escrevem Rui Patrício/Nuno Igreja Matos, "*os expedientes repressivos surgem comparativamente mais constrangidos na sua liberdade de conformação e aplicação, sujeitos a maior escrutínio à luz da sua necessidade, adequabilidade e proporcionalidade, consequência natural da projecção imediata de princípios basilares de Direito Penal como os princípios da legalidade, da tipicidade, da culpa e da igualdade*"(140).

7.5. Como vimos, a doutrina admite que, nos casos em que o objetivo é a administração da justiça penal póstuma, possa haver exclusão da ilicitude quando estiverem em causa casos extremados dos crimes mais graves que ponham em causa a paz jurídica ou haja o perigo de novas infrações. Mas apenas nestes. E se devemos rotular a criminalidade económico-financeira como um tipo de criminalidade grave que cada vez mais põe em sobressalto a paz jurídica, também temos o dever de sublinhar que muito dificilmente poderá aquela criminalidade cair na categoria de autêntico caso extremado. A verdade é que não estamos perante crimes da competência material do Tribunal Penal Internacional — de genocídio, contra a humanidade, de guerra ou de agressão — nem em face dos crimes mais graves contra a vida, a liberdade, a autodeterminação sexual ou a soberania. Nestes casos, seria ponderável que os valores em conflito pudessem justificar uma prevalência dos deveres de denúncia face à tutela do sigilo, dependendo sempre, naturalmente, dos contornos do caso concreto. Os bens jurídicos protegidos pelas incriminações correspondentes aos crimes de colarinho branco possuem uma ressonância ética distinta, corroborada pela menor severidade das penas neles previstas. O que não significa que não seja uma criminalidade com consequências sistémicas. Mas que só as terá se praticada, também ela, de forma sistemática e não numa hipótese isolada e a nível local, ao contrário das hipóteses acabadas de referir.

Importante é não perder de vista que, como assinala Nikolaus Bosch, a necessidade de proteção depende de o interessado poder ter um interesse

---

(140) Rui Patrício/Nuno Igreja Matos, "Corrupção…", pp. 54 e 62. Sobre a corrupção e o branqueamento, entendem os autores que: "[i]*gualmente duvidosa, ou mesmo equívoca, é especificamente a constatação de que este novo paradigma unitário, assente na percepção conjunta da corrupção e do branqueamento, vem também contaminando o quadro legal repressivo, isto é, o momento em que se visa a censura do agente através da instauração de um procedimento criminal, em parte devido à articulação promovida pelos instrumentos internacionais e pela* soft law *no sentido da complementaridade, e mesmo confusão, entre medidas preventivas e medidas repressivas*".

compreensível no sigilo, sem que se trate, no entanto, de uma aprovação legal ou de um reconhecimento moral dos factos relevantes, uma vez que também pode haver um interesse digno de proteção no sigilo da má conduta ou de infrações penais(141). Esta ideia é, aliás, confirmação da existência de um Estado de Direito: ainda que o segredo incida sobre uma prática criminal e que o sujeito que dele conhecer o denunciar, a necessidade de proteção do segredo pode fazer com que, em concreto, haja de se dar prevalência a esta, à luz da tutela da privacidade. Devendo, em princípio, responder criminalmente o árbitro que violar o segredo, a confidencialidade ou o sigilo da arbitragem para comunicar uma infração já consumada que conheceu através da intervenção num determinado processo arbitral.

De opinião contrária são os autores que, no fundo, entendem que o Direito Penal não pode compactuar com uma violação das suas próprias normas(142). Contudo, julgamos que o Direito Penal ao proteger o segredo não aceita de bom grado uma violação das suas próprias normas, antes pesa os interesses em jogo e, além de escolher o segredo e a privacidade nesses casos através de lei especial(143), não tolera uma violação de segredo que põe em causa os interesses reflexos da confiança no sigilo de determinadas atividades. Aliás, a literatura criminológica já demonstrou que a tolerância zero — como a que é pretendida pelos paladinos da luta contra a corrupção a todo o custo, cavalgando na desconfiança deixada pelas mais recentes crises financeiras — é recorrentemente uma má política tanto para crimes dos pouco como dos muito poderosos(144).

Na era contemporânea do "combate" à corrupção, os esforços dos legisladores e das instituições têm sido — e bem — direcionados para uma atuação preventiva, nomeadamente através da implementação de programas de cumprimento normativo (*compliance*) e de outros sistemas de reporte dentro de organizações. Estes, por um lado, permitem uma maior

---

(141) Nikolaus Bosch, "Der Schutz…", p. 781.

(142) Assim, Paulo Pinto de Albuquerque, *Comentário do Código Penal*…, p. 770, fazendo apelo à natureza de *ultima ratio* do Direito Penal e ao princípio da proporcionalidade; e Eduardo Maia Costa, *Código de Processo*…, p. 883, apoiando-se em interesses de ordem pública, ainda que estes autores teçam tais considerações de forma geral, sem ter em conta as idiossincrasias do sistema arbitral e da função dos árbitros.

(143) Neste sentido, Manuel Lopes Maia Gonçalves, *Código de Processo*…, p. 590. O autor alerta também para a necessidade de os agentes do Estado obrigados procederem de harmonia com os seus próprios estatutos, os quais frequentemente contêm dispositivos sobre segredo profissional que, quando constantes de lei, serão prioritariamente cumpridos.

(144) Por todos, cf. John Braithwaite, "Zero Tolerance, Naming and Shaming: Is There a Case for it with Crimes of the Powerful?", *in The Australian and New Zealand Journal of Criminology*, 2002, 35, p. 272, ss.

eficácia na prevenção de delitos no seio da empresa e, por outro lado, nalguns ordenamentos jurídicos, são um autêntico fator de atenuação ou isenção da responsabilidade da pessoa coletiva(145). Mas se os árbitros não podem ser equiparados a autênticos magistrados judiciais, também não se poderá forçar uma sua categorização — como parece sugerir quem defende o cumprimento irrestrito do dever de denúncia — como *whistleblowers*. Na verdade, a equiparação ilegítima entre árbitros e denunciantes é também, porventura, um dos eixos essenciais da questão de que tratamos e que importa clarificar.

7.6. Antes, porém, é necessário questionar: se a administração da justiça penal a título póstumo, quando o crime já se encontra consumado, só pode justificar a violação de segredo para efeitos de dever de denúncia nos casos de criminalidade de extrema gravidade, pode a denúncia preventiva de crimes justificar a quebra de sigilo? Aqui, tem-se em vista a denúncia de crimes por parte dos árbitros ainda antes da sua consumação ou em estado de preparação. Podemos dizer que o enunciado de princípio deve inclinar-se no sentido da justificação, ainda que com duas particularidades.

Em primeiro lugar, se a denúncia visa uma atuação da justiça no sentido da prevenção de ilícitos criminais, o conflito entre o dever de colaboração e o dever de sigilo deve resolver-se nos termos gerais da ponderação do peso dos interesses. Para a doutrina, o interesse da preservação do segredo apenas deverá ceder perante a denúncia quando visar impedir, por um lado, a prática de crimes planeados e, por outro, quando exista já um perigo atual para os bens jurídicos ameaçados(146). Porém, somos ainda da opinião que a quebra do segredo não poderá ter como fundamento o perigo

---

(145) A experiência norte-americana tem tido uma grande influência na estruturação dos restantes ordenamentos jurídicos mundiais que se têm aberto a soluções de cooperação entre as sociedades e as autoridades de investigação. Nos Estados Unidos da América, o *Department of Justice* implementou uma *Corporate Enforcement Policy* que recompensa as sociedades por comunicações espontâneas de violações do *Foreign Corrupt Practices Act*. Em apertada síntese, o abrigo daquela política, na ausência de circunstâncias agravantes, existe uma presunção de que *o Department of Justice* recusará a persecução de violações do *Foreign Corrupt Practices Act* por parte das sociedades, se estas voluntariamente comunicarem as irregularidades, se cooperarem integralmente e cuidarem de corrigir a situação apropriada e atempadamente. Assim, os promotores públicos têm a possibilidade de acordar, ou recomendar a um tribunal, uma redução de 50% do mínimo da moldura da multa das *Sentencing Guidelines* (excepto no caso de reincidência). E a possibilidade de, genericamente, não requerer a nomeação de um monitor se a sociedade tiver, no momento da decisão, implementado um autêntico programa de *compliance*. Cf. Matthew Axelrod/Doug Davidson/Adam Lurie/Douglas Tween, "Law and Practice USA", *in Chambers Global Practice Guide — Anti-Corruption* (Contributing Editor Kiril Bougartchev), Chambers & Partners, 2019, p. 268.

(146) Manuel da Costa Andrade, *Comentário*…, p. 1162.

de toda e qualquer infração, mas apenas as que revelarem uma gravidade que permita, numa ponderação de interesses e valores, conceder que o árbitro atuou em conformidade com o Direito. Basicamente, requer-se uma sensível superioridade do interesse a salvaguardar, *rectius* uma superioridade clara e inequívoca, na linha da melhor interpretaão daquele requisito do art. 34.º, alínea *b*), do Código Penal(147). E a ponderação terá, naturalmente, de ser casuística e dependente da dignidade do interesse e do bem jurídico do crime a denunciar. Ademais, pensamos não ser descabido tomar os § 138 e § 139 do Código Penal alemão — apesar de serem normas sem paralelo no Direito Penal português, que incriminam a omissão da comunicação de crimes graves planeados às autoridades(148) — como auxiliar de interpretação, para lá dos casos extremados de criminalidade referidos nos parágrafos antecedentes. Esta norma tipifica a omissão de denúncia do planeamento ou comissão de actos de guerra de agressão, de alta traição, de contrafação de moeda, títulos de valores mobiliários, cartões de débito e cheques, de homicídio, genocídio, crimes contra a humanidade ou crimes de guerra, de crimes graves contra a liberdade pessoal como o tráfico de seres humanos ou a prisão ilegal, de roubo ou coação com uso da força ou ameaça para a vida e integridade física, de incêndio, envenenamento, explosão ou disrupção do tráfego, de criação de organizações criminosas ou terroristas e de ofensas violentas contra o Estado. Uma bengala interpretativa bem mais robusta e adequada (ainda que de um ordenamento jurídico estrangeiro) do que aquela que se poderia tentar fazer valer a partir do catálogo do art. 2.º da Lei n.º 101/2001, de 25 de agosto(149).

Em segundo lugar, cumpre ter presente que, no contexto da violação de segredo para a prevenção de lesões graves de bens jurídicos de sensível superioridade se pode admitir a justificação do facto, também não há um expresso dever legal de denúncia para crimes ainda não consumados. Diferentemente do que consagram, por exemplo, os arts. 43.º e seguintes da Lei do Combate ao Branqueamento de Capitais e ao Financiamento do Terrorismo ao impor às entidades obrigadas a comunicação de operações suspeitas. No caso de uma denúncia preventiva, portanto, o árbitro tam-

---

(147) Sobre este requisito do estado de necessidade justificante, cf. Jorge de Figueiredo Dias, *Direito Penal*…, p. 536, ss.

(148) Recorde-se que o Código Penal português apenas criminaliza, através do art. 245.º, a omissão de denúncia do superior hierárquico tiver conhecimento da prática, por subordinado, de tortura e outros tratamentos cruéis, degradantes e desumanos.

(149) Ainda que haja entre as duas normas alguns (poucos) crimes coincidentes.

bém não pode ser obrigado por um dever legal, apenas podendo ter atuado com a consciência de salvaguarda do interesse preponderante. Ainda que aqui, esta atuação tenha maior relevância justificativa do que a denúncia de crimes já consumados.

8. A distinção entre árbitros e denunciantes

8.1. Por fim, o "princípio" da proteção dos denunciantes. Este princípio tem-se progressivamente consolidado no direito internacional, com evidentes reflexos na consciência jurídica nacional. Tem-se entendido que a deteção do crime organizado e a respetiva produção de prova se torna extremamente difícil sem que um *insider* ou *whistleblower* o comunique às autoridades. A proteção do *whistleblowing* tem como âmbito de aplicação pessoal original os funcionários que denunciam indícios de crimes de que tenham conhecimento no exercício das suas funções profissionais e, como âmbito funcional, a proteção contra represálias sancionatórias por quaisquer infrações de segredo profissional ou outros deveres de natureza disciplinar. Todavia, no âmbito da criminalidade económico-financeira, muito se tem reclamado uma atuação semelhante por parte dos árbitros, com o argumento de que, conhecendo os negócios das partes em detalhe, aqueles poderão estar em melhor posição para levar ao conhecimento das autoridades as práticas criminais que lhes estão subjacentes. No entanto, como veremos, não deverá ser assim.

Já com alguma tradição no horizonte jurídico norte-americano com o *Whistleblower Protection Act* (de 1989), a proteção dos denunciantes é um *princípio* que tem vindo a merecer consagração continental em textos legais e em instrumentos de direito internacional: veja-se o art. 4.º, n.º 1, da Lei n.º 19/2008, de 21 de abril([150]), o art. 33.º da Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção([151]), o art. 5.º da Convenção da OCDE sobre luta contra a corrupção de agentes públicos estrangeiros em transações

---

([150]) "*Os trabalhadores da Administração Pública e de empresas do sector empresarial do Estado, assim como os trabalhadores do sector privado, que denunciem o cometimento de infrações de que tiverem conhecimento no exercício das suas funções ou por causa delas não podem, sob qualquer forma, incluindo a transferência não voluntária ou o despedimento, ser prejudicados*".

([151]) "*Cada Estado Parte deverá considerar a incorporação no seu sistema jurídico interno de medidas adequadas para assegurar a protecção contra qualquer tratamento injustificado de quem preste, às autoridades competentes, de boa fé e com base em suspeitas razoáveis, informações sobre quaisquer factos relativos às infracções estabelecidas em conformidade com a presente Convenção*".

comerciais internacionais([152]), a resolução 1729 (2010) e a recomendação 1916 (2010), de 29 de Abril de 2010, da assembleia parlamentar do Conselho da Europa, a recomendação CM/Rec(2014)7 do Comité de Ministros do Conselho da Europa, de 30 de Abril de 2014, o art. 61.º, n.º 2, alínea *b*), da Diretiva (UE) 2015/849, de 20 de maio de 2015, relativa à prevenção da utilização do sistema financeiro para efeitos de branqueamento de capitais ou de financiamento do terrorismo([153]), e a Diretiva (UE) 2019/1937 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 23 de outubro de 2019, relativa à proteção das pessoas que denunciam infrações do direito da União. Entre nós, destaca-se o recentemente aprovado Regime Geral da Proteção dos Denunciantes, instituído pela Lei n.º 93/2021 de 20 de dezembro que transpôs aquela última Diretiva para o ordenamento jurídico nacional. Mas também tem sido um "princípio" reconhecido pela jurisprudência dos tribunais internacionais, como o demonstram os acórdãos do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, nos casos *Guja v. Moldávia*([154]), *Marchenko v. Ucrânia*([155]), *Heinisch v. Alemanha*([156]), *Bucur e Toma v. Roménia*([157]), e o bem recente *Paixão Moreira Sá Fernandes v. Portugal*([158]).

Não obstante a posição e a função de árbitro em arbitragem privada e voluntária equivalerem à de funcionário para efeito da responsabilidade criminal a título de tráfico de influência, recebimento indevido de vantagem e corrupção, parece-nos descabida a integração do juiz arbitral na categoria de *whistleblower*. Uma conclusão que em nada é beliscada pela *supra* referida Diretiva (UE) 2019/1937. Pelo contrário, a Diretiva europeia sobre proteção de denunciantes patrocina este nosso entendimento ao

---

([152]) "*As investigações e procedimentos criminais em casos de corrupção de um agente público estrangeiro estão submetidos às regras e princípios aplicáveis de cada uma das Partes. Não serão influenciados por considerações de interesse económico nacional, pelos possíveis efeitos sobre as relações com um outro Estado ou a identidade das pessoas singulares ou colectivas em causa*".

([153]) De acordo com essa norma, os Estados-Membros devem assegurar uma "[p]*roteção adequada dos funcionários ou pessoas em posição equiparada das entidades obrigadas que comuniquem infrações cometidas dentro da entidade obrigada*".

([154]) Acórdão de 12 de Fevereiro de 2008, pedido n.º 14277/04, disponível em <https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:[%22001-85016%22]}>.

([155]) Acórdão de 19 de Fevereiro de 2009, pedido n.º 4063/04, disponível em <https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:[%22001-91415%22]}>.

([156]) Acórdão de 21 de Julho de 2011, pedido n.º 28274/08, disponível em <https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:[%22001-105777%22]}>.

([157]) Acórdão de 8 de Janeiro de 2013, pedido n.º 40238/02, disponível em <https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:[%22001-115844%22]}>.

([158]) Acórdão de 25 de Fevereiro de 2020, pedido n.º 78108/14, disponível em <https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:[%22001-201434%22]}>.

fixar um âmbito pessoal e ao revelar a sua teleologia de proteção normativa, de modo mais restrito do que o modelo norte-americano.

8.2. A Diretiva começa por definir como denunciante qualquer pessoa singular que comunique ou divulgue publicamente informações sobre violações do Direito da União Europeia, obtidas no âmbito das suas atividades profissionais([159]). Acrescentando que as atividades profissionais seriam aquelas através das quais as pessoas obtêm informações sobre violações do Direito da União Europeia e no âmbito das quais essas pessoas possam ser alvo de atos de retaliação se comunicarem essas informações([160]). Depois, define como âmbito pessoal os denunciantes que, trabalhando no sector público ou privado, tenham obtido informações sobre violações em contexto profissional e os denunciantes que comuniquem ou divulguem publicamente informações sobre violações obtidas numa relação profissional que tenha, entretanto, terminado([161]). Em síntese, e atendendo aos considerandos da Diretiva, esta aplica-se a pessoas que trabalham numa organização pública ou privada ou que com ela estão em contacto no contexto de atividades profissionais e que denunciem violações do Direito da União que podem lesar gravemente o interesse público e que criam riscos significativos para o bem-estar da sociedade. Mas a marca teleológica deste regime, que auxilia na circunscrição das pessoas alvo da regulação europeia, é precisamente o risco de retaliação relacionados com as funções desempenhadas pelo denunciante. Como se pode ler no instrumento normativo em análise, "[a] *razão subjacente à proteção destas pessoas é a sua posição de vulnerabilidade económica relativamente à pessoa de quem dependem de facto para trabalhar. Se não existir esse desequilíbrio de forças na relação de trabalho,* […] *não é necessária proteção contra atos de retaliação*"([162]).

Na mesma linha segue o Regime Geral de Proteção de Denunciantes português, que, além das violações do Direito da União, dos seus interesses financeiros e das regras do mercado interno, inclui ainda no seu âmbito de proteção os denunciantes de criminalidade violenta, especialmente violenta e altamente organizada, bem como os crimes previstos na Lei n.º 5/2002, de 11 de janeiro, entre os quais se encontram a corrupção e o

---

([159]) Cf. art. 5.º, alínea 7), da Diretiva (UE) 2019/1937.

([160]) Cf. art. 5.º, alínea 9), da Diretiva (UE) 2019/1937.

([161]) Cf. art. 4.º, n.os 1 e 2, da Diretiva (UE) 2019/1937.

([162]) Cf. Considerando n.º 36. A mesma marca não deixa de ser vincada pela Directiva relativamente a pessoas que fazem uma denúncia pública diretamente, independentemente dos canais de denúncia internos de uma organização, como se encontra expresso no Considerando 81 da Directiva.

branqueamento de capitais([163]). De acordo com a lei portuguesa, é considerada denunciante a pessoa singular que denuncie ou divulgue publicamente uma infração com fundamento em informações obtidas no âmbito da sua atividade profissional, independentemente da natureza desta atividade e do setor em que é exercida([164]). E tem-se como ato de retaliação contra o denunciante o ato ou omissão que, direta ou indiretamente, ocorrendo em contexto profissional e motivado por uma denúncia interna, externa ou divulgação pública, cause ou possa causar ao denunciante, de modo injustificado, danos patrimoniais ou não patrimoniais([165]).

Na verdade, diversamente dos funcionários do sector público, dos trabalhadores do sector privado e dos normais prestadores de serviços, o árbitro não se encontra ligado por um vínculo laboral, de trabalho no exercício de funções públicas, de uma comum prestação de serviços ou de gestão de uma pessoa coletiva que pudesse justificar a extensão da proteção de denunciantes no domínio organizacional da Diretiva e da Lei n.º 93/2021 para os árbitros como membros de um sistema de resolução alternativa de litígios([166]). Isto é: a tutela do denunciante visa a descoberta de violações do Direito da União Europeia ou de criminalidade económico-financeira no seio da organização em que aquele se insere e a correspondente proteção contra sanções impostas pela organização ou pelos superiores que denunciou. O árbitro nem é um *insider* relativamente a uma qualquer organização empresarial, nem, consequentemente, poderá sofrer qualquer repercussão daquela quando seja parte num processo a seu cargo e que, hipoteticamente, denunciaria. Aliás, os exemplos que a Diretiva e a lei nacional apresentam e que indicam merecerem proteção, ainda que não possam considerar-se como trabalhadores, estão longe de poderem ser comparáveis ou sugerir sequer a inclusão dos árbitros. São eles: fornecedores, consultores, não assalariados que prestam serviços, os trabalhadores independentes, os contraentes, subcontratantes, titulares de participações sociais, membros de órgãos de gestão, pessoas cuja relação profissional tenha terminado e can-

---

([163]) Cf. art. 2.º, n.º 1, alínea *d*), da Lei n.º 93/2021 e o art. 1.º, n.º 1, alíneas *f*) e *i*), da Lei n.º 5/2002.

([164]) Cf. art. 5.º, n.º 1, da Lei n.º 93/2021.

([165]) Cf. art. 21.º, n.º 2, da Lei n.º 93/2021.

([166]) Paulo Pinto de Albuquerque, *Comentário do Código de Processo Penal*…, p. 665, recorre à consolidação do *whistleblowing* no panorama internacional como argumento para justificar a prevalência do dever de denúncia. Do texto do autor, contudo, retira-se que não foi considerada a hipótese de alguém ser funcionário para a lei penal, mas não ser trabalhador em sentido próprio, nem do sector público, nem do sector privado. O juiz árbitro cai fora daquele conceito que pressupõe subordinação jurídica no exercício da profissão e, consequentemente, do âmbito pessoal de aplicação do art. 4.º da Lei 19/2008 e do art. 5.º da Lei n.º 93/2021.

didatos a emprego ou pessoas que desejem prestar serviços a uma organização, voluntários e estagiários remunerados ou não remunerados. E o árbitro, pelo menos em arbitragem privada e voluntária, é intrínseca e funcionalmente distinto de todas estas categorias de pessoas.

Por outro lado, há que salientar ainda três aspetos da proteção de denunciantes que decorrem da Diretiva e da lei nacional. O primeiro é ser condição do benefício da proteção não só a denúncia de atos ou omissões ilícitos, mas também atos ou omissões que contrariam o objetivo ou a finalidade das regras dos atos e domínios da União abrangidos pelo âmbito de aplicação material da Diretiva. O segundo é a exigência de proteção relativamente a violações consumadas, àquelas que ainda nem ocorreram e mesmo a tentativas de ocultar violações. E o terceiro é a indicação de a proteção dos denunciantes enquanto fontes jornalísticas ser crucial para salvaguardar o papel de "vigilante" do jornalismo de investigação nas sociedades democráticas([167]).

Destas três linhas do regime da proteção de denunciantes, nenhuma poderia ser transposta para os árbitros, mesmo cumprindo um dever de denúncia obrigatória. É inimaginável que a função de árbitro, legitimada pela lei, por inúmeros instrumentos normativos internacionais e pela vontade das partes, pudesse sobreviver se também lhe fosse exigido que denunciasse atos ou omissões não formalmente ilegais-criminais, mas apenas que contrariassem o escopo ou o fim das regras dos atos e domínios da União abrangidos pelo âmbito de aplicação material da Diretiva([168]), tal como se denunciasse tentativas de ocultar este tipo de violações que podem já ou ainda não ter sido consumadas([169]). Sendo também incogitável que o interesse da liberdade de informação e investigativa dos jornalistas pudesse sobrepor-se à confidencialidade na arbitragem como meio

---

([167]) Cf. considerando n.º 36 da Diretiva (UE) 2019/1937.

([168]) Nos casos em que o interesse normativo da União Europeia extravasa a competência penal identificada limitada aos domínios de criminalidade identificados no art. 83.º, n.º 1, do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia, é através da previsão da obrigação de criar tipos de infrações contraordenacionais que conduz a sua política sancionatória. Estas contraordenações podem tutelar bens jurídicos de grande importância para o interesse público, em setores como a concorrência, o sistema financeiro, os seguros, a auditoria, e os valores mobiliários. E nem por isso se discute a obrigação dos árbitros de denunciar atentados ao interesse público que apenas são punidos a título contraordenacional. De onde resulta que o interesse público não pode servir, por si só, para legitimar acriticamente a denúncia dos árbitros.

([169]) Porque, como vimos, só as mais graves violações de direito criminal e em ponderadas circunstâncias concretas é que, em certos casos, podem as denúncias estar cobertas por uma justificação de ilicitude a título de estado de necessidade, não sendo recomendável alargar a qualquer crime essa justificação, muito menos a infrações não criminais.

alternativo de resolução de litígios, como também não se deverá, em princípio, sobrepor ao segredo de justiça([170]).

8.3. Em apertada síntese, a teleologia da tutela da Diretiva de proteção dos denunciantes ou *whistleblowers* parece projetar os árbitros para fora do seu âmbito pessoal, dando suporte à ideia de a legitimação da violação de segredo que regula é incompatível com a confidencialidade adstrita à função arbitral imposta pela teleologia deste mecanismo de resolução alternativa de conflitos([171]). E o TEDH, tanto quanto observámos, nunca se debruçou sobre o problema da denúncia por parte de árbitros, mas insiste, nos vários acórdãos sobre denunciantes, no juízo de necessidade das denúncias numa sociedade democrática([172]).

Se numa sociedade liberal e democrática, se compreende que sejam protegidos os denunciantes, não só de represálias laborais ou atinentes às

---

([170]) Além disso, há algumas outras notas do Regime Geral de Proteção de Denunciantes português que aconselham uma interpretação exigente relativamente a quem pode ser considerado denunciante. Entre muitas outras, podermos salientar a circunstância de este regime apenas ressalvar, quanto à proteção do segredo, o direito nacional ou da União sobre informações classificadas, segredo religioso, segredo profissional do médico, dos advogados e dos jornalistas e o segredo de justiça. Trata-se de uma escolha de tipologias de segredo muito discutível, sem paralelo, por exemplo, no regime do art. 135.º, n.º 1, do Código de Processo Penal que se refere às "*demais pessoas a quem a lei permitir ou impuser que guardem segredo*" e na decisão legislativa da incriminação de violação de segredo do art. 195.º do Código Penal não seguir o modelo alemão de descrição exaustiva dos tipos de segredo criminalmente tutelados.

([171]) O mesmo devendo valer relativamente à denúncia de irregularidades consagrada no art. 108.º da Lei do Combate ao Branqueamento de Capitais e ao Financiamento do Terrorismo.

([172]) Num breve olhar sobre a jurisprudência do TEDH sobre o tema, quanto à inserção do denunciante numa organização, destaca-se o caso *Guja v. Moldávia*, em que o Tribunal protege um denunciante que fazia parte de uma organização pública, tal como o caso *Heinisch v. Alemanha*, no qual a denunciante trabalhava numa empresa cujo capital era maioritariamente detido por uma pessoa coletiva pública. Já no caso *Marchenko v. Ucrânia*, o Tribunal não censurou a condenação, pelos tribunais ucranianos, de um sindicalista que fez uma denúncia pública de peculato alegadamente cometido por uma professora numa escola pública, apenas tendo julgado que a pena de prisão (ainda que suspensa) foi para lá do necessário na proteção da reputação como limite à liberdade de expressão do denunciante. E, no relativamente recente acórdão *Paixão Moreira Sá Fernandes v. Portugal*, o TEDH considerou ter havido violação do art. 6.º, n.º 1, da Convenção Europeia dos Direitos do Homem, pelo facto de o Tribunal da Relação de Lisboa não se ter pronunciado sobre a imprescindibilidade de uma gravação feita por um advogado, que levou à condenação de quem lhe pretendia oferecer dinheiro em troca do exercício de influência sobre um funcionário público — e seu irmão — relativamente à legalidade de um contrato, tendo acabado por condenar o advogado pelo crime de gravações ilícitas. Porém, atente-se no facto de que, aqui, o TEDH não julgou ser necessária uma proteção absoluta dos denunciantes de corrupção. Aquilo que o TEDH verdadeiramente censurou ao Estado português foi a falta de uma ponderação sobre os valores da ordem jurídica na sua globalidade, em especial face ao direito de necessidade, prosseguidos pelo advogado associado à investigação e que tal ausência influenciou de forma determinante o juízo de culpa que sobre ele acabou por recair.

funções exercidas, mas também relativamente ao crime de violação de segredo, quando aqueles se insiram numa organização pública ou privada no seio da qual detetaram práticas criminais suficientemente graves, o mesmo não pode ser dito quando o denunciante seja um árbitro obrigado ao sigilo inerente a um processo arbitral. Porque é preciso não perder de vista que o seu lugar no sistema de justiça é diferente.

A propósito, recordamos José de Faria Costa, quando defende que a heroicização dos denunciantes representa uma "*medievalização da justiça*"(173), devendo ter-se as maiores cautelas nas soluções jurídicas e decisões a eles respeitantes onde se joga verdadeiramente o Estado de Direito. E, neste tema, não podemos senão lembrar também a síntese de António Menezes Cordeiro, a propósito da Lei da Arbitragem Voluntária, através da qual alerta: o dever de denúncia "*é uma velha queda lusitana, que remontará à Inquisição, a Pina Manique e às polícias republicanas. Temos protestado em diversas obras: existem autoridades devidamente habilitadas, não cabendo a cada um arvorar-se em (pequeno) polícia*"(174).

9. Conclusão

Numa palavra, a confidencialidade não é *conditio sine qua non* de toda e qualquer arbitragem, mas, quando existe — designadamente em arbitragem privada e voluntária — deve ser respeitada. São criminalmente relevantes as denúncias de árbitros que quebrem o sigilo para participar na luta contra a criminalidade económico-financeira. Mesmo quando possam estar cobertas pela exclusão da ilicitude a título de estado de necessidade, devem limitar-se ao absolutamente necessário só sendo legítima a prestação de informações detalhadas quando as autoridades já se encontram a desenvolver investigações, suposto sempre o respeito de todos os princípios de processo penal, incluindo os relativos à obtenção de prova e o *nemo tenetur*.

Não deve fazer valer-se a ideia de que relativamente aos juízes árbitros, em arbitragem privada e voluntária, as obrigações legais ou contratuais de confidencialidade não são fonte de imputação de qualquer respon-

---

(173) Intervenção de José de Faria Costa, no colóquio "Prevenção da Corrupção no Estado de Direito: valor e limites dos regimes de *compliance* e das soluções de colaboração premiada", no dia 4 de Março de 2020, na Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa.

(174) António Menezes Cordeiro, *Tratado da Arbitragem*…, p. 307.

sabilidade pela violação de segredo quando estes façam uma denúncia. Não estando o árbitro inserido numa organização e não havendo exclusão da ilicitude para a denúncia de factos de potencial relevo jurídico-penal, como sucede nos casos de administração repressiva da justiça penal que explicitámos, os árbitros não poderão invocar (*i.e.* com sucesso), como meio de defesa, a simples necessidade da denúncia para revelar a violação da confidencialidade. O intérprete terá sempre de fazer a distinção entre denúncia preventiva e denúncia póstuma, atestar a gravidade do crime denunciado e, ainda, a possibilidade de, nos casos em que não foi o tribunal arbitral que espontaneamente descobriu o(s) ilícito(s) criminal(is), a parte que invoca a prática do crime por parte da sua contraparte poder fazer, por si mesma, a denúncia.

É evidente que os tribunais arbitrais não têm competência para aplicar normas de direito penal, não podendo aplicar sanções penais, competência que pertence exclusivamente aos tribunais estaduais. Ainda assim, estarão habilitados a retirar as consequências de direito privado decorrentes da descoberta de um ilícito penal. O tribunal arbitral pode e deve retirar efeitos civis da prática de crimes no âmbito da relação contratual que delimita a sua competência, de forma a garantir que as suas decisões respeitam a ordem pública internacional do Estado onde irão ser executadas. Porém, tal não significa que os tribunais arbitrais possam aplicar lei penal ou que devam cumprir funções de política criminal, incompatíveis com a natureza da função jurisdicional que desempenham. Que manifestamente não é de soberania nem de investigação criminal.

Bibliografia

Adán Nieto Martín, "La lucha contra la corrupción en la Constitución Europea", *in Fraude y Corrupción en el Derecho penal económico europeo. Eurodelitos de corrupción y fraude* (Coord. Luis Arroyo Zapater/Adán Nieto Martín), Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, 2006, pp. 79-88.

____, "El Concepto de Funcionario Público (art. 1)", *in Fraude y Corrupción en el Derecho penal económico europeo. Eurodelitos de corrupción y fraude* (Coord. Luis Arroyo Zapater/Adán Nieto Martín), Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, 2006, pp. 89-101.

Aníbal Sabater, Lídia Rezende, "An Arbitrator's Obligation to Use Reasonable Efforts to Issue an Enforceable Award and Its Interaction with the New York Convention", *Spain Arbitration Review/Revista del Club Español del Arbitraje* (Wolters Kluwer España 2019, Volume 2019 Issue 34), 33-45.

António Manuel Almeida Costa, *Comentário Conimbricense do Código Penal* (Dirigido por Jorge de Figueiredo Dias), Tomo III (artigos 308.º a 386.º), Coimbra Editora, 2001.

António Menezes Cordeiro, *Tratado da Arbitragem em Comentário à Lei 63/2011, de 14 de dezembro*, Almedina, 2015.

António Sampaio Caramelo, "Condução do Processo Arbitral. Comentários aos Artigos 30.º a 38.º da Lei da Arbitragem Voluntária", *in Revista da Ordem dos Advogados*, Ano 73, Tomo II/III, Abril-Setembro, 2013, pp. 669.742.

Armindo Ribeiro Mendes, *Lei da Arbitragem Voluntária Anotada* (coord. Dário Moura Vicente), Almedina, 2015, 2.ª ed. revista e atualizada, pp. 83-86.

Artur Flamínio da Silva/António Pedro Pinto Monteiro, "Publicidade vs. Confidencialidade na Arbitragem Desportiva Transnacional", *in Revista de Arbitragem e Mediação*, Vol. 50, ano 13, Jul.-Set., 2016, pp. 428-448.

Artur Flamínio da Silva, Daniela Mirante, "Da constitucionalidade da arbitragem necessária: o caso da arbitragem no Direito do Consumo", *Revista Internacional de Arbitragem e Conciliação*, Vol. XIII, 2020, p. 91.

Augusto Silva Dias, "O Direito à Não Auto-Inculpação no Âmbito das Contra-Ordenações do Código dos Valores Mobiliários", *in Revista de Concorrência e Regulação*, Ano I, Número 1, Janeiro-Março, 2010, pp. 238-265.

Carlos Blanco de Morais, "Problemas Constitucionais da Arbitragem Necessária em Portugal", *Arbitragem em Direito Público* (org. Nuno Villa-Lobos e Tânia Carvalhais Pereira), FGV Projetos, pp. 39-46, disponível em disponível em <https://fgvprojetos.fgv.br/sites/fgvprojetos.fgv.br/files/fgv_publicacao_arbitragem_miolo.pdf>.

Cláudia Cruz Santos, "O Crime Ambiental: crime organizacional ou crime organizado?", *in Revista do Centro de Estudos de Direito do Ordenamento, do Urbanismo e do Ambiente*, 2/3, 2000, pp. 81-89.

____, "Considerações Introdutórias (ou algumas Reflexões Suscitadas pela «Expansão» das Normas Penais sobre Corrupção)", *in* Cláudia Cruz Santos/Claudio Bidino/ /Débora Thaís de Melo, *A Corrupção*: *Reflexões (a Partir da Lei, da Doutrina e da*

Jurisprudência) sobre o seu Regime Jurídico-Criminal em Expansão no Brasil e em Portugal, Coimbra Editora, 2009, pp. 7-40.

____, "A Corrupção de Agentes Públicos em Portugal: Reflexões a partir da Lei, da Doutrina e da Jurisprudência", *in* Cláudia Cruz Santos/Claudio Bidino/Débora Thaís de Melo, *A Corrupção: Reflexões (a Partir da Lei, da Doutrina e da Jurisprudência) sobre o seu Regime Jurídico-Criminal em Expansão no Brasil e em Portugal*, Coimbra Editora, 2009, pp. 99-152.

Claudio Bidino, "O problema específico da corrupção no setor privado (no Brasil e em Portugal)", *in* Cláudia Cruz Santos/Claudio Bidino/Débora Thaís de Melo, *A Corrupção: Reflexões (a Partir da Lei, da Doutrina e da Jurisprudência) sobre o seu Regime Jurídico-Criminal em Expansão no Brasil e em Portugal, Coimbra Editora, 2009,* pp. 203-256.

David Silva Ramalho, *Métodos Ocultos de Investigação Criminal em Ambiente Digital*, Almedina, 2017.

Derains, Schwartz, A Guide to ICC Rules of Arbitration, p. 385

Domitille Baizeau/Juliette Richard, "Addressing the Issue of Confidentiality in Arbitration Proceedings: How Is This Done in Practice?"*, in Confidential and Restricted Access Information in International Arbitration*, Association Suisse de l'Arbitrage Special Series, n.º 43, 2016, pp. 53-78.

Domitille Baizeau/Tessa Hayes, "The Arbitral Tribunal's Duty and Power to Address Corruption Sua Sponte", *in International Arbitration and the Rule of Law: Contribution and Conformity*, ICCA Congress Series, Volume 19 (Kluwer Law International 2017), pp. 225-265.

Dragor Hiber, Vladimir Pavić, "Arbitration and Crime", *Journal of International Arbitration*, Volume 25, Issue 4, Kluwer Law International, 2008, pp. 461-478

Eduardo Maia Costa, *Código de Processo Penal Comentado* (Henriques Gaspar, Santos Cabral, Maia Costa, Oliveira Mendes, Pereira Madeira, Henriques da Graça), Almedina, 2.ª ed. revista, 2016.

Edwin Sutherland, "White-Collar Criminality", *in American Sociological Review*, Vol. 5, February 1940, Number 1, pp. 1-12.

Elisa Rangel Nunes, "A confidencialidade na arbitragem voluntária: uma questão de preservação de valores éticos?", *in Arbitragem Comercial: Estudos Comemorativos dos 30 anos do Centro de Arbitragem Comercial da Câmara de Comércio e Indústria Portuguesa* (Coord. António Menezes Cordeiro), Almedina, 2019, pp. 331-352

Guilherme Recena Costa, "Integração contratual, confidencialidade na arbitragem e segredo de justiça", *in Revista de Arbitragem e Mediação*, Vol. 48, ano 13, Editora Revista dos Tribunais, jan-mar (2016), pp. 69-89.

Helena Moniz, *Comentário Conimbricense do Código Penal* (Dirigido por Jorge de Figueiredo Dias), Tomo III (artigos 308.º a 386.º), Coimbra Editora, 2001.

J.J. Gomes Canotilho, Vital Moreira, *Constituição da República Portuguesa*, Anotada, II, 2010, p. 551.

John Braithwaite, "*Transnational Corporations and Corruption: Towards Some International Solutions*", *in International Journal of the Sociology of Law*, 1979, 7, pp. 125-142.

____, "Poverty, Power, White-Collar Crime and the Paradoxes of Criminological Theory", *in The Australian and New Zealand Journal of Criminology*, 1991, 24, pp. 40-50.
____, "Zero Tolerance, Naming and Shaming: Is There a Case for it with Crimes of the Powerful?", *in The Australian and New Zealand Journal of Criminology*, 2002, 35, pp. 269-288.

Jorge Alves Morais/Joana Matos Lima, *Código dos Valores Mobiliários Anotado*, Quid Juris — Sociedade Editora, 2015.

Jorge de Figueiredo Dias, *Direito Processual Penal*, Coimbra Editora, reimpressão, 2004.
____, *Direito Penal*, Parte Geral, Tomo I, Gestlegal, 3.ª ed., 2019.

José António Fichtner/Sergio Nelson Mannheimer/André Luís Monteiro, "A confidencialidade na arbitragem: regra geral e exceções", *in Revista de Direito Privado*, ano 13, Vol. 49, jan-mar (2012), Editora Revista dos Tribunais, pp. 227-285.

José Manuel Damião da Cunha, *Comentário Conimbricense do Código Penal* (Dirigido por Jorge de Figueiredo Dias), Tomo III (artigos 308.º a 386.º), Coimbra Editora, 2001, pp. 808-823.
____, *A Reforma Legislativa em Matéria de Corrupção — uma análise crítica das leis n.os 32/2010, de 2 de Setembro, e 41/2010, de 3 de Setembro*, Coimbra Editora, 2011.

Juan Fernandéz-Armesto, "The time has come. A Plea for Abandoning Secrecy in Arbitration", *in Les Cahiers de l'Arbitrage/The Paris Journal of International Arbitration*, 2012-3, pp. 583-588.

Kathrin Betz, "Arbitration and Corruption: A Toolkit for Arbitrators", *in Journal of Anti-Corruption Law*, Volume 2, Number 2, 2018, pp. 183-195.

Knut Amelung, "El concepto de «bien jurídico» en la teoria de la protección penal de bienes jurídicos", *in La Teoría del Bien Jurídico. ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?*, Marcial Pons, Madrid, 2016, pp. 221-257.

Manuel Lopes Maia Gonçalves, *Código de Processo Penal Anotado*, Almedina, 17.ª ed., 2009.

Manuel da Costa Andrade, *Comentário Conimbricense do Código Penal* (Dirigido por Jorge de Figueiredo Dias), Tomo I (artigos 131.º a 201.º), Coimbra Editora, 2.ª ed., 2012.
____, *Consentimento e Acordo em Direito Penal*, Coimbra Editoria, 2004.

Margaret L. Moses, *The Principles and Practice of International Commercial Arbitration*, p. 79.

Mário Aroso de Almeida, "Breves Apontamentos sobre a Arbitragem de Direito Administrativo em Portugal", *Arbitragem em Direito Público* (org. Nuno Villa-Lobos e Tânia Carvalhais Pereira), p. 50.

Mário Esteves de Oliveira (coord.), *Lei da Arbitragem Voluntária Comentada*, Almedina, 2014.

Marlon Meza-Salas, *Confidentiality in International Commercial Arbitration: Truth or Fiction?*, Kluwer Arbitration Blog, 2018, disponível em <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2018/09/23/confidentiality-in-international-commercial-arbitration-truth-or-fiction/>.

Maria Almeida e Silva, "Jogar às escondidas: quando a não produção de documentos pode resultar em inferências negativas", *in Lisbon Arbitration by Morais Leitão*, 2019,

disponível em <https://lisbonarbitration.mlgts.pt/pt/artigos/jogar-as-escondidas-quando-a-nao-producao-de-documentos-pode-resultar-em-inferencias-negativas/89/>.

Maria João Antunes, *Direito Processual Penal*, Almedina, 2.ª ed., 2018.

Mariana Soares David, "Os poderes do tribunal arbitral em matéria de prova, no âmbito da actual lei de arbitragem voluntária", *in Revista Internacional de Arbitragem e Conciliação*, n.º 9, 2016, pp. 57-85.

Matthew Axelrod/Doug Davidson/Adam Lurie/Douglas Tween, "Law and Practice USA", *in Chambers Global Practice Guide — Anti-Corruption* (Contributing Editor Kiril Bougartchev), Chambers & Partners, 2019, p. 264-272.

Mayank Samuel, *Confidentiality in International Commercial Arbitration: Bedrock or Window-Dressing*, Kluwers Arbitration Blog, 2017, disponível em <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2017/02/21/confidentiality-international-commercial-arbitration-bedrock-window-dressing/>.

Michael Hwang S.C./Katie Chung, "Defining the Indefinable: Practical Problemas of Confidentiality in Arbitration", *in Journal of International Arbitration*, Kluwer Law international, 26(5), 2009, pp. 609-645.

Nikolaus Bosch, "Der Schutz vor Verletzung von Privatgeheimnissen durch § 203 StGB", *in JURA — Juristische Ausbildung*, 2013(8), pp. 780-791.

Nuno Brandão, "Bens Jurídicos Colectivos e Intervenção Penal Cumulativa", *in Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, ano 25, n.os 1 a 4, Janeiro-Dezembro, 2015, pp. 9-94.

Paulo de Sousa Mendes, *Lições de Direito Processual Penal*, Almedina, 2018.

Paulo Pinto de Albuquerque, *Comentário do Código de Processo Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, Universidade Católica Editora, 4.ª ed. actualizada, 2018.

____, *Comentário do Código Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, Universidade Católica Editora, 3.ª ed. actualizada, 2015.

Pedro Caeiro, *Fundamento, Conteúdo e Limites da Jurisdição Penal do Estado*, Coimbra Editora, 2010, 1.ª ed.

Rui Tavares Lanceiro, "A jurisprudência constitucional e a arbitragem necessária", *Estudos em Homenagem ao Conselho Presidente Joaquim de Sousa Ribeiro*, Almedina, 2019, 401-436, p. 436.

Rui Patrício, *A presunção da inocência no julgamento em processo penal — Alguns problemas*, Almedina, 2019.

Rui Patrício/Nuno Igreja Matos, "Corrupção e Branqueamento: das Relações Incestuosas às (A)Tipicidades", *in Estudos Projeto Ethos: Corrupção e Criminalidade Económico Financeira*, Procuradoria-Geral da República, 2018, pp. 51-79.

Susana Aires de Sousa, "Ações encobertas (e outras figuras próximas) na investigação da criminalidade económico-financeira", *in Julgar*, n.º 38, Maio-Agosto, 2019, pp. 31-44.

Tiago da Costa Andrade, "Nemo tenetur se ipsum accusare: um novo olhar a partir do Direito da Concorrência, no sentido da sua extensão ao processo contra-ordenacional e às

pessoas colectivas", *in Revista de Concorrência e Regulação*, Ano VII, Número 31, Julho-Setembro, 2017, pp. 179-214.

____, *O Crime de Burla: Bem Jurídico e Imputação Objectiva*, Almedina, 2019.

Vânia Costa Ramos, "Nemo tenetur se ipsum accusare e Concorrência: Jurisprudência do Tribunal de Comércio de Lisboa", *in Revista de Concorrência e Regulação*, Ano I, Número 1, Janeiro-Março, 2010, pp. 175-198.

PARECER DO CONSELHO SUPERIOR

Processo n.º ……

Insuficiência económica/Advogado Estagiário/Alteração superveniente/Soluções manifestamente desrazoáveis no Procedimento Administrativo(*)

Recorrente: Conselho Regional de ……
Recorrido: Conselho Geral da Ordem dos Advogados
Relator: Conselheiro Dr. Júlio Elvas Pinheiro

Relatório

Vem o Ex.mo Sr. Dr……., Presidente do Conselho Regional de ……..da Ordem dos Advogados, a fls. e sgs. **interpor recurso para o Plenário do Conselho Superior** da Decisão, de fls. …..e sgs., de …….. de Maio de 2021 do Conselho Geral da Ordem dos Advogados, cuja Ex.ma Vogal, Sra. Dra. ……, considerou procedente o recurso hierárquico interposto pela Ex.ma Sra. Advogada Estagiária, Dra. ……, contra a Decisão do Conselho Regional de Lisboa que indeferira a isenção do pagamento de taxas e emolumentos por aquela solicitado.

Invoca o Recorrente, para aquela interposição, os art. 6.º, n.os 1 e 2 e art. 44.º do nosso Estatuto (Lei 145/2015, de 9 de Setembro).

Os autos foram recebidos e admitidos, por Despacho da Exma. Vogal do Conselho Geral de fls. ……, tendo subido em conformidade e sido

---

(*) Aprovado por maioria pelo Plenário do Conselho Superior, reunido em sessão do dia 21 de Fevereiro de 2022, com o voto contra do Conselheiro Dr. João Paulo Pimenta

conclusos ao Relator em …… de Outubro de 2021 na sequência de Despacho da Ex.ma Senhora Presidente do Conselho Superior de ……. de Setembro de 2021.

O Despacho em crise

Conforme fls. …… e sgs., escreveu a Ex.ma Vogal do Conselho Geral:

> "A Sra. Advogada Estagiária, vem apresentar Recurso Hierárquico para o Conselho Geral da Ordem dos Advogados, com vista à anulação do despacho proferido a …… de 2020 pelo Conselho Regional de …… que indeferiu a isenção de pagamento de taxas e emolumentos solicitada.

No documento datado de ……. 2021., a Ex.ma Sra. Advogada Estagiária interpõe recurso, com base na última parte do n.º 2 da Deliberação n.º 855/2011, de 30 de Março, DR II.ª Série, e solicita uma reavaliação da sua condição económica superveniente, anexando três documentos comprovativos da insuficiência que sempre alegou e que, segundo a própria, agudizou no último ano. (…)

Em consonância com a Deliberação n.º 1142/2018, de 16 de Outubro, que define a tabela de emolumentos aplicável ao Curso de Estágio de 2019 até à presente data a recorrente deveria ter liquidado os emolumentos constantes dos pontos 8.1. e 8.2 da referida deliberação, num valor total de €1000.00 (€700.00 + €300.00).

No acto de inscrição solicitou a isenção de pagamento de taxas e emolumentos, concluindo-se que tal pedido foi levado a cabo em tempo oportuno (…).

Quanto ao exigido no n.º 2 da Deliberação n.º 855/2011, de 30 de Março, onde consta que **"ficam isentos de pagamento de taxas de emolumentos os estagiários que demonstrem no acto de inscrição que beneficiaram de bolsa de estudo em todos os anos de frequência do curso de Direito, sem prejuízo da possibilidade da Ordem dos Advogados reavaliar a sua situação económica por alteração superveniente**", verificamos que a recorrente não beneficiou da bolsa de estudos em todos os anos de frequência da licenciatura, nomeadamente nos anos 2014/2015 e 2018/2019, portanto não preenche tal requisito. **Contudo, o próprio normativo refere ter a Ordem dos Advogados a possibilidade de reavaliar a situação económica superveniente dos recorrentes.**

Ora esta salvaguarda constante do n.º 2 serve precisamente para que a Ordem possa ser justa, no sentido de que, todos sabemos, as condições de cada um podem alterar-se de um momento para o outro, e a situação pandémica que vivemos veio demonstrar isso mesmo.

A Ex.ma Sra. Advogada Estagiária anexou ao seu pedido de reavaliação da situação económica três documentos:

— o primeiro dos quais respeitante ao valor salarial que auferiu em Janeiro e Fevereiro do presente ao de 2021;

— o documento n.º 2 reporta-se à Declaração de IIRS referente ao ano transacto de 2020;

— o documento n.º 3 ao empréstimo contraído junto da Caixa Geral de Depósitos/Crédito Universitário, que lhe permitiu que concluísse a sua formação.

O despacho datado de 6 de Abril de 2021 do Ex.mo Sr. Vogal com o Pelouro da Seção de Inscrições **mantém a decisão recorrida e é completamente omisso quanto aos documentos juntos, não fazendo qualquer referência à situação** atual da recorrente, sendo nosso entendimento que tal deveria ter sido devidamente avaliado e ponderado.

Parece-nos claro que a Ordem não se deve cingir apenas e só ao requisito do benefício da bolsa em todos os anos da licenciatura, mas antes apreciar toda a documentação junta, ter em atenção as alterações supervenientes a nível económico da recorrente, tal como prescreve o n.º 2 in fine da Deliberação n.º 855/2011, de 30 de Março.

Dos documentos carreados para os autos é notória a insuficiência económica da recorrente. Note-se que, mesmo à data da inscrição, aquando do pedido e atenta toda a documentação junta, poder-se-ia aferir dessa mesma insuficiência económica. O próprio Conselho Regional de …… da Ordem dos Advogados admite que os rendimentos da recorrente são insuficientes, vertendo no seu despacho([1]) datado de …… de Fevereiro de 2021 o deferi-

---

([1]) Por Despacho de …… Fevereiro de 2021, de fls. ……, do Ex.mo Vogal com o Pelouro das Inscrições do Conselho Regional de ……: *i*) **indeferiu a isenção do pagamento da taxa de emolumentos**, referindo que " de acordo com o disposto no n.º 2 da Deliberação n.º 855/2011, de 30.03 (DR. II.ª Série) é requisito para atribuição da isenção de pagamento de taxas de emolumentos que o (a) Requerente tenha beneficiado de bolsa de estudo por insuficiência económica em todos os anos de frequência da licenciatura, cumulativamente. Ainda assim, poderá a Ordem reavaliar a condição económica superveniente dos Requerentes"; *ii*) **autorizou o pagamento faseado dos emolumentos**, refe-

mento, a título excecional, do pagamento faseado dos emolumentos em cinco prestações mensais e sucessivas no valor de €200.00 cada.

Pelo exposto, dá-se provimento ao recurso interposto pela Exma. Advogada Estagiária, concedendo-se isenção do pagamento das taxas e emolumentos à recorrente por comprovada insuficiência económica".

Recurso

O Recorrente formula uma Questão Prévia, onde refere, designadamente:

> "Existe, como se tenciona demonstrar, um claro erro jurídico na análise desenvolvida pelo Conselho Geral. Todavia, o que verdadeiramente impressiona é a situação de singular desigualdade, com potenciais consequências sistémicas naquilo que são as condições de acesso à profissão dos demais Advogados-Estagiários. Em rigor, parece que o Conselho Geral se deixou impressionar com a situação particular da Advogada Estagiária recorrente, criando, em resposta, uma solução de exceção, ao arrepio das regras que esse próprio órgão criou, nomeadamente no constante da Deliberação n.º 855/2011, de 30 de Março e que, aparentemente, decide manter válidas e eficazes na ordem jurídica. Tal derrogação singular de regras é inadmissível (por violação do princípio da inderrogabilidade singular dos regulamentos, consagrado no art. 142.º do Código do Procedimento Administrativo) e leva, como se verá, à ilegalidade do caso".

Sob título "Da correta interpretação do regime jurídico aplicável previsto da Deliberação do Conselho Geral n.º 855/2011, o Recorrente transcreve os seguintes Considerados da sobredita Deliberação:

> "G) Em resultado do novo modelo de formação, mais exigente, ínsito no Regulamento Nacional de Estágio aprovado pelo Conselho Geral, e, bem assim, do acesso ao estágio por parte de candidatos a advogados com menos de 5 anos de licenciatura, torna-se necessário adequar os emolumentos previstos na Tabela de Emolumentos e Preços, para a fase de formação inicial e complementar do estágio e para a inscrição como advogado;
>
> H) Tal alteração deve ser de modo a que os custos do acesso à profissão, não sendo para já assumidos pelo Estado, como acontece no caso dos magistrados, sejam suportados por quem pretenda aceder à profissão e não pela Ordem dos Advogados;

---

rindo que "tendo contudo em consideração os rendimentos, defere-se excecionalmente o pagamento faseado dos emolumentos, referente aos pontos 8.1 e 8.2 da Deliberação n.º 1142/2018 de 16 de Outubro, no valor total de 1000.00 Euros, em cinco prestações mensais (…)".

I) A diferente realidade dos vários Conselhos Distritais, quer quanto ao número de estagiários, quer quanto às condições dos respetivos Centros Distritais de Estágio, quer quanto às acessibilidades, e, outrossim, a necessidade, por imperativo legal, de definir valores emolumentares uniformes para todo o país."

Transcreve também a norma da Deliberação n.º 855/2011 em causa:

"2. Ficam isentos do pagamento de taxas de emolumentos os estagiários que demonstrem, no acto de inscrição, que beneficiaram de bolsa de estudo, em todos os anos de frequência do curso de Direito, sem prejuízo da possibilidade de a Ordem dos Advogados reavaliar a sua situação económica por alteração superveniente".

E argumenta como se transcreve:

"A referência à possibilidade de reavaliação da situação económica por alteração superveniente constitui já outra disposição normativa que precariza a decisão tomada, tornando-a passível de alteração futura, se a realidade material vier a revelar ser desnecessária a medida de apoio concedido. Essa diversa realidade normativa esta bem espelhada na utilização das expressões "sem prejuízo", "reavaliação" e "alteração superveniente".

Isto é, a decisão originária está submetida ao bloco da legalidade, submissão que abrange as regras que ela própria cria, materializando e sedimentado a segurança jurídica necessária ao funcionamento coerente do nosso ordenamento.

É certo que de um ponto de vista material e atendendo ao objetivo da norma se pode discutir se a solução adotada é a mais adequada ou se existirá solução mais consentânea com o objetivo pretendido. (…)

Ora o referido normativo regulamentar estipula que a regra aplicável a todos os candidatos ao curso de estágio da Ordem dos Advogados é o pagamento, no ato de inscrição e nas fases posteriores, do montante fixado na Deliberação n.º 1142/2018, de 16 de Outubro. Não obstante, e como exceção, o normativo legal prevê os enunciados requisitos cumulativos para atribuição, aos Advogados Estagiários, de isenção de pagamento de taxas de emolumentos. (…)

(….) Salvo o devido respeito, a interpretação realizada não se coaduna com a letra da lei, nem com as circunstâncias em que a mesma foi elaborada. Em primeiro lugar, porque a situação regulamentada pelo n.º 2 da Deliberação n.º 855/2011, de 30 de Março, destina-se às situações excecionais em que os candidatos a Advogados-Estagiários tenham obtido bolsa de estudos em todos os anos de frequência da licenciatura, o que só assim lhes permitirá o acesso à profissão isentos do pagamento de qualquer taxa e emolumento.

Em segundo lugar, a parte final do preceito salvaguarda as situações de alteração de situação económica nos casos em que a Ordem dos Advogados, atenta a análise da documentação necessária e exigida, entregue pelos candidatos, constate que já não se verifica uma necessidade económica que justifique a isenção de taxas e emolumentos. **E não o inverso"**.

E ainda:

> "De todo o modo, é convicção deste Conselho Regional que a interpretação normativa não poderá ser acolhida no acto impugnado, pois não pode ser considerado pelo intérprete o pensamento legislativo que não tenha na letra um mínimo de correspondência verbal, ainda que imperfeitamente expresso (Ascensão. J. Oliveira, "Interpretação das leis, integração das lacunas, aplicação do princípio da analogia", p. 916). (…) Contudo, tal aplicação analógica não é possível, pois a mesma pressupunha a existência de um caso omisso que mereça ser juridicamente regulado, o que não sucede. (….).

O Conselho Geral, com emissão de normas regulamentares, auto vinculou-se, eliminando o poder discricionário que, na matéria, pudesse ter. (….)

De outro modo, tal orientação será objetivamente contrária às regras de interpretação previstas e reguladas nos arts. 8.º a 10.º do Código Civil, que proíbe decisões casuísticas sem qualquer enquadramento legal, para além de violar conforme inicialmente referido, o princípio da inderrogabilidade singular dos regulamentos, consagrado no art. 142.º do Código do Procedimento Administrativo".

Conclui o respetivo recurso pedindo a impugnação do acto impugnado, mantendo como tal o indeferimento do pedido de isenção de taxas e emolumentos solicitado pela Senhora Advogada Estagiária.

Opinião

Depara-se neste recurso uma estrita questão de Direito, porquanto inexistem, no essencial, divergências entre Recorrente e Recorrido, acerca da factualidade relevante, que cumprisse previamente apreciar.

A Deliberação do Conselho Geral **de 7 de Junho** de 2018, publicada na II.ª Série do DR de 16 de Outubro, modificou a Tabela de Emolumentos e Preços vigorando, para serem aplicados logo no Curso de Estágio de 2019, os seguintes emolumentos:

> "8.1 — A pagar no ato de recebimento do pedido de inscrição — 700.00;

8.2 — A pagar até 5 dias antes do termo da primeira fase do estágio — 300.00"

Dispondo, por seu turno, o n.º 2 da Deliberação n.º 855/2011, de 30 de Março:

> **"Ficam isentos de pagamento de taxas de emolumentos os estagiários que demonstrem no acto de inscrição que beneficiaram de bolsa de estudo em todos os anos de frequência do curso de Direito, sem prejuízo da possibilidade da Ordem dos Advogados reavaliar a sua situação económica por alteração superveniente**".

Importa começar por destacar algo que escapou à ponderação do Ex.mo Vogal do Conselho Regional de Lisboa, cujo Despacho de 1 de Fevereiro de 2021, a fls. 58, concluiu a fundamentação da recusa da peticionada isenção com a frase: "da documentação entregue consta que a Requerente no ano letivo de 2014/2015 e 2018/2019 não beneficiou da atribuição de bolsa".

Todavia, a fls. … consta Declaração emitida pela Sra. Diretora de Serviços de Apoio ao Estudante da Direção Geral de Ensino Superior, datada de 19 de Julho de 20'19, na qual se refere que **a F …… foi deferida candidatura a bolsa nos anos letivos de 2012/2013, 2013/2014, 2015/2016, 2017/2017 e 2017/2018.**

E, por outro lado, a fls. 8, consta Certidão da Diretora da Faculdade de Direito da Universidade de ……., datada de…….. de Agosto de 2019, que refere que a referida Sra. …… concluiu a respetiva Licenciatura em ……. de Janeiro de 2019.

Face ao que antecede, não constando nos autos nenhuma evidência de que tenha frequentado as aulas daquela Faculdade no ano letivo de 2014/2015 e sabendo-se da existência, nesse estabelecimento público, de uma época especial de recurso, em Dezembro/Janeiro, para conclusão das licenciaturas dos alunos matriculados no ano letivo anterior, percebe-se o desamparo da apreciação do Ex.mo Vogal, na respetiva conclusão a propósito dos mencionados anos letivos de 2014/2015 e 2018/2019.

Ou seja, para o que efetivamente interessa, e descontado o hiato de 2014/2015 (do qual nada sabemos) é perfeitamente defensável entender-se que está cumprido o requisito da 1.ª parte do n.º 2 da Deliberação n.º 855/2011!

Por um outro ângulo, crê-se que igualmente não tem razão o Recorrente, na tese que sustenta. Na verdade, o elemento lógico-racional em que assenta a tese recursiva pode condensar-se na seguinte frase da peça do Ex.mo Sr. Presidente do Conselho Regional de ……:

"a parte final do preceito salvaguarda as situações de alteração de situação económica nos casos em que a Ordem dos Advogados, atenta a análise da documentação necessária e exigida, entregue pelos candidatos, constate que já não se verifica uma necessidade económica que justifique a isenção de taxas e emolumentos. **E não o inverso"** (fls. 91).

Cumpre examinar.

A tese do Recorrente admite a alteração superveniente da situação económica dos candidatos, mas apenas e exclusivamente num só sentido, qual seja o da exclusão do benefício por cessação da necessidade económica antes verificada.

Ou seja, segundo o referido entendimento, fará sentido, à Ordem e em sede de decisão, atualizar o enquadramento da situação económico-financeira do candidato, quanto tal atualização corresponda a uma evolução mais favorável, assim negando a isenção de pagamentos dos emolumentos, a quem beneficiara de bolsa de estudo na frequência do respetivo Curso. Mas, segundo tal entendimento, nenhuma outra hipótese de decisão será admissível, por efeito de alteração superveniente.

Ora, diversamente da tese recursiva, crê-se que a frase "sem prejuízo da possibilidade da Ordem dos Advogados reavaliar a sua situação económica por alteração superveniente" não comporta apenas um único sentido, truncando-lhe outras possibilidades de interpretação e de aplicação.

Isto é: Reconhecida que está, no preceito, a ideia da alteração superveniente, não se vê como se deva aceitar, em exclusivo, a possibilidade da superveniência desfavorável ao candidato (que leve à denegação da isenção) mas não, também e ainda, a possibilidade oposta, de ser admitida uma superveniência favorável, que leve à isenção.

Portanto, não se acompanha o entendimento que subjaz à tese do Recorrente, quando acolhe a reavaliação superveniente da situação dos candidatos, mas apenas para lhes negar a isenção dos emolumentos (e recusando, expressamente, a hipótese inversa, por maior e mais inequívoca que seja a carência económica e financeira do candidato).

Da leitura quer da Deliberação de 2011 quer da Deliberação de 2018 não se recolheu qualquer subsídio que ampare a estreiteza semântica da tese recursiva, que apenas autoriza um único sentido à frase "**reavaliar a sua situação económica por alteração superveniente**". Destarte, não é isento de voluntarismo hermenêutico o exercício interpretativo do Recorrente, quando pretende reduzir a um só sentido o campo semântico de uma frase onde, sem qualquer favor, se pode vislumbrar (além daquela que é patrocinada pelo Recorrente), uma segunda possibilidade de sentido. Não houve, portanto, contrariamente ao que pretende o Recorrente, qualquer utilização discricionária do Regulamento mas, outrossim, é a própria letra do Regulamento, no segmento relevante em causa, que comporta pelo

menos duas possibilidade de sentido, a propósito da superveniência, enquanto fator de reavaliação da situação económico-financeira dos candidatos ao Estágio profissional.

E assim sendo, não se afigura que o Recorrente tenha logrado demonstrar a tese que sustenta, no sentido de existir apenas uma só possibilidade (a que denega a isenção) relativamente ao segmento "**sem prejuízo da possibilidade da Ordem dos Advogados reavaliar a sua situação económica por alteração superveniente**".

Face ao que antecede, não se acompanha a invocação, pelo Recorrente, de que a deliberação em crise violou o art. 142.º do Código do Procedimento Administrativo, uma vez que tal violação, para ocorrer, significaria que o sentido do preceito regulamentar vertido na parte final do n.º 2 da Deliberação n.º 855/2011 apenas comportava o segmento consentido pelo Recorrente, e nenhum outro. Ora, embora brandindo com a arguição da violação, não se afigura que o Recorrente tenha feito essa demonstração, pelo que se recusa igualmente a conclusão que ele favorece, quando refere ter sido violada norma regulamentar (o pressuposto legitimador da invocação do n.º 2 do art. 142.º do CPA).

Aliás, e porque invoca o CPA, acrescento o que segue:

Chocante seria se, como pretende o Recorrente, a alteração superveniente — reconhecida expressamente pelo Regulamento — apenas pudesse funcionar num só e único sentido, qual seja o da denegação da isenção, mas já não pudesse ser aplicável ante situações objetivamente de grande escassez, tal qual foi expressamente reconhecido pelo Conselho Geral, quando escreveu:

> "Dos documentos carreados para os autos é notória a insuficiência económica da recorrente. Note-se que, mesmo à data da inscrição, aquando do pedido e atenta toda a documentação junta, poder-se-ia aferir dessa mesma insuficiência económica. O próprio Conselho Regional de Lisboa da Ordem dos Advogados admite que os rendimentos da recorrente são insuficientes" (fls. …).

E esta perplexidade tem enquadramento no Código do Procedimento Administrativo, cujo art. 8.º oferece-nos um relevantíssimo critério, que não pode ser arredado em matéria de interpretação de normas jurídicas e aqui convoco:

> "A Administração Pública deve tratar de forma justa todos aqueles que com ela entrem em relação, e rejeitar as soluções manifestamente desrazoáveis ou incompatíveis com a ideia de Direito, nomeadamente em matéria de interpretação das normas jurídicas e das valorações próprias do exercício da função administrativa".

Também pela banda dos preceitos civilistas, e em vista do que antes já se opinou, manifesto é que não parece que o Recorrente tenha razão, pelo que não merece acordo o respetivo entendimento, acerca da violação dos arts. 8.º a 10.º do Código Civil pela Deliberação em crise.

Na verdade, entendo que a frase do Regulamento "**sem prejuízo da possibilidade da Ordem dos Advogados reavaliar a sua situação económica por alteração superveniente**" apresenta um mínimo de correspondência verbal para acolher duas possibilidades de sentido, e não exclusivamente uma só, pelo que a Decisão em crise não causou qualquer violação desses preceitos do Código Civil.

Mais determinantemente, ainda, o n.º 1 do art. 20.º da Constituição da República, proíbe a denegação de justiça (e, em geral, de direitos), por insuficiência de meios económicos, e nunca poderemos deixar de convocar a norma constitucional, que a todas as demais consabidamente se impõe.

Face ao que antecede, não se afigura ao Relator que o Recorrente haja mobilizado suficientes argumentos para justificar a revogação da Decisão do Conselho Geral que impugnou.

Proposta de Deliberação

Proponho seja negado provimento ao recurso subscrito pelo Exmo. Senhor Presidente do Conselho Regional de ……, assim confirmando-se a Decisão de …….. de Maio de 2021 da Ex.ma Sra. Vogal do Conselho Geral da Ordem dos Advogados, que considerou procedente o recurso hierárquico interposto pela Exma. Sra. Advogada Estagiária, Dra. ……

Lisboa e sede da Ordem dos Advogados, 21 de Fevereiro de 2022.

O Relator,

Júlio Elvas Pinheiro

Declaração de Voto

Voto Vencido o Parecer relativo ao processo ……, porquanto:

1. Desde logo porquanto o parecer apresentado a deliberação é omisso em parte dos fundamentos/conclusões do recurso, que acompanho, nomeadamente:

A norma regulamentar do Conselho Geral que limita a concessão de isenção emolumentar relativa à inscrição dos estagiários prende-se com a dificuldade/impossibilidade de um Conselho Regional apreciar de forma cabal e objetiva situações de carência económica em cada caso, por não existirem quaisquer parâmetros objetivos de avaliação;

Entendimento diverso geraria uma situação de absoluta falta de rigor, "proporcionando uma situação arbitrária e desigual dos diversos Conselhos Regionais".

2. O recurso e sentido dado às normas de interpretação e integração de lacunas está desvirtuado e contradiz as mais elementares exigências neste particular;

3. O sentido da norma é inequivocamente estabelecer um referencial mínimo objetivo para conceder a dita isenção (benefício prévio de bolsa de estudo), por contraposição a uma análise discricionária. De outro modo, o que a norma diria seria simplesmente que beneficiariam de isenção todos os que o demonstrassem no acto da inscrição. Por alguma razão esse não é o enunciado da norma.

Não acompanho assim, de todo, o sentido da proposta submetida a deliberação.

João Paulo Pimenta

PARECER DO CONSELHO GERAL

Processo n.º 29/PP/2021-G

Sobre conciliar a Advocacia
com a actividade de Consultoria Imobiliária

Enquadramento Geral

A Senhora Dra. (…), advogada, com a cédula profissional (…), exerce a sua actividade de advogada em prática isolada e pondera conciliar a sua actividade com a de Consultora imobiliária, numa empresa de mediação imobiliária.

Tendo verificado ser incompatível, nos termos do n.º 1 *n*) do art. 82.º do Estatuto da Ordem dos Advogados, pretende que seja clarificada sobre o seguinte:

"— Terei de suspender a minha inscrição na AO pelo facto de ter um contrato de prestação de serviços com a mediadora imobiliária?

— Em caso afirmativo, somente fico impedida do exercício do mandato forense/intervenção em processos que corram em tribunal?

— Ou não poderei também exercer qualquer tipo de actividade de jurista(reunir com clientes sobre temas extra judiciais, consulta jurídica, elaboração de pareceres, elaboração de contratos, aditamentos, cartas e outro tipo de comunicações a pratica de actos preparatórios tendentes à constituição, alteração ou extinção de negócios jurídicos, designadamente os praticados junto de Conservatórias e Cartórios Notariais?"

Análise

Ainda que, admitindo a Requerente haver incompatibilidade, tratemos, pois, de saber se o Estatuto da Ordem dos Advogados, adiante apenas designada por EOA (lei especial) estabelece um regime de incompatibilidade entre o exercício das funções de advogado e o de mediador Imobiliário.

O art. 82.º do EOA sobre a epígrafe "incompatibilidades" elenca de forma exemplificativa os cargos, funções e actividades incompatíveis com o exercício da advocacia. E no que ao caso em análise interessa, no seu n.º 1 alínea *n*) diz ser incompatível:

"*Mediador mobiliário ou imobiliário, leiloeiro e trabalhadores com vínculo de emprego público ou contratados do respectivo serviço"*.

No n.º 2 desse mesmo artigo diz ainda que *"as incompatibilidades verificam-se qualquer que seja o título, designação, natureza e espécie de provimento ou contratação, o modo de remuneração e, em termos gerais qualquer que seja o regime Jurídico do respectivo cargo, função ou actividade…"*. Mencionando nas alíneas seguintes as situações de excepção e não abrangidas por este mesmo número.

Na alínea *d*) deste número 2, e como sendo excepção diz que; "dos que estejam contratados em regime de prestação de serviços ou de comissão de serviço para o exercício de funções de representação em juízo no âmbito do contencioso administrativo e constitucional……"

Referindo a requerente que será contratada em regime de prestação de serviços, a situação enquadra-se na excepção prevista na alínea *d*) do n.º 2 do art. 82.º do EOA., pelo que, a existir incompatibilidade, a mesma não decorre do facto de ser contratada duma empresa de mediação imobiliária, porque a requerente será contratada no regime de prestação de serviços.

Urge, pois, apurar se existe ou não incompatibilidade para o exercício da advocacia pelas funções que pela requerente serão desempenhadas e que se subsumem às funções de "*consultora imobiliária, vulgo vendedora"*.

A lei 15/2013 de 8 de Fevereiro no seu art. 2.º sobre a epígrafe "Definições" diz o seguinte:

Artigo 2.º
Definições

1 — A atividade de mediação imobiliária consiste na procura, por parte das empresas, em nome dos seus clientes, de destinatários para a realização de negócios que visem a constituição ou aquisição de direitos reais sobre bens imóveis, bem

como a permuta, o trespasse ou o arrendamento dos mesmos ou a cessão de posições em contratos que tenham por objeto bens imóveis.

2 — A atividade de mediação imobiliária consubstancia-se também no desenvolvimento das seguintes ações:

a) *Prospeção e recolha de informações que visem encontrar os bens imóveis pretendidos pelos clientes;*

b) *Promoção dos bens imóveis sobre os quais os clientes pretendam realizar negócios jurídicos, designadamente através da sua divulgação ou publicitação, ou da realização de leilões.*

3 — Considera-se empresa de mediação imobiliária a pessoa singular ou coletiva cujo domicílio ou sede se situe em qualquer Estado do Espaço Económico Europeu e, sendo pessoa coletiva, tenha sido constituída ao abrigo da lei de qualquer desses Estados e se dedique à atividade de mediação imobiliária, referida nos números anteriores.

4 — As empresas de mediação imobiliária podem ainda prestar serviços que não estejam legalmente atribuídos em exclusivo a outras profissões, de obtenção dedocumentação e de informação necessários à concretização dos negócios objeto dos contratos de mediação imobiliária que celebrem.

5 — Considera-se destinatário do serviço, para efeitos do número anterior, a pessoa ou entidade que celebra com o cliente da empresa de mediação imobiliária qualquer negócio por esta mediado.

6 — É designada por cliente a pessoa ou entidade que celebra com uma empresa habilitada nos termos da presente lei um contrato visando a prestação de serviços de mediação imobiliária".

De acordo com o aludido normativo legal, as funções de angariador imobiliário, (consultora imobiliária/vendedora) como chama a requerente, são incompatíveis com o exercício da advocacia, incompatibilidade que se aplica a todos os colaboradores de empresas de mediação imobiliária, abrangendo os funcionários, agentes ou contratados do respectivo serviço.

Pois, um angariador imobiliário desempenha as funções inerentes à mediação imobiliária, prestando os seus serviços à sociedade de mediação imobiliária que outorgará o contrato de mediação imobiliária com os clientes.

Em suma, o angariador imobiliário apenas não outorga o contrato de mediação imobiliária como parte contratante, pois nesse contrato é parte a mediadora imobiliária que o contratou.

A incompatibilidade não resulta do facto do angariador imobiliário ser funcionário duma empresa de mediação imobiliária ao abrigo de um contrato de prestação de serviços, mas sim do conteúdo das funções a desempenhar, as quais são incompatíveis com o exercício da advocacia, pois consubstanciando uma actividade de mediação imobiliária, esta é incompatível com o exercício da advocacia de acordo com a alínea *n*) do n.º 2 do art. 82.º do EOA.

O n.º 2 do art. 81.º do EOA é claro quando estatui que *"O exercício da advocacia é inconciliável com qualquer cargo, função ou actividade que possa afectar a isenção, a independência e a dignidade da profissão"*.

Ou seja, aqui concorrem os princípios deontológicos basilares do exercício da advocacia: a independência e a dignidade profissional, esta na perspectiva do interesse público inerente à função social da advocacia.

O regime dos Atos próprios dos Advogados e dos Solicitadores, encontra-se previsto na Lei nº 49/2004 de 24 de Agosto.

No seu art. 1.º elenca-se quais os atos que são próprios dos advogados e dos solicitadores, e quem os pode praticar.

Artigo 1.º

Actos próprios dos advogados e dos solicitadores

1 — Apenas os licenciados em Direito com inscrição em vigor na Ordem dos advogados e os solicitadores inscritos na Câmara dos Solicitadores podem praticar os actos próprios dos advogados e dos solicitadores.

2 — Podem ainda exercer consulta jurídica juristas de reconhecido mérito e os mestres e doutores em Direito cujo grau seja reconhecido em Portugal, inscritos para o efeito na Ordem dos Advogados nos termos de um processo especial a definir no Estatuto da Ordem dos Advogados.

3 — Exceptua-se do disposto no n.º 1 a elaboração de pareceres escritos por docentes das faculdades de Direito.

4 — No âmbito da competência que resulta do artigo 173.º-C do Estatuto da Ordem dos Advogados e do artigo 77.º do Estatuto da Câmara dos Solicitadores, podem ser praticados actos próprios dos advogados e dos solicitadores por quem não seja licenciado em Direito.

5 — Sem prejuízo do disposto nas leis de processo, são actos próprios dos advogados e dos solicitadores.

a) *O exercício do mandato forense;*

b) *A consulta jurídica.*

6 — São ainda actos próprios dos advogados e dos solicitadores os seguintes:

a) *A elaboração de contratos e a prática dos actos preparatórios tendentes à constituição, alteração ou extinção de negócios jurídicos, designadamente os praticados junto de conservatórias e cartórios notariais.*

b) *A negociação tendente à cobrança de créditos*

c) *O exercício do mandato no âmbito de reclamação ou impugnação de actos administrativos ou tributários.*

7 — Consideram-se actos próprios dos advogados e dos solicitadores os actos que, nos termos dos números anteriores, forem exercidos no interesse de terceiros e no âmbito de actividade profissional, sem prejuízo das competências próprias atribuídas às demais profissões ou actividades cujo acesso ou exercício é regulado por lei.

8 — Para os efeitos do disposto no número anterior, não se consideram praticados no interesse de terceiros os actos praticados pelos representantes legais, empregados, funcionários ou agentes de pessoas singulares ou colectivas, públicas

ou privadas, nessa qualidade, salvo se, no caso da cobrança de dívidas, esta constituir o objecto ou actividade principal destas pessoas.

9 — São também actos próprios dos advogados todos aqueles que resultem do exercício do direito dos cidadãos a fazer-se acompanhar por advogado perante qualquer autoridade.

10 — Nos casos em que o processo penal determinar que o arguido seja assistido por defensor, esta função é obrigatoriamente exercida por advogado, nos termos da lei.

11 — O exercício do mandato forense e da consulta jurídica pelos solicitadores está sujeito aos limites do seu estatuto e da legislação processual.

Ainda quanto ao Mandato forense, o art. 2.º define-o como *"... o mandato Judicial conferido para ser exercido em qualquer Tribunal, incluindo os Tribunais ou comissões arbitrais e os julgados de paz"*.

Pelo que, os atos pretendidos praticar pela requerente são actos próprios de advogados, sendo **só os licenciados em direito com inscrição em vigor na Ordem dos Advogados, quem os pode praticar**.

Fase ao aqui expendido, **conclui-se que:**

1 — A actividade de angariador imobiliário é incompatível com o exercício da advocacia.

2 — Tal incompatibilidade decorre do conteúdo das funções que em concreto vai desempenhar e não do facto de ser contratado sob o regime de prestação de serviços.

3 — Havendo Incompatibilidade das funções a prestar com o exercício da advocacia, a requerente deverá apresentar o pedido de suspensão da sua inscrição.

4 — Consequentemente, não tendo inscrição em vigor na ordem dos advogados, não pode praticar os actos por si enumerados, por serem actos próprios de advogados.

Funchal, 30 de Janeiro de 2022
À próxima reunião do Conselho geral de 4 de Fevereiro de 2022

Regina Franco de Sousa

A Vogal do Conselho Geral da Ordem dos Advogados, no uso da competência que lhe foi delegada pelo Senhor Bastonário da Ordem dos Advogados, por Despacho com o número 3537/2021 de 22 de Março de 2021, publicado na 2.ª Série do Diário da República com o n.º 65, de 5 de Abril de 2021

Aprovado em Reunião do Conselho Geral de 4 de Fevereiro de 2022

PROCESSOS JUDICIAIS MANIFESTAMENTE INFUNDADOS OU ABUSIVOS CONTRA A PARTICIPAÇÃO PÚBLICA

RECOMENDAÇÃO (UE) 2022/758 DA COMISSÃO
De 27 de abril de 2022

Sobre a proteção dos jornalistas e dos defensores dos direitos humanos envolvidos em processos judiciais manifestamente infundados ou abusivos contra a participação pública («Ações judiciais estratégicas contra a participação pública»)

A Comissão Europeia,

Tendo em conta o Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia, nomeadamente o art. 292.º,

Considerando o seguinte:

(1) O art. 2.º do Tratado da União Europeia estabelece que a União se funda nos valores do respeito pela dignidade humana, da liberdade, da democracia, da igualdade, do Estado de direito e do respeito pelos direitos humanos, incluindo os direitos das pessoas pertencentes a minorias.

(2) O art. 10.º, n.º 3, do Tratado da União Europeia estabelece que todos os cidadãos têm o direito de participar na vida democrática da União. A Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia («Carta») prevê, entre outros aspetos, os direitos ao respeito pela vida privada e familiar (art. 7.º), a proteção dos dados pessoais (art. 8.º), a liberdade de expressão e de informação, que inclui o respeito pela liberdade e pelo pluralismo dos

meios de comunicação social (art. 11.º) e o direito à ação e a um tribunal imparcial (art. 47.º).

(3) O direito à liberdade de expressão e de informação, consagrado no art. 11.º da Carta, inclui a liberdade de opinião e a liberdade de receber e de transmitir informações ou ideias, sem que possa haver ingerência de quaisquer poderes públicos e sem consideração de fronteiras. Embora não seja um direito absoluto, quaisquer restrições ao mesmo devem ser previstas por lei, respeitar o conteúdo essencial do direito e ser introduzidas apenas se forem necessárias e corresponderem efetivamente a objetivos de interesse geral reconhecidos pela União ou à necessidade de proteção dos direitos e liberdades de terceiros (art. 52.º, n.º 1, da Carta).

(4) Em conformidade com o art. 52.º, n.º 3, da Carta e com as anotações relativas à Carta, deve ser dado ao art. 11º o sentido e o âmbito de aplicação do art. 10.º relativo à liberdade de expressão e de informação da Convenção Europeia dos Direitos do Homem, tal como interpretado pelo Tribunal Europeu dos Direitos do Homem. O art. 10.º o da Convenção Europeia dos Direitos do Homem protege a liberdade de expressão e de informação. No âmbito de aplicação da Convenção Europeia dos Direitos do Homem, quaisquer restrições devem ser previstas por lei, ser necessárias numa sociedade democrática e ser introduzidas tendo em vista a consecução dos objetivos legítimos enunciados no seu art. 10.º, n.º 2.

(5) A Convenção Europeia dos Direitos do Homem também impõe uma obrigação positiva aos Estados contratantes de salvaguardar a liberdade e o pluralismo dos meios de comunicação social e de criar um ambiente favorável à participação no debate público([1]). A jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem especifica ainda que a liberdade de expressão constitui um dos fundamentos essenciais de uma sociedade democrática e é aplicável não só às informações ou ideias acolhidas

([1]) Ver, por exemplo, o acórdão do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem de 14 de setembro de 2010, Dink/Turquia (processos n.ºs 2668/07, 6102/08, 30079/08, 7072/09 e 7124/09), n.º 137. Ver também, sobre as obrigações positivas do art. 10.º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem, o relatório da Divisão de Investigação do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, <https://www.echr.coe.int/documents/research_report_article_10_eng.pdfl>.

favoravelmente ou consideradas inofensivas ou indiferentes, mas também às que ofendem, chocam ou perturbam o Estado ou qualquer setor da população([2]). Clarificou, além disso, que, «numa sociedade democrática, mesmo os grupos de campanha pequenos e informais […] devem poder exercer as suas atividades de forma eficaz» e que «existe um forte interesse público em permitir que esses grupos e indivíduos fora da corrente dominante contribuam para o debate público através da divulgação de informações e ideias sobre questões de interesse público geral»([3]).

(6) Os jornalistas desempenham um papel importante na facilitação do debate público e na transmissão e receção de informações, opiniões e ideias([4]). É essencial que disponham do espaço necessário para contribuir para um debate aberto, livre e justo e para combater a desinformação e outras ingerências manipuladoras, nomeadamente por parte de intervenientes de países terceiros. Os jornalistas devem poder exercer as suas atividades com eficácia para assegurar que os cidadãos têm acesso a uma pluralidade de pontos de vista nas democracias europeias.

(7) Os defensores dos direitos humanos também desempenham um papel importante nas democracias europeias, nomeadamente na defesa dos direitos fundamentais, dos valores democráticos, da inclusão social, da proteção do ambiente e do Estado de direito. Devem poder participar ativamente na vida pública e fazer ouvir a sua voz em questões políticas e processos de decisão, sem medo de intimidação. Entende-se por «defensores dos direitos

---

([2]) Ver acórdão do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem de 7 de dezembro de 1976, Handyside/Reino Unido (processo n.º 5493/72), n.º 49.

([3]) Ver acórdão do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem de 15 de fevereiro de 2005, Steel and Morris/Reino Unido (processo n.º 68416/01), n.º 89.

([4]) A Recomendação CM/Rec(2022)4 do Comité de Ministros do Conselho da Europa sobre a promoção de um ambiente favorável a um jornalismo de qualidade na era digital afirma que «o jornalismo de qualidade, que se baseia nas normas de ética profissional, assumindo diferentes formas segundo os contextos geográfico, jurídico e societal, persegue o duplo objetivo de atuar na qualidade de vigilante público nas sociedades democráticas e de contribuir para a sensibilização e o esclarecimento do público», <https://search.coe.int/cm/pages/result_details.aspx?objectid=0900001680a5ddd0>. A Resolução 2213 (2018) sobre o estatuto dos jornalistas na Europa adotada pela Assembleia Parlamentar do Conselho da Europa, refere-se, no que diz respeito aos jornalistas profissionais, à «missão de assegurar, da forma mais responsável e objetiva possível, a informação do público sobre temas de interesse geral ou especializado». <https://search.coe.int/cm/pages/result_details.aspx?objectid=0900001680a5ddd0>.

humanos» as pessoas ou as organizações envolvidas na defesa dos direitos fundamentais e numa multiplicidade de outros direitos, incluindo os direitos ambientais e climáticos, os direitos das mulheres, os direitos das pessoas LGBTIQ, os direitos das pessoas pertencentes a minorias raciais ou étnicas, os direitos laborais ou as liberdades de religião.

(8) Uma democracia saudável e próspera requer que as pessoas possam participar ativamente no debate público. A fim de garantir uma participação significativa, as pessoas devem poder aceder a informações fiáveis, que lhes permitam formar as suas próprias opiniões e atuar com discernimento num espaço público em que seja possível expressar livremente diferentes pontos de vista.

(9) Para promover este ambiente, é importante proteger os jornalistas e os defensores dos direitos humanos de processos judiciais manifestamente infundados e abusivos contra a participação pública (comummente conhecidos como «SLAPP»). Estes processos judiciais são tanto manifestamente infundados como total ou parcialmente infundados e contêm elementos de abuso que justificam o pressuposto de que o principal objetivo do processo judicial é impedir, restringir ou punir a participação pública. As indicações de tal abuso são o caráter desproporcionado, excessivo ou irrazoável da ação ou parte da mesma, a existência de várias ações intentadas pelo demandante em relação a questões semelhantes ou a intimidação, o assédio ou as ameaças por parte do demandante ou dos seus representantes antes do início de um processo judicial manifestamente infundado ou abusivo. Estes processos constituem um abuso dos processos judiciais e acarretam encargos desnecessários para os tribunais, uma vez que o seu objetivo não é aceder à justiça, mas sim o assédio e o silenciamento dos demandados. A morosidade dos processos cria encargos para os sistemas judiciais nacionais.

(10) Os processos judiciais manifestamente infundados e abusivos contra a participação pública podem assumir a forma de um vasto leque de abusos jurídicos, não só, na sua maioria, em matéria civil ou penal, como também em matéria de direito administrativo, podendo basear-se em vários fundamentos.

(11) Estes processos judiciais são frequentemente iniciados por pessoas ou entidades poderosas (por exemplo, grupos de pressão,

empresas e órgãos estatais) numa tentativa de silenciar o debate público. Muitas vezes, implicam um desequilíbrio de poder entre as partes, dado que o demandante está numa posição mais poderosa do que o demandado, por exemplo, do ponto de vista financeiro ou político. Embora não seja uma componente indispensável dos processos judiciais manifestamente infundados ou abusivos, a existência de um desequilíbrio de poder aumenta de modo significativo os efeitos prejudiciais e os efeitos dissuasores dos processos judiciais contra a participação pública.

(12) Os processos judiciais manifestamente infundados ou abusivos contra a participação pública podem ter um impacto negativo na credibilidade e na reputação dos jornalistas e dos defensores dos direitos humanos em particular, além de esgotarem os seus recursos financeiros e outros. Podem ter consequências psicológicas adversas para as pessoas objeto de tais processos e para os membros da sua família. Os processos judiciais manifestamente infundados ou abusivos contra a participação pública comprometem a capacidade de os jornalistas e de os defensores dos direitos humanos exercerem as suas atividades. Em resultado destes processos, a publicação de informações sobre uma questão de interesse público pode ser adiada ou totalmente impedida. A existência de tais processos pode ter, de um modo mais geral, um efeito dissuasor sobre o trabalho dos jornalistas e dos defensores dos direitos humanos em particular, ao contribuir para a autocensura em antecipação de eventuais processos judiciais futuros, o que conduz ao empobrecimento do debate público em detrimento da sociedade no seu conjunto. A duração dos procedimentos, a pressão financeira e a ameaça de sanções penais constituem instrumentos poderosos para intimidar e silenciar vozes críticas.

(13) As pessoas objeto de processos judiciais manifestamente infundados ou abusivos contra a participação pública enfrentam frequentemente vários processos judiciais em simultâneo e em várias jurisdições. Geralmente, os processos judiciais intentados na jurisdição de um Estado-Membro contra uma pessoa residente noutro Estado-Membro são mais complexos e onerosos para o demandado. Os demandantes em processos judiciais manifestamente infundados ou abusivos contra a participação pública também podem utilizar instrumentos processuais para aumentar a duração e os custos do litígio e intentar processos numa jurisdi-

ção que considerem ser favorável ao seu caso, em vez de recorrerem ao tribunal mais bem colocado para conhecer do pedido.

(14) O recurso a processos judiciais manifestamente infundados ou abusivos contra a participação pública está a aumentar na União Europeia. Segundo estudos recentes([5]), estes processos são cada vez mais utilizados em todos os Estados-Membros.

(15) O Parlamento Europeu, na sua resolução de 25 de novembro de 2020([6]), condenou o recurso às ações judiciais estratégicas contra a participação pública para silenciar ou intimidar os jornalistas e os órgãos de comunicação social de investigação e criar um clima de medo em torno da comunicação de determinados temas, instando a Comissão a apresentar uma proposta para as prevenir. Na sua Resolução([7]) de 11 de novembro de 2021 sobre o reforço da democracia e da liberdade e do pluralismo dos meios de comunicação social na UE: recurso abusivo a ações a título do direito civil e penal para silenciar jornalistas, ONG e a sociedade civil, o Parlamento Europeu salientou uma vez mais a prevalência do fenómeno e a necessidade de garantias eficazes para as suas vítimas em toda a União.

(16) A plataforma do Conselho da Europa para promover a proteção do jornalismo e a segurança dos jornalistas([8]) também refere um

---

([5]) *Rede académica sobre os direitos de cidadania europeia, Ad hoc request — SLAPP in the EU context*, (não traduzido para português), 29 de maio de 2020, <https://ec.europa.eu/info/sites/default/files/ad-hoc-literature-review-analysis-key-elements-slapp_en.pdf>, p. 4, e *Rede académica sobre os direitos de cidadania europeia, Strategic Lawsuits Against Public Participation (SLAPP) in the European Union: A comparative study*, (não traduzido para português), 30 de junho de 2021, <https://ec.europa.eu/info/files/strategic-lawsuits-against-public-participation-slapp-european-union-comparative-study_en>.

([6]) P9_TA(2020)0320. Nesta resolução, o Parlamento reiterou igualmente os termos da sua resolução de 28 de março de 2019 [P8_TA(2019)0328].

([7]) P9_TA(2021)0451.

([8]) Desde 2015, a plataforma do Conselho da Europa tem facilitado a compilação e a divulgação de informações sobre sérias preocupações em matéria de liberdade dos meios de comunicação social e segurança dos jornalistas nos Estados-Membros do Conselho da Europa. As organizações parceiras contribuintes — ONG internacionais convidadas e associações de jornalistas — emitem alertas sobre violações da liberdade dos meios de comunicação social e publicam relatórios anuais sobre a situação da liberdade dos meios de comunicação social e da segurança dos jornalistas na Europa. Espera-se que os Estados-Membros do Conselho da Europa atuem e abordem os problemas e informem a plataforma sobre as medidas adotadas em resposta aos alertas. A baixa taxa de resposta dos Estados-Membros do Conselho da Europa, também Estados-Membros da UE, revela a necessidade de mais medidas <https://www.coe.int/en/web/media-freedom>.

número crescente de alertas de ameaças graves à segurança dos jornalistas e à liberdade dos meios de comunicação social na Europa, incluindo vários casos de intimidação judicial. O relatório anual de 2021 das organizações parceiras da plataforma do Conselho da Europa para promover a proteção do jornalismo e a segurança dos jornalistas sublinha o aumento significativo dos alertas relacionados com as ações judiciais estratégicas contra a participação pública comunicados em 2020 relativamente ao ano anterior, tanto em termos de número de alertas como de jurisdições dos Estados-Membros do Conselho da Europa em causa([9]). Na sua Recomendação sobre a proteção do jornalismo e a segurança dos jornalistas e outros intervenientes nos meios de comunicação social([10]) de 13 de abril de 2016, o Conselho da Europa recomendou aos seus Estados-Membros que adotassem as medidas legislativas e/ou outras medidas necessárias para evitar a utilização frívola, vexatória ou mal-intencionada da lei e do processo judicial para intimidar e silenciar jornalistas e outros intervenientes nos meios de comunicação social.

(17) Os relatórios de 2020([11]) e 2021([12]) da Comissão sobre o Estado de direito sublinham que, em vários Estados-Membros, os jornalistas e outras pessoas envolvidas na proteção do interesse público enfrentam cada vez mais ameaças e ataques relacionados com as suas publicações e o seu trabalho, sob diversas formas, incluindo o recurso às ações judiciais estratégicas contra a participação pública.

(18) Um exemplo flagrante da utilização de processos judiciais contra a participação pública na União é o da jornalista Daphne

---

([9]) Em 2021, foram publicados 282 alertas na plataforma para promover a proteção do jornalismo e a segurança dos jornalistas (coe.int), entre os quais vários relacionados com casos de intimidação judicial, ou seja, a utilização oportunista, arbitrária ou vexatória de legislação, nomeadamente leis em matéria de difamação, antiterrorismo, segurança nacional, hooliganismo ou antiextremismo. O relatório anual de 2021 das organizações parceiras da plataforma do Conselho da Europa para promover a proteção do jornalismo e a segurança dos jornalistas assinalou um aumento em 2020 relativamente ao ano anterior, tanto em termos de número de alertas como de jurisdições dos Estados-Membros do Conselho da Europa em causa, 1680a2440e (coe.int).

([10]) Recomendação CM/Rec(2016)4 do Comité de Ministros aos Estados-Membros sobre a proteção do jornalismo e a segurança dos jornalistas e outros intervenientes nos meios de comunicação social, <https://search.coe.int/cm/Pages/result_details.aspx?ObjectId=09000016806415d9#_ftn1>.

([11]) COM(2020) 580 final, de 30 de setembro de 2020.

([12]) COM(2021) 700 final, de 20 de julho de 2021.

Caruana Galizia, que, no momento do seu assassinato, enfrentava mais de 40 processos cíveis e penais por calúnia e difamação relacionados com o seu trabalho de investigação.

(19) O Plano de Ação para a Democracia Europeia([13]), apresentado pela Comissão em 3 de dezembro de 2020, sublinha o papel fundamental dos meios de comunicação social livres e pluralistas nas democracias, bem como a importância da sociedade civil. Destaca, nomeadamente, o papel importante que os meios de comunicação social independentes e pluralistas desempenham para permitir que os cidadãos tomem decisões informadas, bem como na luta contra a manipulação da informação e a ingerência no espaço de informação, incluindo a desinformação. Neste contexto, a Comissão já adotou a Recomendação (UE) 2021/ /1534 relativa à garantia de proteção, segurança e capacitação dos jornalistas e outros profissionais da comunicação social na União Europeia([14]). Esta recomendação visa garantir condições de trabalho mais seguras para todos os profissionais da comunicação social, livres do medo e da intimidação, tanto em linha como fora de linha. Tendo em conta a ameaça crescente que representam os processos judiciais manifestamente infundados ou abusivos contra a participação pública para a liberdade dos meios de comunicação social e para a participação pública, a União deve desenvolver uma abordagem coerente e eficaz para combater tais processos. A presente recomendação complementa a Recomendação (UE) 2021/1534, apresentando recomendações específicas sobre os processos judiciais manifestamente infundados ou abusivos contra a participação pública. Vai além da proteção dos jornalistas e de outros profissionais da comunicação social e inclui os defensores dos direitos humanos no seu âmbito de aplicação. A presente recomendação deve abordar a ameaça específica que representam os processos judiciais manifestamente infundados ou abusivos contra a participação pública e, ao fazê-lo, apoiar o bom funcionamento do equilíbrio de poderes numa democracia saudável. Deve fornecer orientações aos Estados-Membros para que tomem medidas efi-

---

([13]) COM(2020) 790 final, de 3 de dezembro de 2020.

([14]) Recomendação (UE) 2021/1534 da Comissão, de 16 de setembro de 2021, relativa à garantia de proteção, segurança e capacitação dos jornalistas e outros profissionais da comunicação social na União Europeia (JO L 331 de 20.9.2021, p. 8).

cazes, adequadas e proporcionadas para dar resposta a esses processos e para assegurar neste contexto, em especial, a proteção dos jornalistas e dos defensores dos direitos humanos. Entre as medidas recomendadas devem figurar a sensibilização e o desenvolvimento de conhecimentos especializados, em especial entre os profissionais da justiça e as pessoas objeto de processos judiciais manifestamente infundados ou abusivos contra a participação pública, de modo a garantir que essas pessoas dispõem de apoio e para apoiar um acompanhamento reforçado.

(20) A fim de assegurar uma proteção eficaz contra os processos judiciais manifestamente infundados ou abusivos contra a participação pública e evitar que o fenómeno se enraíze na União, os Estados-Membros devem zelar por que os respetivos quadros jurídicos que regem os processos civis, penais, comerciais e administrativos prevejam as garantias necessárias para resolver esses processos judiciais, no pleno respeito dos valores democráticos e dos direitos fundamentais, incluindo o direito a um processo justo e o direito à liberdade de expressão. Para proporcionar uma proteção coerente e eficaz contra os processos judiciais manifestamente infundados contra a participação pública, os Estados-Membros devem procurar garantir a possibilidade de um indeferimento antecipado. Devem também procurar prever outras vias de recurso contra os processos judiciais abusivos, nomeadamente a imputação das custas, para que um demandante que tenha intentado um processo judicial abusivo contra a participação pública possa ser condenado a suportar todas as custas do processo, a indemnização de qualquer pessoa singular ou coletiva que tenha sofrido danos em resultado de um processo judicial abusivo contra a participação pública e a possibilidade de aplicar sanções efetivas, proporcionadas e dissuasivas à parte que intentou um processo judicial abusivo contra a participação pública. O principal objetivo de dar aos tribunais a possibilidade de aplicar sanções é dissuadir os potenciais demandantes de intentarem processos judiciais abusivos contra a participação pública. Tais sanções devem ser proporcionadas aos elementos de abuso identificados. Aquando do estabelecimento dos montantes das sanções, os tribunais podem ter em conta o potencial efeito prejudicial ou dissuasor do processo na participação pública, nomeadamente no que se refere ao caráter

da ação, o facto de o demandante ter intentado processos múltiplos ou concertados em matérias semelhantes e a existência de tentativas de intimidação, assédio ou ameaça contra o demandado.

(21) Os Estados-Membros devem procurar incluir no seu direito nacional, para os processos nacionais, garantias semelhantes às previstas nos instrumentos da União que visam resolver processos judiciais manifestamente infundados e abusivos contra a participação pública em matéria civil com incidência transfronteiras. Tal proporcionaria uma proteção coerente e eficaz contra esses processos judiciais e contribuiria para evitar o enraizamento do fenómeno na União.

(22) Os Estados-Membros devem rever, em específico, os seus quadros jurídicos aplicáveis à difamação para garantir que os conceitos e as definições existentes não possam ser utilizados pelos demandantes contra os jornalistas ou contra os defensores dos direitos humanos no contexto de processos judiciais manifestamente infundados ou abusivos contra a participação pública.

(23) A fim de evitar um efeito dissuasor no debate público, os Estados-Membros devem assegurar que as sanções por difamação não são excessivas e desproporcionadas. Devem prestar especial atenção às orientações e recomendações([15]) do Conselho da Europa que abordam o quadro jurídico em matéria de difamação, em especial o direito penal. Neste contexto, os Estados-Membros são encorajados a retirar as penas de prisão por difamação do seu quadro jurídico. Na sua Resolução 1577 (2007)([16]), a Assem-

---

([15]) Ver, entre outros, a Resolução 1577 (2007) da Assembleia Parlamentar do Conselho da Europa intitulada «Rumo à descriminalização da difamação», <https://assembly.coe.int/nw/xml/XRef/Xref-XML2HTML-en.asp?fileid=17588&lang=en>, a Recomendação 1814 (2007) da Assembleia Parlamentar do Conselho da Europa intitulada «Rumo à descriminalização da difamação», <https://assembly.coe.int/nw/xml/XRef/Xref-XML2HTML-en.asp?fileid =17587&lang=en>, e o estudo do Secretariado-Geral do Conselho da Europa sobre a liberdade de expressão e a difamação. Um estudo sobre a jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem (2012), <https://rm.coe.int/study-on-the-alignment-of-laws-and-practices-concerning-alignment-of-l/16804915c5>, e, mais recentemente, o estudo do Conselho da Europa sobre a jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem (2016), <https://rm.coe.int/CoERMPublicCommonSearchServices/DisplayDCTMContent?documentId=09000016806ac95b>.

([16]) Resolução 1577 (2007) da Assembleia Parlamentar do Conselho da Europa, de 4 de Outubro de 2007, sobre a descriminalização da difamação, <https://assembly.coe.int/nw/xml/XRef/Xref-XML2HTML-en.asp?fileid=17588&lang=en>.

bleia Parlamentar do Conselho da Europa já tinha instado os seus Estados-Membros, cujas legislações ainda preveem penas de prisão por difamação, mesmo que estas não sejam impostas na prática, a aboli-las sem demora. Os Estados-Membros também são incentivados a favorecer o recurso ao direito administrativo ou civil para tratar os processos por difamação, desde que tais disposições tenham um efeito menos punitivo do que as do direito penal([17]).

(24) O tratamento dos processos por difamação do ponto de vista do direito penal só deve ser utilizado como último recurso, devendo, ao invés, ser favorecidas as respostas oferecidas pelo direito administrativo ou civil, em consonância com as orientações das organizações internacionais. O Comité dos Direitos do Homem das Nações Unidas([18]) e a Organização para a Segurança e a Cooperação na Europa([19]) recomendaram a eliminação da difamação dos estatutos do direito penal. Do mesmo modo, o Conselho da Europa manifestou reservas neste contexto([20]).

(25) O direito à proteção dos dados pessoais é concretizado no Regulamento (UE) 2016/679 do Parlamento Europeu e do Conselho([21]). O direito à proteção dos dados pessoais não é um direito absoluto. Nos termos do art. 85.º do RGPD, os Estados-Membros conciliam por lei o direito à proteção de dados pessoais

---

([17]) Ver também a observação geral n.º 34 sobre o art. 19.º, «Liberdade de opinião e de expressão», do Comité dos Direitos do Homem das Nações Unidas, de 12 de setembro de 2011, <https://www2.ohchr.org/english/bodies/hrc/docs/gc34.pdf>, e o Relatório especial sobre o assédio jurídico e o abuso do sistema judicial contra os meios de comunicação social do Gabinete do Representante para a Liberdade dos Meios de Comunicação Social da Organização para a Segurança e a Cooperação na Europa, de 23 de novembro de 2021, <https://www.osce.org/files/f/documents/c/f/505075_0.pdf>.

([18]) Comité dos Direitos do Homem das Nações Unidas, observação geral n.º 34 sobre o art. 19.º, «Liberdade de opinião e de expressão», de 12 de setembro de 2011, <https://www2.ohchr.org/english/bodies/hrc/docs/gc34.pdf>.

([19]) Organização para a Segurança e a Cooperação na Europa, Gabinete do Representante para a Liberdade dos Meios de Comunicação Social, Relatório especial sobre o assédio jurídico e o abuso do sistema judicial contra os meios de comunicação social, 23 de novembro de 2021, <https://www.osce.org/files/f/documents/c/f/505075_0.pdf>.

([20]) Ver o n.º 6 da Recomendação CM/Rec(2016)4 do Comité de Ministros aos Estados membros sobre a proteção do jornalismo e a segurança dos jornalistas e outros intervenientes nos meios de comunicação social.

([21]) Regulamento (UE) 2016/679 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 27 de abril de 2016, relativo à proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados e que revoga a Diretiva 95/46/CE (Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados) (JO L 119 de 4.5.2016, p. 1).

com o direito à liberdade de expressão e de informação, incluindo o tratamento para fins jornalísticos e para fins de expressão académica, artística ou literária.

(26) Os Estados-Membros devem incentivar os organismos de autorregulação e as associações de profissionais da justiça a alinharem, sempre que necessário, as suas normas deontológicas, incluindo os códigos de conduta, com a presente recomendação. Os Estados-Membros também devem assegurar, se for caso disso, que as normas deontológicas que visam desincentivar ou proibir os profissionais da justiça de adotar uma conduta que possa constituir um abuso de processo ou um abuso das suas outras responsabilidades profissionais para com a integridade do processo judicial, bem como as respetivas sanções disciplinares, abrangem os processos judiciais manifestamente infundados ou abusivos contra a participação pública. Tal deve ser acompanhado de ações de sensibilização e formação adequadas para aumentar o conhecimento e a eficácia das normas deontológicas vigentes que sejam pertinentes para os processos judiciais manifestamente infundados ou abusivos contra a participação pública.

(27) Os profissionais da justiça são intervenientes fundamentais nos processos judiciais manifestamente infundados ou abusivos contra a participação pública, seja através da representação de litigantes ou através da ação judicial ou da decisão sobre litígios. Por conseguinte, é crucial que possuam os conhecimentos e as competências necessários para o fazer. Os Estados-Membros devem apoiar e oferecer oportunidades de formação a estes profissionais da justiça. A formação pode contribuir significativamente para o aumento dos seus conhecimentos e capacidades sobre como identificar processos judiciais manifestamente infundados ou abusivos contra a participação pública, incluindo os que implicam uma componente de um país terceiro, e a reagir de forma adequada. Esta formação deve dirigir-se aos magistrados e aos funcionários e agentes de justiça a todos os níveis dos tribunais, incluindo os juízes, os procuradores, os funcionários judiciais e do Ministério Público, bem como a quaisquer outros profissionais da justiça associados ao sistema judicial ou que participem de outra forma na administração da justiça, independentemente da definição do direito nacional, do estatuto jurídico

ou da organização interna, aos níveis regional e local, sempre que possam surgir em primeira instância processos judiciais manifestamente infundados ou abusivos contra a participação pública. Esta formação deve dirigir-se também a outros profissionais da justiça, como os advogados qualificados. O desenvolvimento da capacidade de formação local pode contribuir para a sustentabilidade a longo prazo da formação.

(28) O alargamento desta formação aos jornalistas, aos membros dos conselhos de imprensa, aos profissionais da comunicação social e aos defensores dos direitos humanos ajudá-los-á a reconhecer tais processos judiciais quando confrontados com os mesmos e a provê-los de competências jurídicas essenciais para reduzir os seus riscos de serem expostos a processos judiciais manifestamente infundados ou abusivos contra a participação pública ou a dotá-los de melhores conhecimentos para lhes dar uma resposta mais adequada. Pode também permitir-lhes fornecer informações sólidas sobre as ações judiciais estratégicas contra a participação pública. A formação destinada aos jornalistas deve incluir ainda as normas e as orientações éticas estabelecidas pelos conselhos nacionais de imprensa ou de comunicação social. A fim de contribuir para o reforço das capacidades globais e reforçar a resposta institucional aos processos judiciais manifestamente infundados ou abusivos contra a participação pública, esta formação pode igualmente envolver as autoridades de proteção de dados, as instituições nacionais de direitos humanos, as instituições de provedoria e os organismos reguladores públicos dos meios de comunicação social.

(29) Os prestadores de formação jurídica e as associações de profissionais da justiça estão muito bem posicionados para ministrar formação em matéria de processos judiciais manifestamente infundados ou abusivos contra a participação pública, bem como para determinar os objetivos dessa formação e avaliar a metodologia de formação mais adequada. A formação ministrada por profissionais da justiça a outros profissionais da justiça permite que todos aprendam em grupo, partilhem melhor as experiências e promovam a confiança mútua. Deve incentivar-se os intercâmbios de práticas pertinentes a nível europeu, nomeadamente com o apoio da Comissão, com a participação da Rede Europeia de Formação Judiciária (REFJ). A participa-

ção dos profissionais da justiça e das suas associações profissionais, desde a preparação das análises das necessidades até à avaliação dos resultados, é da maior importância para garantir a eficácia e a sustentabilidade das ações de formação.

(30) A formação deve incidir na liberdade de expressão e de informação e noutros direitos fundamentais consagrados pela Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, pela Convenção Europeia dos Direitos do Homem e pelo direito nacional, e incluir orientações práticas sobre como aplicar a jurisprudência pertinente, as restrições e a articulação entre os direitos fundamentais, incluindo a liberdade de expressão, as garantias processuais, bem como outras disposições pertinentes do direito nacional. Deve ser tido em devida conta o manual do Conselho da Europa destinado aos profissionais da justiça sobre a proteção do direito à liberdade de expressão ao abrigo da CEDH([22]).

(31) A formação deve, entre outros aspetos, abordar a proteção dos dados pessoais que podem ser utilizados para intentar processos judiciais manifestamente infundados ou abusivos contra a participação pública. Deve também abordar a manipulação da informação e a ingerência, incluindo a desinformação.

(32) A formação deve ter em conta o quadro jurídico e o contexto nacionais. A combinação destes com as orientações desenvolvidas pelo Conselho da Europa, os testemunhos de pessoas objeto de processos judiciais manifestamente infundados ou abusivos contra a participação pública e as boas práticas de outros Estados-Membros de forma estruturada e coerente pode contribuir para o êxito dos objetivos de aprendizagem associados à formação em matéria de processos judiciais manifestamente infundados ou abusivos. A formação também pode ser utilizada para promover o intercâmbio de boas práticas entre os Estados-Membros.

(33) Para chegar a um público mais vasto e promover o apoio, a formação em matéria de processos judiciais manifestamente infundados ou abusivos contra a participação pública também deve

---

([22]) Manual do Conselho da Europa para os profissionais da justiça sobre a proteção do direito à liberdade de expressão ao abrigo da CEDH (2017), <https://rm.coe.int/handbook-freedom-of-expression-eng/1680732814>.

tirar o máximo partido das novas tecnologias, incluindo a formação em linha. O acesso a recursos eletrónicos, a material atualizado e a instrumentos de aprendizagem autónomos sobre a legislação e as orientações pertinentes complementariam os benefícios destas ações de formação.

(34) A fim de promover as sinergias com iniciativas semelhantes em matéria de formação de profissionais da justiça, podem ser incluídos módulos de formação sobre processos judiciais manifestamente infundados ou abusivos sobre a participação pública na formação sobre temas conexos, como a liberdade de expressão e a ética jurídica. Deve ser incentivada a utilização de materiais e práticas de formação já existentes, como os promovidos no Portal Europeu da Justiça, na Caixa de ferramentas global para atores jurídicos da UNESCO para atores jurídicos([23]) e nos cursos em linha HELP (educação em matéria de direitos humanos para os profissionais da justiça)([24]) do Conselho da Europa.

(35) A inclusão de processos judiciais manifestamente infundados ou abusivos contra a participação pública nos programas curriculares do direito e do jornalismo ajudaria a prover os profissionais da justiça e os jornalistas de melhores conhecimentos para reconhecer esses processos e a dotá-los de conhecimentos específicos para responder em conformidade, bem como a apoiar o desenvolvimento de conhecimentos especializados e competências profissionais entre os professores. Estes conhecimentos poderiam ser ministrados por instituições de ensino superior no âmbito de cursos ou seminários complementares durante os últimos anos de um programa de licenciatura, por exemplo, aos estudantes de direito e jornalismo.

(36) Os Estados-Membros devem apoiar as campanhas de sensibilização sobre os processos judiciais manifestamente infundados ou abusivos contra a participação pública, organizadas, entre outros, por entidades nacionais, incluindo as instituições nacionais de direitos humanos e as organizações da sociedade civil.

([23]) Caixa de ferramentas global para atores jurídicos: normas jurídicas internacionais sobre liberdade de expressão, acesso à informação e segurança de jornalistas (2021), <https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000378755>.

([24]) <https://www.coe.int/en/web/help/home>.

(37) As ações de comunicação sobre os processos judiciais manifestamente infundados ou abusivos contra a participação pública podem assumir a forma de publicações, mensagens, reuniões públicas, conferências e seminários presenciais e em linha.

(38) As pessoas objeto de processos judiciais manifestamente infundados ou abusivos contra a participação pública têm frequentemente dificuldade em encontrar informações sobre os recursos de apoio disponíveis. Para facilitar a identificação das entidades ou dos organismos capazes de prestar assistência no domínio dos processos judiciais manifestamente infundados ou abusivos e para assegurar a eficácia do apoio prestado contra esses processos, devem recolher-se e disponibilizar-se informações num ponto único a título gratuito e de fácil acesso. Para o efeito, cada Estado-Membro deve criar um ponto focal nacional que reúna e partilhe informações sobre os recursos disponíveis.

(39) Um dos objetivos subjacentes às ações de sensibilização sobre os processos judiciais manifestamente infundados ou abusivos contra a participação pública deve ser promover a sensibilização para a importância de um espaço público que admita a participação democrática e permita aos cidadãos ter acesso a uma pluralidade de pontos de vista e a informações fiáveis sem preconceitos.

(40) As campanhas de sensibilização devem ser coordenadas com os pontos focais nacionais e com outras autoridades competentes para garantir a sua eficácia. Também devem procurar estabelecer sinergias com campanhas de sensibilização sobre temas compatíveis, como as que se centram na promoção de um debate aberto, livre e justo e na proteção do direito à liberdade de expressão, e devem ser integradas em ações de sensibilização que promovam a participação cívica ativa, o pluralismo de pontos de vista e o acesso a informações fiáveis. Devem procurar ainda estabelecer sinergias, se for caso disso, com o reforço da resiliência nos meios de comunicação social, a literacia da informação, as normas jornalísticas e a verificação de factos no contexto de medidas destinadas a combater a desinformação, a manipulação da informação e a ingerência, inclusive a partir do estrangeiro. O público-alvo poderia incluir, entre outros, grupos específicos, como os profissionais da comunicação social, os profissionais da justiça, os membros de organizações da socie-

dade civil, os profissionais da comunicação, os académicos, os grupos de reflexão, os políticos, os funcionários públicos, as autoridades públicas e as sociedades privadas.

(41) Os Estados-Membros devem procurar incentivar, por todos os meios que considerem adequados, a disponibilidade de informações sobre as garantias processuais e outras garantias previstas nos seus quadros jurídicos nacionais, incluindo informações sobre as entidades ou os organismos que podem ser contactados para prestar assistência no âmbito dos processos judiciais manifestamente infundados ou abusivos contra a participação pública.

(42) Estes recursos de apoio podem incluir escritórios de advogados que defendam pro bono as pessoas objeto de processos judiciais manifestamente infundados ou abusivos contra a participação pública, as clínicas jurídicas das universidades que prestam esse apoio, as organizações que registam e comunicam informações sobre as ações judiciais estratégicas contra a participação pública e as organizações que prestam assistência financeira ou outra às pessoas objeto de processos judiciais manifestamente infundados ou abusivos.

(43) As pessoas objeto de processos judiciais manifestamente infundados ou abusivos contra a participação pública devem estar devidamente preparadas para fazer face a esses processos. Por conseguinte, é necessário desenvolver capacidades nos Estados-Membros para prestar apoio às pessoas objeto de tais processos. Os Estados-Membros devem disponibilizar fundos e promover o financiamento disponível a nível da União para as organizações que prestam orientação e apoio às pessoas objeto de processos judiciais manifestamente infundados ou abusivos.

(44) Para melhor combater este fenómeno, é necessário um controlo mais sistemático dos processos judiciais manifestamente infundados ou abusivos contra a participação pública. Os dados recolhidos devem incluir informações suficientes para que as autoridades e outras partes interessadas pertinentes os possam quantificar e compreender melhor, nomeadamente com vista a prestar o apoio necessário às pessoas objeto de processos judiciais manifestamente infundados ou abusivos contra a participação pública. Os Estados-Membros, tendo em conta as suas dis-

posições institucionais em matéria de estatísticas judiciais([25]), devem confiar a uma ou mais autoridades a recolha e a agregação de dados relativos a processos judiciais manifestamente infundados ou abusivos contra a participação pública nos tribunais nacionais. Estas autoridades podem recolher os dados de várias partes interessadas. Para facilitar a recolha de dados, as autoridades encarregadas de recolher dados podem criar pontos de contacto para que as autoridades judiciárias, as organizações profissionais, as organizações não governamentais, os defensores dos direitos humanos, os jornalistas e outras partes interessadas possam partilhar dados relativos aos processos judiciais manifestamente infundados ou abusivos. Os Estados-Membros devem confiar a uma destas autoridades a coordenação das informações e a comunicação anual à Comissão dos dados agregados recolhidos a nível nacional a partir do final de 2023. Os Estados-Membros devem assegurar a responsabilização dos dados recolhidos. Para o efeito, devem assegurar que o processo de recolha de dados respeita as normas profissionais e que as autoridades encarregadas da recolha de dados e de estatísticas gozam de autonomia suficiente. Os requisitos em matéria de proteção de dados devem ser cumpridos.

(45) Ao confiarem às autoridades a recolha e a comunicação de dados, os Estados-Membros podem considerar o estabelecimento de sinergias com os instrumentos pertinentes no domínio do Estado de direito e da proteção dos direitos fundamentais. As instituições nacionais de direitos humanos, quando existam, podem desempenhar um papel importante, do mesmo modo que outras entidades, como os gabinetes dos provedores de justiça, os organismos de promoção da igualdade ou as autoridades competentes, como as designadas ao abrigo da Diretiva (UE) 2019/1937 do Parlamento Europeu e do Conselho([26]), também podem ser pertinentes. Os pontos focais nacionais que fornecem uma panorâmica dos recursos de apoio e as entidades ou autori-

---

([25]) Ver as Orientações sobre as estatísticas judiciais da Comissão Europeia para a eficiência da justiça (CEPEJ) adotadas na sua 12.a reunião plenária (Estrasburgo, 10-11 de dezembro de 2008), CEPEJ-GT-EVAL (coe.int).

([26]) Diretiva (UE) 2019/1937 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 23 de outubro de 2019, relativa à proteção das pessoas que denunciam violações do direito da União (JO L 305 de 26.11.2019, p. 17).

dades encarregadas de recolher e comunicar os dados podem estar situados na mesma organização, tendo em conta os requisitos e os critérios descritos na presente recomendação.

(46) As autoridades encarregadas de recolher dados devem publicar informações sobre os processos judiciais manifestamente infundados ou abusivos contra a participação pública em formatos acessíveis nos seus sítios Web e, sempre que pertinente, através de outros instrumentos adequados. Ao fazê-lo, devem assegurar o pleno respeito dos direitos fundamentais, incluindo o direito à privacidade e à proteção dos dados pessoais das pessoas envolvidas em processos judiciais manifestamente infundados ou abusivos contra a participação pública.

(47) Para delimitar a duração dos processos relativos a processos judiciais manifestamente infundados ou abusivos, devem ser recolhidas, sempre que possível, informações precisas sobre os factos, atos ou ações que iniciaram e encerraram esses processos e as datas em que ocorreram. Os dados recolhidos devem também incluir, se for caso disso, informações sobre os antecedentes de um processo, por exemplo, quando se tenham repetido processos judiciais anteriores contra o mesmo demandado ou intentados pelo mesmo demandante.

(48) Se necessário, o grupo de peritos da UE sobre as SLAPP criado pela Comissão([27]) pode apoiar o desenvolvimento, em todos os Estados-Membros, de critérios comparáveis que possam ser facilmente aplicados pelas autoridades encarregadas de recolher e comunicar dados relativos aos processos judiciais manifestamente infundados ou abusivos contra a participação pública.

(49) O grupo de peritos da UE sobre as SLAPP apoia o intercâmbio e a divulgação de práticas e conhecimentos entre os profissionais sobre questões relacionadas com as ações judiciais estratégicas contra a participação pública. Pode, entre outros aspetos, prestar assistência técnica às autoridades na criação de pontos focais, no desenvolvimento de material de formação e na organização de assistência jurídica.

([27]) Registo dos grupos de peritos da Comissão e outras entidades semelhantes (europa.eu).

(50) O programa Cidadãos, Igualdade, Direitos e Valores (CIDV), criado pelo Regulamento (UE) 2021/692 do Parlamento Europeu e do Conselho([28]), visa proteger e promover os direitos e valores consagrados nos Tratados e na Carta. A fim de promover e continuar a desenvolver sociedades democráticas assentes no Estado de direito, o programa CIDV prevê, entre outros aspetos, a possibilidade de financiar atividades relacionadas com o reforço das capacidades e a sensibilização para a Carta, incluindo a liberdade de expressão. O Programa Justiça, criado pelo Regulamento (UE) 2021/692)([29]), prevê, nomeadamente, a possibilidade de financiar atividades relacionadas com a formação judiciária, com vista a promover uma cultura jurídica e judiciária comum assente no Estado de direito, e apoiar e promover a aplicação coerente e eficaz dos instrumentos jurídicos da União pertinentes no contexto do programa.

Adotou a presente Recomendação:

Objeto

1. A presente recomendação estabelece orientações para que os Estados-Membros tomem medidas eficazes, adequadas e proporcionadas para dar resposta aos processos judiciais manifestamente infundados ou abusivos contra a participação pública e proteger, em especial, os jornalistas e os defensores dos direitos humanos contra tais processos, no pleno respeito dos valores democráticos e dos direitos fundamentais.

Quadros aplicáveis

2. Regra geral, os Estados-Membros devem assegurar que os seus quadros jurídicos aplicáveis prevejam as garantias necessárias para dar resposta aos processos judiciais manifestamente infundados ou abusivos contra a participação pública no pleno respeito dos valores democráticos e

---

([28]) Regulamento (UE) 2021/692 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 28 de abril de 2021, que cria o Programa Cidadãos, Igualdade, Direitos e Valores e que revoga o Regulamento (UE) n.º 1381/2013 do Parlamento Europeu e do Conselho e o Regulamento (UE) n.º 390/2014 do Conselho (JO L 156 de 5.5.2021, p. 1).

([29]) O Regulamento (UE) 2021/692 visa contribuir para desenvolver um espaço europeu de justiça e reforçar a democracia, o Estado de direito e a proteção dos direitos fundamentais.

dos direitos fundamentais, incluindo o direito a um processo justo e o direito à liberdade de expressão.

3. Os Estados-Membros devem procurar assegurar a existência de garantias processuais para conceder um indeferimento antecipado de processos judiciais manifestamente infundados contra a participação pública. Devem também procurar prever outras vias de recurso contra os processos judiciais abusivos contra a participação pública, nomeadamente a imputação das custas, para que um demandante que tenha intentado um processo judicial abusivo contra a participação pública possa ser condenado a suportar todas as custas do processo, a indemnização de qualquer pessoa singular ou coletiva que tenha sofrido danos em resultado de um processo judicial abusivo contra a participação pública e a possibilidade de aplicar sanções efetivas, proporcionadas e dissuasivas à parte que intentou um processo judicial abusivo contra a participação pública.

4. Os Estados-Membros devem procurar incluir no seu direito nacional, para os processos nacionais, garantias semelhantes às previstas nos instrumentos da União que visam resolver processos judiciais manifestamente infundados e abusivos contra a participação pública em matéria civil com incidência transfronteiras.

5. Os Estados-Membros devem zelar por que as suas regras aplicáveis à difamação não tenham um impacto injustificado na liberdade de expressão, na existência de um ambiente mediático aberto, livre e plural e na participação pública.

6. Os Estados-Membros devem zelar por que as suas regras aplicáveis à difamação sejam suficientemente claras, incluindo os seus conceitos, para reduzir o risco de utilização indevida ou abusiva das mesmas.

7. Os Estados-Membros devem zelar ainda por que as sanções contra a difamação não sejam excessivas e desproporcionadas e ter na máxima conta as orientações e recomendações([30]) do Conselho da Europa que

---

([30]) Ver, entre outros, a Resolução 1577 (2007) da Assembleia Parlamentar do Conselho da Europa intitulada «Rumo à descriminalização da difamação», <https://assembly.coe.int/nw/xml/XRef/Xref-XML2HTML-en.asp?fileid=17588&lang=en>, a Recomendação 1814 (2007) da Assembleia Parlamentar do Conselho da Europa intitulada «Rumo à descriminalização da difamação», <https://assembly.coe.int/nw/xml/XRef/Xref-XML2HTML-en.asp?fileid=17587&lang=en>, e o estudo do Secretariado-Geral do Conselho da Europa sobre a liberdade de expressão e a difamação. Um estudo sobre a jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem (2012), <https://rm.coe.int/study-on-the-alignment-of-laws-and-practices-concerning-alignment-of-l/16804915c5>, e, mais recentemente, o estudo do Conselho da Europa sobre a jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do

abordam o quadro jurídico em matéria de difamação, em especial o direito penal. Neste contexto, os Estados-Membros são encorajados a retirar as penas de prisão por difamação do seu quadro jurídico. Os Estados-Membros são incentivados a favorecer o recurso ao direito administrativo ou civil para tratar os processos por difamação([31]), desde que tais disposições tenham um efeito menos punitivo do que as do direito penal.

8. Os Estados-Membros devem esforçar-se por estabelecer uma articulação adequada na sua legislação entre o direito à proteção dos dados pessoais e o direito à liberdade de expressão e de informação para conciliar esses dois direitos, tal como exige o art. 85.º, n.º 2, do Regulamento (UE) 2016/679.

9. Os Estados-Membros devem tomar as medidas adequadas para garantir que as regras deontológicas que regem a conduta dos profissionais da justiça e as sanções disciplinares em caso de violação dessas regras tenham em conta e incluam medidas adequadas para desincentivar a propositura de processos judiciais manifestamente infundados ou abusivos contra a participação pública. Os Estados-Membros devem incentivar os organismos de autorregulação e as associações de profissionais da justiça a alinharem as suas normas deontológicas, incluindo os códigos de conduta, com a presente recomendação. Recomendam-se igualmente ações de sensibilização e formação adequadas.

Formação

10. Os Estados-Membros devem apoiar as oportunidades de formação em matéria de processos judiciais manifestamente infundados ou abusivos contra a participação pública destinada aos profissionais da justiça, como os magistrados e os funcionários e agentes de justiça a todos os níveis dos tribunais, os advogados qualificados, bem como para as potenciais pessoas objeto de tais processos judiciais. O foco das formações deve

---

Homem (2016), <https://rm.coe.int/CoERMPublicCommonSearchServices/DisplayDCTMContent?documentId=09000016806ac95b>.

([31]) Além do Conselho da Europa (ver a nota de rodapé anterior), existe um apelo internacional crescente à descriminalização da difamação. Ver a observação geral n.º 34 sobre o art. 19.º, «Liberdade de opinião e de expressão», do Comité dos Direitos do Homem das Nações Unidas, de 12 de setembro de 2011, <https://www2.ohchr.org/english/bodies/hrc/docs/gc34.pdf>, e o Relatório especial sobre o assédio jurídico e o abuso do sistema judicial contra os meios de comunicação social do Gabinete do Representante para a Liberdade dos Meios de Comunicação Social da Organização para a Segurança e a Cooperação na Europa, de 23 de novembro de 2021, <https://www.osce.org/files/f/documents/c/f/505075_0.pdf>.

incidir no reforço dos conhecimentos especializados para identificar tais processos e reagir de forma adequada.

11. Os Estados-Membros devem incentivar as associações de profissionais da justiça e os prestadores de formação jurídica a oferecerem formação sobre como fazer face aos processos judiciais manifestamente infundados ou abusivos contra a participação pública. A Comissão encorajará os prestadores de formação a nível europeu, como a Rede Europeia de Formação Judiciária, a oferecerem tal formação. Os profissionais da justiça e as suas associações profissionais devem participar no desenvolvimento, organização, ministração e avaliação da formação.

12. A formação deve abranger os aspetos pertinentes da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem. Deve incluir orientações práticas sobre a forma de aplicar o direito da União, a jurisprudência nacional, a jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia e a jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, sobre a verificação de que as restrições ao exercício da liberdade de expressão cumprem os requisitos previstos no art. 52.º da Carta e no art. 10.º, n.º 2, da Convenção Europeia dos Direitos do Homem, respetivamente, bem como sobre a articulação da liberdade de expressão e de informação com outros direitos fundamentais.

13. A formação deve abranger também as garantias processuais contra os processos judiciais manifestamente infundados ou abusivos contra a participação pública, quando existam, bem como a jurisdição e a legislação aplicável pertinente em matéria de direitos fundamentais, de direito penal, administrativo, civil e comercial.

14. As ações de formação devem ainda abordar a obrigação de os Estados-Membros, nos termos do Regulamento (UE) 2016/679, conciliarem, por lei, a proteção dos dados pessoais com o direito à liberdade de expressão e de informação. Devem abranger as regras adotadas pelos Estados-Membros para o efeito e as isenções ou derrogações específicas do Regulamento (UE) 2016/679 aplicáveis ao tratamento de dados efetuado para fins jornalísticos ou para fins de expressão académica, artística ou literária([32]). Devem ser tidos em devida conta os elementos mencionados no anexo da presente recomendação.

([32]) Para mais informações sobre a transposição do art. 85.º do RGPD para o direito nacional, ver o documento de trabalho dos serviços da Comissão, p. 26.

15. Os Estados-Membros devem ponderar a integração desta formação na formação em matéria de liberdade de expressão e ética jurídica.

16. A formação dos jornalistas, de outros profissionais da comunicação social e dos defensores dos direitos humanos deve reforçar a sua capacidade de fazer face aos processos judiciais manifestamente infundados ou abusivos contra a participação pública. Deve centrar-se no reconhecimento dos processos judiciais manifestamente infundados ou abusivos contra a participação pública, na forma de gerir o facto de serem objeto de tais processos e na informação sobre os seus direitos e obrigações para que possam tomar as medidas necessárias para se protegerem contra esses processos. A formação dos jornalistas deve também incluir as normas e as orientações éticas estabelecidas pelos conselhos nacionais de imprensa ou de comunicação social.

17. Os Estados-Membros poderiam incentivar as instituições de ensino superior a incluírem nos seus programas curriculares, especialmente nas licenciaturas em direito e jornalismo, conhecimentos sobre como identificar processos judiciais manifestamente infundados ou abusivos contra a participação pública.

18. A formação poderia incluir testemunhos de pessoas objeto de processos judiciais manifestamente infundados ou abusivos contra a participação pública. A formação poderia também, tirando o máximo partido dos conhecimentos desenvolvidos no âmbito do grupo de peritos da UE sobre as SLAPP, promover o intercâmbio de experiências entre os Estados-Membros.

Sensibilização

19. Os Estados-Membros são incentivados a apoiar as iniciativas, incluindo as das instituições nacionais de defesa dos direitos humanos e das organizações da sociedade civil, destinadas a sensibilizar e a organizar campanhas de informação sobre os processos judiciais manifestamente infundados ou abusivos contra a participação pública. Deve ser dada especial ênfase à sensibilização das potenciais pessoas objeto de tais processos.

20. As ações de sensibilização devem ter por objetivo explicar de forma simples e acessível a questão dos processos judiciais manifestamente infundados ou abusivos contra a participação pública, de modo a que estes processos sejam facilmente reconhecidos.

21. As ações de sensibilização devem fornecer informações sobre as estruturas de apoio existentes, incluindo a referência aos pontos focais nacionais que recolhem e partilham informações sobre os recursos disponíveis. Os esforços de sensibilização devem também proporcionar uma visão clara das linhas jurídicas de defesa disponíveis no âmbito dos quadros nacionais em caso de processos judiciais manifestamente infundados ou abusivos contra a participação pública e do modo como aquelas podem ser utilizadas de forma eficaz.

22. As campanhas de sensibilização destinadas a combater as atitudes negativas, os estereótipos e os preconceitos podem também abordar os processos judiciais manifestamente infundados ou abusivos contra a participação pública.

23. A promoção de uma melhor compreensão do caráter e da extensão do impacto dos processos judiciais manifestamente infundados ou abusivos contra a participação pública deve ser incluída em ações de sensibilização sobre o direito à liberdade de expressão dirigidas a grupos específicos, como os profissionais da comunicação social, os profissionais da justiça, os membros de organizações da sociedade civil, os académicos, os grupos de reflexão, os profissionais da comunicação, os funcionários públicos, os políticos, as autoridades públicas e as sociedades privadas.

Mecanismos de apoio

24. Os Estados-Membros devem zelar por que as pessoas objeto de processos judiciais manifestamente infundados ou abusivos contra a participação pública tenham acesso a apoio individual e independente. Para o efeito, os Estados-Membros devem identificar e apoiar as organizações que prestam orientação e apoio a esses objetivos. Essas organizações podem incluir associações de profissionais da justiça, conselhos de comunicação social e de imprensa, associações de cúpula de defensores dos direitos humanos, associações a nível da União e a nível nacional, escritórios de advogados que defendam pro bono as pessoas objeto de processos judiciais manifestamente infundados ou abusivos contra a participação pública, clínicas jurídicas de universidades e outras organizações não governamentais.

25. Cada Estado-Membro deve criar um ponto focal que reúna e partilhe informações sobre todas as organizações que prestem orientação e apoio a pessoas objeto de processos judiciais manifestamente infundados ou abusivos contra a participação pública.

26. Os Estados-Membros são incentivados a utilizar os fundos nacionais e da União para prestar apoio financeiro e promover o financiamento disponível a nível da União para as organizações que prestam orientação e apoio às pessoas objeto de processos judiciais manifestamente infundados ou abusivos contra a participação pública, em especial para garantir que dispõem de recursos suficientes para reagir de forma expedita contra tais processos.

27. Os Estados-Membros devem garantir que os demandados no âmbito de processos judiciais manifestamente infundados ou abusivos contra a participação pública dispõem de assistência jurídica de fácil acesso e com custos razoáveis.

28. Os Estados-Membros devem facilitar o intercâmbio de informações e de boas práticas entre as organizações que prestam orientação e apoio às pessoas objeto de processos judiciais manifestamente infundados ou abusivos contra a participação pública.

Recolha, Comunicação de Informações e Acompanhamento

29. Os Estados-Membros, tendo em conta as suas disposições institucionais em matéria de estatísticas judiciais, devem confiar a uma ou mais autoridades a responsabilidade de recolher e agregar, no pleno respeito dos requisitos em matéria de proteção de dados, os dados relativos aos processos judiciais manifestamente infundados ou abusivos contra a participação pública intentados na sua jurisdição. Os Estados-Membros devem assegurar que uma autoridade seja responsável pela coordenação das informações e por comunicar anualmente à Comissão os dados agregados recolhidos a nível nacional a partir do final de 2023, no pleno respeito dos requisitos em matéria de proteção de dados. A Comissão publicará um resumo anual dos contributos recebidos.

30. Sempre que necessário, o grupo de peritos sobre as SLAPP pode apoiar o desenvolvimento e a melhor utilização das normas e dos modelos em matéria de recolha de dados.

31. Os dados referidos no n.º 29 devem incluir:

a) o número de processos judiciais manifestamente infundados ou abusivos contra processos de participação pública instaurados no ano em causa;

b) o número de processos judiciais manifestamente infundados ou abusivos contra processos de participação pública indeferidos no

início do ano em causa a partir de 2022 tanto por serem considerados improcedentes como por razões processuais;

c) o número de processos judiciais classificados por tipo de demandado (por exemplo, jornalista, defensor dos direitos humanos, órgão de comunicação social);

d) o número de processos judiciais classificados por tipo de requerente (por exemplo, político, particular, empresa, se o requerente é uma entidade estrangeira);

e) o número de processos judiciais intentados contra atos de participação pública;

f) informações sobre o montante estimado por danos iniciais de pedidos de requerentes;

g) a descrição das diferentes bases jurídicas utilizadas pelos demandantes e dados conexos;

h) informações sobre a duração dos processos, incluindo todas as instâncias;

i) informações sobre os elementos transfronteiras; e

j) se disponíveis, outros dados, nomeadamente sobre as custas judiciais dos processos e, se for caso disso, dados pertinentes sobre o historial dos processos.

32. A autoridade que assegura a coordenação referida no n.º 29 deve publicar os dados, em formatos acessíveis no seu sítio Web e, se for caso disso, através de outros instrumentos adequados, tomando simultaneamente as medidas necessárias para garantir a proteção dos direitos das pessoas envolvidas em processos judiciais manifestamente infundados ou abusivos contra a participação pública.

Disposições finais

33. Os Estados-Membros devem utilizar plenamente o apoio financeiro disponível a nível da União para aplicar as disposições específicas da presente recomendação e promover as oportunidades de financiamento disponíveis para as entidades públicas e privadas, incluindo as organizações da sociedade civil, em especial no âmbito do Programa CIDV e do Programa Justiça.

34. Os Estados-Membros devem transmitir à Comissão, até ao final de 2023 e, posteriormente, mediante pedido, em conformidade com as

regras em matéria de proteção de dados, um relatório sobre a aplicação da presente recomendação que contenha dados agregados consolidados a nível dos Estados-Membros. Se necessário, a Comissão deve realizar debates com os Estados-Membros e com as partes interessadas, nos fóruns pertinentes, sobre as medidas e as ações tomadas para aplicar a recomendação.

35. O mais tardar cinco anos após a data de adoção, a Comissão deve avaliar o impacto da presente recomendação na evolução dos processos judiciais manifestamente infundados ou abusivos contra a participação pública na União Europeia. Nesta base, a Comissão deve determinar se são necessárias medidas adicionais para assegurar a adequada proteção das pessoas objeto de tais processos, tendo em conta as conclusões dos relatórios da Comissão sobre o Estado de direito e outras informações pertinentes, incluindo dados externos.

Anexo

Elementos que podem ser incluídos na formação sobre ações judiciais em matéria de proteção de dados no contexto dos processos judiciais manifestamente infundados ou abusivos contra a participação pública (comummente conhecidos como «SLAPP»):

— A legislação adotada pelos Estados-Membros para conciliar o direito à proteção dos dados pessoais com o direito à liberdade de expressão e de informação, que deve prever isenções ou derrogações às disposições enumeradas no art. 85.º, n.º 2, do RGPD relativas ao tratamento efetuado para fins jornalísticos ou para fins de expressão académica, artística ou literária, caso sejam necessárias para conciliar estes dois direitos.

— No que respeita ao exercício dos direitos do titular dos dados ao abrigo do RGPD, o art. 12.º, n.º 5, do RGPD estabelece que os pedidos manifestamente infundados ou excessivos podem ser recusados (ou ser sujeitos ao pagamento de uma taxa razoável).

— O direito de retificação previsto no art. 16.º do RGPD diz respeito apenas às situações em que os dados pessoais são inexatos. Além

disso, o direito de ter os dados pessoais incompletos completados não é automático e depende da finalidade do tratamento.

— No que respeita ao exercício do direito a ser esquecido, o RGPD estabelece que este direito não se aplica na medida em que o tratamento se revele necessário ao exercício da liberdade de expressão e de informação [art. 17.º, n.º 3, alínea *a*), do RGPD].

— Para evitar a procura do foro mais favorável, o art. 79.º, n.º 2, do RGPD estabelece que os recursos contra os responsáveis pelo tratamento ou contra os subcontratantes — por exemplo, o jornalista, o defensor dos direitos, o interveniente da sociedade civil, a empresa de comunicação social, etc. — podem ser propostos nos tribunais do Estado-Membro em que aqueles tenham estabelecimento ou, salvo se o responsável pelo tratamento ou o subcontratante for uma autoridade pública de um Estado-Membro no exercício dos seus poderes públicos, em que o titular dos dados tenha a sua residência habitual. Esta disposição não deixa margem para as ações que invoquem uma violação das regras de proteção de dados perante outros tribunais sem qualquer relação com o tratamento dos dados pessoais, o estabelecimento do jornalista ou dos meios de comunicação social ou a residência habitual do demandante, incluindo para efeitos de indemnização.

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