ISSN: 0870-8118

REVISTA
da Ordem dos Advogados

Editorial

Doutrina

Catarina Monteiro Pires
Responsabilidade e exoneração na venda internacional de mercadorias: primeiras reflexões

Daniel Bessa de Melo
Da denúncia dos defeitos na compra e venda

Domingos Freire de Andrade
A Responsabilidade por Dívidas na Cisão

Manuel Carneiro da Frada
O dever de renegociar o contrato. Mitos e realidades de uma ideia errante

Maria Amélia Barradas Carlos
As Holdings *e os dividendos à saída à luz do Direito europeu*

Maria Benedita Cunha Pinto
Dados pessoais como objeto mediato de negócios jurídicos onerosos

Miguel da Câmara Machado
Um princípio que pode ser uma "estrada de tijolos amarela" e quatro pequenas alterações: notas sobre as regras sancionatórias decorrentes do quase secreto RGICSF'22 (Lei n.º 23-A/2022, de 9 de dezembro

Nuno Sousa e Silva
Proposta(s) para um novo Código do Direito de Autor

Paulo Otero
Da dimensão constitucional dos acordos de financiamento ("litigation funding agreements") *de ações populares indemnizatórias: um problema de abuso de direitos fundamentais*

Ano 82 **Lisboa** **Jul. / Dez. 2022**

Rogério Fernandes Ferreira e Pedro José Santos
A Proposta de Lei N.º 47/XV/1.ª e a criação de duas novas contribuições de solidariedade temporária (Windfall Profit Tax) obrigatórias

Sandra Inês Feitor
Alienação parental à luz da jurisprudência do TEDH

Susana Estêvão Gonçalves
Harmonização fiscal europeia: os desafios da digitalização da economia

Jurisprudência dos Conselhos

- Ata da Audiência Pública e Parecer do Conselho Superior — Proc. 58/2015.CS/IM — Processo de Idoneidade Moral

- Pareceres do Conselho Geral — Processo n.º 22/PP/2022-G (Plataforma Informática) e Processo n.º 5/PP/2022-G (Publicidade)

Vida Interna

- Ordem dos Advogados — Deliberação n.º 84/2023 — Altera o Regulamento Financeiro da Ordem dos Advogados

Preço €15

REVISTA
da Ordem dos Advogados

ANO 82
2 0 2 2



L I S B O A

REVISTA
da Ordem dos Advogados

Bastonário da Ordem dos Advogados e *Director*
Luís Menezes Leitão

Sub-Directora
Catarina Monteiro Pires

Conselho Consultivo
António Menezes Cordeiro / Dário Moura Vicente / Germano Marques da Silva / / José Osvaldo Gomes / Miguel Teixeira de Sousa / Rui Chancerelle de Machete

Conselho de Redacção
Alexandre Mota Pinto / António Andrade de Matos / Diogo Duarte Campos / / Fernando Ferreira Pinto / Francisco Mendes Correia / Guilherme Machado Dray / Manuel Carneiro da Frada / Maria de Lurdes Pereira / Miguel Assis Raimundo / Patrícia Akester / Pedro Duro / Rita Canas da Silva / Rogério Fernandes Ferreira / Sofia Ribeiro Mendes / Vera Eiró

Coordenação
Departamento Editorial e Comunicação da Ordem dos Advogados

Revisão e Secretariado
Elsa Mariano

Propriedade da Ordem dos Advogados

Redacção e Administração
Largo de S. Domingos, 14-1.º — 1169-06 Lisboa — Portugal
revista@cg.oa.pt

Composição
AGuerra — Viseu

Impressão e acabamentos
Magicprinter, L.da

Depósito Legal: 124011/98
ISSN 0870-8118

Tiragem: 750 exemplares

Assinatura da ROA disponível em
<www.oa.pt>

Os artigos publicados respeitam a norma ortográfica escolhida pelos autores

Catarina Monteiro Pires
Editorial p. 411

Doutrina

Catarina Monteiro Pires
Responsabilidade e exoneração na venda internacional de mercadorias: primeiras reflexões p. 413

No presente estudo, apresentamos algumas reflexões iniciais sobre a responsabilidade e exoneração de responsabilidade no âmbito da *Convenção das Nações Unidas sobre Contratos para Venda Internacional de Mercadorias*, em vigor no nosso País.

Daniel Bessa de Melo
Da denúncia dos defeitos na compra e venda p. 429

O estudo tem em vista a análise do regime jurídico da denúncia dos defeitos na compra e venda civil e comercial de coisa defeituosa, com particular enfoque no seu prazo.

Domingos Freire de Andrade
A Responsabilidade por Dívidas na Cisão p. 457

A cisão é uma operação recorrentemente utilizada no contexto de reestruturações societárias como uma forma de libertação de valor para os sócios da sociedade cindida. A questão que nos propomos analisar é a responsabilidade por dívidas no âmbito de uma operação de cisão de sociedades comerciais, pertinente por se tratar de um elemento determinante para que os potenciais intervenientes na operação de cisão possam ajuizar os benefícios e riscos da operação. Iremos demonstrar que o regime da responsabilidade por dívidas na cisão é construído com vista à proteção dos sócios e credores sociais das sociedades intervenientes na operação de cisão através de um mecanismo de proteção *a priori* — o direito de deduzir oposição judicial à cisão com fundamento no prejuízo que a cisão possa causar ao pagamento dos seus créditos — e um mecanismo de proteção *a posteriori* — a reconstituição da unidade do património cindido (que responderia pela satisfação das dívidas caso não existisse cisão), prevendo a responsabilidade solidária da sociedade cindida, das sociedades beneficiárias e até dos membros dos órgãos de administração e fiscalização.

Manuel Carneiro da Frada
O dever de renegociar o contrato. Mitos e realidades de uma ideia errante p. 499

Versa-se o papel que o "dever de renegociar o contrato", determinado *ex lege* ou instituído pelas partes, representa no tráfico jurídico-negocial, identificando as suas coordenadas dogmáticas e as consequências da sua violação.

Maria Amélia Barradas Carlos
As *Holdings* e os dividendos à saída à luz do Direito europeu p. 555

O presente estudo debruça-se sobre as *holdings* e os dividendos à saída à luz do Direito Europeu. Analisam-se os pressupostos do abuso e as razões económicas subjacentes.

Maria Benedita Cunha Pinto
Dados pessoais como objeto mediato de negócios jurídicos onerosos p. 607

Neste artigo faz-se uma reflexão acerca da eventual admissibilidade dos negócios jurídicos com dados pessoais como contrapartida por causa do objeto negocial.

Miguel da Câmara Machado
Um princípio que pode ser uma "estrada de tijolos amarela" e quatro pequenas alterações: notas sobre as regras sancionatórias decorrentes do quase secreto RGICSF'22 (Lei n.º 23-A/2022, de 9 de dezembro) p. 647

Primeira análise das "novas regras sancionatórias" introduzidas no RGICSF no final de 2022, partindo da sua principal inovação: o princípio da oportunidade. Traçando um paralelo com a esperançosa "estrada de tijolos amarela" do *Feiticeiro de Oz*, no texto tenta-se fazer uma análise dos requisitos do novo artigo 209.º-A, contrastando-o com a proposta do Banco de Portugal de 2020 e dissecar as outras alterações, comparando-as com cada uma das personagens do conto de L. Frank Baum: (*i*) o Espantalho que pode ser a, agora ainda mais alargada, alínea *m*) do art. 210.º; (*ii*) o Leão Cobarde que parece esconder-se nas alterações feitas ao art. 211.º; e (*iii*) o Homem-de-Lata cujos mecanismos parecem funcionar no também reformulado art. 227.º-C.

Nuno Sousa e Silva
Proposta(s) para um novo Código do Direito de Autor p. 669

O atual Código de Direito de Autor Português apresenta várias deficiências. Neste artigo, essas são identificadas e apresentam-se várias propostas para um novo Código.

Paulo Otero
Da dimensão constitucional dos acordos de financiamento ("*litigation funding agreements*") de ações populares indemnizatórias: um problema de abuso de direitos fundamentais p. 701

Analisa-se, à luz da Constituição, a utilização de acordos de financiamento de contencioso ("*litigation funding agreements*") face a ações populares indemnizatórias.

Rogério Fernandes Ferreira / Pedro José Santos
A Proposta de Lei N.º 47/XV/1.ª e a criação de duas novas contribuições de solidariedade temporária (*Windfall Profit Tax*) obrigatórias p. 741

A implementação, em Portugal, dos impostos sobre os lucros, ditos extraordinários, das empresas, através da Lei n.º 24-B/2022, de 30 de dezembro, que sucedeu à Proposta de Lei n.º 47/XV/1.ª.

Sandra Inês Feitor
Alienação parental à luz da jurisprudência do TEDH p. 769

A alienação parental é um tema controverso que não reúne consensos na comunidade científica e jurídica. Contudo, à parte da controvérsia tem ganho expressividade na jurisprudência dado o relevo de casos nos juízos de família e menores caracterizados por condutas parentais de busca pela exclusividade da relação e afectividade com os filhos. Situações que exigem do operador judiciário um estudo aprofundado sobre o tema e a sua compreensão para adequada solução no melhor interesse da criança. Ora, representando o direito à convivência familiar um direito fundamental reciproco substantivo, da criança em relação aos pais, destes em relação à criança e das crianças entre si nas relações fraternas, quer por decorrência das normas constitucionais, quer da CEDH, é possível observar na jurisprudência do TEDH o reconhecimento deste tipo de conduta parental disfuncional e prejudicial à criança, e, inclusive condenações do Estado Português em violação do art. 8.º da CEDH por não proceder ao restauro da convivência familiar em tempo útil ou empreendendo todos os meios para assegurar o restauro da relação.

Susana Estêvão Gonçalves
Harmonização fiscal europeia: os desafios da digitalização da economia p. 797

Face à desadequação do atual critério de alocação do poder de tributar, propomos uma reflexão com vista a uma solução harmonizada: a tributação no destino.

Jurisprudência dos Conselhos

- Ata da Audiência Pública e Parecer do Conselho Superior — Proc. 58/2015.CS/IM — Processo de Idoneidade Moral p. 831

- Pareceres do Conselho Geral — Processo n.º 22/PP/2022-G (Plataforma Informática) e Processo n.º 5/PP/2022-G (Publicidade) p. 847

Vida Interna

- Ordem dos Advogados — Deliberação n.º 84/2023 — Altera o Regulamento Financeiro da Ordem dos Advogados p. 853

EDITORIAL

Há precisamente oitenta anos, em 1943, a Ordem dos Advogados publicava na sua Revista (nos números 1 e 2, de 1943), o "Discurso do Ministro da Justiça", por ocasião da abertura do ano judicial, proferido pelo Prof. Doutor Adriano Vaz Serra. Sendo certo que a história social e política do nosso País não nos deixa perder de vista o diferente contexto de um discurso com oitenta anos e desafia-nos obrigatoriamente a uma releitura do mesmo, através de vários anacronismos, talvez o tempo não tenha apagado a pertinência das palavras de Vaz Serra sobre a essência da realização prática do Direito: *"é no seio das realidades vitais que o julgador deverá fazer a sua apreciação, tendo presentes aquelas fontes [legislação e outras fontes] — e não em puras abstrações intelectuais, capazes talvez de satisfazer as inclinações lógicas do espírito, mas nem sempre as exigências da Justiça"*.

O presente número da Revista da Ordem dos Advogados propõe aos leitores, juntamente com a jurisprudência dos Conselhos, um conjunto de estudos doutrinários de áreas diversificadas, entre as quais o Direito Constitucional, o Direito Fiscal, o Direito Comercial, o Direito Civil e o Direito Bancário, da autoria de Advogados e Professores Universitários.

O resumo de cada texto permite apreender a relevância dos temas tratados e a sua importância para o exercício diário da realização do Direito, o qual, ao lado dos Magistrados, é também missão das Advogadas e dos Advogados. Sempre sem perder de vista as exigências da Justiça e que *"o Direito existe para a vida"*.

Catarina Monteiro Pires

RESPONSABILIDADE E EXONERAÇÃO NA VENDA INTERNACIONAL DE MERCADORIAS: PRIMEIRAS REFLEXÕES

Pela Prof. Doutora Catarina Monteiro Pires

Sumário:

I. Introdução. **II.** Âmbito da Convenção. **III.** O sistema de responsabilidade da Convenção. **IV.** A exoneração do devedor.

I. Introdução

1. Pretendemos neste texto examinar algumas questões suscitadas pelos arts. 74.º e 79.º da Convenção das Nações Unidas sobre Contratos para Venda Internacional de Mercadorias, adotada em Viena, em 11 de abril de 1980([1]).

2. O Decreto n.º 5/2020, de 7 de agosto, aprovou, para adesão, a Convenção das Nações Unidas sobre Contratos para Venda Internacional de Mercadorias, adotada em Viena, em 11 de abril de 1980. Em anexo a este Decreto consta a versão inglesa e uma tradução para língua portuguesa do texto da Convenção que utilizaremos neste estudo, sem prejuízo das referências à versão em língua inglesa (que prevalece), sempre que necessário.

([1]) Este texto constitui também um contributo para a homenagem ao Prof. Doutor Pedro Pais de Vasconcelos.

O Aviso n.º 48/2020, de 10 de outubro, tornou público que a República Portuguesa depositou, em 23 de setembro de 2020, o seu instrumento de adesão à Convenção. Ainda conforme consignado no dito Aviso, de acordo com o disposto no art. 99.º, n.º 2, da Convenção, esta entra em vigor para a República Portuguesa no dia 1 de outubro de 2021, sendo esta parte na mesma Convenção.

3. Com antecedentes em projetos anteriores(2), a Convenção resulta dos trabalhos desenvolvidos no seio da CNUCDI, criada em 1966, nomeadamente da adoção em 1978 de um projeto de Convenção sobre os contratos de venda internacional de mercadorias.

Tendo principiado com a adesão inicial de 11 Estados, da Convenção são hoje parte 94 Estados e a mesma constitui uma peça essencial do comércio internacional de mercadorias. Entre esses Estados contam-se relevantes parceiros económicos internacionais de Portugal, como a maioria dos países da União europeia (exceto a Irlanda e Malta), o Brasil, a China, os Estados Unidos da América e a Rússia. Aplicada há largas décadas, por tribunais, judiciais e arbitrais, ´considerada um caso de sucesso de uniformização(3) e de aceitação crescente por parte dos utilizadores(4), pode hoje o sentido das suas disposições ser explorado através de um rico acervo de decisões, muitas delas publicadas.

4. Em Portugal, a partir da data de entrada em vigor, e dentro do respetivo âmbito de aplicação, a Convenção passou a ser direito aplicável por tribunais, judiciais e arbitrais. O mesmo sucede no Brasil desde 1 de abril de 2014, tendo a adesão sido também feita sem declarações ou reservas(5).

---

(2) Nos antecedentes, salientam-se as Convenções da Haia de 1964 sobre Lei Uniforme sobre a Venda Internacional de Mercadorias e Lei Uniforme sobre a Formação dos Contratos de Venda Internacional. Sobre estes aspetos *vide per totum* Franco Ferrari, *Contracts for the International Sale of Goods. Applicability and applications of the 1980 United Nations Sales Convention*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, Boston, 2012, p. 4, ss.

(3) Cf. Ulrich Magnus, "The Vienna Sales Convention (CISG) between Civil and Common Law: best of all worlds?", *Journal of Civil Law Studies*, 2, 2010, (p. 67, ss), p. 71, ss, Kröll/Mistelis /Perales Viscasillas, *Introduction CISG*, em *UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods*. *A Commentary*, C.H.Beck/Hart/Nomos, 2018, 2.ª ed., p. 8, ss e p. 13, ss, Franco Ferrari, *Contracts for the International Sale of Goods. Applicability and applications of the 1980 United Nations Sales Convention*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden/Boston, 2012, p. 24.

(4) Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas, *Introduction CISG*, em Kröll/ Mistelis/ Perales Viscasillas, *UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods*. *A Commentary*, p. 14.

(5) *Vide* o Decreto Legislativo n.º 538/2012 de 16 de outubro de 2012 e o Decreto Presidencial n.º 8.327/2014 de 16 de novembro de 2014.

5. Como acima referimos, o presente estudo seleciona apenas um aspeto da Convenção: o do sentido e âmbito dos arts. 74.º e 79.º dentro do sistema próprio de reação a perturbações do cumprimento da Convenção. Antes de nos concentrarmos neste artigo propriamente dito, impõe-se algumas considerações prévias quanto à própria Convenção.

II. O âmbito da Convenção

1. A Convenção aplica-se automaticamente, uma vez preenchidas as respetivas condições, mas pode ser afastada, total ou parcialmente, mediante acordo das partes (art. 6.º), ficando ressalvada a regra do art. 12.º, aplicável à forma do contrato([6]). Afirma-se, por isso, que a Convenção tem caráter dispositivo([7]). Esta solução do art. 6. º é depois complementada pelo disposto nos arts. 30.º, 35.º e 53.º.

2. O "opting out" pode ser direto (contratual) ou indireto (escolha de lei), expresso ou tácito (cf. art. 8.º da Convenção)([8]). Quer dizer, o acordo das partes no sentido da exclusão pode resultar de um afastamento contratual expresso, como pode resultar da escolha do direito de um Estado não contratante, como pode traduzir-se na estipulação de clausulado contratual negociado alternativo ou distinto do regime convencional ou na incorporação de modelos padronizados, nomeadamente

---

([6]) A tradução portuguesa do art. 6.º impõe alguma cautela, podendo sugerir um sentido do art. 12.º diferente do que possui (o art. 12.º estabelece uma limitação, na parte final do preceito, mas não é a norma fundamentadora da supletividade). Com efeito, na versão inglesa, determina-se "*the parties may exclude the application of this Convention or, subject to article 12, derogate from or vary the effect of any of its provisions*". Na versão portuguesa, lê-se: "*as partes podem excluir a aplicação da presente Convenção ou, nos termos do disposto do artigo 12.º, derrogar ou modificar os efeitos de qualquer uma das suas disposições*".

([7]) Mistelis, anotação ao art. 6.º em Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas, *UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods*, p. 103, Ingo Saenger, anotação ao art. 1.º em Ferrari, Kieninger, Mankowski, Otte, Saenger, Schulze, Staudinger, *Internationales Vertragsrecht. Rom-I, CISG, CMR, FactÜ*, *Kommentar*, Beck, Munique, 2018, 3.ª ed., p. 571.

([8]) Magnus, *Staudinger BGB, Wiener UN-Kaufrecht, CISG Sellier*, De Gruyter, 2013 (Staudinger/Magnus), anotação ao art. 6.º, p. 169, ss. Quanto a acordo tácito, os tribunais admitem a inferência em que esta declaração se baseia, mas salientam a necessidade de o facto do qual se infere a modificação ou derrogação dever revestir clareza (com referências, Mistelis**,** anotação ao art. 6.º em Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas, *UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods*, p. 106.

de Incoterms, estabelecendo regras relativa às obrigações de cada uma das partes(9). Com efeito, tem-se admitido que esta exclusão possa operar indiretamente, por exemplo (mas não exclusivamente) através da remissão feita pelas partes para a lei de um Estado não contratante ou mesmo para normas individualizadas contrárias à solução da Convenção(10).

Outra hipótese exemplificativa será ainda a da remissão para uma minuta ou para um *standard* contratual específico incompatível com a Convenção(11).

O acordo das partes é considerado por referência à data da celebração do contrato, sendo este momento fixado nos termos da própria Convenção (arts. 14.º e ss)(12).

Uma advertência importante é ainda a de que o acordo que tenha em vista a exclusão de certas soluções da CISG aplica-se a própria CISG, no que respeita à formação do contrato(13).

A hipótese de as partes considerarem a aplicação da Convenção, mas introduzirem alterações substanciais em parte das respetivas soluções, em particular se as mesmas disserem respeito a perturbações da prestação, pode incrementar a complexidade técnica no processo de aplicação prática do direito.

Em casos mais complexos, o afastamento de determinada solução da Convenção pode suceder após a conclusão do contrato, isto é, durante a execução do programa obrigacional(14).

3. Inversamente, nada impede naturalmente que as partes incorporem regras da Convenção como cláusulas do próprio contrato ou que as partes afirmem a aplicação da Convenção a casos relativamente aos quais a aplicação das regras dos arts. 1.º a 3.º não conduzisse a uma aplicação da mesma. Tal como nada impede que as partes complementem

---

(9) Franco Ferrari, *Contracts for the International Sale of Goods*, p. 155, Alexandre de Soveral Martins, *Compra e Venda Internacional de Mercadorias: a CISG*. *Primeiros Comentários,* Almedina, Coimbra, 2021, p. 54, ss.

(10) Staudinger/Magnus, anotação ao art. 6.º, p. 171, ss. Segundo alguns Autores, nesta hipótese exigir-se-ia que as partes tivessem "consciência da alternativa entre o regime convencional e o regime interno". Assim, Luís de Lima Pinheiro, *Direito Comercial Internacional*, p. 266.

(11) Franco Ferrari, *Contracts for the International Sale of Goods*, p. 171, ss.

(12) Peter Schlechtriem/Ulrich G. Schroeter, *Internationales UN-Kaufrecht*, 6.ª ed., Mohr Siebeck, Tubinga, 2016, p. 27.

(13) *Vide CISG-AC Opinion no 16, Exclusion of the CISG under Article 6*, 30 de maio de 2014.

(14) Sobre este aspeto e os limites de uma tal exclusão, cf. também a Opinião n.º 16, *CISG-AC Opinion no 16, Exclusion of the CISG under Article 6*, 30 de maio de 2014.

certas soluções da Convenção com determinadas estipulações acessórias ou suplementares. Salienta-se assim, com razão, que "um dos grandes princípios da Convenção é, precisamente, o da autonomia das partes"([15]).

III. O sistema de responsabilidade da Convenção

1. No âmbito da Convenção, uma possível consequência do incumprimento (não a única) é a indemnização pelos danos causados [cf. art. 45.º, n.º 1, alínea *b*) e n.º 2]. No caso de "violação fundamental", o comprador tem ao seu dispor vários meios de reação e a indemnização é compatível com todos eles, incluindo a resolução (cf. arts. 75.º e 76.º). No caso de violação do contrato (fundamental ou não), a parte lesada pode pedir uma indemnização pelos danos causados, verificadas determinadas condições.

2. A indemnização em causa surge organizada em torno da disposição do art. 74.º, a qual já foi qualificada como "*brief, but powerful*", concentrando os elementos funcionais essenciais([16]).

3. O art. 74.º não alude a "incumprimento fundamental" (ou "violação fundamental"), mas apenas a "incumprimento" (na tradução portuguesa, na versão inglesa *breach of contract*). Em causa está, portanto, qualquer situação de violação de um dever do vendedor. Pode estar em causa uma situação de falta de cumprimento, de entrega de bem defeituoso, de atraso na entrega, entre outras: também aqui, a perspetiva da Convenção é funcional, e não analítica e conceptual. Naturalmente que ficam de fora preterições de meros ónus ou encargos([17]).

([15]) Franco Ferrari, *Contracts for the International Sale of Goods*, p. 151, ss, Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas, *Introduction CISG*, em *UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods*. *A Commentary*, p. 7, Mistelis, anotação ao art. 6.º em Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas, *UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods*, pp. 101 e 103, Staudinger/Magnus, anotação ao art. 6.º, p. 165. Entre nós, Alexandre de Soveral Martins, *Compra e Venda Internacional*, p. 12.

([16]) Vejam-se também as alusões de Milena Djordjevic, Anotação ao art. 74.º em Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas, *UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods*, p. 957, recordando os comentários de Honnold e Flechtner.

([17]) Assim também Ingeborg Schwenzer, anotação ao art. 74.º, em Schlechtriem, Schwenzer, Schroeter, *Kommentar zum UN-Kaufrecht (CISG)*, pp. 1241-1242.

4. A responsabilidade depende de vários requisitos. Interessa notar que a Convenção difere em vários aspetos das soluções do Código Civil português.

Em *primeiro lugar*, no sistema da Convenção, está em causa uma indemnização pecuniária, e não a reparação natural([18]).

Em *segundo lugar*, a Convenção não se baseia no princípio da culpa, nem a responsabilidade depende de culpa([19]). Entende-se mesmo que a Convenção se baseia num princípio de *strict liability*, em que a responsabilidade é afastada apenas quando verificado um impedimento imprevisível, insuperável e fora de controlo (art. 79.º)([20]).

Em *terceiro lugar*, quanto ao nexo causal, os comentadores notam que a Convenção não elegeu uma determinada teoria de causalidade própria dos sistemas internos, renunciando a uma teorização excessiva e parecendo preferir o enquadramento da ideia de ligação causal ao serviço do princípio da compensação integral dos danos([21]), limitado pela ideia de previsibilidade. Aceita-se, mesmo que a Convenção "não deixou espaço para a aplicação de teorias domésticas sobre causalidade"([22]).

Em *quarto lugar*, não há rasto na Convenção da teoria da diferença, nem a mesma deve ser convocada, como nota Schwenzer([23]).

5. A norma do art. 74.º baseia-se num princípio de reparação integral de danos([24]), mas também incorpora a ideia de previsibilidade do

---

([18]) Assim, MilenaDjordjevic, Anotação ao art. 74.º em Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas, *UN Convention on ontracts for the International Sale of Goods*, p. 966.

([19]) Staudinger/Magnus, anotação ao art. 74.º, p. 848.

([20]) Milena Djordjevic, Anotação ao art. 74.º em Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas, *UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods*, pp. 961-962, Katia Rener, *Rechtsmängelhaftung in internationalen Warenkaufverträgen. Eine rechtsvergleichende Untersuchung der Regelungen im deutschen Recht, im UN-Kaufrecht sowie im Verordnungsvorschlag über ein Gemeinsames Europäisches Kaufrecht*, Duncker & Humblot, Berlim, 2019, p. 160.

([21]) Salientando o acolhimento pela CISG do princípio da "full compensation*", CISG-AC Opinion no 6, Calculation of Damages under CISG*, *Article 74*, 2006. Rapporteur: Professor John Y. Gotanda, Villanova University School of Law, Villanova, Pennsylvania, U.S.

([22]) Milena Djordjevic**,** Anotação ao art. 74.º em Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas, *UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods*, p. 961. No mesmo sentido, Staudinger/Magnus, anotação ao art. 74.º, p. 853. Em sentido análogo, Bruno Zeller, *Damages under the Convention on Contracts for the International Sale of Goods*, Oxford University Press, Oxford, 2018, p. 109.

([23]) Ingeborg Schwenzer, anotação ao art. 74.º, em Schlechtriem, Schwenzer, Schroeter, *Kommentar zum UN-Kaufrecht (CISG)*, p. 1240.

([24]) Staudinger/Magnus, anotação ao art. 74.º, pp. 850-851, Milena Djordjevic**,** Anotação ao art. 74.º em Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas, *UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods*, p. 958, Katia Rener, *Rechtsmängelhaftung in internationalen Warenkaufverträgen*, p. 160.

dano([25]). Cobre o dano emergente e o lucro cessante, como resulta da própria letra do art. 74.º([26]) e a doutrina salienta que à indemnização em causa preside um princípio compensatório, com exclusão de indemnizações de natureza punitiva([27]). Contudo, em causa estão apenas danos patrimoniais, e não danos morais([28]).

6. Nota-se que a finalidade primária da reação prevista no art. 74.º é colocar a parte lesada "na mesma posição económica que estaria se o contrato tivesse sido cumprido"([29]) e, nessa medida, nota-se que está em causa uma indemnização pelo interesse contratual positivo([30]). Não há limitação quanto ao âmbito, nem em função da "causalidade"([31]).

7. Relativamente ao momento do cálculo do dano, alguma doutrina aponta para o momento mais próximo possível da decisão do tribunal([32]), mas este ponto não é incontroverso, conhecendo-se posições, no caso de resolução do contrato, como ponto de referência([33]).

8. A Convenção não tem uma referência expressa ao "método" (concreto ou abstrato) de cálculo do dano, parecendo que pode abranger ambos([34]). Contudo, observando a versão inglesa, diferente da tradução portuguesa ("*damages for breach of contract by one party consist of a sum…"*) tem-se aludido a uma preferência por uma determinação concreta do dano([35]).

([25]) Pode ver-se Franco Ferrari, *Contract Damages: domestic and international perspective*, ed. Djankhongir Saidor e R Cunnigton. Oxford 2008.

([26]) Staudinger/Magnus, anotação ao art. 74.º, p. 845.

([27]) Staudinger/Magnus, anotação ao art. 74.º, p. 849.

([28]) Schlechtriem/Schroeter, *Internationales Kaufrecht*, p. 308.

([29]) Milena Djordjevic, Anotação ao art. 74.º em Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas, *UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods*, p. 957. Em sentido análogo, Bruno Zeller, *Damages under the Convention on Contracts for the International Sale of Goods*, p. 141.

([30]) Ingeborg Schwenzer, anotação ao art. 74.º, em Schlechtriem, Schwenzer, Schroeter, *Kommentar zum UN-Kaufrecht (CISG)*, p. 1239. Entre nós, Luís de Lima Pinheiro, *Direito Comercial Internacional*, Almedina, Coimbra, 2005, p. 297.

([31]) Alexandre de Soveral Martins, *Compra e Venda Internacional*, p. 76.

([32]) Ingeborg Schwenzer, anotação ao art. 74.º, em Schlechtriem, Schwenzer, Schroeter, *Kommentar zum UN-Kaufrecht (CISG)*, p. 1255.

([33]) Bruno Zeller, *Damages under the Convention on Contracts for the International Sale of Goods*, pp. 262-263.

([34]) Ingeborg Schwenzer, anotação ao art. 74.º, em Schlechtriem, Schwenzer, Schroeter, *Kommentar zum UN-Kaufrecht (CISG)*, pp. 1253-1254.Sobre o problema, Yesim Atamer, *Die abstrakte Schadensberechnung und ihr Verhältnis zum Anspruch auf den entgangenen Gewinn am Beispiel von Artikel 74 und 76 CISG*, FS Magnus, 2014, p. 145, ss.

([35]) Bruno Zeller, *Damages under the Convention on Contracts for the International Sale of Goods*, p. 142.

9. Na determinação da previsibilidade do dano, importa, como ensina Schwenzer, uma determinação objetiva perante as circunstâncias do caso concreto, sendo decisivo saber se uma pessoa racional no lugar do devedor e tendo o mesmo conhecimento das circunstâncias no momento da celebração do contrato teria previsto(36). O critério da "previsibilidade" é um critério normativo(37), podendo ser imputados danos que de acordo com as circunstâncias correntes ou normais do Comércio Internacional devam ser indemnizados.

10. Finalmente, apesar do silêncio da Convenção e das dúvidas sobre se a mesma deveria ter subjacente opções em matéria de ónus da prova, aceita-se que a parte que alega a aplicação tem o ónus de provar os factos relevantes para o efeito, tal como a parte que alega o impedimento resultante da falta de conhecimento tem o ónus de o provar(38).

Quanto ao *standard* da prova, é interessante notar que a interpretação da Convenção tem confluído no sentido do entendimento de que uma "razoável verosimilhança" é suficiente, tendo o Advisory Council emitido opinião favorável a este entendimento, na Opinião n.º 6(39).

IV. Sentido e âmbito do artigo 79.º

1. A disposição do art. 79.º diz respeito apenas ao afastamento da responsabilidade do devedor e, portanto, da pretensão indemnizatória do credor, não afetando outros meios de reação de que este possa dispor(40). Subjacente ao preceito está a ideia de que o devedor não deve responder

---

(36) Ingeborg Schwenzer, anotação ao art. 74.º, em Schlechtriem, Schwenzer, Schroeter, *Kommentar zum UN-Kaufrecht (CISG)*, p. 1257.

(37) Staudinger/Magnus, anotação ao art. 74.º, p. 854.

(38) Milena Djordjevic, Anotação ao art. 74.º em Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas, *UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods*, p. 963, ss.

(39) CISG-AC Opinion no 6, Calculation of Damages under CISG Article 74, Spring 2006. Rapporteur: Professor John Y. Gotanda, Villanova University School of Law, Villanova, Pennsylvania, U.S. "*The aggrieved party has the burden to prove, with reasonable certainty, that it suffered loss. The aggrieved party also has the burden to prove the extent of the loss but need not do so with mathematical precision*".

(40) Esta ressalva resulta claramente do n.º 5 do preceito: "*nada no presente artigo impede qualquer parte de exercer qualquer outro direito para além de pedir indemnização por perdas e danos, nos termos da presente Convenção*".

pela violação do contrato (*breach of contract*), se as circunstâncias que o impediram de cumprir não forem por si controláveis, nem previsíveis(41).

Ora, parece ser hoje opinião dominante a de que o artigo em apreço se aplica a qualquer situação que possamos conceber dentro da ideia de *breach of contract*, independentemente do dever violado(42). Seja porque a letra da mesma não diferencia, seja porque as posições convergiram nessa direção, inclusivamente com um Parecer do *Advisory Council* (Opinião n.º 7)(43).

O problema estava sobretudo em saber se o cumprimento defeituoso também estaria abrangido, isto é, se em relação ao defeito podia operar o mesmo raciocínio de exoneração ou se quanto a este aspeto seria de acolher uma responsabilidade estritamente objetiva. O tema é interessante, porque nos remete para uma discussão sobre o sentido das *warranties* no mundo de *civil law* e no mundo de *common law*.

2. Pode discutir-se o art. 79.º deve ser interpretado como um verdadeiro desvio ao princípio, acolhido na Convenção, da responsabilidade do devedor independente de culpa. A doutrina tem realçado este aspeto e podemos aceitá-lo, em termos práticos(44). Contudo, deve notar-se que o critério subjacente ao art. 79.º, enquanto causa de exoneração, não corresponde *stricto sensu*, em termos conceptuais, à ausência de culpa conforme prevista no direito português, dado que, neste, esta se refere a um juízo de censura ética relativa a um devedor que agiu *aquém* da diligência exigível de acordo com a bitola do bom pai de família(45).

Seja como for, parece ser de acolher a visão segundo a qual subjacente ao art. 79.º está a ideia de que as partes num contrato só devem responder por danos causados por riscos que razoavelmente podiam ter tido em conta e acautelado aquando da celebração do contrato(46). Os

---

(41) Schlechtriem/Schroeter, *Internationales Kaufrecht*, p. 286.

(42) Assim, Staudinger/Magnus, anotação ao art. 79.º, p. 911.

(43) CISG-AC Opinion no 7, Exemption of Liability for Damages under Article 79 of the CISG, 12 October 2007. Rapporteur: Professor Alejandro M. Garro, Columbia University School of Law, New York, N.Y., USA.

(44) Ingeborg Schwenzer, anotação ao art. 79.º, em Schlechtriem, Schwenzer, Schroeter, *Kommentar zum UN-Kaufrecht (CISG)*, p. 1313, Staudinger/Magnus, anotação ao art. 79.º, p. 911.

(45) Uma circunstância pode estar dentro da esfera de influência do devedor, mas a sua superação pode exigir esforços além da diligência devida por um homem médio: à luz do Código Civil parece que deveria excluir-se a culpa, mas tal conclusão afigura-se já duvidosa ao abrigo da Convenção, dado que, como veremos, o conceito de bom pai de família ou de homem médio não é tomado em conta.

(46) Assim, Yesim Atamer, anotação ao art. 79.º, em Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas, *UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods. A Commentary*, p. 1041.

riscos remotos são alocados *ex post* através de uma decisão por um tribunal(47).

3. Observemos, porém, com maior detalhe os requisitos da norma que nos ocupa, os quais revestem natureza cumulativa(48). Preliminarmente, cabe notar que o art. 79.º não faz referência à boa-fé, não estando, pois, em causa um mecanismo de limitação de direitos imposto por esta via.

O primeiro ponto a reter é que este art. 79.º, n.º 1 prevê uma causa de exoneração sempre que exista um impedimento fora do controlo do devedor, que ele não podia razoavelmente esperar à data da celebração do contrato ou cujas consequências não podia evitar, nem superar. Vamos pensar na obrigação do vendedor, nomeadamente o dever de entrega da mercadoria em conformidade com o contrato. Ora, à luz do citado preceito, o vendedor não é responsável pela inexecução da obrigação se provar cumulativamente que: (*i*) esta se ficou a dever a um impedimento alheio à sua vontade; (*ii*) que não era razoável esperar que o tomasse em consideração no momento da conclusão do contrato (*iii*) que não era razoável esperar que prevenisse ou ultrapassasse esse impedimento ou que prevenisse ou ultrapassasse as suas consequências. Vejamos cada um dos requisitos isoladamente.

4. O conceito de impedimento é controverso. Parece albergar impedimentos absolutos, como situações de impossibilidade física absoluta, mas pode perguntar-se se um impedimento é também um acréscimo de custos ou dispêndios.

Procurando compreender melhor o critério de exoneração resultante do art. 79.º, vários Autores convocam para este domínio a ideia de esferas de risco(49). A ideia de esferas de risco tem sido invocada em quadrantes diversos do direito civil, amiúde para resolver problemas de imputação, em casos difíceis. Com efeito, conhecem-se posições que consideram que

---

(47) Yesim Atamer, anotação ao art. 79.º, em Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas, *UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods. A Commentary*, p. 1041.

(48) Schlechtriem/Schroeter, *Internationales Kaufrecht*, p. 286.

(49) Schlechtriem/Schroeter, *Internationales Kaufrecht*, p. 289, aludindo a um "*domínio de influência*" do devedor e, com igual referência, Ingeborg Schwenzer, anotação ao art. 79.º, em Schlechtriem, Schwenzer, Schroeter, *Kommentar zum UN-Kaufrecht (CISG)*, p. 1317, Ingo Saenger, anotação ao art. 79.º em Ferrari, Kieninger, Mankowski, Otte, Saenger, Schulze, Staudinger, *Internationales Vertragsrecht. Rom-I, CISG, CMR, FactÜ*, *Kommentar*, p. 1155. Aludindo mesmo a "esferas de risco", Staudinger/Magnus, anotação ao art. 79.º, p. 913.

a norma do art. 79.º teria subjacente uma divisão de esferas de atividade ou esferas de risco, de tal modo que o fundamento de exoneração do devedor corresponderia apenas a circunstâncias localizadas fora do seu âmbito de influência. Os comentários incluem vários atos de força maior, como incêndios e inundações fortuitas, guerra, revolução e mesmo epidemias(50). A primazia pertence à interpretação do contrato e ao modo como neste se "desenham" esferas internas e esferas externas(51). Mas há casos que podem ser mais difíceis.

Pergunta-se, pois, qual a esfera de risco, domínio ou controlo do devedor, referida à prestação debitória? Uma hipótese será a de considerar o art. 79.º, n.º 1 como uma norma de exclusão da responsabilidade relativa a impedimentos da prestação situados fora do "âmbito de influência do devedor", o qual corresponderia à esfera de domínio deste sujeito no que respeita à preparação, organização e execução do cumprimento. Assim, por exemplo o devedor responderia pela sua capacidade financeira, bem como pela sua capacidade de produção no caso de produzir as mercadorias, o que incluiria materiais, fornecimentos, meios de produção, entre outras(52). Inversamente, não estaria em condições de controlar uma guerra ou um embargo económico geral. Ou proibições de importação.

Há quem distinga entre os casos em que o vendedor produz a mercadoria e aqueles em que este é apenas um intermediário comercial(53).

5. O segundo requisito diz respeito à razoável consideração. O termo *razoável consideração*, embora não seja o mais comum entre juristas, parece ser o mais correto na lógica da Convenção, dado que o art. 79.º refere *taking into account*, diferentemente do art. 74.º, este sim utilizando a partícula *foresee*.

Este requisito parece trazer alguma diferenciação entre o art. 79.º e as novas tendências quanto ao conceito de força maior, dado que em relação a esta a previsibilidade parece ser neste último âmbito discutível.

Em regra, o que está na esfera de controlo da parte poderá por esta ser tomado em consideração, mas há eventos fora da sua esfera de controlo que podem também ser tomados em consideração. Por exemplo, certos

---

(50) Schlechtriem/Schroeter, *Internationales Kaufrecht*, p. 287.

(51) Ingeborg Schwenzer, anotação ao art. 79.º, em Schlechtriem, Schwenzer, Schroeter, *Kommentar zum UN-Kaufrecht (CISG)*, p. 1317, Staudinger/Magnus, anotação ao art. 79.º, p. 913.

(52) No mesmo sentido, Ingo Saenger, anotação ao art. 79.º em Ferrari, Kieninger, Mankowski, Otte, Saenger, Schulze, Staudinger, *Internationales Vertragsrecht. Rom-I, CISG, CMR, FactÜ*, *Kommentar*, p. 1156.

(53) Schlechtriem/Schroeter, *Internationales Kaufrecht*, p. 289.

fenómenos meteorológicos, podem ser extremos, mas recorrentes e, por isso, suscetíveis de ser tomados em consideração(54). Os exemplos surgem também em outros domínios, como autorizações de importação ou exportação(55).

Na lógica da Convenção, o devedor que estava em condições de "*tomar em consideração*" certo impedimento e não o fez aquando da conclusão do contrato, responde nos termos do contrato pelo cumprimento das suas obrigações.

De notar ainda que o art. 79.º, ao contrário do art. 25.º ou do art. 8.º, n.º 2, não alude a uma referência de normalidade social, por exemplo *reasonable person*. Está em causa o juízo do concreto devedor, com as suas caraterísticas. O devedor que cumpre abaixo do que ele próprio é capaz, incumpre.

6. Vejamos o terceiro requisito. Suscetibilidade de evitar ou superação. Esta exigência, ao contrário da anterior, não se coloca no momento da celebração do contrato, mas no momento em que as diligências devem ser adotadas, o que pode ser no momento da celebração do contrato ou no momento da execução do contrato. Tem-se ainda entendido que, neste âmbito, a diligência exigida é a do concreto devedor, e não a de uma pessoa razoável ou de um homem médio(56).

7. Perante o exposto, é compreensível a advertência de que se trata de uma norma a ser aplicada com contenção, a casos limitados(57) e que alguma doutrina tem reservado mesmo para "casos extremos".

8. Uma distinção conhecida do domínio das obrigações contratuais — e que não é afastada pela Convenção — é a que separa obrigações genéricas e obrigações específicas. O critério diferenciador reporta-se à determinação do objeto da prestação no momento da celebração do contrato.

---

(54) Num caso de 2004, julgado por tribunais norte-americanos (United States District Court for the Northern District of Illinois 2004 WL 1535839 (2004), a Raw Materials demandou a alemã Manfred Forberich por incumprimento do contrato ao abrigo da CISG. A discussão em torno do art. 79.º concentrou-se em saber se o congelamento do porto de São Petersburgo era um evento fora da esfera de controlo da demandada. Esta decisão tem sido criticada porque teria interpretado a Convenção à luz do direito estado-unidense. A Demandante não teve sucesso. A Demandada convenceu que haveria "*unexpected weather conditions*".

(55) Schlechtriem/Schroeter, *Internationales Kaufrecht*, p. 291.

(56) Schlechtriem/Schroeter, *Internationales Kaufrecht*, p. 292.

(57) Ingeborg Schwenzer, anotação ao art. 79.º, em Schlechtriem, Schwenzer, Schroeter, *Kommentar zum UN-Kaufrecht (CISG)*, Beck, Munique, 2019, 7.ª ed., p. 1316.

Nas obrigações genéricas, não está definido o objeto com que o devedor cumprirá, havendo apenas uma determinação quanto ao género (sem prejuízo de limitações ou de qualidades do género). Nas específicas, há desde logo uma individualização do objeto da prestação debitória. Ora, numa obrigação genérica, a falha do fornecedor habitual é superável através da celebração de um contrato com um fornecedor alternativo. Numa obrigação específica, pode perguntar-se se o devedor está obrigado a encontrar uma mercadoria que seja um *reasonable substitute* da contratada. Há quem entenda que essa exigência se coloca para que o devedor possa invocar o art. 79.º, embora o credor não esteja obrigado a aceitar esse *aliud*([58]). Quer dizer que nas obrigações genéricas em que o vendedor adquire o bem a um terceiro e é possível adquiri-lo no mercado (ainda que não ao terceiro com quem o devedor projetara contratar ou contratara) o risco é do vendedor, não havendo lugar à aplicação da causa de exoneração do art. 79.º([59]).

9. O art. 79.º n.º 1 pode ser afastado por regulação convencional. Como vimos, a modelação do regime aplicável pode resultar da própria autonomia privada das Partes. Com efeito, estas podem afastar, total ou parcialmente, o regime da Convenção (art. 6.º). Podem por exemplo afastar o regime do art. 79.º através da estipulação de uma cláusula de força maior. O clausulado pode ainda não ser tão amplo — como em regra são as cláusulas de força maior e de *hardship* —, mas dizer respeito a uma contingência determinada: por exemplo, a recusa de uma licença de importação ou de exportação.

Podem ainda verificar-se situações que não são propriamente de clausulado alternativo expresso. Pensamos em particular em condutas da parte da qual possa ser extraído um determinado sentido. Neste âmbito, cabe recordar o art. 8.º, nos termos do qual "as declarações e demais atos de uma parte devem ser interpretados de acordo com a sua intenção, quando a outra parte tinha conhecimento dessa intenção ou não a podia ignorar" (n.º 1).

Outro ponto digno de menção é o da relação do art. 79.º com cláusulas de exclusão ou de limitação da responsabilidade civil. Estas cláusulas tendem a ser admitidas em contratos internacionais e, naturalmente, que,

---

([58]) Schlechtriem/Schroeter, *Internationales Kaufrecht*, p. 294.

([59]) Ingeborg Schwenzer em Schechtriem/Schwenzer/Schoeter, *Kommentar zum UN-Kaufrecht*, anotação ao art. 79.º, p. 1323, Ingo Saenger, anotação ao art. 79.º em Ferrari, Kieninger, Mankowski, Otte, Saenger, Schulze, Staudinger, *Internationales Vertragsrecht. Rom-I, CISG, CMR, FactÜ*, *Kommentar*, p. 1156.

havendo clausulado deste tipo, o problema da exoneração poderá não se colocar, operando antes uma exclusão do dever de indemnizar, dentro dos limites do art. 4.º e do controlo de validade pelos direitos nacionais. Segundo Lima Pinheiro, a tendência do direito nacional seria para "*aceitar a validade das cláusulas limitativas da responsabilidade (que restringem o montante da indemnização ou os pressupostos da responsabilidade ou excluem a presunção legal de culpado devedor), desde que não sejam contrárias à ordem pública, não conduza a uma indemnização irrisória e não abranjam casos de dolo ou negligência grosseira*"(60).

10. No n.º 2 do art. 79.º estão em causa situações em que o não cumprimento é consequência do não cumprimento por terceiro a quem o devedor confiou a execução do contrato, no todo ou em parte. Ora, nestas hipóteses, a exoneração da responsabilidade depende, além dos requisitos já examinados, que o terceiro se possa considerar também exonerado, se as disposições do artigo em apreço lhe forem aplicáveis(61). Quer isto dizer, o devedor tem de provar as condições exigidas no número 1 quanto a si e que provar as condições relativas ao terceiro, o que implica provar que o terceiro, se fosse parte no contrato, seria exonerado devido a uma circunstância imprevisível e alheia à sua vontade. Dito de outro modo, na prática, o âmbito da responsabilidade do devedor abrange não só o seu próprio comportamento, quanto os atos de auxiliares do cumprimento(62). Esta prova é exigida cumulativamente, o que implica, naturalmente, que a exoneração ao abrigo do n.º 2 seja mais exigente. Como nota Atamer, se o devedor o terceiro tiver previsto, ou tivesse podido prever, o impedimento, não haverá exoneração(63).

Impõe-se algumas notas adicionais sobre este mesmo número 2 do art. 79.º em análise. A *primeira nota* é a de que o ponto de partida da leitura da norma não poderá deixar de ser o de que o devedor de uma obrigação fungível não deverá ficar em melhores condições (isto é, com a sua responsabilidade "aligeirada") por ter incluído terceiros na execução do programa obrigacional. Naturalmente que a distribuição final do âmbito de responsabilidade de cada um dependerá em último termo, já o sabemos, de estipulações contratuais. Não obstante, vamos partir do pressuposto de que

---

(60) Luís de Lima Pinheiro, *Direito Comercial Internacional*, p. 249.

(61) Schlechtriem/Schroeter, *Internationales Kaufrecht*, p. 296, ss.

(62) Nesse sentido, Staudinger/Magnus, anotação ao art. 79.º, p. 914.

(63) Assim, Yesim Atamer, anotação ao art. 79.º, em Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas, *UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods*. *A Commentary*, p.1063.

estas não existem e de que o devedor pode contratar terceiros para executar o programa obrigacional (*maxime* por não estar contratualmente impedido de o fazer). Este ponto de partida permite, entre outros aspetos, extrair a conclusão de que a aferição da responsabilidade do devedor não depende apenas de um juízo sobre o zelo que possa ter depositado na escolha do terceiro: não se tratará de uma responsabilidade *in eligendo*.

Passemos à *segunda nota*. O terceiro em causa, atenta a extensão do n.º 1, é alguém que é alheio à esfera de controlo do devedor ou à esfera da sua organização. Por exemplo, alguém que o vendedor contratou para instalar o bem na unidade industrial do comprador, ou um transportador contratado pelo vendedor. Inversamente, funcionários e colaboradores do devedor, ou, mais latamente, pessoas incluídas na sua esfera de organização e de controlo, não devem ser considerados terceiros. Naturalmente que quanto mais generosa for a interpretação do art. 79.º, n.º 1, quanto à esfera de risco do devedor mais estreito será o âmbito de aplicação do art. 79.º, n.º 2(64).

Terceira nota. O critério referido no número anterior revela alguma plasticidade e alguma indefinição em certos casos. Assim, por exemplo, a doutrina tem discutido se os fornecedores de matéria-prima e outros devem ser considerados terceiros. A Opinião n.º 7 do Advisory Council já se pronunciou sobre o assunto, mas este aspeto continua a gerar alguma controvérsia, até porque se liga ao objeto da prestação debitória de cada sujeito e a ligação que entre elas se estabelece.

Quarta nota. O art. 79.º, n.º 2, literalmente, não faz referência ao vendedor. Contudo, não é incomum em certos contratos internacionais a estipulação de necessidade de consentimento do credor para que o devedor possa contratar terceiros ou a estipulação de uma lista de terceiros "autorizados" pelo credor. O que se questiona é se uma tal intervenção do credor tem efeitos quanto à aplicação do art. 79.º. O problema tem de ser resolvido com recurso ao art. 80.º, que veremos em seguida.

11. Verificando-se os requisitos do art. 79.º, n.º 1, a consequência é a exoneração de responsabilidade, com afastamento do dever de indemnizar. As vinculações do devedor que não tenham sido afetadas pelo impedimento e pelo mecanismo do art. 79.º mantêm-se. A Convenção não regula o caso em que o devedor, em virtude do art. 79.º, recebe uma vantagem na sua esfera, mas a doutrina dominante não rejeita a hipótese de operar uma

(64) Assim, Schlechtriem/Schroeter, *Internationales Kaufrecht*, 6.ª ed., p. 299.

transferência do benefício para o credor, por analogia com o disposto no art. 84.º, n.º 2, alínea *b*)(65).

12. A exoneração pode não ser total, vigorando apenas pelo período que durar o impedimento, conforme clarifica o n.º 3 do art. 79.º. Questão interessante, e que não parece ter resolução óbvia no sistema da Convenção, é a de saber até que ponto o devedor, mesmo não sofrendo os efeitos indemnizatórios, deverá ficar vinculado. Por um lado, porque a passagem do tempo pode implicar uma espécie de "retenção" da capacidade de prestar do devedor, não permitindo que se dedique a prestações alternativas. Por outro lado, porque essa mesma passagem do tempo pode implicar custos adicionais para o devedor, remetendo-nos para um problema de *hardship*.

13. Verificando-se um caso do art. 79.º, impõe-se deveres de comunicação, conforme previsto no n.º 4 deste mesmo preceito(66).

Esta notificação deve conter elementos detalhados acerca do tipo de impedimento, dos respetivos efeitos no cumprimento do programa obrigacional e de medidas para o mitigar(67). Não existem, porém, requisitos de forma(68). É, contudo, duvidoso que a falha de comunicação retire ou suprima o efeito útil do art. 79.º, parecendo que este pode continuar a fundamentar uma exoneração do devedor(69). Não obstante, o incumprimento do dever de notificação poderá, ele próprio, causar danos e, se for o caso, a parte faltosa poderá ter de responder pelos danos que a preterição da informação, ou a informação incorreta, tiverem causado na esfera do lesado.

---

(65) Nesse sentido e salientando tratar-se de visão dominante, Ingeborg Schwenzer em Schechtriem/Schwenzer/Schoeter, *Kommentar zum UN-Kaufrecht*, anotação ao art. 79.º, p. 1331.

(66) De acordo com o n.º 4: "*a parte que não cumpre as suas obrigações tem que notificar a outra parte do impedimento e dos efeitos deste sobre a sua capacidade de cumprir. Se a outra parte não receber a notificação num prazo razoável após a data em que a parte em incumprimento teve ou devesse ter tido conhecimento do impedimento, esta última é responsável pelas perdas e danos decorrentes da falta de receção*".

(67) Yesim Atamer, anotação ao art. 79.º, em Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas, *UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods*. *A Commentary*, p. 1077.

(68) Ingeborg Schwenzer em Schechtriem/Schwenzer/Schoeter, *Kommentar zum UN-Kaufrecht*, anotação ao art. 79.º, p. 1330.

(69) Assim, Ingo Saenger, Anotação ao art. 79.º em Ferrari, Kieninger, Mankowski, Otte, Saenger, Schulze, Staudinger, *Internationales Vertragsrecht. Rom-I, CISG, CMR, FactÜ*, *Kommentar*, p. 1159.

DA DENÚNCIA DOS DEFEITOS NA COMPRA E VENDA

Pelo Dr. Daniel Bessa de Melo([1])

Sumário:

1. Introdução. **2.** A fisionomia da denúncia. **3.** O prazo para a denúncia dos defeitos. **4.** As exceções ao ónus de denúncia. **Bibliografia utilizada.**

Resumo: O presente estudo tem por objeto a análise do regime da denúncia dos defeitos na venda civil e mercantil de coisa defeituosa, visando, mediante a análise de contributos nacionais e internacionais, aclarar aspetos mais controvertidos desta disciplina, nomeadamente o âmbito, o conteúdo e o prazo para a realização da denúncia.

Palavras-chave: denúncia; defeitos; venda de coisa defeituosa.

1. Introdução

O acesso aos meios de tutela previstos na garantia edilícia (arts. 913.º, ss. do Código Civil)([2]) exige do comprador de coisa defeituosa a observância de um determinado procedimento. Tal procedimento, con-

---

([1]) Advogado. Licenciado em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade do Porto. Mestre em Ciências Jurídico-Privadas pela Faculdade de Direito da Universidade do Porto.

([2]) Na ausência de qualquer referência em sentido contrário, todos os artigos citados pertencem ao Código Civil Português, na sua atual redação.

trariamente ao que sucede noutras legislações(3), inicia-se, regra geral, através de um ato do comprador: a denúncia dos defeitos detetados na coisa entregue e que a desviam do perfil qualitativo correspondente à coisa contratualizada(4). A denúncia, realizada em tempo oportuno, não gera qualquer direito na esfera do comprador, antes garante a conservação dos direitos de que este é titular em consequência da entrega de coisa defeituosa(5). Não obstante, sendo uma formalidade legalmente obrigatória, a denúncia é *condictio sine qua non* para o acesso à tutela edilícia(6).

Na compra e venda civil, a denúncia dos defeitos deverá observar o disposto no art. 916.º, ao passo que na compra e venda mercantil esta reclamação encontra-se regulada no art. 471.º do Código Comercial(7). A importância da denúncia para o exercício dos remédios previsto na lei não deve ser subalternizada ou ofuscada — antes, o seu exercício tempestivo constitui um facto constitutivo dos direitos do comprador, consequentemente recaindo sobre este o ónus da demonstração da sua realização dentro do prazo previsto na lei(8).

---

(3) O Direito francês não reconhece nenhum dever expresso de denunciar defeitos (assim, Janssen, André, "Examination and Notice of Non-Conformity", *cit*., p. 437). O art. 1648.º do Código Civil Francês apenas refere que a ação redibitória deverá ser intentada no prazo de dois anos após a descoberta do defeito. O Código Civil Alemão também é omisso quanto a qualquer ónus de denúncia, que apenas é imposto na compra e venda comercial por força do § 377 do Código Comercial Alemão; também assim nos sistemas jurídicos espanhol e austríaco. Para uma abordagem histórica e comparatística do ónus de denunciar os defeitos, *vide* Romano Martinez, Pedro, *Cumprimento Defeituoso*, *cit*., p. 370, ss.

(4) A denúncia dos defeitos encontra-se igualmente prevista no contrato de empreitada (art.1220.º). Cf., por todos, Sá Gomes, Rui, "Breves Notas sobre o Cumprimento Defeituoso no Contrato de Empreitada", *cit*., p. 632, ss. De notar que, numa solução questionável, a lei não impõe um ónus de denunciar os defeitos de Direito contemplados no art. 905.º (Romano Martinez, Pedro, *Cumprimento Defeituoso*, *cit*., p. 375).

(5) Schmidt, Karsten, *Derecho Comercial*, *cit*., p. 855.

(6) Assim se referiu no Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 11.12.1990, proc. n.º 0225157.

(7) Cf. o Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra de 12.10.2021, proc. n.º 527/19.0T8FND.C1. Sobre os requisitos para que uma compra e venda se possa considerar comercial veja-se, por todos, Pinto Oliveira, Nuno Manuel, *Contrato de Compra e Venda*, Vol. I, *cit*., p. 89, ss., e Cassiano dos Santos, Filipe, *Direito Comercial Português*, Vol. I, *cit*., p. 365, ss.

(8) No sentido do texto, Menezes Leitão, Luís, *Direito das Obrigações*, Vol. III, *cit*., p. 128. Na jurisprudência, considerando que incide sobre o comprador o ónus de alegar e demonstrar a denúncia tempestiva dos defeitos, vejam-se os Acórdãos do Tribunal da Relação do Porto de 03.11.2009, proc. n.º 1448/08.8TVLS-A.P1, e de 11.04.2013, proc. n.º 6914/10.2TBMTS.P1, o Acórdão do Tribunal da Relação de Évora de 17.01.2019, proc. n.º 183/14-2TBORQ.E2, e o Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 29.11.2012, proc. n.º 4890/08.0TBCSC-A.L1-6. Igualmente neste sentido, Cian, Giorgio, e Trabucchi, Alberto, *Commentario Breve al Codice Civile*, *cit*., p. 1867, Delogu, Lucia, "La Vendita", *cit*., p. 183, e Lipari, Marco, Anotação ao Art. 1495.º, *cit*., p. 3106, embora neste último (*ibidem*, p. 3108) se transcreva jurisprudência em sentido diverso, que considera que como a falta de denúncia tempestiva culmina na caducidade dos direitos do comprador trata-se de uma exceção a ser alegada e

2. A fisionomia da denúncia

a) A *ratio legis* por detrás do ónus de denúncia dos defeitos

Na logística interna do regime da venda de coisa defeituosa, a denúncia concretiza uma advertência dirigida ao vendedor por via da qual o comprador manifesta o seu inconformismo com a coisa entregue, que apresenta um vício ou uma falta de qualidade.

Mediante a exigência de uma prévia denúncia dos defeitos pretendeu a lei que o vendedor, a favor de quem foi estabelecido o ónus de denúncia(9), tivesse uma oportunidade para se certificar da situação fáctica reportada pelo comprador, eventualmente encetando autonomamente as diligências necessárias à reposição da conformidade. A denúncia cumpre uma dupla finalidade: dar conhecimento dos alegados defeitos ao vendedor, em consonância com as exigências de um comportamento probo, transparente e leal (art. 762.º, n.º 2), e franquear-lhe a possibilidade de, em caso de confirmação da existência dos defeitos e da sua relevância, proceder à sua eliminação(10). Bianca fala numa *funzione participativa*(11) e a jurisprudência italiana tem admitido que o denunciante se encontra obrigado a não utilizar a coisa e de a manter à disposição do vendedor pelo tempo necessário à realização do propósito da denúncia, qual a de despoletar o contraditório quanto à existência ou não do defeito alegado(12).

Mais que permitir uma colaboração das partes(13) com vista à resolução pacífica do diferendo e à reposição espontânea da conformidade, a lei configura a denúncia dos defeitos como um autêntico ónus (ou encargo)(14)

---

provada pelo vendedor. Entendendo que é antes sobre o vendedor que incide o ónus de provar que o prazo para a denúncia já decorreu, Pires de Lima, Fernando, e Antunes Varela, João de Matos, *Código Civil Anotado*, Vol. II, *cit*., p. 192, e, na jurisprudência, o Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 26.11.2009, proc. n.º 254/2001.S1, e o Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 05.05.2003, proc. n.º 0350986. Na ausência de qualquer indicação em sentido contrário, toda a jurisprudência citada foi consulta e encontrava-se livremente acessível em <www.dgsi.pt>.

(9) Romano Martinez, Pedro, *Cumprimento Defeituoso*, *cit*., p. 371.

(10) Cf. Delogu, Lucia, "La Vendita", *cit*., p. 182, De Luca, Villy, "The Conformity of the Goods to the Contract in International Sales", *cit*., p. 244, e Romano Martinez, Pedro, *Cumprimento Defeituoso*, *cit*., p. 371.

(11) Bianca, C. Massimo, *La Vendita e La Permuta*, *cit*., p. 1024.

(12) Cian, Giorgio, e Trabucchi, Alberto, *Commentario Breve al Codice Civile*, *cit*., p. 1866.

(13) No sentido de que o ónus da denúncia resulta de um dever de colaboração entre os contraentes, veja-se o Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 25.03.2019, proc. n.º 1159/17.3T8GDM.P1.

(14) Na formulação de Menezes Cordeiro, António, *Tratado de Direito Civil*, Vol. XI, *cit*., p. 271.

do comprador(15). A sua inobservância não configura um facto ilícito, nem a denúncia lhe pode ser coercivamente exigível, mas obvia a que o comprador possa exercer os direitos legalmente previstos, determinando a sua caducidade. Na verdade, num setor dominado pela disponibilidade dos direitos, uma completa falta de manifestação durante um período prolongado apenas pode ser entendido como uma aceitação da prestação pelo comprador(16), uma verdadeira *tolleranza dell'inesattezza*(17).

b) O modo de formulação da denúncia

A denúncia é, conforme a regra geral prescrita pelo nosso ordenamento jurídico(18), uma declaração receptícia, cujos efeitos apenas se produzem quando a denúncia for levada ao conhecimento do vendedor ou à sua esfera de cognoscibilidade (art. 224.º)(19). Por conseguinte, é extemporânea a denúncia que for expedida ainda dentro do período de trinta dias, mas apenas recebida ou colocada à disposição do vendedor em momento subsequente a esse prazo(20).

Não tendo caráter negocial nem sendo prejudicial para o denunciante, a denúncia não requer qualquer capacidade de exercício do denunciante(21), embora possa ser efetuada por um representante do comprador(22) desde que este manifeste tal qualidade à pessoa do vendedor(23). A denúncia deve

---

(15) Menezes Leitão, Luís, *Direito das Obrigações*, Vol. III, *cit*., p. 128, e Romano Martinez, Pedro, *Cumprimento Defeituoso*, *cit*., p. 372; falando em "*onore*", Roppo, Vincenzo, *Diritto Privato*, *cit*., p. 512.

(16) Romano Martinez, Pedro, *Cumprimento Defeituoso*, *cit*., pp. 371-372.

(17) Bianca, C. Massimo, *La Vendita e La Permuta*, *cit*., p. 1021.

(18) Ferreira Pinto, Fernando A., Anotação ao Art. 224.º, *cit*., p. 507.

(19) Neste sentido, Romano Martinez, Pedro, *Cumprimento Defeituoso*, *cit*., p. 371 (= *Direito das Obrigações. Parte Especial*, *cit*., p. 142), e, para o regime do contrato de empreitada, Sá Gomes, Rui, "Breves Notas sobre o Cumprimento Defeituoso no Contrato de Empreitada", *cit*., p. 633. Na jurisprudência, cf. o Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 11.12.2007, proc. n.º 0725473.

(20) A tese não é líquida na doutrina transalpina. Cf., com discussão, Bianca, C. Massimo, *La Vendita e La Permuta*, *cit*., pp. 1028-1029. Considerando que o cumprimento do prazo de denúncia deve ser aferido ao momento da sua emissão e não da sua receção, Cian, Giorgio, e Trabucchi, Alberto, *Commentario Breve al Codice Civile*, *cit*., p. 1866, e Lipari, Marco, Anotação ao Art. 1495.º, *cit*., p. 3105.

(21) Bianca, C. Massimo, *La Vendita e La Permuta*, *cit*., p. 1022.

(22) Cian, Giorgio, e Trabucchi, Alberto, *Commentario Breve al Codice Civile*, *cit*., p. 1866. Considerou-se no Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 09.04.2002, proc. n.º 0220172, que é válida a denúncia do defeito do imóvel feita pelo arrendatário e que esta aproveita ao proprietário/comprador.

(23) Lipari, Marco, Anotação ao Art. 1495.º, *cit*., p. 3095.

ser comunicada ao vendedor ou a qualquer pessoa autorizada a recebê-la, como representantes ou comissários do vendedor([24]). Caso o vendedor for incapaz a denúncia deve ser comunicada ao seu representante legal([25]). A denúncia feita a pessoa não autorizada a recebê-la é eficaz se (e quando) aquela a comunicar ao vendedor([26]).

Salvo disposição contratual em sentido contrário, a denúncia não precisa de observar nenhuma forma especial (art. 219.º)([27]), podendo ser veiculada por qualquer meio (inclusive oral) que se revele adequado a comunicar o defeito, como uma carta, uma chamada telefónica, uma notificação avulsa e até mediante citação para ação judicial([28]). A denúncia deverá ser redigida na língua do contrato ou em idioma que seja percetível ao vendedor([29]).

A denúncia pode ser realizada tacitamente (art. 217.º), mediante certas práticas das quais se conclua o inconformismo do comprador com o estado da coisa entregue([30]). Conquanto o regime da venda de coisa defeituosa não afaste a aplicabilidade dos meios de tutela gerais perante o incumprimento contratual, nomeadamente o recurso à exceção de não cumprimento (art. 428.º)([31]), em princípio não é razoável deduzir da mera falta de pagamento do preço — atitude que pode emergir de um amplo leque de razões, nomeadamente a falta de solvabilidade — uma denúncia tácita dos defeitos. Já será equiparável à denúncia a aceitação com reserva da prestação pelo adquirente([32]). Há ainda quem considere que a restituição do bem ao vendedor tem o significado de uma denúncia([33]).

([24]) *Ibidem*, p. 3096, e Bianca, C. Massimo, *La Vendita e La Permuta*, *cit*., pp. 1022-1023. Esclarece-se em Cian, Giorgio, e Trabucchi, Alberto, *Commentario Breve al Codice Civile*, *cit*., p. 1866, que a denúncia efetuada ao representante do vendedor que haja celebrado o contrato em nome deste apenas é válida caso os poderes representativos subsistirem à data da realização da denúncia. Para um caso de realização da denúncia perante a reparadora em vez da vendedora, veja-se o Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 08.11.2001, proc. n.º 0069878.

([25]) Bianca, C. Massimo, *La Vendita e La Permuta*, *cit*., p. 1024.

([26]) Lipari, Marco, Anotação ao Art. 1495.º, *cit*., p. 3096.

([27]) Menezes Cordeiro, António, *Tratado de Direito Civil*, Vol. XI, *cit*., p. 268, Pires de Lima, Fernando, e Antunes Varela, João de Matos, *Código Civil Anotado*, Vol. II, *cit*., p. 192, Menezes Leitão, Luís, *Direito das Obrigações*, Vol. III, *cit*., p. 128, Morais Carvalho, Jorge, Anotação ao Art. 916.º, *cit*., p. 1133, Bianca, C. Massimo, *La Vendita e La Permuta*, *cit*., p. 1024, Lipari, Marco, Anotação ao Art. 1495.º, *cit*., p. 3095, Cian, Giorgio, e Trabucchi, Alberto, *Commentario Breve al Codice Civile*, *cit*., p. 1866, e Murray, Carole, *et al.*, *Schmitthoff on the Law and Practice of International Trade*, *cit*., p. 105.

([28]) Calvão da Silva, João, *Compra e Venda de Coisas Defeituosas*, *cit*., p. 74, e Santos Justo, António, *Manual de Contratos Civis*, *cit*., p. 76.

([29]) Janssen, André, "Examination and Notice of Non-Conformity", *cit*., p. 447.

([30]) Menezes Cordeiro, António, *Tratado de Direito Civil*, Vol. XI, *cit*., p. 268.

([31]) Por todos, veja-se Romano Martinez, Pedro, *Cumprimento Defeituoso*, *cit*., p. 324, ss.

([32]) *Ibidem*, p. 370.

([33]) É o caso de Bianca, C. Massimo, *La Vendita e La Permuta*, *cit*., p. 1026.

c) Em especial, a recusa da prestação

Por sua vez, a recusa da prestação oferecida pelo vendedor com fundamento na existência de defeitos, para além de ser um comportamento lícito porquanto o adquirente não pode ser constrangido a receber coisa diversa do objeto contratual(34), dispensa o comprador de apresentar qualquer reclamação(35). A situação não é sequer subsumível ao cumprimento defeituoso, já que o mesmo pressupõe sempre a aceitação da prestação, caso o comprador desconheça a irregularidade, ou a aceitação com manifestação de reserva, caso a conheça(36). A situação enquadra-se antes no inadimplemento *tout court* da obrigação de entrega, na modalidade de mora ou incumprimento definitivo consoante as circunstâncias do caso, não sendo aplicável as disposições dos arts. 913.º, ss.

d) O conteúdo da denúncia

Não precisando a denúncia de observar nenhuma solenidade ou fórmula sacramental, afigura-se-nos que, dada a finalidade da mesma enquanto móbil para informar o vendedor do vício detetado, a denúncia deverá proceder à sua especificação com detalhe razoável, de forma que o alienante possa corroborar ou infirmar a sua existência. O assunto não é minimamente pacífico e a jurisprudência italiana, abonada por certa doutrina(37), entende que a *ratio* da denúncia, qual a de informar o vendedor das intenções do comprador e de o colocar em condição de verificar celeremente a existência dos defeitos denunciados, é cumprida através de uma denúncia genérica e sumária(38).

Em sentido diverso tem calcorreado a doutrina lusa. O entendimento prevalecente é do que, como refere Menezes Cordeiro, a "denúncia deve ser

---

(34) Estamos perante uma das consequências do princípio da pontualidade no cumprimento das obrigações, como astutamente refere Antunes Varela, João de Matos, *Das Obrigações em Geral*, Vol. II, *cit*., pp. 15-18. O direito do credor à recusa da prestação defeituosa ancora-se quer no princípio da boa-fé (art. 762.º, n.º 2), quer numa interpretação ampla do princípio da integralidade do cumprimento (art. 763.º, n.º 1). Neste sentido, cf. Romano Martinez, Pedro, *Cumprimento Defeituoso*, *cit*., p. 159.

(35) Bianca, C. Massimo, *La Vendita e La Permuta*, *cit*., p. 1019, nota 1.

(36) Romano Martinez, Pedro, *Cumprimento Defeituoso*, *cit*., pp. 157-158. Neste sentido também se pode consultar Antunes Varela, João de Matos, *Das Obrigações em Geral*, Vol. II, *cit*., p. 128, Almeida Costa, Mário Júlio, *Direito das Obrigações*, *cit*., p. 1061, Baptista Machado, João, "Pressupostos da Resolução por Incumprimento", *cit*., p. 169, e Monteiro Pires, Catarina, *Contratos*, Vol. I, *cit*., pp. 123-124.

(37) *Vide*, por exemplo, Delogu, Lucia, "La Vendita", *cit*., p. 182.

(38) Cian, Giorgio, e Trabucchi, Alberto, *Commentario Breve al Codice Civile*, *cit*., p. 1866, e Lipari, Marco, Anotação ao Art. 1495.º, *cit*., p. 3094.

clara, permitindo identificar a situação"([39]). Embora isto não imponha sobre o comprador um escrúpulo de ordem pericial ou técnica([40]), exigência que seria desproporcionada e na maioria dos casos — atendendo desde logo ao prazo curto previsto na lei — inexequível, não será suficiente para preencher o ónus de denúncia meras alegações gerais ou conclusivas sem qualquer substanciação fáctica([41]), como seria simplesmente aludir "está estragado", "não funciona", "é de má qualidade", "tem defeitos", etc.([42]). Uma denúncia formulada nesses termos não surtirá qualquer efeito jurídico, salvo se, por hipótese, o vendedor analise a coisa e adquira *de motu proprio* conhecimento do defeito concretamente existente, caso em que a denúncia se torna num formalismo inócuo. Concluímos, em suma, que o comprador deve descrever de forma circunstanciada o defeito alegado, com a precisão necessária para que o vendedor possa verificar ou não a sua existência([43]), mas sem que seja necessário uma enunciação exaustiva e técnica do defeito, denominá-lo corretamente ou sequer indicar as razões da desconformidade([44]).

O regime da garantia edilícia caracteriza-se pela concessão ao comprador de um amplo leque de direitos([45]). Pode-se assim questionar se o

---

([39]) Menezes Cordeiro, António, *Tratado de Direito Civil*, Vol. XI, *cit*., p. 269. Na Alemanha, defendendo que o comprador (na compra e venda comercial) deve, dentro das suas possibilidades, especificar com precisão o defeito, Schmidt, Karsten, *Derecho Comercial*, *cit*., p. 838. O Supremo Tribunal Federal Alemão tem vindo a aligeirar a exigência de substanciação da denúncia, colmatando a rigidez outrora imposta pelos Tribunais inferiores (cf. Janssen, André, "Examination and Notice of Non-Conformity", *cit*., pp. 446-447).

([40]) No sentido de que a denúncia não é prejudicada mercê da mera circunstância de o vício ter sido incorretamente denominado por falta de conhecimentos técnicos do comprador, Schmidt, Karsten, *Derecho Comercial*, *cit*., pp. 838-839.

([41]) Explicando que "[a] denúncia tem de fazer referência ao vício ou falta de qualidade alegado pelo comprador, não relevando para este efeito observações genéricas e vagas sobre o estado da coisa", cf. Morais Carvalho, Jorge, Anotação ao Art. 916.º, *cit*., p. 1133. Diversamente, entende Bianca, C. Massimo, *La Vendita e La Permuta*, *cit*., p. 1025, que uma contestação genérica da coisa entregue e a sua indicação como defeituosa, através do uso de fórmulas como "avariado", "não funciona", etc., é suficiente para advertir o vendedor de que o comprador considera que a coisa entregue não corresponde à devida, instaurando assim um contraditório quanto aos eventuais defeitos da coisa.

([42]) O uso destas expressões não se conforma com o art. 39.º, n.º 1, da Convenção de Viena de 1980 (cf. De Luca, Villy, "The Conformity of the Goods to the Contract in International Sales", *cit*., pp. 248-249). Como se refere em Schlechtriem, Peter e Butler, Petra, *UN Law of International Sales*, *cit*., p. 128, "[*the*] *buyer has to describe the defects as precisely as possible*".

([43]) Neste sentido, escreve Romano Martinez, Pedro, *Cumprimento Defeituoso*, *cit*., p. 372, que "[os] defeitos têm de ser denunciados de forma precisa e circunstanciada, a fim de que o responsável possa determinar a respectiva natureza e importância".

([44]) Janssen, André, "Examination and Notice of Non-Conformity", *cit*., p. 446.

([45]) Sobre estes direitos e sua articulação, Romano Martinez, Pedro, *Direito das Obrigações. Parte Especial*, *cit*., p. 135, ss.

comprador deverá logo na denúncia esclarecer o meio de tutela pelo qual opta. Não se descortina na lei qualquer obrigação nesse sentido. A clarificação da vontade do comprador, valendo como uma interpelação do devedor(46), tem contudo a virtualidade de permitir ao vendedor que haja em conformidade, providenciando pela reparação da coisa, pela sua substituição, pela redução do preço ou pela concessão de uma indemnização. Nesta senda, Menezes Cordeiro entende que o comprador não tem de comunicar de imediato ao vendedor, na própria denúncia do defeito, qual a sua opção de entre as faculdades concedidas pela lei, mas deverá comunicar essa escolha no prazo de seis meses após a entrega da coisa(47). Por nosso turno, entendemos que na ausência de qualquer interpelação ao devedor para satisfação de um concreto direito, o vendedor poderá livremente escolher entre as várias formas previstas para a sanação do defeito, nomeadamente optando entre a substituição da coisa ou a sua reparação.

Questão diversa é a de saber se, referindo o comprador na denúncia que pretende exercer um determinado direito, fica impedido de em momento ulterior exercer qualquer outra pretensão, nomeadamente em sede de ação judicial. A resposta parece-nos ser negativa(48), tanto mais que a inação do vendedor, gerando uma maior gravidade do incumprimento contratual, poderá instigar o comprador a recorrer a outro meio de tutela, faculdade que não lhe deve ser *a priori* vedada.

e) O âmbito da denúncia

A denúncia apenas produz efeitos em relação aos defeitos abrangidos pela mesma, não se estendendo aos demais que possam existir "porque isso contrariaria a *ratio* da norma que impõe tal dever"(49). Também quanto aos defeitos detetados supervenientes à data da primeira denúncia se verifica a necessidade de os levar explicitamente ao conhecimento do vendedor(50). Assim, caso o credor denuncie determinados defeitos e, em momento posterior, detete outros, deverá proceder à sua denúncia dentro

---

(46) Romano Martinez, Pedro, *Cumprimento Defeituoso*, *cit*., p. 373.

(47) Menezes Cordeiro, António, *Tratado de Direito Civil*, Vol. XI, *cit*., p. 272. No mesmo sentido, referindo que com "a denúncia podem [e não *devem*] logo ser indicadas as pretensões que o credor pretende fazer valer", Romano Martinez, Pedro, *Cumprimento Defeituoso*, *cit*., p. 373.

(48) Neste sentido, para a empreitada, Sá Gomes, Rui, "Breves Notas sobre o Cumprimento Defeituoso no Contrato de Empreitada", *cit*., p. 633.

(49) Romano Martinez, Pedro, *Cumprimento Defeituoso*, *cit*., p. 373.

(50) Lipari, Marco, Anotação ao Art. 1495.º, *cit*., p. 3094.

do prazo legal sob pena de caducidade(51). Por outro lado, caso o comprador não denuncie tempestivamente certos defeitos e, volvido certo período de tempo, descubra outros, não é admissível qualquer repristinação do prazo de denúncia no que se refere àqueles primeiros defeitos(52), devendo-se inferir pela caducidade de qualquer meio de reação a esses defeitos. Conforme jurisprudência da *Cassazione*, na venda de mercadorias com datas de entrega repartidas, o prazo para a denúncia de um vício comum a todas as mercadorias inicia-se, consoante se trate de vício aparente ou oculto, a partir da data da entrega ou da descoberta inicial, não tendo as sucessivas entregas a virtualidade de reiniciar ou prorrogar tal prazo(53).

3. O prazo para a denúncia dos defeitos

Conforme já temos vindo a antecipar, a lei estabelece um prazo curto para a denúncia de defeitos na coisa entregue. A previsão de um prazo breve não é uma veleidade do legislador luso. Os sistemas jurídicos que consagram um ónus de denunciar os defeitos fixam um prazo curto para a sua observância(54): o art. 1495.º, 1.º parágrafo, do *Codice*, consigna um prazo ainda mais curto, de apenas oito dias da data da descoberta do defeito(55); o *Sales of Goods Act* impõe que o comprador deva interpelar o vendedor *within a resaonable time*(56); o art. 39.º, n.º 1, da Convenção de Viena de 1980, coroando o mesmo critério, preceitua que o comprador perderá os seus direitos caso não denuncie a desconformidade "*within a reasonable time after he has discovered it or ought to have discovered it*"(57);

---

(51) Neste sentido, Bianca, C. Massimo, *La Vendita e La Permuta*, *cit*., pp. 1026-1027, embora ressalvando os "*difetti «collegati» com la prima denunzia*". Igualmente neste sentido, para a venda internacional, Janssen, André, "Examination and Notice of Non-Conformity", *cit*., p. 446. Considerou-se no Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 02.02.2012, proc. n.º 661/06.7TBLDS.P1, que a "aceitação, pelo vendedor, de defeitos na coisa vendida, que reparou, não implica a aceitação de outros defeitos que surjam posteriormente, mesmo que eles sejam o ressurgimento dos defeitos anteriormente reparados, devendo o comprador proceder à sua denúncia".

(52) Posição diversa tem Bianca, C. Massimo, *La Vendita e La Permuta*, *cit*., p. 1027.

(53) Cian, Giorgio, e Trabucchi, Alberto, *Commentario Breve al Codice Civile*, *cit*., p. 1867, e Lipari, Marco, Anotação ao Art. 1495.º, *cit*., pp. 3104-3105.

(54) Romano Martinez, Pedro, *Cumprimento Defeituoso*, *cit*., p. 411.

(55) Galgano, Francesco, *Trattato di Diritto Civile*, Vol. II, *cit*., p. 596.

(56) Murray, Carole, *et al.*, *Schmitthoff on the Law and Practice of International Trade*, *cit*., p. 105.

(57) Acerca do que se deve entender por prazo razoável, veja-se Dimatteo, Larry A., *et al.*, "The Interpretive Turn in International Sales Law: An Analysis of Fifteen Years of CISC Jurisprudence",

e, por fim, dispõe o § 377, n.º 1, do Código Comercial Alemão que o comprador deve, após descoberta da desconformidade, "*promplty notify the seller therof*"([58]).

O *favor legislatoris* pela posição do vendedor já foi diagnosticado pela doutrina, tendo os interesses na manutenção da segurança jurídica e da certeza das relações([59]) sido graduados em nível superior à tutela do comprador, impondo-se a este particular celeridade no exercício dos seus direitos. Outras justificações para a vigência de prazos curtos prendem-se com a incerteza que, de outro modo, a passagem do tempo geraria no acertamento factual da existência do vício, da sua causa e da sua anterioridade ao contrato de compra e venda([60]).

De acordo com o art. 916.º, n.º 2, do Código Civil, a denúncia deverá ser feita até trinta dias depois de conhecido o defeito e dentro de seis meses após a entrega da coisa. Ao passo que o prazo de trinta dias vale autonomamente para cada defeito que se manifestar na coisa([61]) (efetivamente, pode ocorrer que defeitos se manifestem em períodos de tempo distintos, havendo-se de aferir para cada um deles o cumprimento desse prazo([62]), como já aludido *supra*), o prazo de seis meses vale para a generalidade dos defeitos da coisa([63]), servindo como verdadeira garantia legal.

Um defeito que apenas se manifeste decorrido o prazo de seis meses após a entrega da coisa não tem relevância, não é suscetível de inquinar o negócio jurídico nem de fundamentar qualquer tipo de responsabilidade do vendedor. A mesma conclusão se impõe caso o defeito, embora manifestando-se durante o período da garantia legal, não for descoberto no prazo

---

cit., p. 364, ss., De Luca, Villy, "The Conformity of the Goods to the Contract in International Sales", *cit*., p. 244, ss., e Janssen, André, "Examination and Notice of Non-Conformity", *cit*., p. 448, ss.

([58]) Seguimos a tradução que se encontra em *ibidem*, p. 437.

([59]) Sobre as razões por detrás do prazo curto para a denúncia de defeitos, cf. Morais Carvalho, Jorge, Anotação ao Art. 916.º, *cit*., pp. 1132-1133, Carneiro da Frada, Manuel A., "Perturbações Típicas do Contrato de Compra e Venda", *cit*., p. 84, e Romano Martinez, Pedro, *Cumprimento Defeituoso*, *cit*., p. 430, ss.

([60]) Bianca, C. Massimo, *La Vendita e La Permuta*, *cit*., p. 1020, Schmidt, Karsten, *Derecho Comercial*, *cit*., p. 820, e Lipari, Marco, Anotação ao Art. 1495.º, *cit*., p. 3093.

([61]) Santos Justo, António, *Manual de Contratos Civis*, *cit*., p. 76, e Pires de Lima, Fernando, e Antunes Varela, João de Matos, *Código Civil Anotado*, Vol. II, *cit*., p. 191.

([62]) Refere Menezes Leitão, Luís, *Direito das Obrigações*, Vol. III, *cit*., p. 129, que o prazo a contar da descoberta dos defeitos "se pode renovar sempre que forem descobertos novos defeitos". Esta posição não se pode acompanhar. A descoberta de novos defeitos não faz reemergir um prazo que já havia caducado. No sentido de que uma nova entrega na sequência da denúncia formalizada perante uma entrega anterior despoleta novamente um prazo para denúncia dos defeitos que subsistam, Schmidt, Karsten, *Derecho Comercial*, *cit*., p. 826.

([63]) Menezes Leitão, Luís, *Direito das Obrigações*, Vol. III, *cit*., p. 129.

de seis meses(64). Para efeitos do cômputo dos prazos previstos no art. 916.º, n.º 2, por *entrega da coisa* o legislador quis referir-se à entrega material(65), com receção efetiva da coisa pelo comprador (ou pelo seu representante)(66), pois só mediante contacto direto com a coisa poderá o comprador analisá-la cabalmente(67). Importa, em suma, que o comprador seja efetivamente colocado em posição de examinar a coisa entregue(68). Destarte, o prazo de caducidade apenas se inicia com a entrega física da coisa, o que implica que o tempo de transporte não seja computado(69). Nesta esteira, a doutrina tem considerado que em caso de venda de aparelhos que exijam instalação ou montagem pelo vendedor, e sem prejuízo da questão prévia de se saber se em tais cenários estamos perante um verdadeiro contrato de compra e venda ou perante um contrato de empreitada(70), a entrega apenas se consome com a aptidão para funcionamento(71). O mesmo princípio é válido para o prazo de denúncia de oito dias previsto no art. 471.º do Código Comercial, que apenas se começa a contar a partir da receção efetiva da mercadoria. Na hipótese de a entrega da coisa ser anterior à conclusão do contrato, o prazo para a denúncia dos defeitos inicia-se a partir da celebração do negócio de compra e venda(72).

---

(64) Cian, Giorgio, e Trabucchi, Alberto, *Commentario Breve al Codice Civile*, *cit*., p. 1869, e Romano Martinez, Pedro, *Direito das Obrigações. Parte Especial*, *cit*., p. 143, dando o exemplo do defeito detetado decorridos sete meses após a entrega. Também assim, na venda internacional, De Luca, Villy, "The Conformity of the Goods to the Contract in International Sales", *cit*., pp. 249-250.

(65) Calvão da Silva, João, *Compra e Venda de Coisas Defeituosas*, *cit*., p. 74, Romano Martinez, Pedro, *Cumprimento Defeituoso*, *cit*., p. 425, Pires de Lima, Fernando, e Antunes Varela, João de Matos, *Código Civil Anotado*, Vol. II, *cit*., p. 192, e Menezes Leitão, Luís, *Direito das Obrigações*, Vol. III, *cit*., p. 129. Na jurisprudência, cf. o Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 26.06.2012, proc. n.º 823/09.5TBMAI.P1. Pode ocorrer que o comprador nunca chegue a receber efetivamente a coisa, como sucederá quando a tenha revendido a terceiro. Salvaguardando tais hipóteses, entende a *Cassazione* que o prazo para denúncia deve contar-se a partir da entrega da coisa ao subadquirente e não da eventual denúncia que este formule ao primeiro adquirente (Lipari, Marco, Anotação ao Art. 1495.º, *cit*., p. 3103); explicando que o comerciante intermediário não dispõe de um prazo de denúncia mais extenso e, como tal, não pode aguardar que o seu cliente haja examinado a coisa e formulado uma denúncia, Schmidt, Karsten, *Derecho Comercial*, *cit*., p. 841 (sem prejuízo, nada obsta a que em consequência da denúncia do subadquirente o comprador formule, ainda em tempo, uma denúncia dirigida ao vendedor).

(66) Lipari, Marco, Anotação ao Art. 1495.º, *cit*., p. 3103.

(67) Santos Justo, António, *Manual de Contratos Civis*, *cit*., p. 76.

(68) Schmidt, Karsten, *Derecho Comercial*, *cit*., p. 824.

(69) De Luca, Villy, "The Conformity of the Goods to the Contract in International Sales", *cit*., p. 249.

(70) Sobre o problema da delimitação entre a compra e venda e a empreitada, sobretudo quando exista uma obrigação acessória de montagem, *vide* Romano Martinez, Pedro, *Contrato de Empreitada*, *cit*., p. 33, ss.

(71) Calvão da Silva, João, *Compra e Venda de Coisas Defeituosas*, *cit*., pp. 74-75.

(72) Lipari, Marco, Anotação ao Art. 1495.º, *cit*., p. 3127, e Luminoso, Angelo, "Vendita", *cit*., p. 649.

a) O ónus de inspeção da coisa entregue

Embora o art. 916.º, n.º 2, do Código Civil, pareça conclusivo ao determinar que o prazo para denúncia dos defeitos se inicia a partir do dia do seu conhecimento, uma investigação mais detida leva-nos a questionar se não será suficiente a mera cognoscibilidade dos defeitos. A pouca doutrina lusa que expende algumas considerações sobre este tópico não é unânime. Por um lado, Morais Carvalho é perentório ao referir que o prazo de trinta dias se conta a partir do conhecimento do defeito, "não relevando a mera possibilidade de o conhecer"([73]), ao passo que Romano Martinez, advertindo que a negligência do credor não o deve beneficiar, opina que "dever-se-á ter em conta a possibilidade de conhecimento, e não o conhecimento efectivo"([74]).

A questão *sub judice* pode reformular-se nos seguintes termos: existe ou não um ónus de verificação do estado do objeto entregue pelo vendedor([75])? Tal ónus encontra-se plasmado no regime da compra e venda mercantil (art. 471.º do Código Comercial)([76]) e no regime do contrato de empreitada (art. 1218.º, n.º 1), mas não tem respaldo no regime da venda civil de coisa defeituosa. Entendemos que o silêncio legislativo não é indicativo de que o comprador se encontre dispensado de verificar o estado material da coisa. Se a garantia edilícia encontra-se dirigida apenas aos vícios ocultos — àqueles vícios que o comprador não conhecia no momento do contrato e que não podia facilmente reconhecer([77]) —, apa-

---

([73]) Morais Carvalho, Jorge, Anotação ao Art. 916.º, *cit*., p. 1133.

([74]) Romano Martinez, Pedro, *Cumprimento Defeituoso*, *cit*., p. 371.

([75]) O ónus de exame tende a ser congénito do ónus de denúncia, mas nem sempre isso sucede. Para uma abordagem de Direito comparado, veja-se Janssen, André, "Examination and Notice of Non-Conformity", *cit*., pp. 453-455.

([76]) Para o Direito alemão, cf. Larenz, Karl, *Derecho de Obligaciones*, Tomo I, *cit*., p. 70; sobre a compra e venda mercantil, *vide* Schmidt, Karsten, *Derecho Comercial*, *cit*., p. 807, ss. Veja-se ainda o Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 01.07.2021, proc. n.º 3655/06.9TVLSB.L2.S1, em cujo sumário se escreveu "[na] compra e venda comercial, aquele prazo de 8 dias que tem o comprador para a denúncia dos defeitos da coisa inicia-se com a entrega da mesma caso o defeito seja aparente e detectável pelos sentidos, ou, não o sendo, conta-se a partir do momento em que o comprador, agindo de forma diligente, descobre o defeito — posição que é a mais consentânea com a realidade da vida".

([77]) Cf. Romano Martinez, Pedro, *Direito das Obrigações. Parte Especial*, *cit*., pp. 132-133, Galgano, Francesco, *Trattato di Diritto Civile*, Vol. II, *cit*., p. 594, e Bianca, C. Massimo, *La Vendita e La Permuta*, *cit*., p. 911, ss. Neste sentido veja-se também o § 442 Código Civil Alemão (Dannemann, Gerhard, e Schulze, Reiner, *German Civil Code. Article-by-Article Commentary*, *cit*., p. 772, ss., e Markesinis, Basil, *The German Law of Contract*, *cit*., p. 501), e o art. 1642.º do Código Civil Francês. O art. 35.º da Convenção de Viena de 1980 exclui a responsabilidade do vendedor por qualquer desconformidade existente à data da celebração do contrato caso a mesma lhe fosse conhecida ou cognoscível ("*kwew or could not have been unaware of the non-conformity*"). Como explica de De Luca,

renta-se ser consentâneo com esse princípio, a jusante do ónus de exame prévio, fazer recair sobre o comprador um ónus de inspeção da coisa entregue com vista à deteção de vícios ou faltas de qualidade.

A imposição deste ónus tem uma consequência prática de considerável relevo. Incidindo sobre o comprador uma obrigação de inspeção da coisa entregue, o prazo para denúncia dos defeitos deve-se iniciar não com o seu conhecimento efetivo mas a partir do momento em que o comprador poderia ter tido conhecimento dos defeitos caso empregasse um exame diligente de coisa.

Como dissemos, é neste sentido que depõe o art. 471.º do Código Comercial, do qual decorre que o prazo de denúncia de oito dias começa a contar-se, na falta de exame imediato à coisa, na data em que o comprador descobre o defeito ou daquela em que o teria descoberto se agisse com a diligência exigível no tráfico comercial([78]). A lei impõe um ónus de exame da mercadoria([79]), tal como sucede no § 377 do Código Comercial Alemão([80]). O incumprimento desse ónus não tem associado uma consequência jurídica própria, emergindo esta antes da falta de denúncia no prazo previsto([81]). A jurisprudência tem considerado que, se a reclamação for apresentada mais de oito dias depois do recebimento da mercadoria, cabe ao comprador a prova de que os defeitos não eram facilmente detetáveis

---

Villy, "The Conformity of the Goods to the Contract in International Sales", *cit*., p. 233, o comprador que anuiu na aquisição de um bem não obstante a sua visível ou aparente defetividade não pode esperar receber um produto de melhor qualidade. Caso, no entanto, o vendedor assegurar expressamente ao comprador a ausência de vícios, tal declaração é idónea a gerar na contraparte uma especial confiança ("*incondizionato affidamento*", como refere Luminoso, Angelo, "Vendita", *cit*., p. 647), dispensando-o de examinar previamente a coisa com vista à deteção de qualquer desconformidade existente (Delogu, Lucia, "La Vendita", *cit*., pp. 167-168), e assim o defeito aparente deve ter-se por oculto (Romano Martinez, Pedro, *Cumprimento Defeituoso*, *cit*., pp. 202-203).

([78]) Assim, os Acórdãos do Tribunal da Relação do Porto de 22.06.1992, proc. n.º 9230048, e de 14.06.2016, proc. n.º 715/14.6T8PDL.P1. No mesmo sentido, cf. Engrácia Antunes, José A., *Direito dos Contratos Comerciais*, *cit*., p. 354. No Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 27.05.1993, proc. n.º 0053626, decidiu-se que o prazo de oito dias se conta a partir "do momento em que o comprador obteve a possibilidade, de facto, de o examinar [o produto] e descobrir aqueles defeitos". Em concretização deste critério, pode-se ler no Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 27.06.2022, proc. n.º 396/20.8T8PVZ.P1, que se "os defeitos apenas são percetíveis quando a compradora aplica o material comprado na obra a que o destinava, considera-se exercida dentro deste prazo a denúncia efetuada logo após tal aplicação".

([79]) Romano Martinez, Pedro, *Cumprimento Defeituoso*, *cit*., p. 204, e Ferrer Correia, A., *Lições de Direito Comercial*, *cit*., p. 21.

([80]) Schmidt, Karsten, *Derecho Comercial*, *cit*., p. 832, falando num dever de exame e de denúncia. O § 377 I impõe que o exame ocorra imediatamente após a entrega, quer dizer, sem dilação negligente (*ibidem*, p. 833).

([81]) Na verdade, como se refere em *ibidem*, p. 833, "[*el*] *comprador no pierde un derecho porque no haya revisado la mercadería, sino sólo por haber omitido el reclamo*".

através de exame direto e *in loco* da coisa([82]), tratando-se de defeitos ocultos que só mais tarde poderiam ser descobertos. O art. 471.º do Código Comercial não se aplica caso haja dolo do vendedor([83]).

No campo da compra e venda civil, e a despeito de qualquer referência legal expressa, cremos ser defensável que impende sobre o comprador o dever de verificar a conformidade da prestação. Tal dever impõe-se mercê de um princípio de autorresponsabilidade no tráfego([84]) e de um padrão de diligência mínima que incide universalmente sobre todo o sujeito livre e consciente. Ademais, como se tem defendido entre nós, "[o] comprador que, negligentemente, não se apercebeu do defeito aparente, caso pretendesse invocar um direito derivado do cumprimento defeituoso, estaria a violar o princípio da boa fé"([85]). O ónus de exame da coisa impende sobre qualquer adquirente, sendo o seu conteúdo determinado pela regra do *bonus paterfamilias* atentas as circunstâncias do caso concreto (art. 487.º, n.º 2)([86]).

Veja-se ainda que o art. 916.º, n.º 2, *in fine*, transcreve em traços gerais a regra plasmada no art. 1495.º do *Codice*, de acordo com a qual o prazo para a denúncia inicia-se *dal momento della scoperta* do vício ou da falta de qualidade. Em exegese a esta norma, Bianca advoga que, tal como sucede no contrato de venda com transporte (art. 1511.º do *Codice*), incide sobre o comprador um ónus de verificação da coisa aquando da sua entrega, que apenas seria excluído em casos excecionais, como o da receção de um elevado número de mercadorias que torne praticamente impossível um controlo integral da sua qualidade. Assim, defende o insigne civilista que para os defeitos "*normalmente riconoscibili*" (ou, como também se pode ler, para os defeitos "*oggettivamente riconoscibili con l'uso della normale diligenza*")([87]) o prazo da denúncia conta-se a partir da entrega

---

([82]) Acórdãos do Tribunal da Relação do Porto de 28.03.2001, proc. n.º 0130185, de 09.05.2019, proc. n.º 9188/18.3YIPRT.P1, e de 22.10.2020, proc. n.º 30539/18.5YIPRT.P1. No sentido de que o prazo de oito dias apenas se conta desde a entrega da coisa se o defeito for aparente e detetável pelos sentidos, cf. o Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra de 21.04.2015, proc. n.º 232/06.8TBMIR.C1.

([83]) Menezes Cordeiro, António, *Direito Comercial*, *cit*., p. 859.

([84]) Sobre o tema, veja-se, entre outros, Brandão Proença, José Carlos, *A Conduta do Lesado como Pressuposto e Critério de Imputação do Dano Extracontratual*, *cit*., p. 104, ss.

([85]) Romano Martinez, Pedro, *Cumprimento Defeituoso*, *cit*., p. 205.

([86]) Romano Martinez, Pedro, *Cumprimento Defeituoso*, *cit*., p. 206, ss.

([87]) Cian, Giorgio, e Trabucchi, Alberto, *Commentario Breve al Codice Civile*, *cit*., p. 1867. Referindo que o defeito se qualifica como aparente se é percetível através de exame direto da coisa conduzido com critérios de normal diligência, Schlesinger, Piero, e Torrente, Andrea, *Manuale di Diritto Privato*, *cit*., p. 723.

material da coisa, ao passo que para aqueles defeitos que, de acordo com um critério de normalidade, não sejam reconhecíveis através de um "*esame rapido e sommario*"([88]), o *dies a quo* fixa-se na data do seu efetivo conhecimento([89]). A necessidade de distinguir entre os defeitos aparentes e os defeitos ocultos, distinção que influi na determinação da contagem do prazo para a denúncia, tem sido avançada por um setor importante da doutrina italiana([90]) bem como da doutrina germânica([91]) e dos estudiosos da venda internacional([92]). Em todo o caso, e como alerta Galgano, apenas uma efetiva e objetiva descoberta do defeito([93]) (uma "*piena cognizione*", no dizer de Luminoso)([94]) e "não uma simples suspeita" despoleta o prazo de oito dias para a denúncia([95]). Sucede que, perante os defeitos aparentes,

---

([88]) Cian, Giorgio, e Trabucchi, Alberto, *Commentario Breve al Codice Civile*, *cit*., p. 1867.

([89]) Bianca, C. Massimo, *La Vendita e La Permuta*, *cit*., pp. 1029-1031.

([90]) Lipari, Marco, Anotação ao Art. 1495.º, *cit*., pp. 3097-3098, e Schlesinger, Piero, e Torrente, Andrea, *Manuale di Diritto Privato*, *cit*., p. 723.

([91]) Schmidt, Karsten, *Derecho Comercial*, *cit*., pp. 837-838.

([92]) Janssen, André, "Examination and Notice of Non-Conformity", *cit*., pp. 447-448, esclarece que para a determinação do *dies a quo* para o prazo da denúncia haver-se-á de distinguir entre *open and hidden defects*. Para aqueles primeiros, que abrangem todas as desconformidades aparentes e, dessa forma, detetáveis através da simples perceção sensória, o prazo inicia-se na data de entrega. Mas também são *open defects* as desconformidades que foram ou poderiam ser detetadas através de exame da coisa mas não eram conhecidas ou óbvias para o comprador. Para estas desconformidades, vigora um período de exame que se inicia com a entrega da coisa, sendo que o prazo da denúncia se inicia a partir do momento que o comprador reconhece ou deveria reconhecer a desconformidade (isto é, após o período de exame). Por sua vez, são *hidden defects* aqueles que não são conhecidos do comprador nem passíveis de serem detetáveis mediante exame da coisa. Para estes, o prazo para a denúncia apenas se inicia através da efetiva descoberta da desconformidade. Aparenta estar em sintonia Romano Martinez, Pedro, *Cumprimento Defeituoso*, *cit*., p. 370: quanto a defeitos ocultos a denúncia não está na dependência da verificação da coisa e deve ser efetuada após a descoberta da deformidade. No mesmo sentido pode-se ler o novel Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 08.03.2022, proc. n.º 3297/20.8T8OAZ.P1, onde se esclareceu que "[quando] se tratar de coisas dificilmente examináveis ou cujos defeitos apenas podem ser detectados quando a coisa for utilizada ou examinada tecnicamente, o início do prazo conta-se a partir dessa data e não da entrega da coisa".

([93]) A certeza deve reportar-se às manifestações exteriores do defeito e não à determinação da sua causa, a qual é aferida em momento ulterior, nomeadamente em sede de litigância judicial (cf. Lipari, Marco, Anotação ao Art. 1495.º, *cit*., p. 3099). Assim, o prazo de trinta dias conta-se a partir da data do conhecimento da existência do defeito, ainda que se desconheça a sua causa.

([94]) Luminoso, Angelo, "Vendita", *cit*., p. 648.

([95]) Galgano, Francesco, *Trattato di Diritto Civile*, Vol. II, *cit*., p. 596, nota 22. Também no sentido da irrelevância de uma simples suspeita acerca da inexatidão da prestação, Bianca, C. Massimo, *La Vendita e La Permuta*, *cit*., p. 1032, e Lipari, Marco, Anotação ao Art. 1495.º, *cit*., pp. 3101-3102. Entre nós, defendendo que a "contagem do prazo para a denúncia apenas se inicia com a efetiva e suficiente tomada de conhecimento do vício ou desconformidade, não relevando, para efeito de início de contagem, a estarem em causa questões de natureza eminentemente técnica, a mera possibilidade de defeito", pode-se ler o Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 10.05.2021, proc. n.º 2873/ /18.1T8VNG.P1.

a efetiva descoberta é equiparável à possibilidade de conhecimento à luz de um comportamento diligente(96).

Para o Direito inglês, o *Sales of Goods Act* determina que apenas a partir do momento em que o comprador teve uma oportunidade razoável de examinar os bens, o que deve ser assegurado pelo vendedor(97), é que, "*without intimating [dentro de um prazo indefinido, mas tido por razoável] to the seller that he has rejected them*" (cf. Section. 35, nr. 4), se considera ter perdido o direito de os rejeitar(98). A mera receção dos bens não implica qualquer aceitação do estado em que eles se encontram(99). Por seu turno, o *American Uniform Commercial Code*, ao dispor que o prazo para a denúncia de defeitos inicia-se a partir do momento em que o comprador "*discovers or should have discovered any breach*" reconhece implicitamente que o comprador está sob obrigação de examinar a coisa entrega(100).

Em matéria de vendas internacionais, o art. 38.º, n.º 1, da Convenção de Viena de 1980 impõe um ónus de inspeção ("*duty of inspection*")(101) do estado da coisa entregue e, em conformidade, o artigo subsequente preceitua que o prazo para a denúncia se inicia a partir do momento em que o comprador descobriu o defeito ou deveria tê-lo descoberto. A extensão desse ónus não vem definida na Convenção, dependendo antes das estipulações contratuais e dos usos comerciais(102), mas entende-se que o comprador deve realizar uma "*reasonable inspection*"(103).

Em todo o caso, a descoberta do defeito deverá advir do comprador ou de uma pessoa por si autorizada a receber a prestação(104). O conhecimento do defeito por parte de um terceiro a quem, pelos mais variados motivos, foi entregue a coisa não tem relevância, já que em tais hipóteses o comprador não tem um contacto com a coisa, diretamente ou por pessoa

---

(96) Lipari, Marco, Anotação ao Art. 1495.º, *cit*., p. 3102.

(97) Janssen, André, "Examination and Notice of Non-Conformity", *cit*., p. 438.

(98) Murray, Carole, *et al.*, *Schmitthoff on the Law and Practice of International Trade*, *cit*., p. 100.

(99) *Ibidem*, p. 103.

(100) Janssen, André, "Examination and Notice of Non-Conformity", *cit*., p. 438, e Schlechtriem, Peter e Butler, Petra, *UN Law of International Sales*, *cit*., p. 124.

(101) Dimatteo, Larry A., *et al.*, "The Interpretive Turn in International Sales Law: An Analysis of Fifteen Years of CISC Jurisprudence", *cit*., pp. 358-359.

(102) Para uma análise detalhada deste ónus, *vide* Janssen, André, "Examination and Notice of Non-Conformity", *cit*., pp. 440-446.

(103) De Luca, Villy, "The Conformity of the Goods to the Contract in International Sales", *cit*., p. 248.

(104) Bianca, C. Massimo, *La Vendita e La Permuta*, *cit*., p. 1032.

por si interposta e legitimada para o efeito. O terceiro pode, contudo, comunicar o defeito ao comprador, caso em que se inicia o prazo para a denúncia(105).

b) A falta de denúncia dentro do prazo legal

A falta de denúncia tempestiva dos defeitos acarreta a caducidade dos direitos do comprador (*decadenza*)(106), salvo se, durante o decurso do prazo(107), ocorrer qualquer causa impeditiva da caducidade. O reconhecimento do defeito, sendo materialmente diferente do reconhecimento do direito do comprador pressuposto pelo art. 331.º, n.º 2(108), não impede a caducidade do prazo para a denúncia dos defeitos, antes o dispensa desse ónus (cf. *infra*)(109). O impedimento da caducidade exige do vendedor o reconhecimento — concreto, claro e inequívoco(110) — do direito do comprador, o que sucederá, *v. g.*, quando o vendedor proceda à inventariação dos defeitos e ao início de concretos atos de reparação(111), ou quando sim-

---

(105) *Ibidem*, p. 1032.

(106) Assim, Menezes Cordeiro, António, *Tratado de Direito Civil*, Vol. XI, *cit*., p. 269, e, na doutrina transalpina, Bianca, C. Massimo, *La Vendita e La Permuta*, *cit*., p. 1019, Roppo, Vincenzo, *Diritto Privato*, *cit*., p. 513, e Schlesinger, Piero, e Torrente, Andrea, *Manuale di Diritto Privato*, *cit*., p. 723. Clarificando que a caducidade abrange todos os direitos conferidos ao comprador, Menezes Leitão, Luís, *Direito das Obrigações*, Vol. III, *cit*., p. 129, e, na jurisprudência, o Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 17.05.2016, proc. n.º 354/05.2TVLSB.L1.S1. No sentido de que o prazo previsto no art. 471.º do Código Comercial é também um prazo de caducidade, veja-se o Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 25.10.2011, proc. n.º 1453/06.9TJVNF.P1.S1.

(107) Acórdãos do Tribunal da Relação do Porto de 09.02.1997, proc. n.º 9750455, e de 20.09.1990, proc. n.º 0225155. No sentido de que o reconhecimento do direito do comprador após a caducidade do prazo para denúncia dos defeitos "é irrelevante", *vide* o Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 25.02.1999, proc. n.º 9930205.

(108) Como explica Bianca, C. Massimo, *La Vendita e La Permuta*, *cit*., p. 1035, o reconhecimento do defeito tem um conteúdo mais limitado que o reconhecimento do direito, já que aquele consiste simplesmente na admissão de um facto objetivo desfavorável ao declarante, prescindindo quer do reconhecimento do inadimplemento, quer da tutela contratual do comprador.

(109) Tem sido entendimento da *Cassazione* que, enquanto a admissão de responsabilidade pelo vendedor interrompe o prazo de caducidade da ação redibitória, o simples reconhecimento da existência de um defeito apenas torna supérflua a denúncia pelo comprador (Lipari, Marco, Anotação ao Art. 1495.º, *cit*., p. 3115). No mesmo sentido, distinguindo entre o reconhecimento do defeito e o reconhecimento do direito do comprador, Luminoso, Angelo, "Vendita", *cit*., p. 648. Mas no Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 08.11.2018, proc. n.º 267/12.1TVLSB.L1.S1, considerou-se ser o reconhecimento inequívoco dos defeitos suficiente para impedir a caducidade dos direitos do comprador.

(110) Morais Antunes, Ana Filipa, *Prescrição e Caducidade*, *cit*., p. 337.

(111) Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 17.11.2021, proc. n.º 8344/17.6T8STB.E1.S1, e Acórdãos do Tribunal da Relação do Porto de 14.06.2016, proc. n.º 715/14.6T8PDL.P1, e de 09.03.2021, proc. n.º 812/19.1T8PVZ.P1. No sentido de que o ato de reconhecimento pode ser ali-

plesmente prometa a reparação([112]). A caducidade não se estende a defeitos que ainda não foram (nem podiam ser) detetados, mantendo o comprador os seus mecanismos de reação intactos no que a estes se refere([113]).

Tem ainda importância prática saber que valor jurídico tem a declaração do comprador que atesta a conformidade da prestação, nomeadamente aquando da sua receção. Entendemos que, em conformidade com as considerações precedentes, os efeitos dessa declaração circunscrevem-se apenas aos defeitos aparentes, não culminando em qualquer renúncia à garantia por vícios ocultos que, à data da prolação dessa declaração, ainda não tinham sido detetados([114]). Razões de especial tutela do aderente na contratação de massas levam-nos a questionar a validade dessas declarações ainda que por referência aos defeitos aparentes, já que são relativamente proibidas as cláusulas que "imponham ficções de recepção, de aceitação ou de outras manifestações de vontade com base em factos para tal insuficientes" [art. 19.º, al. *d*), do Decreto-Lei n.º 446/85].

c) O prazo de interposição da ação judicial. Breve referência

Ainda que haja lugar à denúncia tempestiva dos defeitos, incide sobre o comprador o ónus de deduzir a competente ação judicial no prazo de seis meses após a realização da denúncia, mas sem prejuízo (mais uma vez) da verificação de qualquer causa impeditiva da caducidade, nomeadamente o reconhecimento do direito ao abrigo do art. 331.º, n.º 2([115]), ou de o negó-

---

cerçado em declarações tácitas, conforme o art. 217.º, Morais Antunes, Ana Filipa, *Prescrição e Caducidade*, *cit*., p. 338, e o recentíssimo Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 17.03.2022, proc. n.º 13998/16.8T8LRS.L1-6.

([112]) Calvão da Silva, João, *Compra e Venda de Coisas Defeituosas*, *cit*., p. 75.

([113]) Janssen, André, "Examination and Notice of Non-Conformity", *cit*., p. 452.

([114]) Neste sentido, *vide* Lipari, Marco, Anotação ao Art. 1495.º, *cit*., p. 3097. No sentido de que da "simples assinatura do auto de receptação da coisa comprado não se pode concluir pela renúncia do direito de pedir a anulação da sua compra", *vide* o Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 21.03.1996, proc. n.º 0015786.

([115]) Morais Carvalho, Jorge, Anotação ao Art. 916.º, *cit*., p. 1134. Entendemos que, à semelhança da posição sufragada pelos Tribunais italianos, a interrupção da caducidade exige o reconhecimento do direito da contraparte (*in casu*, do comprador), não sendo bastante o mero reconhecimento da existência de defeitos na coisa entregue, que apenas dispensa o vendedor do ónus de denúncia (Cian, Giorgio, e Trabucchi, Alberto, *Commentario Breve al Codice Civile*, *cit*., p. 1869). Também em Lipari, Marco, Anotação ao Art. 1495.º, *cit*., p. 3112, se explana que a interrupção do prazo para intentar a ação judicial só ocorre com o reconhecimento do direito do comprador a acionar a garantia pelos defeitos da coisa, algo distinto do reconhecimento da existência desses defeitos; e como se refere explicitamente em *ibidem*, p. 3126, o mero reconhecimento do vício, sem admissão de responsabili-

cio jurídico ainda não tiver sido cumprido(116), caso este em que, de acordo com o art. 287.º, n.º 2, a ação pode ser intentada a todo o tempo. Embora o art. 917.º apenas se refira à ação de anulação, tanto a doutrina(117) como a jurisprudência(118), em obséquio ao princípio da unidade do sistema jurídico e com vista a evitar soluções manifestamente incongruentes, depõem no sentido de que a norma se aplica a toda a ação judicial através da qual o comprador pretenda exercer quaisquer dos remédios predispostos na lei. Salvo uma opinião dissonante de Menezes Cordeiro(119), esta interpretação extensiva é atualmente pacífica, tendo inclusive merecido o beneplácito do Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça n.º 2/97, de 04 de Dezembro

---

dade, não determina nenhum efeito interruptivo sobre o prazo de caducidade. O art. 331.º, n.º 2, não pressupõe que o reconhecimento assuma o mesmo valor do ato que deveria ser praticado em seu lugar, pois essa interpretação restritiva deixaria em muitos casos o comprador sem qualquer égide (em detalhe, cf. Romano Martinez, Pedro, *Cumprimento Defeituoso*, *cit*., pp. 427-429; contra, o Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 08.01.1990, proc. n.º 0004736). No sentido de que o reconhecimento do defeito, com promessas de solucionar o diferendo, constitui um impedimento da caducidade, *vide* o Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 14.07.2008, proc. n.º 0832278, o Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 25.02.1992, proc. n.º 0028831, e o Acórdão do Tribunal da Relação de Évora de 11.05.2017, proc. n.º 1393/08.7TBSTB.E1; para um caso em que o vendedor, após a reclamação de defeitos, declara que as anomalias foram retificadas, veja-se o Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 01.07.2004, proc. n.º 3284/2004-6. O reconhecimento do direito do comprador tem de ter lugar antes de decorrido o prazo de caducidade de seis meses (neste sentido, cf. os Acórdãos do Tribunal da Relação do Porto de 09.04.2002, proc. n.º 0220172, e de 14.06.2004, proc. n.º 0451786, e Romano Martinez, Pedro, *Cumprimento Defeituoso*, *cit*., p. 429). Se for posterior pode-se, quando muito, conceber uma eventual renúncia do vendedor ao direito a arguir a caducidade; assim, falando numa "*rinunzia implicita all decadenza*", Luminoso, Angelo, "Vendita", *cit*., p. 648.

(116) Inclusive por falta de pagamento do preço (Romano Martinez, Pedro, *Cumprimento Defeituoso*, *cit*., p. 416, e o Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 09.02.2009, proc. n.º 0821483).

(117) Calvão da Silva, João, *Compra e Venda de Coisas Defeituosas*, *cit*., pp. 75-76, Romano Martinez, Pedro, *Cumprimento Defeituoso*, *cit*., p. 413, Carneiro da Frada, Manuel A., "Perturbações Típicas do Contrato de Compra e Venda", *cit*., pp. 84-85, Menezes Leitão, Luís, *Direito das Obrigações*, Vol. III, *cit*., p. 129, e Morais Carvalho, Jorge, Anotação ao Art. 916.º, *cit*., p. 1134. Na doutrina italiana, veja-se Luminoso, Angelo, "Vendita", *cit*., p. 649.

(118) *Vide*, entre outros, os Acórdãos do Supremo Tribunal de Justiça de 07.05.2009, proc. n.º 09B0057, e de 13.02.2014, proc. n.º 1115/05.4TCGMR.G1.S1, os Acórdãos do Tribunal da Relação do Porto de 29.10.2001, proc. n.º 0151042, de 10.01.2002, proc. n.º 0131876, de 12.06.2000, proc. n.º 0050593, de 04.04.2000, proc. n.º 0020242, de 08.09.2008, proc. n.º 0853576, de 24.10.2006, proc. n.º 0625109, de 28.06.2011, proc. n.º 821/10.6TBPFR-A.P1, de 23.06.2005, proc. n.º 0532425, de 06.11.2012, proc. n.º 20731/11.5TJPRT.P1, e de 21.01.2003, proc. n.º 0121236, e o Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 20.03.2014, proc. n.º 226/12.4TVLSB.L1-2. Diversamente, porém, os Acórdãos do Tribunal da Relação de Lisboa de 14.01.1992, proc. n.º 0046191, e de 14.06.1994, proc. n.º 0080081.

(119) Entende o Autor que a letra da lei se encontra em conformidade com a vontade do legislador histórico, conforme resulta plasmado no anteprojeto, mais argumentando que "o prazo é demasiado curto para ser objeto de interpretação extensiva e, muito menos, de aplicação analógica" (Menezes Cordeiro, António, *Tratado de Direito Civil*, Vol. XI, *cit*., p. 275).

de 1996, que uniformizou jurisprudência no sentido de que a "acção destinada a exigir a reparação de defeitos de coisa imóvel vendida no regime anterior ao Decreto-lei n.º 267/94, de 25 de Outubro, estava sujeita à caducidade nos termos previstos no art. 917.º do Código Civil".

A caducidade derivada quer da extemporaneidade da denúncia, quer da extemporaneidade da ação destinada à efetivação dos direitos do comprador, não pode ser conhecida oficiosamente pelo Tribunal (art. 303.º *ex vi* art. 333.º, n.º 2)([120]), devendo ser arguida pelo vendedor em sede própria, mormente na contestação.

4. As exceções ao ónus de denúncia

f) O dolo do vendedor

Tendo a denúncia por desígnio permitir ao vendedor o conhecimento da irregularidade, compreende-se que não haja qualquer ónus de denúncia quando o próprio vendedor "houver usado de dolo", ocultando vícios ou faltas de qualidade da coisa entregue (art. 916.º, n.º 1, *in fine*)([121]). O Direito luso está em harmonia com o art. 40.º da Convenção de Viena de 1980, embora aqui não se exija a má-fé ou o *animus decipiendi* do vendedor, bastando que a desconformidade seja imediatamente óbvia para este([122]).

Em tais cenários, o alienante tem conhecimento de que a coisa entregue não corresponde ao objeto contratual, pelo que a denúncia seria uma formalidade inócua e ociosa, não sendo o vendedor "merecedor da advertência de que a coisa não corresponde à esperada e devida"([123]). Entendemos que para operar esta exceção ao ónus de denúncia o conhecimento do vendedor dos defeitos da coisa não precisa de ser contemporâneo da data

---

([120]) Romano Martinez, Pedro, *Cumprimento Defeituoso*, *cit*., p. 417. No mesmo sentido, para o Direito italiano, cf. Cian, Giorgio, e Trabucchi, Alberto, *Commentario Breve al Codice Civile*, *cit*., p. 1495, e Lipari, Marco, Anotação ao Art. 1495.º, *cit*., p. 3109.

([121]) Cf. Bianca, C. Massimo, *La Vendita e La Permuta*, *cit*., p. 1040, ss.

([122]) Janssen, André, "Examination and Notice of Non-Conformity", *cit*., p. 456. No sentido de que o art. 40.º abrange quer a negligência grosseira, quer a deceção fraudulenta, Schlechtriem, Peter e Butler, Petra, *UN Law of International Sales*, *cit*., pp. 128-129.

([123]) Calvão da Silva, João, *Compra e Venda de Coisas Defeituosas*, *cit*., p. 78. Cf., em igual sentido, Morais Carvalho, Jorge, Anotação ao Art. 916.º, *cit*., p. 1132. O comprador não é, no entanto, exonerado do seu ónus de denunciar os defeitos que não tenham sido ocultados, ainda que outros o hajam sido (Bianca, C. Massimo, *La Vendita e La Permuta*, *cit*., p. 1041).

da sua entrega, podendo ser superveniente, bastando ocorrer dentro do prazo para a denúncia(124).

Noutras coordenadas, escreve Bianca que a ocultação do defeito exonera o comprador do ónus de denúncia justamente porque a ocultação de um facto desfavorável importa a sua admissão e, desta forma, ela é uma manifestação inequívoca de reconhecimento do defeito ocultado(125). A omissão de qualquer norma semelhante para a compra e venda mercantil não obvia à aplicação subsidiária do art. 916.º, n.º 1, *in fine*, *ex vi* art. 3.º do Código Comercial, algo que tem vindo a ser admitido pela doutrina(126) e que se impõe dada a igualdade de circunstâncias. Aliás, o próprio segmento do art. 916.º, n.º 1, *in fine*, tem sido descrito como supérfluo, já que mesmo na sua ausência sempre se teria de concluir que o objetivo subjacente à denúncia estaria — evidentemente — já salvaguardado em caso de atuação dolosa do vendedor(127).

Algumas dúvidas se têm gerado quanto à relevância do dolo omissivo, isto é, quando o vendedor não comunica certos defeitos da coisa ao comprador, mantendo-se em silêncio. Depondo na controvérsia, Bianca chama a atenção para não se confundir o conhecimento do defeito com o comportamento através do qual esse conhecimento se manifesta, já que apenas este (e não a "*semplice conoscenza del difetto da parte del venditore*") é idóneo a dispensar o comprador de denunciar os defeitos(128). No mesmo sentido, certa jurisprudência transalpina tem exigido do vendedor uma postura de ativa dissimulação dos defeitos, não sendo bastante o seu simples silêncio quanto à existência dos mesmos(129). Deve-se, no entanto, alertar que laboramos em quadros jurídicos distintos: ao passo que o art. 916.º, n.º 1, *in fine*, limita-se a empregar a fórmula "se este houver usado de dolo", o art. 1495.º do *Codice* reporta-se aos casos em que o alienante haja "*occultato il vizio o la mancanza di qualità*", o que parece inculcar um comportamento ativo do vendedor destinado a dificultar a

---

(124) Diversamente, na venda internacional, entendendo que o momento de referência é o da data da entrega da coisa, Janssen, André, "Examination and Notice of Non-Conformity", *cit*., pp. 456-457; referindo que a posição da maioria dos sistemas legais é do de que o momento da conclusão do contrato é o momento de referência quanto ao conhecimento da desconformidade pelo vendedor, Schwenzer, Ingeborg, *et al.*, *Global Sales and Contract Law*, *cit*., pp. 397-398.

(125) Bianca, C. Massimo, *La Vendita e La Permuta*, *cit*., p. 1040.

(126) Calvão da Silva, João, *Compra e Venda de Coisas Defeituosas*, *cit*., p. 78.

(127) Morais Carvalho, Jorge, Anotação ao Art. 916.º, *cit*., p. 1133.

(128) Bianca, C. Massimo, *La Vendita e La Permuta*, *cit*., p. 1041.

(129) Cian, Giorgio, e Trabucchi, Alberto, *Commentario Breve al Codice Civile*, *cit*., p. 1869. Existe mesmo jurisprudência que distingue entre a ocultação de vícios e a mera má-fé do vendedor (Lipari, Marco, Anotação ao Art. 1495.º, *cit*., pp. 3123-3124).

descoberta do vício(130). Mas já entre nós não se vislumbram razões para nos distanciarmos da definição prevista no art. 253.º, n.º 1(131). Segundo a definição legada pelo legislador, o dolo(132) tanto se pode concretizar numa conduta ativa (emprego de qualquer sugestão ou artifício) como numa omissão, traduzida na dissimulação do erro do declarante(133). Certo que neste último caso a omissão de esclarecimento só constituirá dolo ilícito quando haja um dever de elucidar(134), mas importa não olvidar que, conforme o entendimento mais moderno, a relação pré-contratual cria um espaço de confiança(135) de onde irradiam, sob certos pressupostos(136), deveres de esclarecimento e de informação, algo que é reconhecido pelo ordenamento jurídico (art. 227.º). Tem-se mesmo considerado que o art. 40.º da Convenção de Viena de 1980 impõe sobre o vendedor um "*duty of disclosure*" que espelha exigências do princípio da boa-fé(137). Afigura-se-nos assim que também a omissão propositada de esclarecimentos atinentes ao estado da coisa entregue, com vista a tergiversar o comprador, dispensa este do ónus de denunciar os defeitos existentes.

---

(130) Assim mesmo admite Bianca, C. Massimo, *La Vendita e La Permuta*, *cit*., p. 1040, quando refere que "[*il*] *difetto è occultato quando sia stato oggetto di interventi volti comunque a renderne più difficile la scoperta*".

(131) De anotar que o Supremo Tribunal Federal Alemão tem, para efeitos do § 377, n.º 5, do Código Comercial Alemão, norma paralela ao art. 916.º, n.º 1, *in fine*, equiparado à ocultação de defeitos quer a simulação dolosa de qualidades, quer o silêncio doloso quanto à existência de um vício (Schmidt, Karsten, *Derecho Comercial*, *cit*., p. 853).

(132) Questão diversa, e que não pode aqui ser analisada em detalhe, prende-se com a atualidade do designado *dolus bonus*, especialmente em face de uma crescente tutela do contraente na fase preambular do contrato. Para uma discussão, veja-se Hörster, Heinrich Ewald, "Dolo Lícito e (Ir)responsabilidade Social", *cit*., pp. 315-336.

(133) Mota Pinto, Carlos Alberto, *Teoria Geral do Direito Civil*, *cit*., pp. 521-523, e Carvalho Fernandes, Luís, *Teoria Geral do Direito Civil*, Vol. II, *cit*., p. 223.

(134) Mota Pinto, Carlos Alberto, *Teoria Geral do Direito Civil*, *cit*., p. 523.

(135) Cf., a este respeito, Perestrelo de Oliveira, Madalena, «Algumas Notas em Torno da "*Relação Especial*" e o Reposicionamento das Fronteiras da Responsabilidade Civil Obrigacional», *cit*., p. 329, ss., e Sousa Ribeiro, Joaquim de, "Responsabilidade Pré-Contratual. Breves Anotações Sobre a Natureza e o Regime", *cit*., p. 748, ss.

(136) Não podemos naturalmente aflorar estes pressupostos, os quais aliás já foram estudados no nosso "Das Cláusulas Confirmatórias nos Contratos de Adesão. Perspetivas Acerca da Autorresponsabilidade do Aderente no Confronto dos Deveres de Informação do Predisponente", *cit*., p. 20, ss., podendo-se consultar a bibliografia aí referenciada. Com relevo para o assunto *sub judice*, importa alertar que o Supremo Tribunal Federal Alemão tem considerado que o vendedor detentor de conhecimentos especiais está obrigado a advertir o comprador acerca da falta de aptidão do objeto da compra para a sua normal finalidade (Larenz, Karl, *Derecho Civil. Parte General*, *cit*., p. 545, nota 186). Sobre as condições de surgimento de um dever de esclarecimento pode-se ainda consultar Moreira da Silva, Eva, *Da Responsabilidade Pré-Contratual por Violação dos Deveres de Informação*, *cit*., p. 105, ss.

(137) Janssen, André, "Examination and Notice of Non-Conformity", *cit*., p. 456.

Não sendo exigível a formulação de qualquer denúncia, o comprador pode intentar a respetiva ação judicial — inclusive a destinada à redução do preço, à reparação ou substituição da coisa — no prazo de um ano a contar da data em que teve conhecimento do vício ou da falta de qualidade (art. 287.º, n.º 1)(138), o que despoleta a cessação do vício da vontade. No que respeita à indemnização devida em caso de dolo do vendedor, Menezes Leitão defende aplicar-se o prazo geral de prescrição da responsabilidade *in contrahendo* (arts. 227.º e 498.º, n.º 2)(139).

g) O reconhecimento do defeito pelo vendedor

O reconhecimento da existência do vício ou da falta de qualidade pelo vendedor, seja ele expresso ou tácito, torna igualmente desnecessário qualquer denúncia(140). Seria pleonástico, atendendo à *ratio* da denúncia, ser o comprador constrangido a comunicar ao vendedor defeitos que este já reconheceu(141). Certo setor da doutrina entende que a hipótese se subsume o art. 331.º, n.º 2(142), mas esta recondução não se revela adequada por motivos já aflorados. Na verdade, esta exceção ao ónus de denunciar não se encontra legalmente prevista para a compra e venda, mas deve-se encontrar abrangida por uma interpretação analógica do art. 1220.º, n.º 2(143).

---

(138) Santos Justo, António, *Manual de Contratos Civis*, *cit*., p. 76, e Menezes Leitão, Luís, *Direito das Obrigações*, Vol. III, *cit*., p. 129. Posição diversa têm Pires de Lima, Fernando, e Antunes Varela, João de Matos, *Código Civil Anotado*, Vol. II, *cit*., p. 191, para quem a ação de anulação deve ser intentada no prazo de um ano a contar do momento em que teve conhecimento do vício ou da falta de qualidade (art. 287.º, n.º 1), ao passo que o exercício dos direitos de reparação ou substituição da coisa encontram-se sujeitos às regras gerais da prescrição (art. 298.º, n.º 1).

(139) Menezes Leitão, Luís, *Direito das Obrigações*, Vol. III, *cit*., p. 129.

(140) No Direito italiano, *vide* Galgano, Francesco, *Trattato di Diritto Civile*, Vol. II, *cit*., p. 596, nota 22. O reconhecimento será tácito se for veiculado por comportamentos incompatíveis com a intenção de contestar a pretensão do comprador. Exemplo de um reconhecimento tácito de um defeito pode deduzir-se a partir da iniciativa do vendedor em reparar a coisa (Bianca, C. Massimo, *La Vendita e La Permuta*, *cit*., p. 1036, e Schlesinger, Piero, e Torrente, Andrea, *Manuale di Diritto Privato*, *cit*., p. 723) ou em substituí-la (Cian, Giorgio, e Trabucchi, Alberto, *Commentario Breve al Codice Civile*, *cit*., p. 1868); cf., ainda a este respeito, Lipari, Marco, Anotação ao Art. 1495.º, *cit*., p. 3112.

(141) Veja-se, a este respeito, o Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 28.04.1994, proc. n.º 9321142, onde se referiu "[a] denúncia do defeito pelo comprador deve ser feita no prazo referido no art. 916.º do Código Civil, salvo se o vendedor reconhece espontaneamente o defeito, uma vez que o reconhecimento torna certa a situação, tornando desnecessária a denúncia".

(142) Morais Carvalho, Jorge, Anotação ao Art. 916.º, *cit*., p. 1132.

(143) Romano Martinez, Pedro, *Cumprimento Defeituoso*, *cit*., p. 374.

Trata-se da materialização de um princípio que se encontra positivado no art. 1495.º do *Codice*(144). O reconhecimento, que não precisa de comportar a indicação da causa do defeito(145) nem se encontra sujeito a qualquer requisito de forma(146), tanto pode ter um conteúdo genérico como respeitar a um defeito específico, sendo que, neste último caso, o comprador não é exonerado do ónus de denunciar os demais defeitos(147). O reconhecimento deve ter lugar antes de corrido o prazo de trinta dias para o exercício da denúncia, já que aquele apenas tem por efeito extinguir o ónus de denúncia e não galvanizar direitos já caducados(148). Sendo o reconhecimento uma mera declaração de ciência referente a um facto desfavorável ao declarante, não é preciso que tal reconhecimento seja acompanhado da assunção de qualquer responsabilidade(149), o que já corresponderia a uma declaração de vontade. Caso, no entanto, houver uma verdadeira assunção de responsabilidade, nomeadamente comprometendo-se o vendedor a eliminar os defeitos, gera-se uma obrigação nova e autónoma para a qual vinga o prazo ordinário de prescrição(150).

---

(144) Bianca, C. Massimo, *La Vendita e La Permuta*, *cit*., p. 1034, ss. No sentido de que estamos perante uma aplicação do princípio geral previsto no art. 2966.º do *Codice*, cf. Lipari, Marco, Anotação ao Art. 1495.º, *cit*., p. 3111.

(145) Mas se o vendedor indicar como causa do defeito um comportamento imputável ao próprio adquirente ou a um terceiro que haja, após a entrega da coisa, provocado o defeito, já não se verifica qualquer reconhecimento (Cian, Giorgio, e Trabucchi, Alberto, *Commentario Breve al Codice Civile*, *cit*., p. 1868, e Lipari, Marco, Anotação ao Art. 1495.º, *cit*., pp. 3118-3119).

(146) *Ibidem*, p. 3111.

(147) Bianca, C. Massimo, *La Vendita e La Permuta*, *cit*., p. 1037.

(148) *Ibidem*, p. 1037. Em sentido diverso, citando jurisprudência de acordo com a qual logrando-se provar o reconhecimento dos vícios por parte do vendedor dispensa-se qualquer verificação da tempestividade ou não da denúncia, Cian, Giorgio, e Trabucchi, Alberto, *Commentario Breve al Codice Civile*, *cit*., p. 1868, e Lipari, Marco, Anotação ao Art. 1495.º, *cit*., pp. 3111-3112. Considerando que o reconhecimento do defeito após o prazo de caducidade tem por significado a renúncia à invocação dessa exceção, Delogu, Lucia, "La Vendita", *cit*., p. 182. Diversamente, Bianca, C. Massimo, *La Vendita e La Permuta*, *cit*., pp. 1037-1038, entende que para que o adquirente recupere a sua garantia é preciso que ocorra uma renúncia à caducidade, a qual embora possa ser feita tacitamente (promessa de reparação ou substituição, restituição do preço, etc.) não se satisfaz com o mero reconhecimento do defeito.

(149) Lipari, Marco, Anotação ao Art. 1495.º, *cit*., pp. 3114 e 3118, e Cian, Giorgio, e Trabucchi, Alberto, *Commentario Breve al Codice Civile*, *cit*., p. 1868.

(150) *Ibidem*, pp. 1868-1869, embora haja jurisprudência em sentido contrário, e Lipari, Marco, Anotação ao Art. 1495.º, *cit*., p. 3114. No sentido do surgimento de uma nova obrigação submetida ao prazo prescricional geral se coloca também Luminoso, Angelo, "Vendita", *cit*., pp. 648-649, e Bianca, C. Massimo, *La Vendita e La Permuta*, *cit*., p. 1039. Uma pronúncia das *Sezioni Unite* determinou que a assunção de responsabilidade não faz surgir *per si* uma nova obrigação substitutiva da obrigação de garantia originária, exigindo-se um acordo expresso entre as partes com vista a tal objetivo (Delogu, Lucia, "La Vendita", *cit*., p. 183).

Como última nota, incumbe alertar que o ónus de denúncia é próprio do regime da venda de coisa defeituosa. Por isso, ele não tem lugar nas hipóteses ditas de diversidade radical da prestação (*aliud pro alio*)([151]), que reentram antes no esquema do incumprimento *tout court* e prescindem de tal formalidade.

Bibliografia utilizada

Almeida Costa, Mário Júlio, *Direito das Obrigações*, 12.ª ed., Coimbra: Almedina, 2009.

Antunes Varela, João de Matos, *Das Obrigações em Geral*, Vol. II, 7.ª ed., Coimbra: Almedina, 1997.

Baptista Machado, João, "Pressupostos da Resolução por Incumprimento", *in* Obra Dispersa, Vol. I, Braga: Scientia Iuridica, 1991.

Bessa de Melo, Daniel, "Das Cláusulas Confirmatórias nos Contratos de Adesão. Perspetivas Acerca da Autorresponsabilidade do Aderente no Confronto dos Deveres de Informação do Predisponente", *in Revista Julgar Online* (2021).

Bianca, C. Massimo, *La Vendita e La Permuta*, 2.ª ed., Torino: UTET, 1993.

Calvão da Silva, João, *Compra e Venda de Coisas Defeituosas*, 3.ª ed., Coimbra: Almedina, 2004.

Carneiro da Frada, Manuel A., "Perturbações Típicas do Contrato de Compra e Venda", *in* Menezes Cordeiro, António, *Direito das Obrigações*, Vol. III, 2.ª ed., Lisboa: AAFDL, 1991.

Carvalho Fernandes, Luís, *Teoria Geral do Direito Civil*, Vol. II, 5.ª ed., Lisboa: Universidade Católica Editora, 2017.

Cassiano dos Santos, Filipe, *Direito Comercial Português*, Vol. I, Coimbra: Coimbra Editora, 2007.

Cian, Giorgio, e Trabucchi, Alberto, *Commentario Breve al Codice Civile*, 7.ª ed., Padova: CEDAM, 2005.

Dannemann, Gerhard, e Schulze, Reiner, German Civil Code. Article-by-Article Commentary, Vol. I, München: C. H. Beck, 2020.

De Luca, Villy, "The Conformity of the Goods to the Contract in International Sales", *in Pace International Law Review*, Vol. XXVII (2015).

Delogu, Lucia, "La Vendita", *in* Visintini, Giovanna, *Trattato della Responsabilità Contrattuale*, Vol. II, Padova: CEDAM, 2009.

([151]) Assim, explicitamente, Bianca, C. Massimo, *La Vendita e La Permuta*, *cit*., p. 1020, Schlesinger, Piero, e Torrente, Andrea, *Manuale di Diritto Privato*, *cit*., p. 726, Luminoso, Angelo, "Vendita", *cit*., p. 648, e Lipari, Marco, Anotação ao Art. 1495.º, *cit*., pp. 3132-3133.

Dimatteo, Larry A., "The Interpretive Turn in International Sales Law: An Analysis of Fifteen Years of CISG Jurisprudence", *in Northwestern Journal of International Law & Business*, Vol. XXIV, n.º 2 (2004).

Engrácia Antunes, José A., *Direito dos Contratos Comerciais*, Coimbra: Almedina, 2009.

Ferreira Pinto, Fernando A., Anotação ao Art. 224.º, *in* Brandão Proença, José Carlos, *Comentário ao Código Civil. Parte Geral*, Lisboa: Universidade Católica Editora, 2014.

Ferrer Correia, A., *Lições de Direito Comercial*, reimp., Lisboa: Lex, 1994.

Galgano, Francesco, *Trattato di Diritto Civile*, Vol. II, 2.ª ed., Padova: CEDAM, 2010.

Hörster, Heinrich Ewald, "Dolo Lícito e (Ir)responsabilidade Social", *in* AA.VV., *Estudos em Comemoração dos 20 Anos da Escola de Direito da Universidade do Minho*, Coimbra: Coimbra Editora, 2014.

Janssen, André, "Examination and Notice of Non-Conformity", *in* Dimatteo, Larry A., *et al.*, *International Sales Law. Contract, Principles & Practice*, Baden: Nomos, 2016.

Larenz, Karl, *Derecho Civil. Parte General*, trad. castelhana por Miguel Maciás-Picavea, Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1978.

____, *Derecho de Obligaciones*, Tomo I, trad. castelhana por Jaime Briz, Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1958.

Lipari, Marco, Anotação ao Art. 1495.º, *in* Ruperto, Cesare, *La Giurisprudenza sul Codice Civile Coordinata con la Dottrina*, *Libro IV*, Tomo V, Milano: Giuffrè Editore, 2005.

Luminoso, Angelo, "Vendita", *in* AA.VV., *Digesto delle Discipline Privatistiche. Sezione Civile*, Vol. XIX, 4.ª ed., Torino: UTET, 1998.

Markesinis, Basil, *The German Law of Contract. A Comparative Treatise*, Oxford/Portland/Oregon: Hart Publishing, 2006.

Menezes Cordeiro, António, *Direito Comercial*, 4.ª ed., Coimbra: Almedina, 2016.

____, *Tratado de Direito Civil*, Vol. XI, Coimbra: Almedina, 2018.

Menezes Leitão, Luís, *Direito das Obrigações*, Vol. III, 14.ª ed., Coimbra: Almedina, 2022.

Monteiro Pires, Catarina, *Contratos*, Vol. I, reimp., Coimbra: Almedina, 2020.

Morais Antunes, Ana Filipa, *Prescrição e Caducidade*, Coimbra: Coimbra Editora, 2008.

Morais Carvalho, Jorge, Anotação ao Art. 916.º, *in* Prata, Ana, *Código Civil Anotado*, Vol. I, Coimbra: Almedina, 2017.

Moreira da Silva, Eva, *Da Responsabilidade Pré-Contratual por Violação dos Deveres de Informação*, Coimbra: Almedina, 2003.

Mota Pinto, Carlos Alberto, *Teoria Geral do Direito Civil*, 4.ª ed., Coimbra: Coimbra Editora, 2005.

Murray, Carole, *et al.*, *Schmitthoff on the Law and Practice of International Trade*, 12.ª ed., London: Sweet & Maxwell, 2012.

Perestrelo de Oliveira, Madalena, «Algumas Notas em Torno da "Relação Especial" e o Reposicionamento das Fronteiras da Responsabilidade Civil Obrigacional», *in* Menezes Cordeiro, António, *Código Civil. Livro do Cinquentenário*, Vol. II, Coimbra: Almedina, 2019.

Pinto Oliveira, Nuno Manuel, *Contrato de Compra e Venda*, Vol. I, Coimbra: Gestlegal, 2021.

Pires de Lima, Fernando, e Antunes Varela, João de Matos, *Código Civil Anotado*, Vol. II, 3.ª ed., Coimbra: Coimbra Editora, 1982.

Romano Martinez, Pedro, *Contrato de Empreitada*, Coimbra: Almedina, 1994.

____, *Cumprimento Defeituoso. Em Especial, na Compra e Venda e na Empreitada*, Coimbra: Almedina, 1994.

____, *Direito das Obrigações. Parte Especial*, 2.ª ed., 5.ª reimp., Coimbra: Almedina, 2000.

Roppo, Vincenzo, *Diritto Privato*, 5.ª ed., Torino: G. Giappichelli Editore, 2016.

Sá Gomes, Rui, "Breves Notas sobre o Cumprimento Defeituoso no Contrato de Empreitada", *in* AA.VV., *Ad Vno ad Omnes. 75 Anos da Coimbra Editora*, Coimbra: Coimbra Editora, 1998.

Santos Justo, António, *Manual de Contratos Civis*, Lisboa: Petrony, 2017.

Schlechtriem, Peter, e Butler, Petra, *UN Law on International Sales*, Berlin/Heidelberg: Springer, 2009.

Schlesinger, Piero, e Torrente, Andrea, *Manuale di Diritto Privato*, 24.ª ed., Milano: Giuffrè Editore, 2019.

Schmidt, Karsten, *Derecho Comercial*, trad. castelhana por Federico Werner, Buenos Aires: Editorial Astrea, 1997.

Schwenzer, Ingeborg, *et al.*, *Global Sales and Contract Law*, Oxford: Oxford University Press, 2012.

Sousa Ribeiro, Joaquim de, "Responsabilidade Pré-Contratual. Breves Anotações Sobre a Natureza e o Regime", *in* Leite de Campos, Diogo, *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Manuel Henrique Mesquita*, Vol. II, Coimbra: Coimbra Editora, 2009.

A RESPONSABILIDADE POR DÍVIDAS NA CISÃO

Pelo Dr. Domingos Freire de Andrade(*)

Sumário:

1. Introdução. **2.** A Cisão de Sociedades Comerciais. **2.1.** A cisão enquanto forma de reestruturação. **2.2.** O enquadramento da cisão no direito societário português. *2.2.1.* As modalidades de cisão. *2.2.2.* O procedimento de cisão. **3. Ativo e passivo destacáveis numa operação de cisão. 3.1.** Ativos destacáveis numa operação de cisão parcial. **3.2.** Passivos destacáveis numa operação de cisão parcial. **3.3.** Alocação superveniente de ativo e passivo não alocado no projeto de cisão. **4. A responsabilidade por dívidas na cisão. 4.1.** Responsabilidade da sociedade cindida por dívidas na cisão. *4.1.1.* Limites à responsabilidade solidária da sociedade cindida. *4.1.2.* Responsabilidade conjunta da sociedade cindida. **4.2.** Responsabilidade das sociedades beneficiárias por dívidas na cisão. *4.2.1.* Limites à responsabilidade das sociedades beneficiárias por dívidas da sociedade cindida. *4.2.2.* Responsabilidade solidária das sociedades beneficiárias nos casos de cisão simples. *4.2.3.* Responsabilidade conjunta das sociedades beneficiárias. **4.3.** Responsabilidade dos membros do órgão de administração e do órgão de fiscalização na cisão. **5. Conclusão. Bibliografia.**

1. Introdução

A cisão é uma operação recorrentemente utilizada no contexto de reestruturações societárias como uma forma de libertação de valor para os sócios da sociedade cindida, quer seja pelos ganhos de eficiência operacio-

---

(*) Advogado, LL.M. em Corporate and Securities Law na London School of Economics and Political Science.

nal, financeira, de gestão e governo da unidade de negócio ou por o destaque desta permitir a sua venda autonomamente do restante conglomerado do património da sociedade cindida.

A questão que nos propomos analisar é a responsabilidade por dívidas no âmbito de uma operação de cisão de sociedades comerciais. A diversidade de modalidades de cisão existentes e as diferenças que lhes são inerentes fazem com que o legislador nem sempre seja tão claro quanto desejável na forma como regula a responsabilidade de cada sociedade interveniente na operação de cisão. Adicionalmente, a importância da questão sob análise é acrescida por o regime da responsabilidade por dívidas na cisão ser uma questão fundamental deste instituto jurídico e por se tratar de um elemento determinante para que os potenciais intervenientes na operação de cisão possam ajuizar os benefícios e riscos da operação visada.

Desta forma, iremos demonstrar que o regime da responsabilidade por dívidas na cisão é construído com vista à proteção dos sócios e credores sociais das sociedades intervenientes na operação de cisão, tendo o legislador procurado impedir um uso pernicioso da cisão e garantir a proteção dos credores sociais através de um mecanismo de proteção *a priori* — o direito de deduzir oposição judicial à cisão com fundamento no prejuízo que a cisão possa causar ao pagamento dos seus créditos — e um mecanismo de proteção *a posteriori* — a reconstituição da unidade do património cindido (que responderia pela satisfação das dívidas caso não existisse cisão), prevendo como regime regra, sob determinadas circunstâncias, a responsabilidade solidária da sociedade cindida, das sociedades beneficiárias e até dos membros dos órgãos de administração e fiscalização.

Em primeiro lugar, iremos analisar o interesse da cisão enquanto forma de reestruturação, o procedimento de cisão e a importância de elementos do projeto de cisão, como o balanço e as relações de troca das participações sociais, bem como as suas bases.

Em segundo lugar, iremos tratar os ativos e passivos destacáveis numa operação de cisão, notando o contraste entre o princípio da livre determinação de ativos e passivos a transmitir, nos casos de cisão total, e as restrições aplicáveis nos casos de cisão parcial. No que respeita ao destaque de ativos na cisão parcial, iremos defender a utilização de um conceito mais lato de unidade económica. Questionaremos ainda o racional e efeitos de algumas dessas restrições à transmissão de ativos e passivos na cisão parcial.

Em terceiro lugar, analisaremos o regime da responsabilidade por dívidas na cisão, sendo defendido, relativamente à sociedade cindida, que a inexistência de qualquer limite à sua responsabilidade poderá ir além do

exigido pela reconstituição da unidade do património cindido. Defenderemos também que a responsabilidade da sociedade cindida, à semelhança do que acontece com as sociedades beneficiárias, pode ser convencionada como sendo uma responsabilidade conjunta.

No que às sociedades beneficiárias diz respeito, notamos que o limite à responsabilidade por dívidas da sociedade cindida deve considerar-se como sendo o valor dos bens que lhe foram atribuídos pela sociedade cindida, líquidos das dívidas que convencionalmente os acompanhem.

Iremos analisar o âmbito aplicativo do n.º 2 do art. 122.º do CSC, relativo à responsabilidade solidária das sociedades beneficiárias por dívidas das sociedades cindidas, sendo controvertido na doutrina e jurisprudência se este preceito será de aplicar somente aos casos de cisão total ou também aos casos de cisão parcial.

Serão ainda apresentados os diferentes entendimentos sobre o significado da responsabilidade conjunta na cisão — em particular, sobre se as devedoras são responsáveis por cada uma das dívidas da sociedade cindida, na parte que resultar da convenção ou na proporção do ativo líquido recebido ou se a responsabilidade das devedoras é conjunta quanto à totalidade das dívidas da sociedade cindida e não quanto a cada uma das dívidas individualmente considerada.

Por fim, a respeito da responsabilidade dos membros do órgão de administração e do órgão de fiscalização, iremos sustentar que existe responsabilidade solidária entre membros do mesmo órgão social da sociedade pela qual foram mandatados.

2. A Cisão de Sociedades Comerciais

2.1. A cisão enquanto forma de reestruturação

A gestão de dois negócios distintos pela mesma empresa pode, eventualmente, conduzir a situações de gestão ineficiente desses negócios, originando perda de sinergias ou causando mesmo sinergias negativas, caso em que estaríamos em posição de dizer que um mais um é inferior a dois ($1 + 1 \leq 2$)([1]). Sempre que essa situação se verifique, a equipa de gestão da

([1]) Deloitte Development LLC, 'Spin Cycle: The Rise of Technology Sector "de-Mergers"' 10 <https://www2.deloitte.com/content/dam/Deloitte/us/Documents/mergers-acqisitions/us-ma-tech-spinoff.pdf> acedido em 16 de agosto de 2021.

empresa em causa deve considerar uma reestruturação da empresa e dos seus negócios, eventualmente por meio de uma cisão.

A cisão é uma operação recorrentemente utilizada no contexto de reestruturações societárias, que se podem fundar em motivos operacionais, financeiros, de governo e até mesmo num potencial impacto fiscal positivo, ainda que a operação tenha sempre de ser motivada por razões economicamente válidas(2). Ora, de entre estas, podemos destacar o acréscimo de flexibilidade estratégica, operacional ou financeira das entidades envolvidas, possibilitar uma maior concentração das equipas de gestão em novas oportunidades de negócio, permitir uma mais eficiente alocação de capital no desenvolvimento de novos produtos ou prospeção de novos mercados, permitir à empresa cindida continuar a operar de acordo com o seu modelo de negócio e desenvolver novos modelos de negócio através de outras entidades, oferecer aos seus acionistas e potenciais investidores um perfil de investimento mais claro através de entidades diferentes a operar em mercados potencialmente distintos, facilitar o cumprimento de obrigações regulatórias que possam ser aplicáveis a somente uma parte do negócio da sociedade ou até mesmo, dentro do legalmente admissível, utilizar um regime fiscal mais eficiente, nomeadamente em comparação com uma venda de ativos (*asset deal*)(3).

Adicionalmente, em geral, as cisões representam menos riscos do que as aquisições ou fusões e entregam mais valor aos acionistas(4). Para além da melhoria de eficiências referida em cima, as cisões não raras vezes funcionam também como um "isco" para potenciais investidores, uma vez que depois de cindida, uma unidade de negócio pode ter mais visibilidade, quando antes estava ofuscada pelo conglomerado do património da sociedade cindida. Esta é uma estratégia que permite aos acionistas receber liquidez através da venda das participações sociais que passam a deter na sociedade beneficiária como resultado da cisão, sendo essa venda em diversas ocasiões feita com um prémio (*premium*) maior, comparativamente com a mesma unidade económica ser vendida conjuntamente com o restante património da sociedade cindida(5/6).

---

(2) Ana Perestrelo de Oliveira, *Manual de Corporate Finance* (2.ª ed., Almedina, 2017) 300.

(3) Deloitte Development LLC (n 1) 8.

(4) Andrew Hill, 'Demergers Risk Less and Add More than Most Mergers' *Financial Times* (9 March 2010) <https://www.ft.com/content/7402ab00-2bb8-11df-a5c7-00144feabdc0> acedido em 16 de agosto de 2021.

(5) Sobre o pagamento de pémio na transmissão de participações sociais *vide* John C Coffee, 'Regulating the Market for Corporate Control: A Critical Assessment of the Tender Offer's Role in Corporate Governance' (1984) 84 Columbia Law Review 1145, 1183; Frank H Easterbrook and Daniel R Fischel, *The Economic Structure of Corporate Law* (1. Harvard Univ. Press paperback ed. 1996, digitally repr, Harvard Univ Press 1996) 194.

(6) Rachel Sanderson and Andrew Parker, 'Spin-Offs Show Demergers Are Staging Come-

Pelo exposto, as operações de cisão assumem um papel de destaque nas operações de reestruturação de sociedades.

Os objetivos de uma cisão, acima descritos, são identificáveis, por exemplo, na área das telecomunicações, em que as empresas sentem a necessidade de se reestruturarem de forma a acompanharem, de forma ágil e eficiente, o aparecimento e desenvolvimento de novas tecnologias(7). Por outro lado, as cisões na área dos seguros revelam uma necessidade de adaptação das empresas para assegurarem o cumprimento de obrigações regulatórias e uma mais eficiente alocação do capital de cada empresa(8).

2.2. O enquadramento da cisão no direito societário português

Sem prejuízo de a cisão ser referida em outros diplomas legais anteriores(9), o instituto da cisão, de forma autónoma e no seu todo, é regulado originariamente no ordenamento jurídico nacional através do Decreto-Lei n.º 598/73, de 8 de novembro ("**DL n.º 598/73**"). Com a entrada de Portugal na Comunidade Económica Europeia, a cisão passou a ser regulada no

---

back' *Financial Times* (29 March 2010) <https://www.ft.com/content/1c79c072-3b6b-11df-b622-00144feabdc0> acedido em 16 de agosto de 2021.

(7) Flávio Nunes and Marta Santos Silva, 'Altice Vende Torres Da Meo a Pires de Lima, Sérgio Monteiro e Morgan Stanley' *Eco* (20 June 2018) <https://eco.sapo.pt/2018/06/20/bloomberg-altice-vai-vender-torres-da-meo-ao-morgan-stanley/> acedido em 21 de agosto de 2021; Nuno Carregueiro and Rita Atalaia, 'Meo Vende 49,99% Na Rede de Fibra à Morgan Stanley' *Jornal de Negócios* (13 December 2019) <https://www.jornaldenegocios.pt/empresas/telecomunicacoes/detalhe/meo-vende-4999-na-rede-de-fibra-a-morgan-stanley> acedido em 21 de agosto de 2021; Rafaela Burd Relvas and Nuno Carregueiro, 'NOS Vende Torres à Espanhola Cellnex Por 550 Milhões' *Jornal de Negócios* (14 April 2020) <https://www.jornaldenegocios.pt/empresas/telecomunicacoes/detalhe/nos-vende-torres-a-espanhola-cellnex-por-550-milhoes> acedido em 21 de agosto de 2021; 'Altice Ganha 25 Milhões Com Venda de 700 Antenas à Cellnex' *Jornal de Negócios* (20 August 2021) <https://www.jornaldenegocios.pt/empresas/detalhe/altice-ganha-25-milhoes-com-venda-de-700-antenas-a-cellnext> acedido em 21 de agosto de 2021.

(8) Sobre cisões no mercado dos seguros é ilustrativa a estratégia da Prudential Plc, empresa de seguros que em 2019 fez a cisão do grupo M&G com vista a adequar melhor a alocação de capital e recursos cf. Thomson Reuters Practical Law, 'Prudential Plc: Demerger of M&G Plc' <Prudential plc: demerger of M&G plc | Practical Law (thomsonreuters.com)> acedido em 16 de agosto de 2021; Thomson Reuters Practical Law, 'Prudential Plc: Demerger of Jackson Financial Inc.' <Prudential plc: demerger of Jackson Financial Inc. | Practical Law (thomsonreuters.com)> acedido em 16 de agosto de 2021.

(9) A este respeito *vide* Raúl Ventura, 'Adaptação Do Direito Português à Sexta Directiva Do Conselho Da Comunidade Económica Europeia Relativa Às Cisões Das Sociedades Por Acções' (1982) n.º 10 Documentos de Direito Comparado, Lisboa, esclarecendo que a cisão é em primeiro lugar referida pelo Decreto-Lei n.º 1/72, de 3 de janeiro, que regulou os revisores oficiais de contas.

Código das Sociedades Comerciais ("**CSC**")([10]), que transpôs a Sexta Diretiva([11]), relativa a cisão de sociedades comerciais([12]). Assim, a cisão é atualmente regulada no direito societário português, de forma direta, nos arts. 118.º a 129.º do CSC, bem como, com as necessárias adaptações, nos arts. 97.º a 117.º-L do mesmo diploma, por via de remissão legal para o regime da fusão e fusão transfronteiriça. A aplicação por analogia do regime da fusão à cisão deve-se ao facto de a cisão se tratar de uma operação de sinal contrário ao da fusão ou da sua contra face, enquanto uma concentra a outra desconcentra([13]).

À semelhança do que acontece com a Sexta Diretiva, o CSC não define o conceito de cisão, cingindo-se a descrever e regular as diferentes modalidades de cisão. No entanto, da densificação legal do instituto da cisão é possível extrair uma definição, nas palavras de Manuela Duro Teixeira: "[a] divisão e transmissão de parte ou da totalidade do património de uma sociedade a uma ou várias sociedades, preexistentes ou constituídas em resultado da própria operação, e integração dos sócios da sociedade que se cinde nas sociedades beneficiárias, mediante a atribuição a estes das participações correspondentes à transmissão efectuada"([14]).

Ora, esta é uma definição de cisão com a qual tendemos a concordar, com a ressalva de que não inclui um elemento fundamental do instituto da cisão, o elemento sobre o qual o presente estudo versa — o passivo que poderá ser transmitido em conjunto com o património ou, apesar de não ter sido transmitido para uma determinada entidade ou pessoa, estas possam ser responsáveis pelo mesmo. No nosso entendimento, à definição acima apresentada, quando é referida a divisão e transmissão do património de uma sociedade em resultado de uma operação de cisão, consideramos que

---

([10]) Aprovado pelo Decreto-Lei n.º 262/86, de 2 de setembro, conforme subsequentemente alterado, com a redação que lhe é atualmente conferida pela Lei n.º 9/2022, de 11 de janeiro.

([11]) Diretiva 82/891/CE do Conselho, de 17 de dezembro de 1982, conforme subsequentemente alterada.

([12]) Para uma análise mais aprofundada da origem legislativa da cisão no ordenamento jurídico português e a sua evolução *vide* Ventura (n 9); Raúl Ventura, *Fusão, Cisão, Transformação de Sociedades, Comentário Ao Código Das Sociedades Comerciais* (1.ª ed., Almedina, 1990); Joana Vasconcelos, *A cisão de sociedades* (Universidade Católica Editora 2001); Diogo Costa Gonçalves (ed.), *Código das sociedades comerciais anotado: e regime jurídico dos procedimentos administrativos de dissoluçao e de liquidaçao de entidades comerciais (DLA)* [2.ª ed. (rev. e act.), 2. reimpr., Almedina, 2014]; Manuela Duro Teixeira, 'A Cisão No Direito Português' Ano 138.º, O Direito.

([13]) Paulo Olavo Cunha, *Direito das Sociedades Comerciais* (7.ª ed., reimpressão, Almedina, 2021) 1077; António Menezes Cordeiro, *Manual de Direito das Sociedades.* Vol. 1, (Almedina, 2011) 1136; Manuel Nogueira Serens, 'A Translação de Empresas Nos Negócios de Fusão e Cisão' (2016) IV Congresso Direito das Sociedades em Revista, 382, 382.

([14]) Teixeira (n 12) 594.

se deve ler não só património, mas também dívidas. Isto porque, como teremos oportunidade de tratar adiante em maior profundidade, a transmissão de passivo no âmbito de uma cisão é um tema da maior relevância e aplicabilidade prática.

2.2.1. As modalidades de cisão

Conforme referido anteriormente, apesar de o CSC não oferecer uma definição de cisão e de tão pouco identificar de forma expressa quais as modalidades de cisão existentes, no art. 118.º, n.º 1 do CSC podemos encontrar uma descrição das diferentes formas de operar uma cisão, bem como os seus efeitos.

A cisão simples, nos termos da alínea *a*) do n.º 1 do art. 118.º do CSC, consiste no destaque de parte do património (e dívidas) da sociedade cindida para com este constituir uma nova sociedade. Acontece que, esta descrição legal da modalidade de cisão simples, apesar de também ela bastante simples, deu origem a um vasto conjunto de jurisprudência e uma ampla divergência doutrinária sobre se, por meio de uma cisão simples, seria possível fazer diversos destaques de património (e dívidas) da sociedade cindida, para com estes constituir não só uma nova sociedade, mas várias sociedades ou se, pelo contrário, a cada cisão simples só pode corresponder um destaque de património (e dívidas). Ora, esta trata-se de uma questão interpretativa da maior relevância uma vez que as duas referidas interpretações conduzem a efeitos práticos muitíssimo distintos, não só ao nível procedimental da implementação da operação de cisão, mas acima de tudo, na determinação da responsabilidade por dívidas no âmbito de uma operação de cisão, como poderemos explanar *infra* em maior detalhe([15]).

Na cisão-dissolução, descrita na alínea *b*) do n.º 1 do art. 118.º do CSC, a sociedade cindida destaca a totalidade do seu património (e dívidas) em benefício de duas ou mais sociedades, deixando de operar a sua atividade económica, dissolvendo-se como resultado da operação de cisão.

A cisão-fusão, regulada na alínea *c*) do n.º 1 do art. 118.º do CSC, prevê diferentes formas de operar um cisão-fusão, uma vez que a sociedade pode destacar a totalidade ou apenas parte do seu património (e dívidas) em duas ou mais partes, para o fundir com sociedades já existentes —

([15]) *Ibid* 623.

cisão-fusão por incorporação — ou com partes do património (e dívidas) de outras sociedades também em processo de cisão que, agregando o património (e dívidas) de duas ou mais sociedade cindidas, constituem uma nova sociedade — cisão-fusão por concentração.

Apesar de estas serem as modalidades de cisão descritas pelo CSC, existem também outras formas de classificar a cisão de sociedades comerciais, nomeadamente em função dos seus efeitos na perspetiva da sociedade cindida, conforme esta persista e continue a prosseguir a sua atividade económica — a cisão parcial — ou se a sociedade cindida deixa de operar a sua atividade económica, sendo dissolvida no âmbito da operação de cisão — a cisão total. São exemplos de cisão parcial a cisão simples, a cisão parcial-fusão por incorporação e a cisão parcial-fusão por concentração. Relativamente à cisão total, verifica-se nas modalidades de cisão total-fusão por incorporação, de cisão total-fusão por concentração e de cisão-dissolução.

2.2.2. O procedimento de cisão

A lei prevê determinados atos e trâmites que devem ser observados, de forma a concretizar uma operação de cisão, na sua maioria, com o intuito de dar a conhecer aos principais interessados — *máxime* sócios e credores — qual o plano definido para a cisão pelo órgão de administração da sociedade ou sociedades participantes, dos quais destacamos: o projeto de cisão, a deliberação de cisão, a escritura pública de cisão e o registo comercial da cisão. Não pretendemos fazer uma análise completa e pormenorizada do procedimento de cisão, considerando que a mesma já foi feita pela doutrina em diversas ocasiões, mas somente abordar, de forma breve, alguns elementos relevantes para o nosso objeto de estudo, nomeadamente os relativos à responsabilidade por dívidas([16]).

De uma perspetiva jurídica, a operação de cisão é formalmente desencadeada pelo projeto de cisão, sendo o mesmo preparado pelo órgão de administração da sociedade ou sociedades participantes na operação, de acordo com o disposto no art. 119.º do CSC, que lista os elementos que devem obrigatoriamente constar do projeto de cisão. Para a análise da responsabilidade por dívidas no âmbito de uma operação de cisão e da enumeração de elementos indispensáveis ao projeto de cisão, previstos pelo

([16]) *Vide* por todos *ibid* 605.

art. 119.º do CSC, consideramos particularmente relevante analisar o regime aplicável ao balanço e as relações de troca das participações sociais, bem como as suas bases.

a) O balanço como um elemento essencial do projeto de cisão

O CSC indica, como elementos essenciais a um projeto de cisão, a enumeração completa dos bens a transmitir para a sociedade incorporante ou para a nova sociedade bem como os valores que lhes são atribuídos, no seu art. 119.º, alínea *d*); para os casos de cisão-fusão, exige também o balanço das sociedades, por via da alínea *e*) do art. 119.º. Da análise destes preceitos poderia entender-se que a lei requer uma enumeração dos ativos a transmitir por meio da operação de cisão, independentemente de qual seja a modalidade de cisão enquanto, no que ao passivo diz respeito, a enumeração completa das dívidas das sociedades a cindir só seria requerida nos casos de cisão-fusão, uma vez que a mesma constaria necessariamente do balanço de cada uma das sociedades participantes, conforme os termos da alínea *d*) do n.º 1 do art. 98.º do CSC, aplicável por remissão da alínea *e*) do art. 119.º.

Esta interpretação gerou várias críticas por parte da doutrina, que considerou a enumeração completa das dívidas das sociedades a cindir um ponto essencial para o conhecimento da operação de cisão por parte dos sócios e credores e, por isso mesmo, indispensável ao projeto de cisão([17]). É por isso mesmo defendido pela mesma doutrina que esta omissão se trataria de um lapso e que a enumeração completa das dívidas das sociedades a cindir seria um elemento obrigatório num projeto de cisão, abordagem esta que era seguida pelo anterior DL n.º 598/73, bem como pela Sexta Diretiva.

Esta é uma posição que subscreveríamos na íntegra, em particular porque o art. 119.º do CSC não é de natureza taxativa mas antes enunciativa, deixando claro que os elementos enunciados pelas suas alíneas devem ser incluídos num projeto de cisão, para "além dos demais elementos necessários ou convenientes para o perfeito conhecimento da operação visada". No nosso entendimento, a enumeração completa das dívidas das sociedades seria naturalmente um elemento necessário e indispensável ao perfeito conhecimento da operação de cisão.

Adicionalmente, como tivemos oportunidade de referir anteriormente, as disposições relativas à fusão são aplicáveis à cisão, *ex vi*

([17]) Ventura (n 12) 353; Vasconcelos (n 12) 159.

art. 120.º do CSC, sendo que a alínea *d*) do n.º 1 do art. 98.º prevê como um elemento obrigatório do projeto de fusão o "balanço de cada uma das sociedades intervenientes, donde conste designadamente o valor dos elementos do ativo e do passivo a transferir para a sociedade incorporante ou para a nova sociedade". Assim, tenderíamos a concordar que o balanço seria devido não somente nos casos de cisão-fusão, conforme requerido pela alínea *d*) do art. 119.º do CSC, mas também nos casos de cisão simples e cisão-dissolução.

No entanto, por meio do Decreto-Lei n.º 53/2011, de 13 de abril, o CSC foi alterado, tendo sido introduzido o art. 127.º-A, nos termos do qual o legislador veio esclarecer de forma expressa que não são exigíveis, nas operações de cisão-dissolução, a elaboração e disponibilização do balanço a que se refere a alínea *d*) do n.º 1 do art. 98.º e dos relatórios dos órgãos sociais e de peritos. Assim, face à atualização do CSC, reconhecemos ser a intenção do legislador dispensar a apresentação de balanço nos casos de cisão-dissolução. Ainda assim, consideramos continuar a ser aconselhável fazê-lo, de forma a possibilitar aos interessados um perfeito conhecimento da operação visada([18]).

Com efeito, pelas razões acima expostas, e considerando que o legislador promoveu uma clarificação sobre a questão do balanço relativamente à cisão-dissolução e nada disse quanto à cisão simples, somos da opinião que o balanço é devido nos casos de cisão simples, para além dos casos de cisão-fusão em que é exigido pela lei.

Consideremos particularmente relevante referir que uma dispensa da enumeração exaustiva das dívidas das sociedades participantes na operação de cisão não só dificulta uma decisão informada e rigorosa sobre a aprovação da deliberação de cisão pelos sócios ou sobre uma eventual oposição a exercer pelos credores, como também pode conduzir a uma violação de normas legais imperativas numa operação de cisão.

Na ausência de uma enumeração exaustiva das dívidas da sociedade a cindir, existe o risco de existirem dívidas que não tenham sido alocadas a nenhuma sociedade, levando a que essas dívidas sejam posteriormente alocadas às sociedades beneficiárias. Esta posterior alocação pode provocar um desequilíbrio na relação entre ativos e passivos transmitidos pela sociedade cindida a alguma das sociedades beneficiárias, podendo *in extremis* tornar-se uma contribuição negativa. Ora, uma materialização desse risco representaria uma violação de normas basilares do regime da

---

([18]) Teixeira (n 12) 608.

cisão, como a obrigação de contribuição positiva de cada sócio na constituição de novas sociedades, nos termos do art. 129.º, n.º 2 do CSC, bem como a exigência de exata formação do capital social — inicial ou aumentado, no caso de cisão-fusão por incorporação —, conforme exigido pelo art. 25.º, n.º 1 do CSC, nos termos do qual o valor nominal das participações sociais atribuídas a um sócio na relação de troca não pode exceder o valor da sua entrada(19).

Por fim, notamos ainda que o art. 127.º-A do CSC refere também a dispensa dos relatórios dos órgãos sociais e de peritos no caso da cisão-dissolução, ainda que estes elementos não sejam referidos para nenhuma modalidade de cisão no elenco de elementos essenciais do art. 119.º do CSC. Na mesma linha do que defendemos relativamente à enumeração exaustiva das dívidas, consideramos que os relatórios dos órgãos sociais e peritos são elemento que também iria contribuir para um maior conhecimento dos interessados relativamente à operação visada, tendo os relatórios de peritos independentes a função de determinar com precisão e de forma objetiva se a operação, conforme proposta, salvaguarda de forma justa e equitativa a posição dos sócios(20). Assim, ainda que tendo uma importância significativamente menor do que o balanço, e apesar de os referidos relatórios dos órgãos sociais e peritos serem expressamente dispensados no caso da cisão-dissolução, consideramos que a disponibilização de relatórios dos órgãos sociais e peritos é aconselhável para um maior conhecimento da operação visada pelos interessados.

***b*)** A relação de troca das participações sociais como um elemento essencial do projeto de cisão

A informação relativa às participações sociais e a quantias em dinheiro — se aplicável — a serem atribuídas aos sócios da sociedade a cindir, bem como a relação de troca das participações sociais e as suas bases são identificadas, pela alínea *f*) do art. 119.º, como sendo elementos essenciais a incluir num projeto de cisão(21). Esta informação relativa ao

---

(19) Elda Marques, *Código Das Sociedades Comerciais Em Comentário*, Vol. II (Almedina, 2011) 409; Ventura (n 12) 413.

(20) Carlos Batista Lobo, 'Neutralidade Fiscal Das Fusões: Natureza Jurídica', *Fiscalidade — Revista de Direito e Gestão Fiscal* [26/27 edição do Instituto Superior Gestão (Abril-Junho/Julho-Setembro 2006), Coimbra Editora] 33.

(21) A utilização do termo relação de troca não é pacifico na doutrina, contra a utilização deste termo *vide* Ventura (n 12); Teixeira (n 12); Vasconcelos (n 12).

valor atribuído à contrapartida, a ser conferida aos sócios da sociedade cindida como sinalagma do património a destacar, é umas das informações mais relevantes de todo o projeto de cisão, por ser fundamental, entre outros, para os seguintes efeitos: (*i*) a avaliação do benefício e mérito da cisão por parte dos sócios das sociedades participantes, (*ii*) a aferição da verificação da obrigação de contribuição positiva de cada sócio na constituição de novas sociedades, (*iii*) a determinação da aplicabilidade ou não do regime da neutralidade fiscal e (*iv*) a quantificação da responsabilidade das sociedades beneficiárias da cisão por dívidas da sociedade cindida.

Primeiro, relativamente à avaliação do benefício da cisão por parte dos sócios das sociedades participantes, a disponibilização de informação relativa às participações sociais e a quantias em dinheiro — se aplicável — bem como a relação de troca das participações sociais e as suas bases representam condição necessária — apesar de não suficiente — para os sócios da sociedade cindida aferirem se a sua posição originária é conservada após a operação, informação sem a qual não poderiam determinar se a deliberação de cisão mereceria o seu voto favorável(22).

Segundo, as bases utilizadas no cálculo da relação de troca das participações sociais passam necessariamente pela avaliação do património a destacar da sociedade cindida. Ora, esta avaliação, que serve como base à relação de troca das participações sociais, permite-nos também concluir se a contribuição feita por cada sócio é positiva, cumprindo assim os requisitos do art. 129.º, n.º 2 do CSC(23).

Terceiro, quanto à determinação da aplicabilidade ou não do regime da neutralidade fiscal nos termos da Directiva 90/434/CEE do Conselho, de 23 de julho de 1990, as operações de fusão, cisão e entrada de ativos devem beneficiar de "regras fiscais neutras relativamente à concorrência, a fim de permitir que as empresas se adaptem às exigências do mercado comum, aumentem a sua produtividade e reforcem a sua posição concorrencial no plano internacional". Movido pelo intuito de facilitar a adaptação das empresas às necessidades do mercado e por considerar que a restruturação das mesmas não se trata do momento correto para considerar mais-valias ou menos-valias para efeitos fiscais, o legislador comunitário previu um regime de neutralidade fiscal para as operações de cisão, transposto para o ordenamento jurídico nacional através do art. 74.º do CIRC(24).

---

(22) Marques (n 19) 196.
(23) Teixeira (n 12) 635.
(24) Oliveira (n 2) 302.

A verificação dos pressupostos da neutralidade fiscal no âmbito de uma operação de cisão possibilita à "sociedade beneficiária [ver] diferida para mais tarde a tributação por eventuais mais-valias ou outros ganhos sujeitos a imposto decorrentes da operação"([25/26]). De entre os pressupostos para a aplicabilidade da neutralidade fiscal destacamos: a necessidade de a operação de cisão ser uma operação de cisão válida nos termos do direito societário, bem como o património cindido ser transmitido ao valor que tinha na sociedade cindida([27]).

Isto é, para beneficiar do regime da neutralidade fiscal, a operação de cisão deve enquadrar-se no elenco definido pelo n.º 2 do art. 73.º do CIRC, sendo que este se limita a replicar as modalidades de cisão consagradas pelo CSC, ou seja, a operação de cisão deve ser uma operação de cisão válida nos termos do direito societário.

No que diz respeito ao património cindido ser transmitido ao valor que tinha na sociedade cindida, esta obrigação decorre do n.º 3 do art. 74.º do CIRC, ao dispor que a "aplicação do regime especial determina que a sociedade beneficiária mantenha, para efeitos fiscais, os elementos patrimoniais objeto de transferência pelos mesmos valores que tinham nas sociedades fundidas, cindidas ou na sociedade contribuidora antes da realização das operações, considerando-se que tais valores são os que resultam da aplicação das disposições deste Código ou de reavaliações efetuadas ao abrigo de legislação de caráter fiscal".

Considerando que o facto de o património cindido ser transmitido ao mesmo valor que lhe era atribuído na sociedade cindida se trata de uma das condições de aplicabilidade do regime da neutralidade fiscal, notamos que, sem se conhecer a relação de troca das participações sociais e as suas bases — i.e. critério utilizado na avaliação do património cindido —, seria difícil concluir sobre a aplicabilidade ou não do regime da neutralidade fiscal.

Quarto, a informação relativa às participações sociais, relações de troca e as suas bases são também fundamentais para a quantificação da responsabilidade das sociedades beneficiárias da cisão por dívidas da sociedade cindida, uma vez que, nos termos do art. 122.º, n.º 2 do CSC, essa responsabilidade está limitada ao valor das entradas resultantes do património cindido, conforme tratado em maior detalhe *infra*. Assim, sem

---

([25]) [2011] Supremo Tribunal Administrativo Processo n.º 0865/11, Valente Torrão.

([26]) Como exemplo de cisão que beneficiou do regime de neutralidade fiscal *vide* Thomson Reuters Practical Law, 'Prudential Plc: Demerger of M&G Plc' (n 8).

([27]) [2008] Subdirector-Geral dos Impostos Processo n.º 330/2007.

uma quantificação do valor das entradas recebidas, também não seria possível avaliar o limite da responsabilidade das sociedades beneficiárias.

O valor contabilístico representa o valor atribuído ao património cindido nas contas e escrituração comercial da sociedade. A determinação do valor real do património cindido pode ser feita através de múltiplos que combinam, entre outros, o valor intrínseco, o valor de liquidação, o valor de funcionamento ou o valor do rendimento([28]). Importa recordar que, caso se trate de bens em espécie, estes devem ser auditados por um revisor oficial de contas, conforme requerido pelo art. 99.º do CSC.

Adicionalmente, outras preocupações são suscitadas na eleição do método de valoração. Determina o CSC, no seu art. 94.º, n.º 4, que a seleção do método de avaliação das entradas para a sociedade beneficiária nos casos de fusão ou de cisão se trata de uma escolha discricionária dos órgãos de administração das sociedades intervenientes na operação. Ora, esta discricionariedade conferida pelo legislador aos órgãos de administração cria, desde logo, a possibilidade de distintos métodos de avaliação serem utilizados pelas diferentes sociedades participantes no mesmo processo de cisão-fusão([29]).

Uma situação em que diferentes métodos de valoração sejam utilizados numa operação de cisão-fusão pode representar um desafio tanto para o princípio de proteção dos sócios e da conservação da sua posição originária como para o princípio de tutela dos credores. Este é um risco existente porque, enquanto a avaliação do património cindido com base no seu valor real representa o justo valor de cada bem no estado em que se encontra à data da avaliação (à semelhança do que acontece no art. 1021.º do Código Civil ("CC")([30]), já o valor contabilístico poderá não representar o valor atual dos bens destacados([31]).

Vejamos o exemplo de uma operação de cisão-fusão em que uma das sociedades participantes na cisão avalia o seu património cindido com base no seu valor contabilístico, a sociedade **VC**, enquanto a outra sociedade participante fá-lo com base no seu valor real, a sociedade **VR**.

([28]) Marques (n 19) 197; Teixeira (n 12) 634.

([29]) Sobre os diferentes métodos de avaliação e as variáveis por estes utilizadas *vide* Marques (n 19) 197.

([30]) Aprovado pelo Decreto-Lei n.º 47344/66, de 25 de novembro, conforme subsequentemente alterado, com a redação que lhe é atualmente conferida pela Lei n.º 8/2022, de 10 de janeiro.

([31]) Sobre a temática do justo valor *vide* Frank H Easterbrook, 'Insider Trading as an Agency Problem', *Principals and Agents: The Structure of Business* (John W Pratt and Richard Zeckhauser, Harvard Business School Press, 1985) 83; Frank H Easterbrook, 'Insider Trading, Secret Agents, Evidentiary Privileges, and the Production of Information.' 1981 The Supreme Court Review 324.

Por um lado, se o valor contabilístico do património destacado da sociedade **VC** for inferior ao justo valor desse património, estamos perante uma ameaça ao princípio de proteção dos sócios da sociedade **VC**, uma vez que estes podem sofrer um efeito de diluição no capital social da sociedade beneficiária, considerando que o património da sociedade **VR** foi feito com base no seu valor real e, neste caso, o valor contabilístico é inferior ao justo valor do património cindido. De resto, também o princípio de tutela dos credores da sociedade **VC** é ameaçado no caso de um valor contabilístico inferior ao valor real, porque a responsabilidade por dívidas da sociedade beneficiária fica limitada ao valor das entradas provenientes do património da sociedade **VC**. Assim, a sociedade beneficiária fica com uma responsabilidade por dívidas perante os credores da sociedade **VC** inferior ao justo valor dos bens que recebeu.

Por outro lado, se o valor contabilístico do património destacado da sociedade **VC** for superior ao justo valor desse património resultante, por exemplo, de uma desvalorização dos bens ou negócio, estamos perante uma ameaça ao princípio de proteção dos sócios da sociedade **VR**, uma vez que estes podem sofrer um efeito de diluição no capital social da sociedade beneficiária, considerando que o património da sociedade **VR** foi feito com base no seu valor real e, neste caso, o valor contabilístico do património destacado da sociedade **VC** é superior ao justo valor do património cindido. Adicionalmente, também o princípio de tutela dos credores da sociedade **VR** é ameaçado no caso de um valor contabilístico superior ao valor real, porque a avaliação que foi feita dos ativos e passivos transmitidos não é fiel ao seu justo valor, o que fará com que os bens que garantem o pagamento dos credores da sociedade **VR** — considerando que o património do devedor constitui a garantia geral das obrações nos termos do art. 601.º do CC([32]) — possam acabar por ser utilizados para o pagamento de credores de passivos originários da sociedade **VC**, uma vez que um valor contabilístico superior ao justo valor pode conduzir a uma contribuição negativa dos sócios originariamente da sociedade **VC**([33]).

***c*)** O registo da cisão e os seus efeitos

Importa ainda fazer uma breve referência à relevância dos atos de registo no âmbito do processo de cisão e a respetiva produção de efeitos, em particular o registo comercial da cisão para a aferição da responsabilidade por dívidas.

([32]) Fábio Castro Russo, 'Fusão e Cisão de Sociedades (Portugal)', *Questões de direito societário em Portugal e no Brasil* (Almedina, 2012) 613.

([33]) Ventura (n 12) 294.

Conforme estabelecido, desde logo, no n.º 1 do art. 1.º do Código do Registo Comercial ("**CRC**")(34), o registo comercial destina-se a dar publicidade à situação jurídica das sociedades comerciais, tendo em vista a segurança do comércio jurídico. Desta forma, com o desígnio de assegurar o respeito pelos direitos dos sócios e credores num processo de cisão, tanto o projeto de cisão — alínea *p*) do n.º 1 do art. 3.º do CRC — como a cisão — alínea *r*) do n.º 1 do art. 3.º do CRC — são atos sujeitos a registo. Esclarece o art. 53.º-A, n.º 5 do CRC que o projeto de cisão é registado por depósito enquanto a cisão é registada por transcrição. O registo por transcrição beneficia da presunção de que a situação jurídica existe nos precisos termos em que é definida, nos termos do art. 11.º do CRC, e está sujeito ao princípio da legalidade, nos termos do art. 47.º do CRC. Ou seja, a legalidade do registo de cisão é apreciada pela Conservatória do Registo Comercial, nomeadamente a conformidade do pedido e dos documentos apresentados com a lei aplicável e registos anteriores.

Na relação entre as partes intervenientes na cisão, a mesma não pode ser invocada enquanto não estiver registada, caso a operação de cisão compreenda a constituição de uma sociedade, a extinção de uma sociedade ou a alteração dos estatutos de alguma das sociedades intervenientes na cisão, conforme disposto no art. 13.º, n.º 2 do CRC. Naturalmente, a cisão não produz também efeitos contra terceiros enquanto não for tornada pública considerando que é um ato sujeito a publicação obrigatória, como estabelecido pelo art. 14.º, n.º 2 do CRC. Também o CSC deixa claro — no seu art. 112.º, relativo à fusão e aplicável também à cisão — que é através da inscrição da cisão no registo que se extinguem as sociedades que cessem a sua atividade e que os sócios das sociedades cindidas se tornam sócios das sociedades beneficiárias(35). Com efeito, concluímos que o registo da cisão tem efeito constitutivo, significando por isso que não produz quaisquer efeitos jurídicos até ser registada ou publicada, conforme aplicável(36).

No entanto, a importância do registo no processo de cisão não se esgota no seu efeito constitutivo, sendo também determinante para efeitos da responsabilidade por dívidas na cisão(37). Com efeito, no entendimento de parte da doutrina(38), determina o art. 122.º, n.º 2 do CSC que a inscri-

---

(34) Aprovado pelo Decreto-Lei n.º 403/86, de 3 de dezembro, conforme subsequentemente alterado, com a redação que lhe é atualmente conferida pela Lei n.º 9/2022, de 11 de janeiro.

(35) [2001] Tribunal da Relação de Lisboa Processo n.º 0021291, Azadinho Loureiro.

(36) Teixeira (n 12) 617.

(37) Ventura (n 12) 423; Marques (n 19) 409.

(38) Vasconcelos (n 12) 199, Marques (n 19) 436, Teixeira (n 12) 645.

ção da cisão no registo comercial é o momento definidor das dívidas pelas quais as sociedades beneficiárias terão de responder, até ao limite do valor das entradas recebidas.

3. Ativo e passivo destacáveis numa operação de cisão

O destaque de ativos e passivos no âmbito de uma operação de cisão é, conforme referido anteriormente, uma das mais importantes questões para o estudo da responsabilidade por dívidas na cisão. Com efeito, antes de conhecer o regime aplicável à responsabilidade por dívidas, importa compreender os limites ao destaque dos ativos e passivos da sociedade cindida, uma vez que as sociedades beneficiárias podem responder por dívidas da sociedade cindida e a sociedade cindida responde pelas dívidas que tenham sido atribuídas às sociedades beneficiárias.

Para este efeito, é útil a utilização dos conceitos de cisão total e cisão parcial, conforme apresentados *supra*, uma vez que o regime aplicável a estes tipos de cisão para efeitos do destaque de ativos e passivos é significativamente distinto. Importa notar que o CSC, nos arts. 123.º, 124.º, 125.º e 126.º, refere-se à cisão simples e cisão-dissolução. No entanto, estas normas devem ser consideradas também nos casos de cisão-fusão, funcionalmente fazendo mais sentido interpretar estes artigos como, por um lado, sendo aplicáveis a todas as formas de cisão parcial quando se refere a cisão simples; e, por outro lado, sendo aplicáveis a todas as formas de cisão total quando se refere a cisão-dissolução([39]).

Na cisão total, vigora o princípio da liberdade de determinação dos ativos e passivos a transmitir às sociedades beneficiárias, com o já conhecido limite do respeito pela obrigação de contribuição positiva de cada sócio na constituição de novas sociedades e a exigência da exata formação do capital social([40]).

Na cisão parcial, o regime do destaque de ativos e passivos é bastante mais exigente e restritivo quando comparado com o regime aplicável à cisão total. No que aos ativos diz respeito, o CSC estabelece, no n.º 1 do art. 124.º, como únicos ativos destacáveis no âmbito da cisão simples (*i*) participações noutras sociedades para a constituição de uma nova socie-

---

([39]) Vasconcelos (n 12) 134.

([40]) *Ibid* 147; Marques (n 19) 409; Teixeira (n 12) 628.

dade cujo exclusivo objeto consista na gestão de participações sociais, ou (*ii*) bens que estejam agrupados no património da sociedade a cindir como uma unidade económica. Relativamente à transmissão de passivos, através do n.º 2 do art. 124.º, o CSC limita essa transmissão às dívidas que economicamente se relacionem com a constituição ou o funcionamento da unidade económica.

Ora, vejamos em maior detalhe as referidas restrições impostas pela lei para efeitos de destaque de ativos e passivos no âmbito de uma operação de cisão parcial.

3.1. Ativos destacáveis numa operação de cisão parcial

A primeira das duas opções de bens destacáveis para a constituição de nova sociedade no âmbito de uma operação de cisão prevista pelo CSC, na alínea *a*) do n.º 1 do art. 124.º, é o destaque de participações noutras sociedades. Sobre a questão de esta disposição permitir que outros ativos acompanhem a transmissão das participações sociais, veio o Tribunal Central Administrativo Norte sustentar que, no âmbito de uma operação de cisão em que sejam destacadas participações sociais, podem também ser transferidos meios humanos e materiais caso sejam necessários à gestão dessas participações sociais, de forma a assegurar que o património destacado possa funcionar pelos seus próprios meios([41]).

Noutro sentido, a menção desta alínea *a*) do n.º 1 do art. 124.º do CSC relativamente às participações sociais a destacar poderem constituir parte ou a totalidade das possuídas pela sociedade a cindir, parece deixar claro que a sociedade cindida, ao transferir participações sociais que a sociedade cindida detenha sobre uma mesma sociedade, não é obrigada a transferir a totalidade das participações que detenha sobre uma mesma sociedade, podendo ainda manter uma parte das mesmas.

Se a alínea *a*) do n.º 1 do art. 124.º do CSC não coloca muitas dúvidas interpretativas quando se refere a participações noutras sociedades para a constituição de uma nova sociedade cujo exclusivo objeto consista na gestão de participações sociais, o mesmo já não acontece com a alínea *b*), quando fala em bens que estejam agrupados no património da sociedade a

([41]) [2017] Tribunal Central Administrativo Norte Processo n.º 01234/10.5BEAVR, Mário Rebelo.

cindir como uma unidade económica(42). Afinal, a que se refere o legislador com a utilização do conceito de unidade económica?

O conceito de unidade económica é tratado para efeitos fiscais, pelo CIRC, no art. 73.º, n.º 4, como sendo "um conjunto capaz de funcionar pelos seus próprios meios". Para efeitos laborais, o Código do Trabalho ("**CT**")(43), no seu art. 285.º, n.º 5(44), considera unidade económica "o conjunto de meios organizados que constitua uma unidade produtiva dotada de autonomia técnico-organizativa e que mantenha identidade própria, com o objetivo de exercer uma atividade económica, principal ou acessória"(45).

A forma vaga utilizada pelo legislador originou espaço a diferentes interpretações de unidade económica. Por um lado, defende Raúl Ventura que o conceito de unidade económica deve ser entendido de uma forma mais restritiva, como unidade empresarial, isto é, uma empresa ou estabelecimento(46). Como concretização do seu entendimento, o autor explica que o requisito legal estaria verificado caso uma sociedade destacasse uma fábrica de entre várias fábricas que produzem o mesmo produto.

Por outro lado, com um entendimento mais lato, Joana Vasconcelos defende que o requisito legal deva considerar-se satisfeito com o destaque de um conjunto organizado de elementos patrimoniais que se destinem a prosseguir a mesma finalidade.

Ou seja, enquanto a transmissão de uma unidade económica na acessão de Raúl Ventura passaria pelo destaque de uma entre várias fábricas, por exemplo, produtoras de painéis solares, para Joana Vasconcelos bastaria o destaque do pessoal, patentes, *know-how* ou bens utilizados na produção de um dos modelos de painéis solares produzidos nessa fábrica ou na prestação de serviços de manutenção dos painéis solares.

Parece ser no sentido deste último entendimento que vai o Tribunal da Relação de Lisboa, quando defende que, para ocorrer a transmissão de uma unidade económica, não é necessário que mantenha a mesma identidade que tinha na sociedade cindida, podendo dedicar-se a atividades similares

---

(42) Nogueira Serens (n 13) 385.

(43) Aprovado pela Lei n.º 7/2009, de 12 de fevereiro, conforme subsequentemente alterado, com a redação que lhe é atualmente conferida pela Lei n.º 1/2022, de 3 de janeiro.

(44) Preceito que transpõe para o ordenamento jurídico nacional a Diretiva 2001/23/CE 2001.

(45) *Vide* [2007] Tribunal da Relação de Lisboa Processo n.º 3721/2007-4, Ferreira Marques, que descreve de forma exemplificativa a identidade própria da unidade produtiva como sendo os "*bens imóveis ou equipamentos, mas também incorpóreos como a transmissão de know-how, a própria manutenção da maioria ou de um número elevado de trabalhadores, a duração de uma eventual interrupção da actividade, a eventual manutenção da clientela e o grau de semelhança entre a actividade desenvolvida antes e a actividade desenvolvida depois da transferência*".

(46) Ventura (n 12) 392.

e ainda a outras atividades, concluindo que "o que é relevante é a existência de um conjunto organizado de meios especial e duradouramente afetos a uma tarefa comum"([47]). Esta leitura mais ampla do conceito de unidade económica é também aquela que defendemos.

Outra questão relevante é perceber se os ativos destacados têm de desempenhar uma função económica autónoma, desde logo, na sociedade cindida ou se bastará que o façam na sociedade beneficiária.

Também sobre esta questão existem diferentes interpretações. Por um lado, a maioria da doutrina defende ser uma exigência legal que os ativos a destacar já se encontrem organizados e em execução antes da cisão([48]). No entanto, Diogo Costa Gonçalves defende que esse requisito não seja aplicado no caso da cisão-fusão por incorporação, por considerar não existir qualquer razão para exigir a unidade económica do património a cindir, uma vez que o mesmo vai integrar uma unidade económica já existente — a sociedade incorporante([49]).

O mesmo autor faz também uma precisão à aplicação deste requisito à cisão-fusão por concentração, sustentando que "não são cada uma das partes destacadas do património das sociedades cindidas que devem estar dotadas de unidade económica, mas sim o património resultante da concentração das diversas partes destacadas, com o qual se constitui a nova sociedade"([50]). No nosso entendimento, a interpretação feita por Diogo Costa Gonçalves é a mais acertada, uma vez que assegura o cumprimento do fim da norma — a unidade económica da sociedade beneficiária —, sem impor restrições desnecessárias aos destaques a realizar no âmbito de operações de cisão-fusão.

Interessa também deixar uma breve nota relativamente ao destaque isolado de imóveis através da cisão, que parece ser pacificamente aceite pela doutrina, desde que a sua função económica seja distinta da(s) unidade(s) económica(s) que permanecem com a sociedade cindida, sendo oferecido como exemplo os imóveis adquiridos para investimento, à semelhança do que acontece com o destaque de participações sociais([51]).

Por fim, importa referir que é critico e essencial que em qualquer operação de cisão parcial a sociedade cindida mantenha, pelo menos uma

---

([47]) Tribunal da Relação de Lisboa (n 46).
([48]) Por todos *vide* Ventura (n 12) 392; Marques (n 19) 447.
([49]) Gonçalves (n 12) 491.
([50]) *Ibid*.
([51]) Ventura (n 12) 392; Vasconcelos (n 12) 140.

unidade económica, para que dessa forma preserve a sua funcionalidade(52).

3.2. Passivos destacáveis numa operação de cisão parcial

Ao regular a cisão, o legislador procurou assegurar que a cisão parcial não seria utilizada de forma abusiva ou fraudulenta, evitando que a sociedade cindida aproveitasse a dispensa da aplicação das regras comuns de transmissão de dívidas de que beneficiam as operações de cisão, por intermédio do regime da transmissão universal, para se desfazer livre e discricionariamente de determinados elementos do seu passivo, atribuindo-os à sociedade beneficiária(53). Conforme exposto *supra*, o fim da cisão é viabilizar operações de engenharia societária ou de reestruturação empresarial, pelo que o CSC, através do seu art. 124.º, n.º 2, limita a transmissão de passivos na cisão parcial às dívidas que economicamente se relacionem com a constituição ou o funcionamento da unidade económica a cindir(54).

Assim, no âmbito da cisão parcial, no que à transmissão de passivo diz respeito, vigora a proibição de transmissão de passivo geral ou genérico(55). Apesar de esta se tratar de uma questão totalmente pacífica na doutrina, existem algumas questões que gostaríamos de levantar sobre as dívidas elegíveis a acompanhar o destaque, tanto de participações sociais como de uma unidade económica.

Sobre o destaque de participações sociais, defende Raúl Ventura que este pode ser acompanhado pelas obrigações de liberação dessas mesmas participações sociais, afirmando, no entanto, que dívidas relativas à aquisição das participações destacadas já não poderão ser transmitidas no âmbito da cisão(56).

Ora, não vemos qual seja o motivo para se proibir a transmissão de dívidas relativas à aquisição das participações sociais a destacar, quando essa proibição não existe relativamente à transmissão de dívidas economicamente relacionadas com uma unidade económica a destacar. Isto é,

---

(52) Marques (n 19) 492.

(53) Menezes Cordeiro (n 13) 1138; Vasconcelos (n 12) 143.

(54) Vasconcelos (n 12) 198.

(55) Ventura (n 12) 393; Vasconcelos (n 12) 143; Marques (n 19) 409; Teixeira (n 12) 627; Luís Manuel Teles de Menezes Leitão, 'Fusão, Cisão de Sociedades e Figuras Afins', n.º 57, Fisco 24.

(56) Ventura (n 12) 393; Vasconcelos (n 12) 141.

a transmissão de dívidas relacionadas, por exemplo, com a aquisição de componentes ou máquinas necessárias à construção de painéis solares seria admissível de ser transferido([57]). Contudo, a transmissão, pela sócia da empresa produtora de painéis solares, de uma dívida relacionada com a aquisição de participações sociais nessa empresa já não seria possível.

Parece-nos que, da mesma forma que as dívidas relativas à aquisição de componentes ou máquinas são dívidas contraídas no âmbito da atividade económica de uma empresa produtora de painéis solares, as dívidas associadas à aquisição de participações sociais de uma empresa são dívidas contraídas no âmbito da atividade económica de uma sociedade gestora de participações sociais, pelo que nos questionamos sobre o fundamento deste diferente tratamento legal.

Sobre o destaque de unidades económicas, questionamo-nos também se, de facto, a transmissão de passivo geral ou genérico — nas situações em que estejam verificadas a obrigação de contribuição positiva de cada sócio na constituição de novas sociedades e a exigência da exata formação do capital social — conduziria a uma utilização perniciosa do instituto da cisão.

Isto é, por exemplo, numa situação em que a fábrica produtora de painéis solares destaca a unidade económica relativa aos serviços de manutenção dos painéis solares, e que o valor contabilístico ou o valor real desta unidade económica é de € 5, são transmitidas dívidas economicamente relacionadas com os serviços de manutenção dos painéis solares no valor de € 1, o valor das participações sociais atribuídas aos sócios da fábrica produtora de painéis é € 4, o valor do capital social é € 4, não vemos de que forma a transmissão de passivo geral ou genérico relativo à fábrica produtora de painéis solares no valor de € 1 pudesse conduzir a uma utilização perniciosa do instituto da cisão. Naturalmente que, se assim fosse, o valor das participações sociais atribuídas aos sócios da fábrica produtora de painéis e o valor do capital social teriam de ser ajustados para € 3, de forma a respeitarem o art. 129.º, n.º 2 do CSC.

Assim, e pelo exposto, questionamo-nos se não serão estas restrições legais uma limitação desnecessária à autonomia privada das partes e à sua liberdade contratual.

([57]) Vasconcelos (n 12) 144.

3.3. Alocação superveniente de ativo e passivo não alocado no projeto de cisão

Idealmente, a deliberação de cisão ou o projeto de cisão seriam claros e inequívocos quanto à alocação dos ativos e passivos da sociedade cindida no âmbito de uma operação de cisão, particularmente porque a atribuição de um elemento patrimonial ativo ou passivo após a aprovação da operação de cisão não é considerada nas relações de troca, colocando em causa os já referidos princípios de proteção dos sócios e da conservação da sua posição originária, bem como as obrigações de contribuição positiva de cada sócio na constituição de novas sociedades e a exigência da exata formação do capital social([58]).

À semelhança do que acontece com a atribuição de ativos ou passivos no âmbito do projeto de cisão, também a alocação superveniente segue dois regimes distintos consoante se trate de cisão parcial ou cisão total. Na cisão parcial, transmitem-se para as sociedades beneficiárias os bens e dívidas que lhes tenham sido atribuídos de forma expressa no projeto de cisão, permanecendo com a sociedade cindida todos os bens ou dívidas que no mesmo sejam omissos. Na cisão total, conforme previsto no art. 126.º, n.º 1 do CSC, por a sociedade cindida se extinguir, acontece o oposto do descrito para a cisão parcial todos os bens e dívidas omissos no projeto de cisão terão de ser alocados às sociedades beneficiárias([59]).

A atribuição superveniente de ativos e passivos é regulada, pelo CSC, no n.º 2 do art. 126.º, para os casos de cisão-dissolução. No entanto, a necessidade de proteger os credores da sociedade cindida, que deixa de existir após a cisão, exige que este regime não seja aplicável somente à cisão-dissolução, mas a qualquer caso de cisão total, sendo-o por isso também à cisão total-fusão([60]).

Desta forma, na cisão total, não tendo a deliberação de cisão estabelecido o critério de atribuição de bens, estabelece o n.º 2 do art. 126.º do CSC que os mesmos serão repartidos entre as sociedades beneficiárias na proporção que resultar do projeto de cisão.

No entanto, faz notar Manuela Duro Teixeira que este regime é distinto do previsto na Sexta Diretiva, no âmbito da qual a repartição proporcional é subsidiária da atribuição que resultar da interpretação do projeto de cisão. Defende a autora que uma alocação superveniente de bens que

---

([58]) Teixeira (n 12) 630.
([59]) Gonçalves (n 12) 495.
([60]) Teixeira (n 12) 629.

seja conforme com o direito comunitário deve ser feita através da interpretação do projeto de cisão, e só não sendo possível é que a alocação pode ser feita de acordo com uma atribuição proporcional(61). Ora, parece ser nesse sentido que vai o entendimento do Supremo Tribunal de Justiça quando afirma que "a interpretação do projeto definitivo de cisão — para empregar a linguagem do Professor há pouco citado — «permite decidir da repartição do activo» (não discriminado), por cada qual das quatro novas sociedades, emergentes da dissolução"(62).

Importa notar que o projeto de cisão pode prever um critério de alocação de ativos e passivos da sociedade cindida que não sejam concretamente referidos no projeto de cisão. Isto é, o projeto de cisão pode determinar que, por um lado, passivos e, por outro lado, ativos que não sejam especificamente alocados nesse projeto de cisão sejam inteiramente transmitidos a uma das sociedades beneficiárias. Este critério de alocação de património da sociedade cindida deve, em qualquer caso, respeitar as regras aplicáveis a destaques numa operação de cisão.

De forma a garantir a proteção dos credores da sociedade cindida, determina ainda o legislador que respondem solidariamente as sociedades beneficiárias pela totalidade das dívidas da sociedade cindida. Assim, os credores podem exigir de qualquer sociedade beneficiária a totalidade do montante em dívida, gozando essa sociedade de direito de regresso sobre as demais sociedades beneficiárias. Acontece que o legislador é omisso quanto à repartição dessa responsabilidade entre as sociedades beneficiárias.

De forma a preencher esse vazio legal, Raúl Ventura oferece três critérios: *"*ou exactamente o mesmo que a lei estabelece para a repartição de bens, ou seja, a proporção com o activo recebido; ou transpor esse critério para o passivo e repartir a dívida proporcionalmente ao passivo atribuído no projecto de cisão a cada sociedade, ou usar para a proporção o activo líquido recebido. Afigura-se mais justo este terceiro critério"(63).

Por outro lado, Manuela Duro Teixeira defende uma solução diferente, sustentado que "constando da lei um critério para a atribuição de bens, o mesmo critério deverá ser utilizado por analogia para a repartição das dívidas, que deverão assim ser atribuídas a cada sociedade em função da proporção que resultar do projecto de cisão. O direito de regresso poderá ser exercido em conformidade"(64).

---

(61) *Ibid* 628.
(62) [2002] Supremo Tribunal de Justiça Processo n.º 02B1951, Neves Ribeiro.
(63) Ventura (n 12) 403; Vasconcelos (n 12) 205.
(64) Teixeira (n 12) 629.

4. A responsabilidade por dívidas na cisão

Considerando que a transmissão de dívidas por meio de cisão não carece do consentimento do credor de cada dívida, sendo estas transmitidas de forma universal — ao contrário do que prevê o esquema de transmissão singular de dívidas previsto no art. 595.º do CC —, o regime da responsabilidade por dívidas na cisão é orientado pelo meridiano da proteção dos credores sociais das sociedades intervenientes na operação de cisão(65). Assim, o regime jurídico aplicável à responsabilidade por dívidas na cisão é, antes de mais, marcado por a transmissão de dívidas não conduzir a uma novação da dívida, conforme dispõe o art. 121.º do CSC(66). Isto é, a obrigação do anterior devedor — a sociedade cindida — não se extingue dando origem a uma nova obrigação do novo devedor — a(s) sociedade(s) beneficiária(s). A obrigação é sempre a mesma, gozando por isso o credor dos mesmos precisos meios de defesa contra a(s) sociedade(s) beneficiária(s) de que gozava contra a sociedade cindida, não dando assim lugar a uma extinção das garantias como importa a novação, nos termos do art. 861.º do CC(67).

A proteção dada pelo legislador aos credores é completada por um mecanismo de defesa anterior à cisão, bem como por outro posterior à mesma. Como mecanismo *a priori,* prevê-se o direito de deduzir oposição judicial à cisão com fundamento no prejuízo que a cisão possa causar ao pagamento dos seus créditos, por aplicação do regime da fusão previsto no art. 101.º-A do CSC, *ex vi* art. 120.º do CSC. Importa notar que a oposição judicial deduzida por qualquer credor impede a inscrição definitiva da cisão no registo comercial até que se verifique algum dos factos descritos no art. 101.º-B, n.º 1, *inter alia*, a sociedade a cindir proceder à satisfação do crédito ou que a importância devida seja consignada em depósito.

Enquanto mecanismo de proteção *a posteriori*, prevê-se a responsabilidade solidária da sociedade cindida por dívidas transmitidas no âmbito da operação de cisão parcial bem como das sociedades beneficiárias, até ao limite das entradas recebidas nas operações de cisão parcial ou total(68). Com este mecanismo de proteção *a posteriori*, o legislador procura que o risco de redução do acervo patrimonial que responde pela satisfação das dívidas — garantia geral das obrigações nos termos do

---

(65) Menezes Cordeiro (n 13) 1137.
(66) *Ibid* 1138.
(67) Marques (n 19) 428.
(68) Vasconcelos (n 12) 191; Marques (n 19) 430.

art. 601.º do CC — fique mitigado com a reconstituição da unidade do património cindido(69).

Para este efeito, importa recordar o conceito de responsabilidade solidária que, conforme ensina Antunes Varela: "a obrigação diz-se solidária, pelo seu lado passivo, quando o credor pode exigir a prestação integral de qualquer dos devedores e a prestação efectuada por um destes os libera a todos perante o credor comum (art. 512.º, 1)"(70). Sobre a responsabilidade conjunta, outra espécie do género de obrigações com pluralidade de sujeitos, o mesmo autor esclarece serem "as obrigações plurais cuja prestação é fixada globalmente, mas em que a cada um dos sujeitos compete apenas uma parte do débito ou do crédito comum"(71).

Desta forma, apesar de o património detido pela sociedade cindida antes da cisão poder, depois da cisão, estar efetivamente disperso por duas ou mais sociedades — incluindo a sociedade cindida —, o que o legislador granjeia, com a responsabilidade solidária prevista na lei, é que esse mesmo património continua a responder pelas dívidas da sociedade cindida anteriores à cisão. Para efeitos de responsabilidade por dívidas, podendo os credores demandar indistintamente em primeira linha qualquer uma das sociedades solidariamente responsáveis, o património que respondia pela dívida deixa de estar disperso, podendo por isso falar-se numa reconstituição da unidade do património cindido(72).

A solução da reconstituição da unidade do património cindido encontrada pelo legislador assegura uma eficaz proteção dos credores, como faz notar Raúl Ventura: "o motivo da queixa dos credores é a redução do ativo da entidade devedora, desde que este seja mantido, embora com titulares diversos, a razão da queixa cessa; basta — em princípio — que por todo o passivo fiquem responsáveis, através da solidariedade, todas as sociedades, antigas e novas"(73).

Ainda assim, como faz notar Joana Vasconcelos, o legislador, através dos n.os 1 e 2 do art. 122.º do CSC, atribui configurações distintas à responsabilidade solidária consoante se trate de uma operação de cisão parcial ou cisão total(74).

Por modalidade de cisão, Diogo Costa Gonçalves resume a responsabilidade por dívidas prevista no art. 122.º do CSC da seguinte forma:

---

(69) Marques (n 19) 431.
(70) Antunes Varela, 'Das Obrigações Em Geral', Vol. I (10.ª, 2009) 751.
(71) *Ibid* 748.
(72) Vasconcelos (n 12) 147; Marques (n 19) 431; Teixeira (n 12) 624; Russo (n 32) 613.
(73) Ventura (n 12) 337.
(74) Vasconcelos (n 12) 195.

i) na cisão simples, respondem solidariamente pelas dívidas atribuídas à sociedade beneficiária, a sociedade cindida e a sociedade beneficiária;

ii) na cisão parcial-fusão por incorporação, pelas dívidas atribuídas à sociedade incorporante respondem solidariamente, a sociedade incorporante e a sociedade cindida;

iii) na cisão parcial-fusão por concentração, respondem solidariamente a nova sociedade e a sociedade cindida;

iv) na cisão total-fusão seja por incorporação seja por concentração, as sociedades beneficiárias respondem solidariamente pelas dívidas da sociedade cindida; e

v) na cisão-dissolução, as sociedades beneficiárias respondem solidariamente pelas dívidas da sociedade cindida([75]).

Importa também deixar uma breve nota sobre o direito de regresso de que goza a sociedade que, por força do regime da responsabilidade solidária, tenha pagado dívidas sobre as quais não seja a devedora principal, conforme previsto pelo n.º 3 do art. 122.º do CSC.

Por fim, adicionalmente, o CSC prevê ainda, no art. 114.º, a responsabilidade solidária dos membros do órgão de administração e os membros do órgão de fiscalização de cada uma das sociedades participantes pelos danos causados pela fusão à sociedade e aos seus sócios e credores, quando não tenham observado a diligência de um gestor criterioso e ordenado.

4.1. Responsabilidade da sociedade cindida por dívidas na cisão

4.1.1. Limites à responsabilidade solidária da sociedade cindida

No que à sociedade cindida diz respeito, a reconstituição da unidade do património cindido é materializada no n.º 1 do art. 122.º do CSC, que prevê a responsabilidade solidária da sociedade cindida pelas dívidas que, por força da cisão, tenham sido atribuídas à sociedade incorporante ou à

([75]) Diogo Costa Gonçalves, 'O Regime Da Responsabilidade Por Dívidas Em Caso de Cisão Simples Múltipla', ano 68, ROA 1042.

nova sociedade. Uma questão bastante pertinente é perceber se existe algum limite a essa solidariedade.

A doutrina é unânime quando afirma que não existe qualquer limite a esta solidariedade, não sendo esta limitada pelo valor dos bens transmitidos ou pelo valor do ativo líquido remanescente após a cisão. Ou seja, todos os bens e ativos detidos pela sociedade cindida à data da exigibilidade dos créditos respondem pelo pagamento dos mesmos, não relevando os ativos da sociedade cindida à data da cisão([76]).

Apesar de esta ser uma questão pacífica na doutrina, questionamo-nos se a inexistência de qualquer limite à responsabilidade solidária da sociedade cindida não vai além da própria reconstituição da unidade do património cindido, o fim projetado pelo legislador.

Vejamos um caso em que a fábrica produtora de painéis solares — a sociedade cindida — à data da cisão detenha ativos no valor de € 5 e passivos no valor de € 2, ao destacar a unidade económica relativa aos serviços de manutenção dos painéis solares — a sociedade beneficiária —, transmite ativos no valor de € 4 e passivos no valor de € 2, permanecendo na esfera patrimonial da sociedade cindida ativos no valor de € 1 e passivos no valor de € 0. Algum tempo após a cisão, o credor do crédito de € 2 vem exigir à sociedade cindida o pagamento do mesmo, sendo que a essa data os ativos da sociedade cindida eram já € 3 e não o € 1 que detinha à data da cisão.

O que a reconstituição da unidade do património cindido exigiria é que os € 5 relativos ao património da sociedade cindida no momento imediatamente anterior à cisão respondessem por este crédito, ou seja € 4 da sociedade beneficiária e € 1 da sociedade cindida. No entanto, não é isso que a lei determina ao prever uma responsabilidade solidária ilimitada no n.º 1 do art. 122.º do CSC. Neste caso, a sociedade cindida teria de responder com os € 3 que detinha à data em que o crédito lhe é exigido, ao invés do € 1 que fazia parte da unidade do património cindido. Assim, o património que responde por esta dívida será de € 7 e não os € 5 relativos ao património da sociedade cindida no momento imediatamente anterior à cisão.

Assim, questionamo-nos se este preceito não irá para além daquilo que seria estritamente exigido para dar cumprimento à reconstituição da unidade do património cindido, sacrificando o valor criado pela sociedade cindida após a cisão e prejudicando o fim projetado pelo legislador para a cisão: promover eficiência e rentabilidade das empresas.

([76]) Ventura (n 12) 378; Marques (n 19) 432.

4.1.2. Responsabilidade conjunta da sociedade cindida

Outra questão não menos relevante é saber se a responsabilidade da sociedade cindida pode ser convencionada conjunta à semelhança do que acontece com as sociedades beneficiárias na cisão parcial, nos termos do art. 122.º, n.º 2, segunda parte do CSC.

Desta feita, a questão já não é tão pacífica na doutrina. Por um lado, Raúl Ventura defende que a segunda parte do n.º 2 do art. 122.º do CSC trata exclusivamente a responsabilidade das sociedades beneficiárias, sendo a responsabilidade da sociedade cindida tratada pelo n.º 1 do mesmo artigo. Assim, o autor considera que relativamente à sociedade cindida "não poder ser dispensada a solidariedade, a qual é imposta por lei inderrogavelmente"(77). Por outro lado, Joana Vasconcelos, sustentando-se na identidade funcional do regime da solidariedade relativamente à sociedade cindida e sociedade(s) beneficiária(s), afirma "admitir, também quanto à sociedade cindida, o afastamento da responsabilidade solidária, prevista no n.º 2 *in fine* do art. 122.º". Esta posição é partilhada por Manuela Duro Teixeira(78).

Importa notar que a convenção da responsabilidade enquanto conjunta deve ser publicitada no projeto de cisão, ao qual os credores se podem opor, impedindo o seu registo definitivo. Adicionalmente, conforme defendem as citadas autoras, o fim da responsabilidade solidária da sociedade cindida é o mesmo que o das sociedades beneficiárias e a responsabilidade conjunta é legalmente admitida para estas. Com efeito, questionamo-nos sobre se a proibição de convencionar a responsabilidade da sociedade cindida como conjunta não representa um favorecimento das sociedades beneficiárias em detrimento da sociedade cindida.

As diferentes interpretações da segunda parte do art. 122.º, n.º 2 do CSC e consequentemente do significado da responsabilidade conjunta na cisão serão tratadas em maior detalhe *infra*, na secção 4.2.3. dedicada à responsabilidade conjunta das sociedades beneficiárias.

---

(77) Ventura (n 12) 378.

(78) Teixeira (n 12) 645; Vasconcelos 197.

4.2. Responsabilidade das sociedades beneficiárias por dívidas na cisão

4.2.1. Limites à responsabilidade das sociedades beneficiárias por dívidas da sociedade cindida

A primeira parte do n.º 2 do art. 122.º do CSC estabelece um limite para a responsabilidade solidária das sociedades beneficiárias por dívidas da sociedade cindida anteriores à inscrição da cisão no registo comercial o valor dos bens que lhe foram atribuídos pela sociedade cindida. A doutrina vem clarificar que esse limite deve considerar-se como o valor dos bens que lhe foram atribuídos pela sociedade cindida, líquidos das dívidas que convencionalmente os acompanhem(79). Assim, não são oponíveis contra as sociedades beneficiárias reclamações de montantes que excedam o valor líquido do património recebido por estas no âmbito da operação de cisão, apesar de todas as sociedades serem responsáveis por cada dívida das sociedades cindidas(80). No entanto, resta perceber a que casos se aplica este n.º 2 do art. 122.º do CSC, sendo controvertido se será de aplicar somente às situações de cisão total ou também às situações de cisão parcial, temática que nos propomos tratar na secção 4.2.2. em baixo.

4.2.2. Responsabilidade solidária das sociedades beneficiárias nos casos de cisão simples

Afinal, quais os tipos de cisão a que se aplica o n.º 2 do art. 122.º do CSC? A questão relativa à responsabilidade solidária por dívidas da sociedade cindida se aplicar ou não às sociedades beneficiárias nos casos de cisão simples é talvez a questão mais controvertida em todo o regime jurídico da cisão, não só na doutrina, mas também na jurisprudência.

A controvérsia na doutrina inicia-se com a revisão da posição de Raúl Ventura sobre a temática. Inicialmente, o autor defendia que o preceito correspondente ao atual n.º 2 do art. 122.º do CSC se aplicava às modalidades de cisão simples e cisão parcial-fusão, por considerar que, só nos casos em que a sociedade subsiste, se pode conceber a contração de

---

(79) Vasconcelos (n 12) 199.

(80) Ventura (n 12) 380; Vasconcelos (n 12) 198; Marques (n 19) 436.

dívidas posteriores à inscrição da cisão no registo comercial(81). No entanto, o autor reviu a sua posição, passando a sustentar que o preceito não se poderia aplicar aos casos de cisão simples e cisão parcial-fusão, por não ser possível nestes casos existir mais do que uma sociedade beneficiária, uma vez que se a sociedade cindida fizer vários destaques, "não há uma só operação de cisão, com várias sociedades beneficiárias, mas sim uma cumulação de operações de cisão, cada uma autónoma relativamente às outras".

No que respeita à cumulação de operações de cisão quando existe uma pluralidade de destaques, com uma posição contrária Joana Vasconcelos, Diogo Costa Gonçalves, Elda Marques e Nogueira Serens defendem não deixar de existir uma única operação de cisão, admitindo assim a existência da cisão simples múltipla(82).

Relativamente ao âmbito de aplicação do n.º 2 do art. 122.º do CSC, passou Raúl Ventura a sustentar que só seria de aplicar nos casos de cisão total, tendo a sociedade cindida cessado a sua existência, não sendo nunca de aplicar aos casos de cisão simples. Nas palavras do autor, "o art. 122.º, n.º 2, aplica-se quando a sociedade cindida se extingue, isto é, quando a cisão é total, o que sucede na cisão-dissolução e na cisão total-fusão, quer para incorporação quer para constituição de nova sociedade"(83).

Esta posição é também seguida por Diogo Costa Gonçalves, concordando que o n.º 2 do art. 122.º do CSC não seja de aplicar: "O 122.º/1 pressupõe, na sua previsão, a co-existência da sociedade cindida e da sociedade incorporante ou da nova sociedade. Tem em vista, assim, os casos de cisão simples — 118.º, *a*) — e cisão parcial-fusão — 118.º, *c*). Diferentemente, o n.º 2, como tem sido difundido, tem por pressuposto a extinção da sociedade cindida com a inscrição definitiva da cisão no registo comercial. Aplica-se assim aos casos de cisão-dissolução — 118.º, *b*) — e aos casos de cisão total-fusão [118/1, *c*)]"(84).

No entanto, nos casos de cisão simples múltipla, Diogo Costa Gonçalves defende que o regime da responsabilidade por dívidas deve resultar da conjugação de elementos da previsão tanto do n.º 1 do art. 122.º do CSC, sendo a sociedade cindida responsável solidariamente com as sociedades beneficiárias, como do n.º 2 do art. 122.º do CSC, em que todas as socieda-

---

(81) Ventura (n 12) 378.

(82) Vasconcelos (n 12) 147; Gonçalves (n 76) 1044; Marques (n 19) 409; Nogueira Serens (n 13) 386.

(83) Ventura 380.

(84) Gonçalves (n 13) 486.

des beneficiárias são solidárias entre si pelas dívidas transmitidas a qualquer uma delas([85]).

Com uma posição inversa à de Raúl Ventura, Joana Vasconcelos veio defender que a posição revista desse autor conduziria a resultados inaceitáveis, uma vez que caso se considerasse que são "simultaneamente efectuados vários destaques, a mera solidariedade da sociedade cindida com cada uma das beneficiárias não repõe, só por si, a unidade do património cindido, como aconteceria se os destaques se sucedessem no tempo", diminuindo consequentemente a proteção dos credores sociais([86]). Com base nesse fundamento, a autora defende a aplicação do n.º 2 do art. 122.º do CSC aos casos de cisão simples, independentemente de se tratar de uma cisão simples singular ou de uma cisão simples múltipla: "respondem solidariamente com a sociedade cindida, pelas dívidas desta anteriores à inscrição da cisão no registo comercial, as sociedades beneficiárias da cisão parcial, quer se trate de uma única beneficiária quer de várias, tendo havido pluralidade de destaques"([87]).

Esta posição é também ela sufragada por Elda Marques, ao defender que "as sociedades beneficiárias respondem solidariamente pelas dívidas da sociedade cindida até ao valor do património recebido, traduzindo-se esta limitação na oponibilidade pelas socieade(s) beneficiária(s) aos credores da sociedade cindida da divisão do activo operada pela cisão"([88]). O mesmo entendimento é partilhado por Manuela Duro Teixeira, quando afirma que "as sociedades beneficiárias das entradas respondem solidariamente pelas dívidas da sociedade cindida anteriores à inscrição da cisão no registo"([89]).

Na jurisprudência, o Supremo Tribunal de Justiça, no processo n.º 02S2246, defendeu que o n.º 2 do art. 122.º do CSC se aplicava exclusivamente aos casos de cisão total: "[a]ssim, a afirmação do n.º 2 do art. 122.º do Cód. Soc. Com. de que "as sociedades beneficiárias das entradas resultantes da cisão respondem solidariamente, até ao valor das entradas, pelas dívidas da sociedade…" tem, em nosso entender, como pressuposto que a sociedade cindida se dissolveu, sendo todo o seu património afectado às sociedades incorporantes, sendo que a solidariedade nesse normativo afirmada é a que estabelece entre as sociedades incorporantes, entre si, e não entre estas e a sociedade cindida, pois que esta já não existe"([90]).

([85]) Gonçalves (n 76) 1046.
([86]) Vasconcelos (n 12) 147.
([87]) *Ibid* 199.
([88]) Marques (n 19) 436.
([89]) Teixeira (n 12) 645.
([90]) [2003] Supremo Tribunal de Justiça Processo n.º 02S2246, Emérico Soares.

Ainda o Supremo Tribunal de Justiça, no processo n.º 04B018, relativamente aos casos de cisão simples singular, vem reforçar que o n.º 2 do art. 122.º do CSC não é aplicável: "reconhece-se que este último efeito (o da responsabilidade solidária das novas sociedades até ao valor das entradas de que beneficiaram) parece quadrar mais à hipótese da alínea *b*), do n.º 1, do art. 118.º, CSC (cisão-dissolução) e não à cisão simples". No entanto, relativamente aos casos de cisão simples múltipla, o tribunal veio afirmar que "não se vêm razões bastantes para excluir da previsão do citado n.º 2, hipóteses, como a dos autos, em que a operação de cisão simples é plural e simultânea"(91). Isto é, defendeu que, nos casos de cisão simples múltipla, para além da sociedade cindida também as sociedades beneficiárias são solidariamente responsáveis pelas dívidas atribuídas a cada sociedade beneficiária.

Ou seja, no processo n.º 04B018, o Supremo Tribunal de Justiça distingue a aplicabilidade do n.º 2 do art. 122.º do CSC consoante se trate de um caso de cisão simples singular ou de cisão simples múltipla, vindo excluir do âmbito aplicativo deste preceito legal os casos de cisão simples singular, defendendo, no entanto, a sua aplicação aos casos de cisão simples múltipla. Neste sentido vai também o Tribunal da Relação de Coimbra, no processo n.º 8/07.5TBAVR.C1(92).

Apesar de concordar com o resultado prático alcançado pelo Supremo Tribunal de Justiça na decisão proferida no processo n.º 04B018, Diogo Costa Gonçalves considera "que a aplicação directa do art. 122.º/2 aos casos de cisão simples múltipla — fundamento hermenêutico com o qual o STJ justificou a sua decisão — é incorrecta. Com efeito, a decisão do STJ não consubstanciou nem uma aplicação directa nem uma aplicação analógica do art. 122.º/2, mas sim uma verdadeira criação normativa, a coberto do art. 10.º/3 do CC"(93).

4.2.3. Responsabilidade conjunta das sociedades beneficiárias

Conforme referido *supra*, a responsabilidade das sociedades beneficiárias na cisão parcial pode, nos termos do art. 122.º, n.º 2, segunda parte do CSC, ser convencionada como sendo meramente conjunta. No entanto,

---

(91) [2004] Supremo Tribunal de Justiça Processo n.º 04B018, Quirino Soares.

(92) [2010] Tribunal da Relação de Coimbra Processo n.º 8/07.5TBAVR.C1, Carlos Moreira.

(93) Gonçalves (n 76) 1049.

interessa compreender os diferentes entendimentos do que significa responsabilidade conjunta no contexto de uma cisão, aplicável às sociedades beneficiárias e, consequentemente, à sociedade cindida, para os autores que defendem a possibilidade de a responsabilidade conjunta ser também convencionada relativamente à sociedade cindida, conforme apresentado *supra* na secção 4.1.2.

A leitura de Raúl Ventura deste preceito é de que a convenção da responsabilidade como meramente conjunta pressupõe que a dívida é passivamente plural, sendo, na opinião do autor, todas as sociedades beneficiárias da cisão são responsáveis por cada uma das dívidas da sociedade cindida. Nas palavras de Raúl Ventura: "o credor da sociedade cindida pode pedir a satisfação da sua dívida não só à sociedade para a qual essa dívida foi atribuída, mas a todas as sociedades beneficiárias da cisão; não pode pedir a cada uma a totalidade da dívida (com o limite dos bens recebidos), mas pode pedir a cada uma delas uma parte da dívida, até somar a totalidade desta"(94).

Seguindo o referido entendimento, Diogo Costa Gonçalves, Elda Marques e Manuela Duro Teixeira consideram que a convenção da responsabilidade conjunta requer uma divisão da dívida pelas sociedades beneficiárias, de forma a permitir a determinação do montante exigível a cada devedor, acrescentando que essa divisão à partida resulta da própria convenção(95). Não resultando da convenção, a proporção deve ser aferida em relação ao valor líquido do património recebido por cada sociedade beneficiária.

Joana Vasconcelos parece ter um entendimento distinto, considerando que a responsabilidade das sociedades beneficiárias é conjunta quanto à totalidade das dívidas da sociedade cindida — por cada sociedade beneficiária ser responsável por parte da totalidade das dívidas da sociedade cindida — e não quanto a cada uma das dívidas individualmente considerada. Defende a autora que a responsabilidade conjunta significaria que cada sociedade beneficiária responderia unicamente pela parte do passivo da sociedade cindida que lhe tenha sido atribuída no projeto de cisão, não podendo um credor reclamar a uma das sociedades beneficiárias parte de uma dívida que não lhe tenha sido atribuída no projeto de cisão. A autora contrapõe a responsabilidade conjunta à responsabilidade solidária da seguinte forma: "se a solidariedade se traduz na inoponibilidade da repartição do passivo operada, a opção pela conjunção

(94) Ventura (n 12) 381.
(95) Gonçalves (n 12) 487; Marques (n 19) 438; Teixeira (n 12) 439.

permitida nesse preceito postula precisamente a oponibilidade dessa mesma repartição"(96).

Desta forma, Raúl Ventura, Diogo Costa Gonçalves, Elda Marques e Manuela Duro Teixeira consideram que sendo convencionada a responsabilidade conjunta, todas as sociedades beneficiárias da cisão são responsáveis por cada uma das dívidas da sociedade cindida, na parte que resultar da convenção ou na proporção do ativo líquido recebido. Já Joana Vasconcelos não concorda que a convenção da responsabilidade conjunta signifique a responsabilidade das sociedades beneficiárias por cada uma das dívidas da sociedade cindida mas que as sociedades beneficiárias respondem pelas dívidas da sociedade cindida no seu todo, podendo rejeitar o pagamento de dívidas que não lhe sejam atribuídas no projeto de cisão.

4.3. Responsabilidade dos membros do órgão de administração e do órgão de fiscalização na cisão

A responsabilidade emergente de uma operação de cisão não se basta na responsabilidade da sociedade cindida ou das sociedades beneficiárias da cisão, podendo também responder solidariamente pelos danos causados pela cisão aos sócios e credores da sociedade, os membros do órgão de administração e os membros do órgão de fiscalização de cada uma das sociedades participantes, caso não tenham observado a diligência de um gestor criterioso e ordenado na verificação da situação patrimonial das sociedades e na conclusão da cisão, conforme cominado pelo art. 114.º, n.º 1 do CSC, *ex vi* art. 120.º do CSC.

A primeira questão suscitada por este preceito legal é se a referida solidariedade existe entre os membros dos diferentes órgãos sociais em questão ou se somente de entre os membros do mesmo órgão. A doutrina é unânime ao defender que o art. 114.º do CSC não estende a solidariedade da responsabilidade do órgão de administração ao órgão de fiscalização, nem o seu contrário, uma vez que cada órgão tem deveres específicos que são distintos dos deveres dos membros do outro órgão, não fazendo por isso sentido a comunicação do regime da solidariedade(97).

Considerando que deve existir uma identidade funcional para que exista responsabilidade entre o órgão de administração e o órgão de fisca-

---

(96) Vasconcelos (n 12) 201.

(97) Ventura (n 12) 292; Gonçalves (n 12) 421; Teixeira (n 12) 656.

lização, pode colocar-se uma outra questão: existe responsabilidade solidária entre os membros de órgãos sociais do mesmo tipo de diferentes sociedades participantes na operação de cisão?

É defendido por Diogo Costa Gonçalves que também neste caso não deva existir uma extensão da responsabilidade solidária. Fundamentando a sua posição no art. 72.º, n.º 3 do CSC, o autor considera que não devem ser responsáveis pelos danos resultantes de uma deliberação os membros que nela não participaram(98). Esta regra permite-nos igualmente esclarecer que não são igualmente responsáveis pelos danos resultantes de uma deliberação colegial os gerentes ou administradores da mesma sociedade que nela não tenham participado na deliberação ou hajam votado vencidos, podendo neste caso fazer lavrar no prazo de cinco dias a sua declaração de voto, quer no respetivo livro de atas, quer em escrito dirigido ao órgão de fiscalização, se o houver, quer perante notário ou conservador, defendendo Raúl Ventura que não existe razão justificativa para afastar este regime nos casos de fusão ou cisão(99).

O art. 114.º, n.º 1 do CSC refere expressamente que os membros dos órgãos sociais são solidariamente responsáveis pelos danos causados pela fusão (e cisão) à sociedade, aos seus sócios e credores. Pode notar-se que o preceito autonomiza os danos causados à sociedade dos danos que possam ser causados aos seus sócios ou credores. No entanto, conforme defendido por Raúl Ventura, é difícil de conceber de que forma pode resultar da cisão um dano para própria sociedade, que não seja simultaneamente um dano dos seus sócios ou credores, não sendo por isso clara a utilidade da expressa referência à própria sociedade(100).

Em qualquer caso, para que exista responsabilidade dos membros do órgão de administração é necessário que estes não tenham observado a diligência de um gestor criterioso e ordenado (*business judgement rule*), conforme exigido pela regra geral prevista no art. 64.º do CSC, que obriga os membros do órgão de administração a deveres de cuidado e de lealdade. Como ensina Menezes Cordeiro, a bitola de diligência é, nos termos gerais, uma regra de conduta que carece de ser completada por normas concretas para que possa ser uma regra precisa e aplicável, nas palavras do autor: "há que saber de que conduta se trata para, então, fixar o grau de esforço exigido na atuação em jogo"(101).

---

(98) Gonçalves (n 12) 421.
(99) Ventura (n 12) 292.
(100) *Ibid* 294.
(101) Menezes Cordeiro (n 13) 861.

Desta forma, o art. 114.º do CSC funciona como um complemento ao art. 64.º do CSC, determinando que a diligência se concretiza na verificação da situação patrimonial das sociedades e na conclusão da cisão(102). Sendo a bitola da diligência exigível nos casos de fusão e cisão trabalhada por Raúl Ventura a um nível mais granular quando explica que "[a] palavra "verificação" não significa apenas o exame de balanços já elaborados mas, pelo menos quanto à sociedade própria, a realização de todo o trabalho necessário para se chegar à correcta determinação da situação patrimonial. Dir-se-á que, quanto às outras sociedades participantes, não tem o administrador de uma sociedade meios directos de investigação; terá de encontrar os meios em que possa confiar, com a diligência prescrita, e se não o conseguir, ou aceita a eventual responsabilidade ou não continua o processo de fusão"(103). Nota ainda o mesmo autor que não sendo gestores os membros do órgão de fiscalização, o critério deve ser adaptado ao exercício das suas funções específicas(104).

Sobre o regime de responsabilidade aplicável aos membros de órgãos de administração e de fiscalização no âmbito da cisão, interessa ainda dizer que cabe ao lesado provar a causalidade do dano ao campo daqueles especiais deveres. Importa referir que quanto à responsabilidade solidária, goza de direito de regresso o membro que adiante o pagamento devido, nos termos do art. 73.º, n.º 2 do CSC(105). Por fim, determina o art. 174.º, n.º 4 do CSC que prescrevem no prazo de cinco anos, a contar da data do registo definitivo da cisão, os direitos de indemnização referidos no art. 114.º do CSC.

5. Conclusão

Procurámos com este estudo conhecer a cisão enquanto forma de reestruturação societária e, em particular, a responsabilidade por dívidas no âmbito de uma operação de cisão de sociedades comerciais.

Em primeiro lugar, analisámos o interesse da cisão enquanto forma de reestruturação, o procedimento de cisão e a importância de elementos do projeto de cisão, como o balanço e as relações de troca das participações sociais bem como as suas bases.

---

(102) Marques (n 19) 351.
(103) Ventura (n 12) 295.
(104) *Ibid* 294.
(105) *Ibid* 294; Teixeira (n 12) 656.

Em segundo lugar, estudámos os ativos e passivos destacáveis numa operação de cisão, notando o contraste entre o princípio da livre determinação de ativos e passivos a transmitir, nos casos de cisão total, e as restrições aplicáveis nos casos de cisão parcial. No que respeita ao destaque de ativos na cisão parcial, foi defendida a utilização de um conceito mais lato de unidade económica. Questionámos ainda o sentido e efeitos de algumas dessas restrições à transmissão de ativos e passivos na cisão parcial.

Em terceiro lugar, estudámos o regime da responsabilidade por dívidas na cisão, tendo sido questionado, relativamente à sociedade cindida, se a inexistência de qualquer limite à sua responsabilidade poderá ir além do exigido pela reconstituição da unidade do património cindido. Interrogámo-nos também sobre se a responsabilidade da sociedade cindida, à semelhança do que acontece com as sociedades beneficiárias, pode ser convencionada como sendo uma responsabilidade conjunta.

No que às sociedades beneficiárias diz respeito, notámos que o limite à responsabilidade por dívidas da sociedade cindida deve considerar-se como sendo o valor dos bens que lhe foram atribuídos pela sociedade cindida, líquidos das dívidas que convencionalmente os acompanhem.

Analisámos a controvérsia na doutrina e jurisprudência relativo à responsabilidade solidária das sociedades beneficiárias por dívidas das sociedades cindidas, nomeadamente sobre se n.º 2 do art. 122.º do CSC será de aplicar somente aos casos de cisão total ou também aos casos de cisão parcial, tendo sido apresentada a posição que defende a sua aplicabilidade apenas aos casos de cisão total, a posição que defende a sua aplicação não só aos casos de cisão total mas também aos casos de cisão parcial e ainda a posição que defende que o âmbito aplicativo deste preceito corresponde aos casos de cisão total e de cisão simples múltipla, excluindo os casos de cisão simples singular.

Foram ainda apresentados os diferentes entendimentos sobre o significado da responsabilidade conjunta na cisão — em particular, sobre se as devedoras são responsáveis por cada uma das dívidas da sociedade cindida, na parte que resultar da convenção ou na proporção do ativo líquido recebido ou se a responsabilidade das devedoras é conjunta quanto à totalidade das dívidas da sociedade cindida e não quanto a cada uma das dívidas individualmente considerada.

Por fim, a respeito da responsabilidade dos membros do órgão de administração e do órgão de fiscalização, constatámos a responsabilidade solidária entre membros do mesmo órgão social da sociedade pela qual foram mandatados.

Assim, demonstrámos que o regime da responsabilidade por dívidas na cisão é construído com vista à proteção dos sócios e credores sociais das sociedades intervenientes na operação de cisão, tendo o legislador procurado impedir um uso pernicioso da cisão e garantir a proteção dos credores sociais, através de um mecanismo de proteção *a priori* — o direito de deduzir oposição judicial à cisão com fundamento no prejuízo que a cisão possa causar ao pagamento dos seus créditos — e um mecanismo de proteção *a posteriori* — a reconstituição da unidade do património cindido (que responderia pela satisfação das dívidas caso não existisse cisão), prevendo como regime regra, sob determinadas circunstâncias, a responsabilidade solidária da sociedade cindida, das sociedades beneficiárias e até dos membros dos órgãos de administração e fiscalização.

Bibliografia

Doutrina

Coffee JC, 'Regulating the Market for Corporate Control: A Critical Assessment of the Tender Offer's Role in Corporate Governance' (1984) 84 Columbia Law Review, 1145.

Easterbrook FH, 'Insider Trading as an Agency Problem', *Principals and Agents: The Structure of Business* (John W Pratt and Richard Zeckhauser, Harvard Business School Press, 1985).

____, 'Insider Trading, Secret Agents, Evidentiary Privileges, and the Production of Information'. 1981 The Supreme Court Review.

Easterbrook FH and Fischel DR, *The Economic Structure of Corporate Law* (1. Harvard Univ. Press paperback ed. 1996, digitally repr, Harvard Univ Press 1996).

Gonçalves DC (ed.), *Código das sociedades comerciais anotado: e regime jurídico dos procedimentos administrativos de dissoluçao e de liquidaçao de entidades comerciais (DLA)* (2.ª ed. (rev. e act.), 2.ª reimpr., Almedina, 2014).

____, 'O Regime Da Responsabilidade Por Dívidas Em Caso de Cisão Simples Múltipla' ano 68 ROA.

Leitão LMT de M, 'Fusão, Cisão de Sociedades e Figuras Afins', n.º 57 Fisco.

Lobo CB, 'Neutralidade Fiscal Das Fusões: Natureza Jurídica', *Fiscalidade — Revista de Direito e Gestão Fiscal* (26/27 edição do Instituto Superior Gestão (Abril-Junho/ /Julho-Setembro, 2006), Coimbra Editora).

Marques E, *Código Das Sociedades Comerciais Em Comentário*, Vol. II (Almedina, 2011).

Menezes Cordeiro A, *Manual de Direito das Sociedades*, Vol. 1, (Almedina, 2011).

Nogueira Serens M, 'A Translação de Empresas Nos Negócios de Fusão e Cisão' (2016) IV Congresso Direito das Sociedades em Revista 382.

Olavo Cunha P, *Direito das Sociedades Comerciais* (7.ª ed., reimpressão, Almedina, 2021).

Oliveira AP de, *Manual de Corporate Finance* (2.ª ed., Almedina, 2017).

Russo FC, 'Fusão e Cisão de Sociedades (Portugal)', *Questões de direito societário em Portugal e no Brasil* (Almedina, 2012).

Teixeira MD, 'A Cisão No Direito Português', Ano 138.º, O Direito.

Varela A, 'Das Obrigações Em Geral', Vol I (10.ª, 2009).

Vasconcelos J, *A cisão de sociedades* (Universidade Católica Editora, 2001).

Ventura R, 'Adaptação Do Direito Português à Sexta Directiva Do Conselho Da Comunidade Económica Europeia Relativa Às Cisões Das Sociedades Por Acções' (1982) n.º 10, Documentos de Direito Comparado, Lisboa.

____, *Fusão, Cisão, Transformação de Sociedades, Comentário Ao Código Das Sociedades Comerciais* (1.ª ed., Almedina, 1990).

Jurisprudência

[2001] Tribunal da Relação de Lisboa Processo n.º 0021291, Azadinho Loureiro.

[2002] Supremo Tribunal de Justiça Processo n.º 02B1951, Neves Ribeiro.

[2003] Supremo Tribunal de Justiça Processo n.º 02S2246, Emérico Soares.

[2004] Supremo Tribunal de Justiça Processo n.º 04B018, Quirino Soares.

[2007] Tribunal da Relação de Lisboa Processo n.º 3721/2007-4, Ferreira Marques.

[2008] Subdirector-Geral dos Impostos Processo n.º 330/2007.

[2010] Tribunal da Relação de Coimbra Processo n.º 8/07.5TBAVR.C1, Carlos Moreira.

[2011] Supremo Tribunal Administrativo Processo n.º 0865/11, Valente Torrão.

[2017] Tribunal Central Administrativo Norte Processo n.º 01234/10.5BEAVR, Mário Rebelo.

Outras Fontes

'Altice Ganha 25 Milhões Com Venda de 700 Antenas à Cellnex' *Jornal de Negócios* (20 August 2021) <https://www.jornaldenegocios.pt/empresas/detalhe/altice-ganha-25-milhoes-com-venda-de-700-antenas-a-cellnext>.

Carregueiro N and Atalaia R, 'Meo Vende 49,99% Na Rede de Fibra à Morgan Stanley' *Jornal de Negócios* (13 December 2019) <https://www.jornaldenegocios.pt/empresas/telecomunicacoes/detalhe/meo-vende-4999-na-rede-de-fibra-a-morgan-stanley>.

Deloitte Development LLC, 'Spin Cycle: The Rise of Technology Sector "de-Mergers"' <https://www2.deloitte.com/content/dam/Deloitte/us/Documents/mergers-acqisitions/us-ma-tech-spinoff.pdf>.

Hill A, 'Demergers Risk Less and Add More than Most Mergers' *Financial Times* (9 March 2010) <https://www.ft.com/content/7402ab00-2bb8-11df-a5c7-00144feabdc0>.

Nunes F and Silva MS, 'Altice Vende Torres Da Meo a Pires de Lima, Sérgio Monteiro e Morgan Stanley' *Eco* (20 June 2018) <https://eco.sapo.pt/2018/06/20/bloomberg-altice-vai-vender-torres-da-meo-ao-morgan-stanley/>.

Relvas RB and Carregueiro N, 'NOS Vende Torres à Espanhola Cellnex Por 550 Milhões' *Jornal de Negócios* (14 April 2020) <https://www.jornaldenegocios.pt/empresas/telecomunicacoes/detalhe/nos-vende-torres-a-espanhola-cellnex-por-550-milhoes>.

Sanderson R and Parker A, 'Spin-Offs Show Demergers Are Staging Comeback' *Financial Times* (29 March 2010) <https://www.ft.com/content/1c79c072-3b6b-11df-b622-00144feabdc0>.

Thomson Reuters Practical Law, 'Prudential Plc: Demerger of Jackson Financial Inc.' <Prudential plc: demerger of Jackson Financial Inc. | Practical Law (thomsonreuters.com)>.

____, 'Prudential Plc: Demerger of M&G Plc' <Prudential plc: demerger of M&G plc| Practical Law (thomsonreuters.com)>.

O DEVER DE RENEGOCIAR O CONTRATO

Mitos e realidades de uma ideia errante

Pelo Prof. Doutor Manuel Carneiro da Frada(*)

Sumário:

1. Introdução; as incertezas do tema. **2.** A ambiguidade da expressão, a tendência actual e a nossa posição (em síntese). **3.** O dever de renegociação e a autonomia privada: paradoxos e dificuldades perante o sistema de fontes; dever de meios e vinculação ao fim. **4.** A determinabilidade mínima do contrato modificativo como condição *sine qua non* do dever de renegociar. **5.** O dever de renegociar e o *poder* de renegociar. **6.** O dever de renegociar enquanto dever de colaboração com vista a um ajustamento razoável do contrato. **7.** A modificação (por renegociação) do conteúdo contratual vs. *v.g.*, uma novação ou transacção; alusão ao erro sobre a base do negócio. **8.** O dever de renegociar de boa fé como falso dever de renegociar, enquanto (tão só) dever de uma conduta correcta na negociação. **9.** O dever de renegociar e a sua configuração à luz da regra da conduta de boa fé e do sistema de fontes das obrigações. **10.** A configuração do dever de renegociar e a sua relação com a fisionomia do direito à adaptação do contrato, potestativo ou de crédito. **11.** *(cont.)* O impacto da estrutura creditícia ou potestativa da posição activa a que se ordena o dever de renegociar no tipo de tutela. **12.** Um dever geral de renegociar em virtude de uma alteração das circunstâncias? **13.** O ajustamento de contratos duradouros para lá do campo da alteração das circunstâncias. **14.** *(cont.)* Dever de renegociar, integração de lacunas e adaptação do programa contratual. **15.** A tutela do dever de renegociar (*rectius*, de ajustar o contrato); alusão breve à desvinculação por inexigibilidade. **16.** *(cont.)* A tutela do dever de renegociar de boa fé. **17.** Epílogo.

(*) Doutor em Direito. Professor da Faculdade de Direito da Universidade do Porto.

O presente estudo destina-se a um volume dedicado ao Doutor António Pinto Monteiro. Um agradecimento é devido a António Barbosa da Frada por algumas sugestões provindas do seu saber e experiência na (re)negociação de contratos duradouros.

1. Introdução; as incertezas do tema

I — Propomo-nos clarificar o dever de renegociar à luz das principais coordenadas dogmáticas que para o efeito se impõe considerar, esconjurando algumas mitificações que lhe vão associadas e que fazem dele uma espécie de ideia errante a pairar, incerta, no direito fazendo dos contratos da actualidade; em especial no território da alteração das circunstâncias e das relações duradouras.

De facto, apesar da ambiguidade de interpretações que facilmente permite — ou talvez, antes, por causa dela —, este dever experimenta uma conjuntura favorável, concitando simpatias múltiplas na novel doutrina.

Os tempos ainda muito recentes da Covid-19 nada mais fizeram do que exacerbar essa tónica: afinal, se sujeitássemos em larga escala os contratos afectados pela pandemia, em vez de a intervenções autoritárias do legislador, a uma renegociação, conseguir-se-iam certamente, com a participação activa das partes, resultados equitativos e optimizadores do desenvolvimento do tráfico jurídico; assim promovendo, em tempos difíceis, um ambiente de paz social.

Entretanto, a tragédia na Ucrânia, na vastidão dos seus efeitos, veio proporcionar outro campo fértil para a testagem da oportunidade da renegociação dos contratos e a proliferação das suas variadas experiências.

Mas o dever de renegociar é em qualquer caso invocado como procedimento tendencialmente justo e remédio especialmente idóneo para responder a perturbações do programa obrigacional nos contratos duradouros (especialmente também no contexto internacional onde é alegadamente tido, até, como expressão das exigências da *lex mercatoria*[1]); mesmo das

---

(1) Estabelecem, os Unidroit Principles (SECÇÃO 2: HARDSHIP):

ARTIGO 6.2.1
(Obrigatoriedade do contrato)

Quando o cumprimento de um contrato se torna mais oneroso para uma das partes, tal parte continua, ainda assim, obrigada a cumprir o contrato, ressalvadas as disposições seguintes a respeito de hardship.

ARTIGO 6.2.2
(Definição de hardship)

Há hardship quando sobrevêm fatos que alteram fundamentalmente o equilíbrio do contrato, seja porque o custo do adimplemento da obrigação de uma parte tenha aumentado, seja porque o valor da contraprestação haja diminuído, e

a) os factos ocorrem ou se tornam conhecidos da parte em desvantagem após a formação do contrato;

b) os factos não poderiam ter sido razoavelmente levados em conta pela parte em desvantagem no momento da formação do contrato;

que possam não ultrapassar o limiar da relevância em sede de alteração das circunstâncias. Com efeito, tais contratos fazem sentir, a par da importância da estabilidade necessária ao relacionamento entre as partes, a da sua flexibilidade perante um evoluir de "pressupostos extracontratuais do contrato" que não foi ou pôde ser antecipado, surgindo esse dever como instrumento (de compromisso) para o efeito.

Às vezes, por fim, é a perduração da relação duradoura que pode perigar e as partes acautelam a hipótese de uma denúncia, resolução ou revogação, sujeitando aquela de entre elas que pretenda extingui-la a um dever de renegociar antes os termos de uma possível prorrogação do contrato ou então dessa mesma extinção.

Supõe-se que o envolvimento e o empenhamento de ambas as partes numa renegociação pode criar, num contrato, mais valor para distribuir entre elas do que a interferência de um juiz. Facto é, porém, que qualquer uma delas pode entender que tiraria mais vantagens de uma atitude não cooperante. A renegociação opera, pois, num terreno dilemático para qualquer uma das partes, daí podendo resultar dissídios e uma conflitualidade entre elas.

II — Apesar da simpatia que concita, o dever de renegociar encontra-se envolto em muitas incertezas e penumbras do ponto de vista jurídico. Dever susceptível, como a prática demonstra, de ser clausulado pelas partes, ou dever, também, de direito objectivo, a complementar o disposto no art. 437.º/1 do Código Civil(2)? Apesar de este, inexplicavelmente, o não

---

c) os factos estão fora da esfera de controle da parte em desvantagem; e
d) o risco pela superveniência dos fatos não foi assumido pela parte em desvantagem.

ARTIGO 6.2.3
(Efeitos da hardship)

1 — Em caso de hardship, a parte em desvantagem tem direito de pleitear renegociações. O pleito deverá ser feito sem atrasos indevidos e deverá indicar os fundamentos nos quais se baseia.

2 — O pleito para renegociação não dá, por si só, direito à parte em desvantagem de suspender a execução.

3 — À falta de acordo das partes em tempo razoável, cada uma das partes poderá recorrer ao Tribunal.

4 — Caso o Tribunal considere a existência de hardship, poderá, se for razoável,
a) extinguir o contrato, na data e condições a serem fixadas, ou
b) adaptar o contrato com vistas a restabelecer-lhe o equilíbrio.

Veja-se também o favor de que gozam os deveres de renegociação nos PECL (Principles of European Contract Law) — aí o art. 6.111(2) e (3) — e ainda, mas limitadamente, o art. III — 1:110 do DCFR (Draft Common Frame of Reference).

(2) Todas as disposições citadas sem indicação de proveniência pertencem, em princípio, ao Código Civil.

mencionar, cingindo os efeitos das alterações das circunstâncias à resolução e à modificação — subentenda-se — determinada pelo juiz? E dever de meios, ou dever de resultado? Quando não previsto pelas partes, dever a afirmar em todos os contratos, ou apenas nalguns, e em quais? Se de direito objectivo, independente de uma alteração das circunstâncias ou tão-só dela decorrente? Expressando uma concretização da regra de conduta segundo a boa fé, como dever acessório geral? Sancionável e, se sim, com que consequências?

III — O favor de que goza o dever de renegociar prender-se-á com constituir ele facilmente uma manifestação de um certo impressionismo jurídico, muito em voga na actualidade; uma tendência, que, furtando-se ao árduo trabalho da estruturação dogmática, se acoita por vezes por detrás de ideias sugestivas revestidas de expressões versáteis(3).

Por outras palavras, o êxito do dever de renegociar e a empatia que espontaneamente gera resultam em larga medida do optimismo nebuloso que facilmente se associa a essa expressão plástica e ambígua.

No entanto, poucos serão os temas que, como o dever de renegociar, colocam a tão melindrosa como actual questão da articulação entre a autonomia privada e a vinculação contratual.

As considerações que se seguem não podem, no entanto, esquadrinhar exaustivamente as modalidades e o tipo de deveres de renegociar que a prática jurídica aponta. Propõem-se apenas algumas linhas-mestras para uma melhor compreensão de uma figura fugidia; principalmente porque nela a liberdade contratual se pode confundir com o espaço da adstrição.

E, como facilmente se perceberá, muitas dessas considerações se ajustam também, com as necessárias adaptações, ao simples dever de negociar um contrato, ainda que fora do âmbito da pretensão de modificação de um contrato pré-existente. Ambos, por conseguinte, teremos em mente.

IV — Num tema importante do direito dos contratos, a doutrina hesita, por entre equivocidades e inconsistências. Alguns defendem resolutamente um dever de renegociar em caso de alteração das circunstâncias,

---

(3) Nada há, por suposto, contra a força das expressões, mesmo se de conteúdo inseguro. Mas elas não eximem o jurista de uma estruturação dogmática. Assim, o dever de renegociar poderia considerar-se uma manifestação, por exemplo, da "contratação mitigada" de que se vem falando entre nós — *vide* Menezes Cordeiro, *Tratado, II, Parte Geral*, 5.ª ed. (com a colab. de António B. Menezes Cordeiro), Coimbra, 2021, pp. 229-230 —, embora a locução se preste a equívocos.

outros mostram-se mais comedidos ou, até, reticentes(4). E fazem curso, mesmo entre autores de referência, posições sincréticas, procurando conciliar em fórmulas redondas o dificilmente compaginável.

Ao mesmo tempo que parece pensar-se, por exemplo, que, em sede de alteração das circunstâncias, não existe entre nós uma obrigação de renegociação em sentido próprio, devendo essa renegociação assentar numa base voluntária, diz-se concomitantemente que o princípio da boa fé, aplicável ao longo de toda a vida do contrato — e assim, naturalmente, como a lei expressa, também quando este é afectado por perturbações que o desequilibram de forma acentuada e tornam o seu cumprimento excessivamente oneroso —, pode fazer surgir um dever desse tipo. Temos, pois, que o dever de renegociar, a não ser que fosse pactuado pelas partes, não seria geral, mas apresentaria um fundamento geral; poderia existir ou não, consoante as circunstâncias, sem todavia ficar claro em quais, e em que se traduz por fim o referido dever.

---

(4) Entre os mais favoráveis, sobretudo no âmbito das relações duradouras, Nuno Pinto de Oliveira, v.g. *Princípios de Direito dos Contratos*, Coimbra, Coimbra Editora, 2011, p. 582, ss., para o qual, estando preenchidos os requisitos da relevância da alteração anormal das circunstâncias, a cláusula geral da boa fé originaria para as partes um dever jurídico de renegociação do contrato»; generosamente também, Ana Perestrelo de Oliveira e Madalena Perestrelo de Oliveira, *Incumprimento Resolutório: uma Introdução*, Coimbra, Almedina, 2019, p. 128, ss., e Ana Perestrelo de Oliveira, *Desvinculação Programada do Contrato*, Coimbra, 2021, p. 309, ss. Em sentido diverso, porém, e com bons motivos, Catarina Monteiro Pires, *Contratos. I. Perturbações na Execução*, Coimbra, 2019, p. 196, assim como, extensamente, Gonçalo Andrade e Castro, «Dever de renegociar e modificação do contrato pelo juiz», *in Estudos em Honra de João Soares da Silva* (coord. Carlos Osório de Castro, Coimbra, 2021, esp. p. 108. Comedidamente também Mariana Fontes da Costa, *Da Alteração Superveniente das Circunstâncias*, Coimbra, 2017, p. 481, ss., e Henrique Sousa Antunes, «A alteração das circunstâncias no direito europeu dos contratos», *in CDP 47*, 2014, p. 17. Com posições próximas ou similares das que defendemos pode ver-se, mais recentemente, Diogo Costa Gonçalves, «Crise e renegociação dos contratos no Direito português e brasileiro — Algumas reflexões», *in RFDUL*, Número temático *Covid-19 e o Direito*, Lisboa, 2020, 149, ss.

No espaço da lusofonia, o tema tem merecido muita atenção no Brasil, nomeadamente pela mão de Judith Martins Costa. Veja-se, por último, na sequência da pandemia e com ampla perpectiva comparada, Judith Martins Costa/Paula Costa e Silva, *Crise e Perturbações no Cumprimento da Prestação/Estudo de direito comparado luso-brasileiro*, S. Paulo, 2020, pp. 89, ss., e 316, ss.

Destaque ainda para a discussão do tema na Alemanha; especialmente na sequência da proposta de Norbert Horn, no âmbito dos estudos para a reforma do direito das obrigações tudesco, de introduzir um dever legal de renegociar por alteração das circunstâncias ou denúncia ad nutum do contrato (referências várias nos autores acima citados). Crítico, Michael Martinek, «Die Lehre von den Verhandlungspflichten — Bestandaufnahme, Kritik…und Ablehnung», *in AcP 198* (1998), p. 329, ss.

Uma ampla perspectiva crítica da "análise económica" da responsabilidade contratual e pré-contratual, com atenção à renegociação do contrato, é oferecida por Paulo Mota Pinto, *Interesse Contratual Negativo e Interesse Contratual Positivo*, I, Coimbra, 2008, p.356.

V — Propomo-nos, pois, contribuir para o esclarecimento de uma problemática que se reconhece ou adivinha evanescente e incerta.

Antes de mais, do dever de renegociar enquanto exigência hipoteticamente fundada no direito objectivo. Para lá, aí, do campo daquelas normas que possam especificamente prever ou impor, em certos domínios como o do arrendamento ou do processo especial de recuperação de empresas, o dever de renegociar — ou mais genericamente, de adoptar formas e procedimentos específicos de ajustamento (não automático) dos contratos(5).

Porque, se as partes convencionaram um dever desse tipo, o que acima de tudo importa é interpretar o que disseram e seguir aquilo que estabeleceram: estamos no campo da autonomia privada onde impera o *pacta sunt servanda*.

De todo o modo, também os deveres de renegociação resultantes de um contrato estão sujeitos, segundo a sua natureza, a múltiplas impostações dogmático-racionais que se desenvolverão. A nossa análise abrange-os também.

2. A ambiguidade da expressão, a tendência actual e a nossa posição (em síntese)

I — Parece predominar actualmente, ainda que de forma difusa, o entendimento de que o dever de renegociar é amplo, constitui um mero dever de meios (sem vinculação do sujeito à modificação do contrato, que poderia ou não ocorrer em função das circunstâncias), e é susceptível de ser imposto pelo direito objectivo, *ex bona fidei*; independentemente de convenção nesse sentido, em diversas situações, e em especial perante uma alteração das circunstâncias.

Temos, porém, por acertado o entendimento diametralmente oposto.

A nossa opinião é, em síntese, a de que o dever de renegociar, quando não convencionado pelas partes, nem é amplo, nem é de meios (no sentido

---

(5) *Colorandi causa*, assim tem ocorrido ciclicamente, no arrendamento, com a previsão de mecanismos de interacção das partes com vista à actualização de rendas ou com vista a uma transição de regimes contratuais por força de lei imperativa (cf., por exemplo, os arts. 27.º e segs. da Lei nº. 6/2006, de 27 de Fevereiro [NRAU]).

Veja-se ainda, no âmbito do direito vigente da recuperação de empresas, o disposto nos arts. 17.º-D e seguintes do Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas.

de totalmente desacoplado de uma adstrição pelo resultado), nem é susceptível de surgir *ex bona fidei*.

Importa, portanto, aprestar um modelo de compreensão dogmática do dever de negociar alternativo a esse *mainstream* doutrinário. Por forma a favorecer a limpidez conceptual, a inteligibilidade e a coerência do sistema jurídico, particularmente no que toca às fontes das obrigações.

II — A falta de clareza jurídica que rodeia o dever de renegociar resulta, antes de mais, de ele se apresentar susceptível de abarcar uma multiplicidade de realidades.

Desde logo, atendendo a um seu significado potencialmente *bifronte*. Com efeito, pode ser concebido como

i) *dever relativo à organização de um processo negociatório*, que adstringe o sujeito a um conjunto de etapas, protocolos ou procedimentos objectivos e específicos, recortados com precisão e tendentes a proporcionar espaço a uma negociação com vista à modificação do contrato — por exemplo, (*a*) a obrigatoriedade de tomar a iniciativa de conversações visando uma possível modificação do contrato mediante o estabelecimento de um calendário de reuniões para o efeito, ou (*b*) a vinculação a elaborar de um estudo verificada uma certa ocorrência com impacto no contrato (*v.g.*, terminado o prazo desse contrato) para averiguar os termos da sua hipotética prorrogação, ou (*c*) a prestar informações que, vencendo assimetrias informativas, habilitem a contraparte a fazer uma proposta em ordem a uma prorrogação contratual, etc.,

ii) ou então compreender-se enquanto dever de puro comportamento tendo por objecto a *actividade negociatória* em sentido estrito, de busca dialógica (dentro do processo previsto) de uma (possível) modificação do contrato.

Por outro lado, mesmo esta actividade ou conduta propriamente negociatória concebe-se ou *(α)* como desvinculada relativamente à obtenção de um consenso, ou *(β)* em que o sujeito se encontra juridicamente comprometido com a adaptação do contrato, orientando-se, nessa medida, para um resultado que é devido.

Todas são compreensões legítimas do "dever de renegociar", que podem, na sua diversidade, contaminar a discussão jurídica do tema.

Centrar-nos-emos principalmente no dever de renegociar em sentido estrito; naquele que se não esgota, por vontade das partes, na mera propi-

ciação de fases e procedimentos tendentes a abrir ou garantir um espaço para a renegociação propriamente dita, e em que está em causa um empenho pessoal do sujeito, de promoção de um consenso contratual modificativo do contrato originário.

III — Em todo o caso, o dever de renegociar pode equacionar-se em situações específicas, por força da lei ou da vontade das partes. Por exemplo,

i) verificada uma alteração das circunstâncias; ou

ii) independentemente de previsão das partes, da necessidade de preservar o programa ou o escopo contratual comum em contratos de longa duração, ocorrida uma modificação da situação de facto subjacente (mesmo que ela não integre propriamente uma alteração das circunstâncias para efeito do art. 437.º/1), como eixo da articulação entre a estabilidade e a flexibilidade que esses contratos carecem de ter; ou ainda, mais amplamente,

iii) quando as partes tenham previsto um dever desse tipo para afrontar uma eventual alteração das circunstâncias,

iv) ou, simplesmente, para concretizar, adaptar ou complementar mais tarde, em caso de necessidade, o programa contratual dos contratos que celebraram.

IV — Onde se afirme, o dever de renegociar visa possibilitar uma modificação do contrato mediante uma actividade de cooperação do sujeito em ordem a uma modificação do contrato, nesse sentido, para uma conduta bilateral. Distingue-se, pois, das cláusulas de adaptação automática dos contratos (como as de indexação imediata de preços em função de certos índices).

3. O dever de renegociação e a autonomia privada: paradoxos e dificuldades perante o sistema de fontes; dever de meios e vinculação ao fim

I — A nitidez da compreensão dogmática do dever de renegociar implica o estabelecimento de uma separação clara entre o espaço da liberdade contratual e o âmbito da vinculação dos sujeitos. Independentemente de por onde passe, ou possa correr concretamente a linha de fronteira, só

essa distinção preserva a autonomia privada como domínio do livre arbítrio do sujeito — a englobar também o seu livre alvedrio de não contratar (a liberdade negativa de contratar)([6]) —, extremando-a do campo do dever.

O dever de renegociar tem como referente um contrato (*rectius*, a modificação de um contrato existente), assim trazido para a órbita do "dever". Pelo que a adequada identificação do correspondente terreno da adstrição, implica a clara identificação das situações em que há um dever de contratar.

Tal dever, uma vez que é expressão de uma heteronomia que limita o sujeito, requer uma justificação — leia-se, uma fonte idónea para se poder afirmar.

Pelo que, num sistema, como o nosso, assente na autonomia privada, a regra apenas pode ser a da necessidade de uma justificação positiva do dever de contratar.

Só há, portanto, um dever de contratar quando um facto jurídico idóneo vincule o sujeito a celebrar um contrato (por exemplo, um contrato-promessa, ou uma lei que imponha o contrato a entidades fornecedoras de bens e serviços essenciais)([7]).

Quer dizer que, perante este jogo de princípio/excepção, o dever de contratar apenas pode admitir-se quando positivamente justificado. Na dúvida não o há.

II — O dever de renegociar encontra-se, pois, umbilicalmente articulado com as fontes do dever de contratar: mesmo sem respondermos, por

---

([6]) Sem uma esfera que garanta ao sujeito um "quero, posso e mando", ele não é livre. O facto de a liberdade haver de ser eticamente orientada não exclui ser ela postulada pela dignidade da pessoa; pessoa que, por ser livre, pode também usar mal, ou não convenientemente, a sua liberdade. E tal sem ignorar que para o Direito toda a liberdade participa do horizonte de sentido da própria juridicidade, não podendo, portanto, deixar de ser compreendida em termos ético-jurídicos. O que implica ter também a liberdade os seus limites, mesmo se esses limites se não traduzem em restrições formais extrínsecas ao espaço dessa liberdade, como paradigmaticamente ocorre no abuso do direito. Cf. o nosso *O conceito de dignidade da pessoa humana/Um mapa de navegação para o jurista*, Católica Law Review, IV, n.º 2, p. 152, ss.; ainda, desenvolvidamente, Mafalda Miranda Barbosa, *Estudos de Teoria Geral do Direito Civil*, Lisboa, 2017, p. 66, ss.

([7]) Nada obsta a que o dever de contratar possa ficar sujeito a uma condição, ou a uma ocorrência que o extinga automaticamente, ou de o adstrito invocar uma circunstância plausível ou uma justificação razoável perante a outra para o não fazer. Em qualquer caso, trata-se de um dever que, como tal, não existe enquanto não se demonstrar uma fonte que concretamente o origine validamente. De resto, o estabelecimento de um meio de tutela meramente penitencial para a sua infração, por exemplo, o pagamento de uma quantia a título de cláusula penal, ou, no contrato-promessa, a constituição de um sinal, com exclusão da execução específica, não afasta a existência de um dever. A natureza do dever é compatível com a modelação da sua intensidade pelas partes (do ponto de vista da tutela que possa merecer).

ora, à questão fulcral de saber se a actividade de renegociação tal qual é comummente entendida pode corresponder ou não, de um dever efectivo de contratar, certo é que o intérprete-aplicador não pode furtar-se à pergunta-chave de quais as fontes idóneas de um dever desse género em Portugal.

Neste aspecto, entende-se maioritariamente entre nós que, sem prejuízo de as partes também o poderem estabelecer mediante a celebração de um contrato-promessa, a própria boa fé — logo e sintomaticamente no campo da vizinha *culpa in contrahendo* — poderia originar, realmente, um dever de contratar, ao menos em certas circunstâncias([8]).

Facto é, porém, que um dever desse tipo — de celebrar um contrato *ex vi* da boa fé — não se encontra *apertis verbis* consagrado no Código Civil português. E com boas razões: a nosso ver, ele não passa de uma quimera, perigosa para a autonomia dos sujeitos e não suportada pela melhor interpretação do sistema de fontes das obrigações. As constelações de hipóteses relevantes podem e devem ser resolvidas com recurso a outros instrumentos dogmáticos; designadamente, como propomos, à teoria da (responsabilidade *pura* pela) confiança([9]).

Tornando-se assim imediatamente questionável como é que o dever de renegociar haveria de poder brotar tão só *ex bona fidei*, tal qual o apresentam alguns.

III — Em todo o caso, quando não existe uma vinculação do sujeito à modificação de um contrato, não se vê como possa haver um qualquer dever de renegociar (de busca dialogante de um consenso). Se ele se encontra livre relativamente à adaptação do contrato, também não faz sentido admitir-se qualquer dever de o renegociar.

Este só pode, portanto, afirmar-se quando a modificação do contrato se apresentar, de alguma forma, vinculativa para ele. É paradoxal admitir um dever incidente sobre uma actividade caracterizada por um fim que é, afinal, livre de ser ou não alcançado por ele (cuja realização está comple-

---

([8]) Entre os que defendem, nalguns casos, um dever de contratar *"in contrahendo"*, veja-se, por exemplo, Menezes Cordeiro, já em *Da Boa Fé no Direito Civil*, Coimbra, 1984, I, p. 551, ss., e, por último, em «O princípio da boa fé e o dever de renegociação em contextos de "situação económica difícil"», *in II Congresso de Direito da Insolvência* (coord. Catarina Serra), Coimbra, 2014, pp. 58-59, assim como em *Tratado*, II, *cit.*, pp. 229-230; para outras indicações, mas procurando diferenciar situações, numa orientação de subscrever, Mariana Fontes da Costa, *Ruptura das Negociações Pré-contratuais e Cartas de Intenção*, Coimbra, 2011, p. 53, ss.

([9]) Debatemos amplamente este tema no nosso *Teoria da Confiança e Responsabilidade Civil*, Coimbra, 2003, pp. 458, ss., 502, ss., 537, 792, ss. (n. 883) e 836, ss., com referências.

tamente subordinada ao seu livre alvedrio). Como se fizesse sentido dizer-se que se tem de ir, ou deve ir… a lado nenhum. Com razão se diria que nos deparamos aqui com mais uma metamorfose do conhecido paradoxo do "dever livre" (em Direito).

O dever de renegociar (em sentido estrito, quando não se esgote na observância externa de um certo processo) só é, pois, um dever, quando há um fim cuja realização é vinculativa para o sujeito, sob pena de não ser dever (jurídico) algum.

IV — Assim, quando as partes estabelecem, *v.g.*, que na hipótese de uma disputa sobre a interpretação ou integração das cláusulas do seu contrato, "diligenciarão" ou "dialogarão sobre modos de composição de interesses a fim de obter uma solução para o diferendo" não parece, considerando o sentido destas expressões, haver propriamente um dever de alcançar uma saída consensual para essa crise contratual. Não tendo sido prevista uma vinculação das partes a certo parâmetro de solução (por exemplo, a uma interpretação ou integração que garanta certos objectivos), parece que importará então distinguir o que correspondeu ou se apresenta como decorrência objectiva de uma autonomia privada que já foi exercida no passado, pois não se pode exigir às partes que se desviem agora do que tenha sido implicado pelo seu exercício, modificando o contrato que celebraram.

V — Um mero "dever de conversar" ou de "entabular conversações" não parece por seu turno franquear a fronteira do dever jurídico.

A não ser que a sua observância seja apetrechada por alguma sanção em caso de violação. Tal significará, na verdade, que as partes se vincularam efectivamente a uma forma de preencher o contrato, de acordo com certos critérios — mesmo se não explicitados ou muito indeterminados —, perante obstáculos que afectam as condições concretas da exequibilidade desse contrato, e sem pôr em causa a sua subsistência.

Do mesmo modo — cremos — quando se prevê que uma delas apresente, no termo da relação contratual, uma proposta "razoável" ou "séria" à outra em ordem à sua prorrogação, permanecendo todavia a outra livre de a aceitar ou não: nesta hipótese, embora o fecho do contrato dependa da aquiescência daquela, para o proponente há já uma vinculação, e a actividade negociatória em causa não é livre.

Diversa é, no entanto, a previsão pelas partes de, caso queriam renegociar um contrato, o fazerem *de boa fé*. Este dever não vincula à actividade de renegociar em si. Incide antes sobre o modo de ela ser levada a

cabo, em cumprimento ou não, de um dever. Este dever já não é obviamente atingido pelo referido "paradoxo do dever livre".

VI — Por referência à conhecida dicotomia entre deveres de resultado e deveres de meios, o dever de renegociar propriamente dito, para ser um "real e verdadeiro" dever jurídico, não é, portanto, concebível como mero dever de meios em que o escopo visado se não imponha ao sujeito e esteja na disponibilidade dele, mas enquanto dever de fim com que o sujeito se encontra comprometido; e muito embora tal fim haja, segundo esse dever, de ser alcançado de determinado modo, em maior ou menor medida conformável pela iniciativa e a conduta dos sujeitos.

O dever de renegociar até pode ter sido consagrado pelas partes no contrato com expressões que sugerem tratar-se de um mero dever de meios. Só que apenas é um verdadeiro dever se o fim — a adaptação do contrato — for tido por elas como vinculativo. (Não se estranhando, por isso, a previsão de sanções, ou a devolução da competência de ajustamento do contrato a terceiros em caso de incumprimento).

De outro modo, a actividade negociatória é totalmente livre, comandada pelo livre arbítrio. Com o que a existência de um verdadeiro dever jurídico é posta em causa. A discricionariedade que exista no dever de renegociar é, portanto, rigorosamente vinculada: o espaço de liberdade que ele possa conter apresenta-se estritamente determinado pelo fim em vista do qual é concedido.

VII — Na realidade, os deveres de meios são todos finalisticamente orientados. Os meios apenas o são — e só podem ser exigidos — em função do fim que os estruturam e conformam enquanto deveres jurídicos. Assim ocorre com os deveres de meios do médico ou do advogado. Embora não assegurem ao beneficiário a saúde ou o vencimento da lide — e apenas o emprego de meios idóneos para os alcançar —, visam alcançá-los.

O paralelo permite uma observação: estes últimos deveres são de meios essencialmente porque o resultado depende de circunstâncias que estão fora do controlo do sujeito. Ora, no âmbito dos (autênticos) deveres de renegociar, a adaptação do contrato depende exclusivamente deles. Pelo que no dever de renegociar o espaço entre a conduta e o resultado almejado é mais curto. Na realidade, ele tem como referência ou integra-se num verdadeiro dever de resultado (a modificação do contrato).

Simétricamente, só há um direito a renegociar o contrato — *v.g.*, de concessão de crédito — se e na medida em que assista ao sujeito um direito à alteração do contrato.

VIII — O fim vinculativo a que se encontra endereçado o dever de renegociar, além de requisito do dever, determina naturalmente também o seu âmbito e conteúdo. Dele decorrem os critérios segundo os quais o contrato há-de ser modificado, o que se projecta nas condutas das partes para o efeito requeridas e visadas com o estabelecimento do dever de renegociar.

Tratando-se de um dever imposto por lei, importa atender à teleologia das normas que o prevêem, umas vezes mais, outras menos explicitadas. Sirva de exemplo os deveres de negociação que impendem sobre os credores em sede de processo especial de recuperação de empresas: os objectivos prosseguidos pelo legislador esclarecem o alcance e os termos em que se concretiza o dever de renegociar.

Nada de diverso ocorre perante deveres "negociais" de renegociar: há antes de mais que saber se as partes se vincularam a uma modificação do contrato, e quais, então, os fins visados por essa modificação, ainda que permanecendo indeterminado o seu conteúdo. Também eles esclarecem o âmbito e o conteúdo do dever de renegociar.

IX — Importa naturalmente ter presente que o facto de a modificação ser vinculativa para as partes não quer dizer que ela tenha necessariamente de ocorrer, especialmente quando a sobrevivência do contrato (de acordo com o conteúdo modificado) dependa de factores alheios ao controlo das partes como o são em princípio condutas de terceiros (estranhos à esfera de risco de cada uma das partes): por exemplo, de autorizações do Estado, ou da passagem de licenças urbanísticas, energéticas, de actividade, ou ambientais que estejam no âmbito da discricionariedade administrativa. A não concessão de tais licenças ou autorizações poderá determinar a caducidade, naturalmente, do dever de renegociar([10]).

X — Sem prejuízo do exposto, o espaço entre a ausência total de compromissos em ordem a um contrato modificativo e a vinculação à celebração desse contrato está aberto à modelação da autonomia privada. Podem, assim, as partes estabelecer para cada uma delas, no âmbito do que possam designar por deveres de (re)negociar, vinculações diferentes, e/ou de intensidade diversa, excluindo, em todo o caso, a exigibilidade da celebração de um contrato modificativo, mas prevendo, em seu lugar, outras consequências.

([10]) Mas só caberá em rigor falar de um dever de renegociar na medida em que a adaptação do contrato seja devida, ainda que este se encontre condicionado pro factores externos.

Assim, podem simplesmente querer vincular-se a um dever de renegociar de boa fé, dever esse que, incidindo apenas sobre o modo como as negociações hajam de decorrer, e não sobre o seu resultado, parece que manterá incólume a liberdade de qualquer delas celebrar ou não o contrato, o que incluirá também o direito a recusar negociações com esse fim.

Mas pode também estabelecer-se como conteúdo do dever de renegociar o dever de uma delas apresentar uma proposta razoável (*v.g.*, para a prorrogação do contrato), atribuindo à outra um direito contratual de opção, de a aceitar ou não; mesmo salvaguardando a possibilidade de o devedor da proposta a não apresentar embora sujeitando-o a outra consequência (que não a celebração forçosa do contrato) — por exemplo ao pagamento de uma cláusula penal como preço de arrependimento: o que pode estipular-se validamente, até por argumento *a fortiori* do regime do contrato-promessa, que permite, em princípio, a exclusão da execução específica por acordo das partes.

A vontade das partes decide.

4. A determinabilidade mínima do contrato modificativo como condição *sine qua non* do dever de renegociar

I — O fim não é, muitas vezes, suficiente para a fixação da concreta conduta que possa constituir o objecto do dever de renegociar. Muito embora possam dele extrair-se, em conformidade com a sua índole, critérios gerais para essa fixação.

A dificuldade não é, porém, de natureza diversa da de outros casos em que a prestação objecto de uma obrigação se não apresenta determinada, carecendo de o ser.

Certo é que a índole do dever como vínculo jurídico requer que seja possível a determinação do seu objecto.

Quer dizer que quando as partes dispuseram elas mesmas o dever de renegociar, e apresentaram também os critérios gerais de uma adaptação do contrato (por exemplo, num contrato de fornecimento, em função do preço médio do bem ou dos seus componentes no mercado, ou, numa empreitada, tendo em conta o custo de certos factores de produção, como a energia, ou considerando antes qualquer concreto objectivo a prosseguir com a adaptação do contrato), o dever de renegociar se especifica em ordem à realização do fim pretendido pelas partes.

Já tratando-se de deveres de renegociar fundados no direito objectivo, caberá ao intérprete-aplicador perguntar o que é que, face aos propósitos da lei, permite atingi-los de modo razoável(11).

Na ausência de critério — legal ou negocial — para determinar a prestação, vigora supletivamente, na nossa ordem jurídica, o da equidade (cf. art. 400.º/1). No limite, quando as partes não estejam de acordo, será o tribunal a decidir o que ela implique (cf. art. 400.º/2)(12). A equidade auxilia, pois, ao preenchimento daquele mínimo da determinabilidade que tem de apresentar o dever de prestar.

É sempre o critério substancial da igualdade — do nivelamento dos pratos da balança da justiça — que subjaz à equidade: o "justo meio" da Justiça, que o é também da justiça contratual. No limite, e na ausência de outros factores, ele teria de ser matematicamente apurado, a metade para cada um já reclamada na celebrada lenda de Salomão(13).

II — Por contraste, caso não seja possível determinar com um mínimo de precisão a conduta objecto de um dever de renegociação, não há dever (válido). É o que ocorre no espaço do livre arbítrio: se as partes apenas anunciaram a disponibilidade ou a mera intenção de renegociação futura de um contrato, a actividade renegociatória terá sido entendida certamente por elas enquanto liberdade. Não há então um verdadeiro dever.

Por isso ainda, quando só uma das partes se vincula — por exemplo, a apresentar uma proposta —, a outra, se for tida como livre de a aceitar ou não, não tem qualquer dever de renegociar.

---

(11) Por vezes é o próprio ordenamento que densifica o conteúdo do dever de negociar. Exemplo hoje marcante é o da negociação dos credores em sede de recuperação de empresas. Para uma reflexão de fundo sobre o tema e os objectivos dessa negociação é incontornável, na doutrina lusa, Nuno Pinto de Oliveira, «Responsabilidade pela perda de uma chance de revitalização?», *in II Congresso de Direito da Insolvência* (coord. Catarina Serra), Coimbra, 2014, 153, ss. Veja-se também Menezes Cordeiro, «O princípio da boa fé e o dever de renegociação em contextos de "situação económica difícil"», *cit.*, p. 64, ss. Extensamente sobre o tema também, numa perspectiva mais procedimental-processual, A. Soveral Martins, *Um Curso de Direito da Insolvência*, II, 3.ª ed., Coimbra, 2022, 125, ss., 311, ss., 393, ss. e *passim*. A Resolução do Conselho de Ministros n.º 43/2011, de 25 de Outubro, veio, neste âmbito, fixar princípios orientadores para a renegociação, com orientações patentemente transponíveis para o que nosso tema. Sobre esta pode confrontar-se também o comentário de Maria de Fátima Reis Silva, *Processo Especial de Revitalização/Notas práticas e jurisprudência recente*, 1.ª ed., Porto, 2012.

(12) Veja-se, a propósito da diferenciação entre indeterminação e indeterminabilidade da prestação, Fernando Ferreira Pinto/Isabel Teixeira Duarte, *Comentário UCP ao Código Civil, Direito das Obrigações, Das Obrigações em Geral*, Lisboa, 2018, p. 33, ss.

(13) Mas mostrando, naturalmente, também os excessos e limites do formalismo matemático.

Pertence, porém, ao campo da autonomia negocial, como dissemos, que as partes possam conformar os seus deveres (dir-se-á) com uma intensidade variável, moldando correspondentemente, ao menos dentro de certos limites, a tutela que para eles preveem. Exemplo paradigmático é, recorde-se, a vinculatividade diminuída que apresenta a obrigação de contratar emergente de um contrato-promessa sinalizado, de que o sujeito se pode via de regra eximir mediante a satisfação de um preço do arrependimento traduzido na perda do sinal ou na sua restituição em dobro.

Assim, podem também estipular, *v.g.*, que uma proposta que uma delas apresente, ou que uma adaptação do contrato que suscite em certas circunstâncias (só) possa ser recusada pela outra (desde que) com justa causa. (O critério do sacrifício exigível pode então libertar o sujeito da sua vinculação. Numa lógica diferente da do contrato-promessa sinalizado acima referido em que esse argumento não colhe, ficando o sujeito adstrito às consequências, embora limitadas, de um incumprimento.)

III — Por seu turno, a introdução, no âmbito da renegociação, de um critério de justificabilidade (de necessidade de fundamentação) perante a outra parte introduz um parâmetro bilateral de ponderação. A conduta de, afinal, não contratar, ao ter de ser justificada, deixa de ser arbitrária: pois as razões para o efeito hão-de ser oponíveis à outra. Fica esse comportamento sujeito, pois, à "razoabilidade intersubjectiva", para usar a expressão cunhada por Baptista Machado(14).

Transpôs-se então já o limiar da vinculação contratual; a desistência ou a recusa já não são totalmente livres, surge um reduto de vinculatividade, ainda que porventura pequeno, em que desponta um dever de contratar (de modificar um contrato). Há espaço para se falar de um genuíno dever de renegociação.

Diferentemente se o sujeito se afirmou apenas comprometer-se a considerar razoavelmente uma proposta que lhe chegasse. Aí nada mais haverá, de ordinário, senão uma disponibilidade para contratar no futuro, em termos que então ele venha a ponderar. Tal será insuficiente para mostrar uma vontade de vinculação à celebração de um contrato modificativo(15).

---

(14) Cf. na "A cláusula do razoável", *in Obra Dispersa*, I, Braga, 1991, esp. pp. 459, 462, ss., o que poderia bem considerar-se a última lição do saudoso Professor.

(15) A linha da distinção é fina. Quem se obriga apenas a ser razoável não se vincula ainda a um contrato. nem evidencia uma vontade segura nesse sentido, nem a boa fé o obriga a tal: cf. já Baptista Machado, *ibidem*.

5. O dever de renegociar e o *poder* de renegociar

I — Importa perguntar se pode acolher-se certo tipo de entendimento do que é o conteúdo do dever de negociar ou de renegociar, correspondente a um sentido muito comum da expressão agora a expor.

Com efeito, se por negociar se quer referir uma actividade do sujeito que, na perspectiva da celebração de um contrato, procura maximizar para si mesmo os proveitos e lançar sobre a contraparte os ónus e sacrifícios de um acordo, usando a seu bel-prazer — e desejavelmente com "engenho e arte" — uma ou várias estratégias em vista desse objectivo (porventura explorando inadvertências, assimetrias informativas, estados de necessidade, dependências, impostações da coerência argumentativa ou constrições económicas da contraparte), então essa atitude só pode conceber-se como legítima num quadro de liberdade de negociar, isto é, quando o sujeito tem a liberdade de celebrar ou não um contrato. Entendendo-se, assim, por negociar uma habilidade, ou a combinação ideal, com ela, de uma experiência acumulada e de um conjunto de circunstâncias favoráveis — que se faz frutificar de acordo com um plano estratégico, com a sagacidade e o talento do sujeito e das suas *soft skills*, reservando sem limite proveitos para si e procurando tirar partido das vulnerabilidades da outra parte —, ela não pode ser objecto de um dever.

Na verdade, a renegociação como condução astuta e inteligente de um processo que tem por fim captar para si vantagens à custa da outra parte e alijar ou diminuir custos — lançando-os sobre ela — só se compreende como uma actividade na disponibilidade do sujeito.

II — Renegociar, neste sentido tributário da linguagem comum, apenas é, portanto, configurável como objecto de um *poder*, não de um dever(16).

Porque, e de outro ângulo, se o sujeito se encontra vinculado a um certo fim negocial, então a renegociação — com o significado (usual) apontado — é inconcebível. Estando ele adstrito a esse resultado, no espaço demarcado por essa adstrição, tudo o que ele deste queira divergir é ilegítimo.

---

(16) Importa, concomitantemente, distinguir entre normas de conduta — o espaço do dever —, e normas de poder. Sobre o tema, conquanto noutro contexto, veja-se Pedro Caetano Nunes, *Dever de Gestão dos Administradores de Sociedades Anónimas*, Coimbra, 2012, p. 104, ss. *Vide*, ainda, as percucientes considerações de Miguel Galvão Teles, *Obrigação de Emitir Declaração Negocial*, 1963-2021, Coimbra, 2012, sobre a questão de saber se "é concebível um dever de querer" (sendo que, no presente contexto, nos interessa o que o autor designa de "faculdade de querer").

Quando age tão-só para incrementar os seus proveitos e diminuir os seus sacrifícios não está, assim, do ponto de vista subjectivo, a cumprir um qualquer dever jurídico de renegociar(17).

Por contraste, se o móbil do sujeito é, apesar de tudo, esse, e se este for reconhecido também como válido pelos critérios jurídico-normativo aplicáveis — quando for, pois, lícita, para o Direito, essa atitude —, então tal significa que estamos no contexto da autonomia privada e da liberdade contratual: o sujeito é livre de contratar ou não, e de condicionar(-se) como quiser essa decisão; pelo que tal é incompatível com um genuíno dever de renegociar.

6. O dever de renegociar enquanto dever de colaboração com vista a um ajustamento razoável do contrato

I — Uma vez, pois, que o dever de renegociar só o é se tiver por referente uma modificação ou uma adaptação do contrato vinculativas para o sujeito, ele apenas é susceptível de ser concebido como um dever de ajustar de modo colaborativo um contrato em função de certos critérios de conteúdo que se impõem ao sujeito.

Tratando-se de um dever estabelecido no contrato, é certamente possível que, devidamente interpretado, possa consubstanciar uma promessa, bilateral ou unilateral de uma das partes, à celebração de um contrato modificativo (havendo então de considerar-se a aplicação do regime do contrato-promessa, sem prejuízo do esbatimento da determinação do objecto contratual usualmente presente neste tipo de contratos); ou que signifique a concessão, à outra parte, de um direito potestativo de adaptação do contrato, certamente de acordo com parâmetros de equilíbrio e razoabilidade.

Em qualquer uma destas duas situações o dever de renegociar perde autonomia perante um dever negocial de contratar ou face à criação negocial de uma sujeição a direito de opção alheio (condicionado ou não).

II — Diferentemente se ele significa, quando estipulado, o reconhecimento a priori das partes de que, sobrevinda uma certa situação, o contrato carece de ser completado, o que haverá de fazer-se por acordo das partes.

---

(17) Admitir que pode ter havido, apesar disso (e ainda que excepcionalmente), cumprimento do dever de renegociar (se a conduta se harmonizou, não obstante, da que lhe era objectivamente pedida) implica ignorar totalmente o papel do fim do agente na acção de cumprimento.

Na verdade, parece que, enquanto dever autónomo, o dever de renegociar se há-de compreender, essencialmente, *como dever de cooperação ou colaboração em ordem à modificação do contrato*([18]), enquanto dever, pois, *de promover construtivamente o ajustamento ou a adaptação de um contrato*.

E tal independentemente da origem do dever: enxertado num contrato por vontade das partes — nesse caso como dever de prestar secundário assente na autonomia privada das partes, não autónomo, instrumental no contexto do programa contratual, em ordem à sua realização e à prossecução dos fins do contrato propiciados pelos deveres principais de prestação (que são também as que manifestam e expressam a causa do contrato) ou antes um dever incidente sobre as partes desse mesmo contrato por força da lei, se é esta a determinar heteronomamente o ajustamento do contrato e que as partes o promovam.

III — Sendo esse o entendimento possível, afinal, do dever de renegociar, o que pode então, genericamente, considerar-se pertencer ao seu conteúdo?

Regerá, naturalmente, antes de mais, a vontade das partes. Todos os protocolos por elas instituídos, todos os procedimentos ou processos *ex voluntate* previstos e tendentes à adaptação do contrato são evidentemente devidos.

Já quando nada se estabelece, ou as partes se referem, singelamente, a um dever de renegociação, parece que esse dever implicará, no mínimo, um dever de não recusar infundadamente uma proposta de adaptação consensual do contrato apresentada pelo titular do direito à adaptação (desde que razoável).

Discutível é se o onerado com o dever de renegociação tem de apresentar uma proposta razoável de adaptação do contrato. Cremos que um comportamento positivo desse tipo não será, de ordinário, exigível, sem prejuízo de circunstâncias especiais — por exemplo, a detenção de informação necessária pelo sujeito, ou cuja confidencialidade o onerado com o dever queira manter — poderem determinar solução diversa([19]). Bastará não poder recusar uma proposta razoável que lhe seja apresentada.

([18]) De harmonia com a notícia de Nuno Pinto de Oliveira, *op. cit.*, p. 265, assim se expressa também o Supremo Tribunal Federal alemão. Este ainda, pertinentemente, o entendimento do autor expresso em «Responsabilidade pela perda de uma chance de revitalização?», *cit.*, p. 159, ss.

([19]) Outra pode ser a orientação da lei em certos sectores específicos do ordenamento. Assim, no campo da revitalização de empresas, sobre o dever de apresentar uma proposta razoável em ordem a essa revitalização, cf. Nuno Pinto de Oliveira, «Responsabilidade pela perda de uma chance de revitalização?», *cit.*, p. 171, ss.

Pensamos, finalmente, que o titular do direito de adaptação, quando também sobre ele recaia o dever de renegociar, tem por sua vez o dever de (caso a outra parte o não faça) apresentar uma proposta razoável, assim como o de não recusar infundadamente a proposta que a contraparte lhe apresente.

A bilateralidade do padrão da razoabilidade a que deve obedecer o ajustamento do contrato manifesta-se([20]).

IV — Não se diga que esta "desgraduação" aparente do dever de renegociar a uma conduta colaborativa em relação a uma modificação do contacto de vida nega a sua importância ou ignora o seu enorme relevo na contratação moderna. É que, qualquer que seja o seu sentido exacto, e ultrapasse ela ou não o consentido pela natureza do dever correspondente a renegociação permite encontrar, à margem do sistema judiciário, soluções adequadas para superveniências e percalços contratuais de acordo com as aspirações das partes; o que se apresenta extremamente desejável e, sem dúvida, de incentivar no tráfico jurídico-negocial.

7. A modificação (por renegociação) do conteúdo contratual vs. *v.g.*, uma novação ou transacção; alusão ao erro sobre a base do negócio

I — Para lá, pois, do nevoeiro semântico que paira sobre a expressão "dever de renegociar", a actividade das partes é vinculada e, nessa medida, nada podem pretender renegociar "oportunisticamente" ao seu abrigo, devendo antes colaborar e cooperar entre elas em ordem a um ajustamento do contrato que é, para um onerado com aquela adstrição, devido.

Mas a modificação do contrato opera logo que elas, tenham-se atido ou não a essas exigências, alteram efectivamente o contrato inicial. Que, no cumprimento desse seu dever de renegociar — entendido sempre como dever de cooperar em ordem à modificação do contrato —, as partes possam consciente ou inconscientemente, divergir do que era pedido pela medida e termos do ajustamento a que estavam vinculadas, ultrapassando-

([20]) Recorde-se de novo a percuciente lição de Baptista Machado, *ibidem*, a respeito da designada "cláusula do razoável".

-os, decorre da sua liberdade (geral) de modificar o contrato precedentemente instaurado entre elas a seu bel-prazer, e do poder de disposição que, por acordo, têm sobre a relação contratual que dele brotou (cf., lapidarmente, o art. 406.º/1).

Não há nada de ilegítimo nisso. No limite, as partes podem mesmo ter decidido proceder, em vez de a uma modificação — que respeitaria a identidade da relação contratual, apesar da alteração da sua fisionomia —, antes a uma *novação integral* do programa obrigacional precedentemente instaurado entre elas([21]). Se assim resolveram, apesar de a lei ou convenção prévia entre elas lhes impor uma mera adaptação do contrato, é exclusivamente "assunto seu". Nada obsta a um exercício desse tipo da sua autonomia privada.

II — Não é, portanto, aquela divergência — dir-se-á entre o âmbito do *dever* de renegociar e o resultado do exercício do *poder* de renegociar — que, por si mesma, põe em causa a eficácia de tal modificação.

Mas especialmente quando assim ocorre, a modificação voluntariamente empreendida pelas partes pode ter elementos, em especial, de *transacção* sobre a relação pré-existente; sendo por isso também particularmente susceptível de ser atingida por um erro sobre a base do negócio.

Além deste, do mesmo modo o dolo, e outros vícios da vontade são naturalmente susceptíveis de afectar um acordo modificativo. Não o ocorrendo, se no cumprimento do dever de renegociar, as partes estabeleceram um acordo que, por defeito, divergiu do que era pedido pela medida e termos do ajustamento a que estavam vinculadas, é ainda possível verificarem-se outras figuras, como, *v.g.*, uma remissão, total ou parcial, de dívidas pré-existentes. As partes podem ainda, por exemplo, conformar a relação de liquidação da fase pretérita do contrato, ou antes em ordem ao futuro, mediante a estipulação de formas de compensação, ou de *dationes in solutum* ou *pro solvendo*. Tudo cabe, nos termos gerais, no acordo modificativo.

([21]) Para a distinção, precisamente a propósito da renegociação, entre as duas figuras, cf. elucidativamente, na jurisprudência, o acórdão do STJ de 17.12.2020 (relatora Maria João Vaz Tomé), acessível *in* <www.dgsi.pt>.

8. O dever de renegociar de boa fé como falso dever de renegociar, enquanto (tão só) dever de uma conduta correcta na negociação

I — O fulcro da nossa posição é o de que nem os sujeitos nem a lei podem determinar um dever de negociar (de meios), descomprometido de um certo objectivo.

Retóricas à parte, um dever desse género não existe se o sujeito apenas se vinculou a apresentar uma proposta, verificadas certas circunstâncias, quando nada se diga ou exija sobre os termos a que essa proposta deve obedecer; como não existe se lhe assistia apenas — menos ainda — o dever de simplesmente perguntar sobre o interesse ou a disponibilidade alheia para um certo entendimento, *v.g.*, para um encontro destinado a aferir a viabilidade de uma renovação ou modificação do contrato, ou se apenas lhe incumbia o dever de responder afirmativa ou negativamente a uma proposta alheia nesse sentido. Em todos esses casos, estamos ainda no reino da liberdade contratual.

II — Mas resguardemo-nos de rigorismos ou derivas conceptualistas, que arriscam escamotear o essencial.

Sendo o dever de renegociar uma expressão plástica, o que importa derradeiramente — trata-se de uma consabidíssima directriz cardinal do direito dos contratos — é a interpretação do que as partes quiseram. Na verdade, sob esse mesmo epíteto, podem elas ter querido tão só impor-se mutuamente, de forma expressa, um dever de actuar de boa fé em qualquer actividade negociatória futura que, ao abrigo da sua liberdade contratual (ainda que porventura pretendida intangível), quisessem vir a desenvolver.

Quando assim é, o dever pactuado incide sobre o "modo", e não sobre o "se" ou o "quando" dessa negociação. Nesse sentido, não restringe directa e propriamente a liberdade de celebrar ou recusar um certo contrato.

As partes limitam-se tão só a impor-se a si mesmas, *motu proprio*, o que a lei aliás sempre lhes assinalaria: um procedimento correcto nas negociações. Sem se comprometerem — repete-se — directamente com a celebração do contrato, se essa adaptação não era devida; e mantendo então, portanto, incólume a sua liberdade de desistir do processo negocial. (Sem que essa desistência possa, por conseguinte, alguma vez, ser considerada ilícita ou passível de uma responsabilização, designadamente por *culpa in contrahendo*.)

Mesmo assim pode uma estipulação desse tipo ser útil. Gera-se, por um lado, uma vinculatividade especial, assente no próprio comprometi-

mento autonómico das partes, que se sobrepõe à heteronomia da lei, reforçando as razões da obrigatoriedade do seu acatamento para os sujeitos.

Por outro lado, surgindo com frequência no contexto da determinação pelas partes de um procedimento formal tendente a abrir a possibilidade de modificar o contrato — portanto, de um processo renegociatório negocialmente determinado —, definem-se então também por vezes condutas concretas tidas pelas partes como expressão da boa fé, assim alargando ou especificando, para além de todas as dúvidas, o que a lei lhes pudesse já impor de modo indeterminado (também por força da regra de conduta de boa fé na execução do contrato, e tendo designadamente em conta o que o ordenamento jurídico dispõe genericamente para toda a actividade negociatória, em sede de responsabilidade pré-contratual, *ex vi* do art. 227.º/1).

III — Como quer que se apresente, a mera estipulação contratual de uma negociação de boa fé é já, à luz do exposto, compatível, com o uso, nessa negociação, de todos os expedientes e técnicas úteis à maximização dos proveitos próprios e à oneração da contraparte no contrato a celebrar, desde que lícitos e honestos.

Melhor se dirá, portanto, que um dever com este conteúdo representa um falso dever de renegociar. É, apenas, *summo rigore*, um dever de comportamento de boa fé na renegociação (livre) do contrato.

IV — Uma vinculação desse teor é negocial. Estabelecida pelas partes, ela insere-se na teia dos deveres de prestação que compõem uma certa relação contratual. Encontra-se, portanto, sujeita às vicissitudes respectivas, com consequências dogmático-operativas distintas das dos meros deveres *in contrahendo,* provenientes do direito objectivo.

Pode, por exemplo, o incumprimento desse dever conferir à outra parte uma excepção de não cumprimento, ou determinar a resolução do contrato à luz do sinalagma contratual. Está, por outro lado, dependente da validade ou eficácia do contrato em que se enxerta. Compreendendo-se, à luz da sua natureza negocial, a estipulação de cláusulas penais, ou outras — como de alienação ou aquisição potestativas de acções —, que sancionem o incumprimento do dever em causa. Temos sempre uma *culpa post pactum*, que representará com frequência um cumprimento defeituoso do contrato em que se insere a cláusula.

Distingue-se, pois, igualmente pelo regime, o dever negocial de negociar de boa fé dos deveres de consideração ou de protecção dos legítimos interesses pessoais ou patrimoniais da contraparte que decorrem para

as partes que decidem negociar por força do direito obiectivo e da regra de conduta segundo a boa fé; deveres que se apresentam largamente imunes a tais vicissitudes da relação contratual em que se inserem(22).

9. O dever de renegociar e a sua configuração à luz da regra da conduta de boa fé e do sistema de fontes das obrigações

I — Mas voltemos ao dever de renegociar propriamente dito, enquanto dever de cooperação na adaptação do contrato.

Se as partes o não convencionam, a lei não o impõe também com carácter de generalidade. De modo especial: assim como a boa fé pré-contratual não pode estabelecer por si — e ao contrário do que muitos admitem — qualquer dever de celebrar o contrato, assim também a regra de uma conduta segundo a boa fé que vigora durante toda a execução do contrato (cf. o art. 762.º/2) não gera um dever de adaptar esse contrato e, assim, de o renegociar. Pois a modificação só ocorre, à partida, se e na medida em que o sujeito *quiser:* (cf. o art. 406.º/1, não há modificação sem acordo).

Trata-se de uma indicação da lei difícil de ultrapassar para quantos advogam um dever de renegociar *ex boa fidei*. De facto, a liberdade contratual tanto se comprime quando se obriga alguém a celebrar um contrato, como se se adstringe alguém a modificar um contrato contra a sua vontade.

Não existe nenhum dever geral de celebrar um acordo modificativo de um contrato. Este, ao menos, o princípio. A mesma fonte idónea que se exige para a vinculação a um programa contratual se requer também para a sua modificação. Outra solução seria dissonante e não se perceberia facilmente. (Diferente, como se dirá, é a sujeição das partes ao preenchimento de uma lacuna contratual, ou, especialmente nos contratos duradouros, à necessidade de suportarem uma adaptação do contrato com vista à exequibilidade do programa contratual ou preservação do seu fim, tendo em conta uma superveniência que o possa ter afectado. Aí é a própria vinculatividade do contrato para as partes, tal qual foi querido por elas, que requer a modificação).

---

(22) Desenvolvidamente, o nosso *Contrato e Deveres de Protecção*, Coimbra, 1994, p. 60, ss., e 92, ss., e *passim*, assim como, mais recentemente, *Deveres (ditos) "acessórios" e o arrendamento*, ROA 73, I, Lisboa, Jan.-Mar. 2013, esp. p. 273, ss.

Pelo que a regra de conduta segundo a boa fé não pode ser, por si mesma, fonte geral de um dever de renegociar, já que não constitui também fonte de um dever de celebrar um contrato. No nosso sistema, a vinculação dos sujeitos a um dever de prestar (estabelecido *ex novo* ou por modificação de um dever pré-existente) só pode surgir de um contrato (mais raras vezes, de um negócio unilateral) e, fora desse âmbito, apenas quando a lei o estabeleça. Fazer da boa fé uma fonte de um dever de contratar "rompe" o sistema de fontes das obrigações instituído, que não a prevê entre elas.

II — Bem se compreende, por isso, que os deveres decorrentes da boa fé não levem a uma alteração do programa obrigacional, uma vez que eles se limitam a comandar o *modo* de execução desse programa (sem alterar as vinculações das partes). Seria estranho que um mero dever de comportamento houvesse de conduzir a uma modificação do programa obrigacional.

III — Deste modo, também a interrupção ou a ruptura de negociações que tenham sido empreendidas voluntariamente pelas partes num contrato fora do âmbito de um dever contratual de renegociar não pode nunca gerar uma responsabilidade por *culpa in contrahendo*. Pois tal implicaria fazer da regra de conduta segundo a boa fé uma fonte da obrigação de contratar, causa suficiente, assim, do surgimento dos deveres de prestar que a esse contrato se pretendesse estabelecer.

O abandono das (re)negociações é pois, em si, sempre lícito e não censurável, se tais (re)negociações forem livres e não corresponderem a qualquer dever. E tal, ainda quando a ruptura do processo negocial possa dar lugar a uma responsabilidade pela confiança criada. Ilícita é neste aspecto apenas a não advertência, de uma parte à outra, de que as negociações não tinham um propósito sério, ou mantê-las quando desaparecera já qualquer interesse em contratar. Ilícito, por outras palavras, é tão-só criar ou manter indevidamente expectativas, não propriamente frustrá-las.

Existe certamente uma responsabilidade (pré-contratual) por ruptura das negociações, mas ela não se encontra vinculada a qualquer violação do dever de celebrar um contrato, antes se apresenta como uma situação de *responsabilidade pura pela confiança*(23).

---

(23) Cf. o nosso *Teoria da Confiança e Responsabilidade Civil*, *cit.*, pp. 458, ss., 502, ss., 537, 792, ss. (n. 883), 836, ss. e *passim*. Nesse sentido também Diogo Costa Gonçalves, *op. cit.*, p. 160, n. 19.

IV — Uma vez que o dever de renegociar não pode nascer tão só *ex bona fidei* ele apenas é susceptível de surgir na órbita de um direito à adaptação do contrato fundado adrede, com cuja realização o onerado há-de então cooperar (*ex bona fidei*).

Serão, em todo o caso relativamente restritas as condições de afirmação de um dever colaborativo deste tipo. Quando as partes não o prevejam, o direito objectivo raramente o imporá. Na verdade, apresentando-se o dever de renegociar como um dever de *facere*, ele constitui um dever de conduta positiva para o sujeito. Como tal, requer-se sempre um fundamento justificativo suficiente para o afirmar: *in dúbio*, *pro libertate*. Não está em causa a mera proibição da obstaculização a uma adaptação do contrato, naturalmente ilícita.

V — Com efeito, quando o sentido a que há-de obedecer a modificação do contrato seja inequívoco e/ou a sua realização esteja dependente de uma conduta do sujeito, caso este se recuse a colaborar sem motivo algum, obrigando a outra parte (titular do direito à modificação do contrato) a recorrer a terceiros (a quem tenha sido conferida uma competência secundária para ajustar o contrato em caso de falta de consenso das partes) ou, mesmo, à tutela judicial do seu direito, existe certamente uma violação do comportamento exigível.

Uma conduta segundo a boa fé proíbe em geral todo o comportamento que desnecessariamente obrigue a outra parte a recorrer a essa tutela.

A provocação indevida de uma lide escusada não constitui, porém, a violação de um dever de renegociar. Pois o que se exige do sujeito é apenas que ele não obstaculize o exercício de um direito de adaptação do contrato que cabe à outra parte: que dê a sua aquiescência voluntária, que preste o seu consentimento extrajudicialmente ao seu exercício, ou que contribua, mediante uma conduta que só dele depende, para a modificação do contrato a que a outra parte tem direito e que não tem motivo sério para recusar([24]).

([24]) Provocar a litigância de outrem sem motivo não é, de resto, um ilícito privativo das relações contratuais. O celebrado exemplo da constituição da servidão de passagem em favor do prédio encravado como forma de ilustrar aos estudantes, na pedagogia da Teoria Geral do Direito Civil, o direito potestativo e o seu exercício ilustra-o. Obviamente que se o titular do prédio serviente não faculta a passagem, nem acorda na escrituração voluntária da respectiva constituição, nem escolhe — mesmo não negando o respectivo direito potestativo — a faixa de terreno por onde se exercerá a passagem, actua ilicitamente e torna-se responsável pelo prejuízo causado ao credor. *Mutatis mutandis*, no campo dos contratos.

10. A configuração do dever de renegociar e a sua relação com a fisionomia do direito à adaptação do contrato, potestativo ou de crédito

I — Entendendo-se o dever de renegociar como dever de promover o ajustamento ou cooperar com uma modificação do contrato que é devida, o ponto de referência do seu conteúdo desloca-se para o direito correspondente. Este último pode ser entendido como potestativo ou creditício. Assim, ele é susceptível de configurar-se como instrumental (mediante a apresentação de propostas, ou de informações a tanto dirigidas, etc.) relativamente a um *poder potestativo* de modificação do contrato conferido à contraparte (encontrando-se o onerado numa situação de *sujeição* em relação a essa modificação), ou desenhar-se antes enquanto integrador ou preparatório do cumprimento de um *dever* de assentir na modificação do contrato, emitindo uma declaração negocial nesse sentido. Em qualquer dos casos: *ex bona fidei*, como dever acessório de conduta, ou, se instituído pelas partes, comungando das características de um verdadeiro dever de prestar, ao serviço de outros direito, potestativo ou creditício. (Aliás, embora os deveres de prestação correspondam a direitos de crédito, eles podem ordenar-se também a posições potestativas. A nossa ordem jurídica conhece vários deveres de prestar orientados para a celebração potestativa de contratos. Pense-se nas obrigações a cargo do onerado com uma preferência [real], *v.g.*, de notificar o titular do direito para preferir).

Por outro lado, o direito de adaptação do contrato pode sofrer mutações na sua natureza. Assim, havendo as partes estabelecido um *direito de crédito à modificação do contrato*, podem elas também ter determinado secundariamente um poder modificativo unilateral susceptível de ser usado se o correspondente dever (de emitir uma declaração negocial modificativa) não tiver sido acatado: a previsão de cláusulas de *tag along* ou de *drag along* em caso de falhanço de uma "renegociação" poderia constituir um bom exemplo de tal.

Não se altera a natureza do dever de renegociar.

II — O direito de modificação do contrato — ao qual se encontra ordenado o dever de renegociar — pode, portanto, ser entendido, quer enquanto direito potestativo a modificar unilateralmente o seu conteúdo, como enquanto direito à emissão de uma declaração negocial modificativa da outra parte([25]).

([25]) Nuno Pinto de Oliveira, no estudo de referência de que é autor (*op. cit.*, p. 265), reconhece e desenvolve estas duas dimensões possíveis do direito à modificação do contrato. No que respeita ao

São possibilidades, ambas, abstractamente possíveis. O que importa é o que a vontade das partes ou a lei determinam.

Duvidosa será a solução a considerar subsidiariamente, perante o silêncio ou a inconcludência dos elementos interpretativos. Dir-se-á ser mais consentâneo com a igualdade das partes que informa todo o direito civil a natureza não potestativa, meramente creditícia, do direito à modificação do contrato: privilegiando-se de algum modo, e em maior extensão, a possibilidade de uma intervenção activa do devedor na produção de efeitos jurídicos que o atingem; um conteúdo que não é, assim, deixado à determinação unilateral, ainda que judicialmente revisível, do titular do direito à modificação.

Por outro lado, importa, porém, reconhecer que obrigar o sujeito a emitir uma declaração negocial pode compreender-se como mais gravoso da sua liberdade do que expô-lo simplesmente a uma modificação do negócio, por isso que nenhum *facere* então se lhe exige (mesmo contrariando a sua vontade).

Mas relevará sobretudo a perspectiva da contraparte, titular do direito à adaptação do contrato. O seu interesse, se a sua posição for meramente creditícia, só consegue realizar-se através da mediação de outrem. É um direito, portanto, bem mais frágil do que se fosse configurado como potestativo.

Esta, sem dúvida, uma razão que milita em favor da natureza potestativa do direito ao ajustamento do contrato: a simplicidade e a eficácia da tutela. Assim, se a adaptação do contrato se fundar no direito objectivo parece razoável partir-se da preferência deste por este tipo de direito.

Por outro lado, aí onde a lei habilita o sujeito a requerer ao juiz a modificação do contrato, como em sede de alteração das circunstâncias, nos termos do art. 437.º/1 do CC, deferindo ao juiz, na íntegra, a palavra sobre determinação do teor da modificação, a sua posição é claramente potestativa, complementada embora por um acto judicial.

III —O dever de renegociar não é, em qualquer caso, autónomo do direito à adaptação do contrato por que se orienta.

Enquanto dever de promover essa adaptação, ele pode surgir como autêntico dever de prestar, instituído por vontade das partes, ou imposto

---

direito à modificação do contrato *ex vi* do art. 437.º/1, opina por uma construção dinâmica, gradualista: esse direito seria inicialmente um direito de crédito (a um comportamento da parte não prejudicada), convertendo-se em caso de violação ou não chegando as partes a um acordo, numa posição potestativa. Aqui divergimos: parece-nos que o direito à modificação *ex vi* do art. 437.º/1 é apenas (e *ab initio*) potestativo.

pela lei enquanto dever decorrente da regra de conduta segundo a boa fé instrumentalmente, em ordem a uma mais fácil adaptação.

Assim, o dever, *v.g.*, de o sujeito se disponibilizar a uma reunião, facultar uma informação, responder a uma proposta, ou justificar a recusa de uma proposta que lhe seja apresentada, pode também consubstanciar matéria de um dever de prestar ou, antes, de um dever de conduta decorrente da boa fé. Tudo depende de esse dever integrar ou não o programa obrigacional instituído pelas partes e/ou ser determinado especificamente pela lei.

IV — Não que a distinção seja irrelevante. Pelo contrário: o regime dos deveres de prestar e dos meros deveres de conduta é, como já se disse, muito diferente(26). Certo, em qualquer caso, é que o foco estará sempre no direito à adaptação, potestativo ou creditício.

A concessão, pela lei ou por contrato, a uma das partes no contrato de um direito potestativo à modificação não é, aliás incompatível com um dever da outra de colaborar activamente na sua modificação. Em todo o caso, onde não se lhe exija a emissão de uma vontade negocial enfraquecerá em geral o papel do dever de renegociar, por isso que a contraparte pode unilateralmente proceder a essa modificação dispensando a colaboração alheia.

V — Mas, o cumprimento da obrigação de renegociar não requererá necessariamente a emissão de declarações negociais tendentes à revisão do contrato. Aliás, muitas das declarações reclamadas do sujeito serão meras declarações de ciência (informações) tendentes a possibilitar essa adaptação, a operar unilateralmente ou não.

Por outro lado, será estreito o espaço para um dever de colaboração activa, decorrente apenas da boa fé, a intervir no preâmbulo do exercício do direito à modificação do contrato pela outra parte.

Recorde-se a plasticidade e equivocidade do dever de renegociar. Não pode estar em causa uma vinculação concreta do sujeito a um processo de adaptação do contrato especificamente estabelecido pelas partes (mais ou menos "protocolado", com previsão de calendários de reuniões, trocas de informações, prazos de resposta, etc.), pois semelhantes fixações procedimentais decorreriam então da vontade das partes e não propriamente da regra de conduta de boa fé. Como não está em causa o mero

---

(26) Pode ver-se, de novo, o nosso *Contrato e Deveres de Protecção*, *cit.*, 60, ss., 92, ss., e *passim*, e, ainda, *Deveres (ditos) "acessórios" e o arrendamento*, ROA 73, I, Lisboa, Jan.-Mar. 2013, esp. p. 273, ss.

dever de aceitar, concordar ou dar aquiescência a uma proposta de modificação feita por outrem (que remete o interprete-aplicador facilmente para o campo dos contratos-promessas unilaterais ou das cláusulas e dos direitos de opção).

De resto, já se disse, estamos fora do âmbito do mero dever de não obstaculizar sem motivo uma modificação a que a outra parte tem direito: como ocorre com qualquer direito subjectivo — sem especificidade alguma aqui — , aquele contra quem ele é exercível não pode dificultá-lo sem motivo.

Pelo que o dever de renegociar fundado na regra de conduta segundo a boa fé se cingirá essencialmente, na ausência da adstrição do sujeito a quaisquer concretos procedimentos tendentes à adaptação do contrato que possam ser queridos pela contraparte, (*i*) à disponibilidade para um contacto prévio, preparatório de uma adaptação extrajudicial (sem vinculação sua, repete-se, à forma concreta por que possam ter sido pensados os contactos desse tipo) (*ii*) ao dever de responder a uma proposta que tenha sido feita, (*iii*) ao dever de não recusar injustificada ou irrazoavelmente uma proposta do titular do direito à modificação do contrato, (*iv*) eventualmente ao dever de prestar uma ou mais informações destinadas a possibilitar o exercício do direito à adaptação do contrato.

VII — A dificuldade de autonomizar um dever de renegociar resulta, por fim, de poder entender-se esse dever como integrante da posição jurídica ao qual se ordena, o direito à modificação do contrato. Assim, mesmo o dever de prestar informações — por exemplo sobre uma estrutura de custos ou de proveitos — que possa pretender-se estar em certas circunstâncias incluído no dever de colaborar activamente nessa modificação, é também susceptível de ser entendido como integrando o conteúdo do direito à adaptação do contrato. Certamente que esse dever só existirá da parte daquele que se encontra vinculado à adaptação na medida em que a referida informação lhe seja realmente exigível, em especial face ao que possam também ser legítimos interesses seus na sua não divulgação (por exemplo, por versar segredos comerciais, ou outras matérias sensíveis para o sujeito e o desenvolvimento da sua actividade num contexto concorrencial). Em todo o caso, estaremos o mais das vezes no âmbito de aplicação dos arts. 573 e segs; o que leva a perguntar, perante este dever de prestar *ex lege*, qual afinal o relevo da admissão de que a conduta em causa decorre de um dever de renegociar por via da regra de conduta segundo a boa fé.

11. (*cont.*) O impacto da estrutura creditícia ou potestativa da posição activa a que se ordena o dever de renegociar no tipo de tutela

I — A configuração do direito à adaptação do contrato projecta-se no recorte da tutela do sujeito em caso de violação do dever de renegociar. O espaço estreito deste último faz com que essa tutela desague na tutela daquele direito.

Assim, se o dever de renegociar se ordena ao cumprimento da obrigação de celebrar certo contrato modificativo de outro anteriormente celebrado, emitindo a correspondente declaração negocial, a analogia com o contrato-promessa é patente.

Há naturalmente que determinar o conteúdo da modificação visada pelo direito correspondente, para proceder depois à execução específica do referido dever de contratar([27]). Mas não obsta uma eventual indeterminação inicial do conteúdo do contrato modificativo: o contrato-promessa pode perfeitamente instituir uma obrigação de contratar não totalmente especificada *ab initio* no seu objecto. Por isso, tal como na obrigação emergente de um contrato-promessa, determinado que seja o conteúdo do contrato modificativo, nada obsta a que essa modificação seja obtida mediante uma sentença que substitua a declaração negocial do faltoso.

A acção terá, assim, uma dimensão declarativa prévia, necessária para a produção deste último efeito.

As partes gozam, é certo, da possibilidade processual de, por acção ou por impugnação/excepção, exercerem o contraditório sobre a alteração do contrato a realizar. Assim, tal como o cumprimento do dever de renegociar dá lugar a um negócio concretizador das exigências que subjazem ao direito de adaptar o contrato — apresentando-se nessa medida o negócio modificativo como *negócio determinativo* do programa obrigacional que o contemplou([28]) —, também a actividade do juiz será determinativa, pois declara o direito de cada uma das partes no contexto do contrato que contém a cláusula de renegociação ou a ela sujeito por força da lei.

([27]) Diversamente, neste ponto como noutros da tutela do sujeito, Ana Perestrelo de Oliveira, *Desvinculação Programada do Contrato*, *cit.*, p. 301, ss., cujas considerações se explicam por a Autora ter em mente hipóteses de não vinculação das partes à adaptação do contrato.

([28]) Cingindo-se a renegociação à determinação do conteúdo do contrato em ordem ao cumprimento das exigências do contrato ou da lei, a modificação operada tem a natureza de um negócio determinativo. Sobre este género de negócios pode ver-se Tiago Soares da Fonseca, *A Transação Civil/Na litigância extrajudicial e judicial*, Coimbra, 2018, p. 404, ss.

II — É diferente a tutela de um direito potestativo à modificação do contrato. Neste caso, o juiz declara alterado o contrato sem se substituir propriamente a uma declaração negocial do faltoso, de que já se prescindia *ab initio* e que não é necessária. Precisamente por isso, esta acção não é susceptível de ser paralisada por circunstâncias que possam eximir, temporariamente ao menos, o devedor do seu cumprimento (como a impossibilidade subjectiva de emitir uma declaração negocial); pois falamos agora de um poder potestativo, de exercício unilateral, ao qual se contrapõe uma mera sujeição: o juiz declara simplesmente modificado o contrato de harmonia com o âmbito desse poder.

Mas também nesta hipótese pode o juiz ter de determinar antes o conteúdo preciso do exercício possível do direito potestativo à modificação do contrato, observando-se naturalmente o contraditório.

III — Num caso como noutro, rege a vontade das partes, que pode naturalmente prever outras consequências para a infracção do dever de renegociar por elas estabelecido. Assim, pode o titular do direito à adaptação do contrato, perante o incumprimento, pela outra parte, do dever de renegociar, prescindir da realização em espécie do seu interesse contratualmente assegurado mediante uma acção de cumprimento, e preferir recorrer a meios substitutivos, porventura mais práticos ou expeditos, de satisfação dos seus interesses; por exemplo a *call* ou a *put options*; previstas para o caso de falta de colaboração na adaptação do contrato.

Em qualquer dos casos, a tutela facultada pela ordem jurídica ou pelo contrato ao titular do direito à adaptação do contrato pode apresentar-se condicionada pelas partes à verificação de requisitos. Por exemplo, desenvolver-se no âmbito de uma ou várias *cláusulas escalonadas* de resolução de diferendos contratuais, mediante as quais se organizam as fases de um processo de adaptação do contrato querido, antes de tudo, como consensual([29]). Há então que obedecer à vontade que as partes expressaram.

([29]) Quanto às consequências da infracção dos deveres correspondentes (instituídos pelas cláusulas escalonadas), distinguindo consoante o dever de negociar decorre da lei ou do contrato, cf. Paula Costa e Silva, *Perturbações no Cumprimento dos Negócios Processuais*, Lisboa, 2020, 66, ss.

12. Um dever geral de renegociar em virtude de uma alteração das circunstâncias?

I — Perguntemo-nos agora se, independentemente da livre iniciativa das partes de renegociarem um contrato, existe ou não, especificamente, um dever geral e *ex lege* de o fazer, ocorrida uma alteração das circunstâncias.

Um dever desse tipo não está *apertis verbis* previsto no direito português, que estatui apenas a modificabilidade do contrato, verificados os pressupostos do art. 437.º/1.

II — O preceito apresenta um complexo jogo de regra-excepção entre a resolução e a modificação do contrato, de que resulta uma certa proeminência da primeira sobre a segunda.

De modo sumário: o lesado pela alteração pode à partida resolvê-lo e, se preferir modificá-lo, não lhe é consentido impô-lo arbitrariamente à outra parte(30).

É certo que, requerida pelo lesado a resolução, a outra parte pode opor-lhe a modificação, nos termos do art. 437.º/2. Mas é preciso que esta seja exigível, pois a modificação também não lhe pode ser imposta se não for justificadamente.

Ao lesado assiste, pois, uma alternativa entre duas pretensões à sua escolha: resolver ou modificar. Mesmo que uma modificação do contrato permita responder adequadamente ao problema colocado pela alteração das circunstâncias, pode no entanto resolvê-lo se a outra parte não exigir (não obstante poder) essa modificação: a modificação é um contra-direito, uma excepção que ela usa apenas se quiser.

Parece desenhar-se uma chave explicativa: a ordem jurídica portuguesa leva longe o respeito da autonomia privada em matéria de alteração das circunstâncias. Não impõe a nenhuma das partes uma modificação, ainda que abstractamente viável. Só o faz caso ela seja pretendida por alguma delas e se apresente exigível à outra.

A bilateralização da regra, reclamada pela igualdade, determina também que, quando é requerida a modificação, a contraparte deve poder

---

(30) Sobre o tema em geral veja-se o desenvolvido estudo de Nuno Pinto de Oliveira, «Em tema de alteração das circunstâncias: a prioridade da adaptação/modificação sobre a resolução do contrato», *in Edição Comemorativa do Cinquentenário do Código Civil* (coord. Elsa Vaz de Sequeira e Fernando de Oliveira e Sá), Lisboa, 2017, 255, ss., apresentando aprofundadamente diversos modelos de articulação possível entre a resolução e a modificação do contrato.

optar pela resolução, se esta lhe não for exigível(31). A razoabilidade protege, na verdade, ambas as partes.

III — Parece resultar do exposto que, numa situação de empate ou de *non liquet* sobre a consequência apropriada à superveniência de uma alteração das circunstâncias, deve preferir-se a cessação do contrato.

Pouco adianta a distinção doutrinal entre a frustração do fim do contrato (*Zweckvereitelung des Vertrages*) ou a perturbação da equivalência das prestações (*Äquivalenstörung*) para separar a diversidade de consequências: onde não esteja clara ou se preste a dúvidas qual a consequência mais idónea, deve privilegiar-se a resolução. Trata-se de uma directriz que se impõe às partes em caso de dissídio entre elas sobre a consequência a aplicar e, igualmente, ao intérprete-aplicador: afinal, elas deram a sua aquiescência a um certo conteúdo contratual, não a outro.

IV — Sem prejuízo, a lei prevê de facto, no art. 437.º/1, um direito à modificação do contrato que opera em múltiplas situações. Não estabelece, porém, um dever de renegociar. A modificação do contrato é concebida, aparentemente, tão só como objecto de um direito potestativo de unilateralmente a produzir.

E, em nosso entender, com excelentes razões. Certamente porque a lei está consciente de que, retóricas ou ingenuidades à parte, os litígios entre as partes chegam a uma fase judicial gorada que foi, muitas vezes, a possibilidade de um entendimento prévio entre elas.

Quer dizer: a ordem jurídica subentenderá, na sabedoria prática apanágio do direito civil, que a judicialização do conflito ocorreu o mais das vezes precisamente em virtude do fracasso das tentativas de renegociação que com probabilidade já ocorreram. Pelo que, agora, só o juiz pode valer, e o que importa é apurar se assiste ao sujeito que desencadeia a tutela jurisdicional o direito à modificação que se arroga, e concretamente com que conteúdo. Foi certamente esse realismo que convenceu a lei da inutilidade de impor às partes um período de tentativa de ajuste prévio, por acordo, de tal modificação para poupar a intervenção judicial e como requisito desta.

---

(31) Assim resolveríamos a divergência existente em torno da questão de saber se o sujeito pode ou não preferir resolver o contrato quando é deduzida contra ele uma pretensão modificativa do mesmo: se a modificação lhe não for exigível, pode; caso lhe seja exigível, não pode. O ónus da prova decide: pertence-lhe a demonstração da não exigibilidade. Cf. Oliveira Ascensão, *Direito Civil/Teoria Geral, III (Relações e Situações Jurídicas)*, Coimbra, 2002, pp. 203-204.

Não convém esquecer que a contraparte do afectado por uma alteração das circunstâncias tem já, perante o direito à modificação que a este é conferido, um incentivo, um *ónus prático* de aceitar de modo voluntário uma modificação desse contrato, de harmonia com o adágio *"mais vale um mau acordo do que uma boa demanda"*(32): a disponibilidade para "renegociar" pode prevenir-lhe os riscos de uma decisão excessiva do juiz.

Assim, se o litígio chega ao juiz, será porque tal incentivo não produziu resultado. De nada interessará reabrir, para as partes, um espaço de renegociação do contrato.

V — Será o mesmo tipo de realismo que, embora a par de outros argumentos, contribuirá a justificar também — diga-se de passagem — a abstenção da lei em impor às partes, nos contratos de duração indeterminada, uma renegociação em caso de vontade de denúncia *ad nutum* por alguma delas, mesmo fora da ocorrência de uma alteração das circunstâncias. Certamente porque, embora a possibilidade de denúncia *ad nutum* se apresente como uma forma de tutelar a autonomia das partes, protegendo-as de vinculações perpétuas ou excessivas, é sempre possível uma renegociação caso as partes o queiram e se mantiver para elas, nalguma medida, o interesse num contrato desse tipo; apresentando-se uma delas a denunciar o contrato, terá sido porque a possibilidade de entendimento se gorou ou esgotou, não valendo a pena insistir.

É verdade que essa denúncia pode surgir com surpresa, e causar, por exemplo, a inutilidade de disposições, ou a frustração de investimentos feitos pela contraparte. Mas a posição desta já é acautelada, mesmo onde a lei nada preveja, ao abrigo do que chamámos *a responsabilidade pura pela confiança*(33). Assim, se o sujeito não quer prosseguir a relação, a lei, que não o vincula a continuá-la, também o não obriga à renegociação de um contrato que ele realmente não pretende.

VI — Uma outra razão existe em favor da aparente desvalorização pelo legislador de uma cláusula geral de renegociação dos contratos por alteração das circunstâncias: a suspeita ou a convicção de que, seguindo as

---

(32) Na Alemanha, o § 313 I do BGB abre aparentemente a qualquer das partes a possibilidade de requerer a adaptação do contrato. Defendendo a existência de deveres de renegociação e as suas virtualidades em ordem à satisfação do direito à adaptação do contrato, cf. Jan Lüttringhaus, «Verhandlungspflichten bei Störung der Geschäftsgrundlage/Ein Beitrag zur Dogmatik und Durchsetzung von Anpassungsanspruch und Verhandlungspflichten nach § 313 Abs. 1 BGB», *in AcP* 213 (2013), p. 267, ss.

(33) Cf. o nosso *Teoria da Confiança e Responsabilidade Civil*, *cit.*, nos locais supra referidos.

regras da experiência, se uma das partes se encontra afectada por uma alteração das circunstâncias, a renegociação a que ela se sujeite nessas condições será demasiadas vezes ocasião para a outra parte obter vantagens excessivas, desproporcionadas ou leoninas, explorando a sua dependência ou fragilidade. Habilitá-la a recorrer ao juiz sem ter de percorrer previamente a etapa de uma renegociação cheia de riscos, exime-a, assim, de tais perigos e do ónus de demonstrar que o insucesso das negociações foi devido à contraparte.

Mas também o lesado por uma alteração das circunstâncias pode querer aproveitar-se do direito que lhe assiste para impor à outra parte uma modificação que não era devida.

Com o contrato, de facto, as partes encontram-se frequentemente "amarradas" a uma situação de monopólio bilateral recíproco([34]), numa posição que pode ser de vulnerabilidade para qualquer delas. Pode, por conseguinte, surgir facilmente uma coacção moral de tipo económico exercida pela outra, ou a tentação desta de explorar em seu proveito a situação daquela para obter benefícios desproporcionados. Constituem-se pois também, facilmente, hipóteses de usura — para que os preceitos relativos à defesa da concorrência ou à concorrência desleal proporcionam critérios muito relevantes —, ou, em último termo, de abuso do direito.

VII — A ordem jurídica policia naturalmente os procedimentos e os conteúdos dos contratos adaptativos celebrados pelas partes após uma alteração das circunstâncias que conduza *ex lege* a uma modificação do contrato.

Os deveres (de direito objectivo) que impendem sobre as partes têm uma natureza dúplice: corresponderão certamente a deveres pré-contratuais (*in contrahendo*) do contrato modificativo, mas serão também deveres acessórios de conduta contratuais, enxertados na relação contratual atingida pela superveniência e a modificar de acordo com o direito objectivo.

A diferente qualificação pode importar para diversos efeitos. Em tese, os deveres acessórios integrantes da relação contratual apresentar-se-ão *ex rerum natura* mais abrangentes e exigentes, por isso que radicam sempre, mediatamente, numa relação voluntariamente instaurada pelas partes, a cujo

---

([34]) Acompanhamos o diagnóstico e a expressão de Wolfgang Hau, *Vertragsanpassung und Anpassungsvertrag*, Tübingen, 2003, pp. 72-73, 152-153. Diversa foi a situação alegada no acórdão do STJ de 6.12.2012 (relatora Ana Paula Boularot), disponível em <www.dgsi.pt>, em que se discutiu a alegada repercussão de uma coacção moral aquando da renegociação de um contrato de fornecimento de materiais exercida pelo seu adquirente num contrato celebrado pela contraparte com outrem para promoção dos referidos produtos junto desse mesmo adquirente.

desenvolvimento justo se ordenam, ocorrida a superveniência(35). Tais deveres respondem com precisão à configuração concreta que essa relação apresenta. Consideram o passado da relação, não apenas o futuro contrato modificativo, como ocorre tipicamente com os deveres meramente pré-contratuais.

Em todo o caso, o enquadramento pré-contratual possível de tais deveres garante-lhes uma certa imunidade perante uma eventual ineficácia do contrato inicial, *v.g.*, decorrente de uma invalidade originária ou do exercício do direito de resolução por uma das partes com eficácia *ex tunc*(36).

VIII — Ocorrida uma alteração das circunstâncias, a rejeição de uma atitude *naif* justifica, pois, que a lei defira ao juiz o poder de intervir no contrato e de determinar unilateralmente o seu conteúdo(37).

Não que o conteúdo da modificação seja arbitrário: a própria lei determina que a modificação deve ser feita segundo juízos de equidade(38). Ora, nada impede que as partes colaborem activamente na determinação do que é postulado por esse critério. Ou que hajam mesmo de o fazer ao abrigo do dever de cooperação com o tribunal quando solicitadas por este. Pode, assim, o juiz começar por determinar um período para as partes se autodeterminarem com vista a essa modificação, de modo a diferir a sua intervenção para uma fase posterior, no caso de as partes se não entenderem(39). No âmbito desta renegociação *ope iudicis*, supervisionada pelo tribunal(40), podem ainda as partes ser convocadas a apresentar concretas propostas de modificação do contrato ou a pronunciar-se sobre elas, a prestar informação (técnica, financeira, etc.), ou a consentir em peritagens para o efeito por determinação do tribunal, sob pena de terem de se sujeitar a uma modificação decretada pelo juiz sem esses elementos, com o perigo de esta vir a revelar-se profundamente desajustada.

---

(35) Sobre a vinculação do art. 437.º/1 à justiça da relação contratual, cf. o nosso *Alteração das Circunstâncias e Justiça do Contrato*, Principia, Lisboa, 2021, esp. p. 31, ss.

(36) Cf. o nosso *Contrato e Deveres de Protecção*, *cit.*, p. 92, ss.

(37) Não importará se o legislador histórico teve presentes todos argumentos que alinhamos no texto em benefício da posição que acabou por tomar. Pois, metodologicamente, o que importa é o respeito do critério decisório determinado à luz de todos os elementos interpretativos disponíveis.

(38) Com as devidas adaptações, valem no universo dos contratos diversas considerações expendidas no nosso "A Equidade (ou a "Justiça com Coração")/A propósito da decisão arbitral segundo a equidade", *in Forjar o Direito*, 2.ª ed., Coimbra, 2019, p. 671, ss.

(39) Assim já Manuel Carneiro da Frada e Mariana Fontes da Costa, "Discussing the (ab)normality of financial crises as a relevant change of circumstances under Portuguese law", *in The Effects of Financial Crises on the Binding Force of Contracts — Renegotiation, Rescission or Revision*, Başak Başoğlu Editor, Springer, 2015, p. 238.

(40) Recordando alguns casos célebres da arbitragem internacional, cf. Judith Martins Costa/Paula Costa e Silva, *op. cit.*, p. 106, ss.

Por seu turno, podem as partes propor ao juiz uma concreta configuração do acordo modificativo em concretização do critério legal da equidade. Tudo depende do modo como se apresenta articulado, no acto postulativo correspondente, o pedido de uma concreta modificação do contrato com a equidade que também invoquem e solicitem: pedidos que não serão o mais das vezes excludentes de soluções diversas e que não coagem, portanto, o juiz ao sentido do critério de equidade concretamente sugerido ou apresentado, em nome do princípio processual do pedido; podendo ele, portanto, depois de ouvir as partes para evitar decisões-surpresa, determinar outra medida de equidade sem ofender esse princípio(41).

IX — Será muitas vezes árduo encontrar a solução modificativa apropriada. Fórmulas densificadoras traçadas em abstracto — como a que bem recordou o nosso Supremo Tribunal ao afirmar que a equidade obriga a seguir «regras da boa prudência, do bom senso prático, da justa medida das coisas, da criteriosa ponderação das realidades da vida, dos parâmetros de justiça relativa e dos critérios de obtenção de resultados uniformes»(42) — são certeiras, mas têm de ser confrontadas com a realidade concreta e essa pode, na sua complexidade, escapar facilmente ao juiz.

Abre-se aqui, naturalmente, um campo de colaboração das partes com o tribunal. Está em causa a dificuldade de encontrar uma *right answer* mesmo num eventual *hard case*. Por isso, a colaboração das partes não é propriamente falando renegociatória dos termos do contrato, antes auxiliar da determinação do seu conteúdo segundo o parâmetro da equidade que a lei emprega também, em geral, como sabemos, para a determinação da prestação (cf. o art. 400.º/1).

13. O ajustamento de contratos duradouros para lá do campo da alteração das circunstâncias

I — Uma atenção, embora agora breve, merece ainda a alegação de que as relações contratuais que se protelam no tempo implicariam um dever de renegociar para as partes sempre que se verificasse a necessidade de as ajustar à variação das condições de execução do contrato; e tal inde-

(41) Criticando aparentemente esta solução cf. Gonçalo Andrade e Castro, *op. cit.*, 116-117.
(42) Acórdão do STJ de 4.5.2010, sumário disponível em <www.stj.pt>.

pendentemente da verificação do requisito da anormalidade da alteração das circunstâncias previsto na lei para a adaptação do contrato, tido por demasiado exigente para compreender as modificações a que inevitavelmente estão expostas essas relações no seu substrato fáctico(43) (aludindo-se mesmo a um fenómeno de evolutividade contratual próprio destas)(44).

O dever de renegociar, se bem que rejeitado como dever geral, haveria de considerar-se pois ínsito, ao menos, em todas essas relações em virtude da necessidade — co-natural a estas — de se adaptarem a supervenièncias várias durante o tempo da sua vigência; e mesmo que não estivessem satisfeitos os apertados requisitos do art. 437.º/1(45). Assim, *v.g.*, a subida deslizante de preços de matérias-primas ou da força de trabalho com que o devedor haveria de cumprir legitimaria uma actualização da contraprestação: ainda que abstractamente antecipável como possível ou sem que ela haja de considerar-se, em rigor, anormal. Seria essa, pois, uma marca d´água dos contratos ditos "relacionais", mais focados na "relação" do que no consenso inicial, em que a perduração no tempo da relação implicaria justamente a renegociação(46). Esta proporcionaria a chave da articulação necessária entre a estabilidade da relação e a sua flexibilização. Compreendendo-se por isso bem que muitos destes contratos prevejam

---

(43) Esse tipo de pretensão reflectiria, entre outras, a especificidade dessas relações face ao comum das relações contratuais (como particularidade dos contratos ditos "relacionais"); veja-se a propósito desta categoria, procurando neles especificidades em sede de pressupostos e consequências da alteração das circunstâncias, Mariana Fontes da Costa, *Da Alteração das Circunstâncias*, *cit.*, pp. 75, ss., e 519, ss.

(44) Cf. Judith Martins-Costa, «A cláusula de hardship e a obrigação de renegociar nos contratos de longa duração», *in Revista de Arbitragem e Mediação* (coord. Arnoldo Wald), ano 7-25, abril-junho de 2010, p. 16, ss. (falando também de contratos incompletos contendo na sua estrutura um projecto de adaptação à realidade). Cf. ainda, da reputada Autora e de Guilherme Nitschke, «Contratos duradouros lacunosos e poderes do árbitro: questões teóricas e práticas», *in Revista de Arbitragem*, Belo Horizonte, n.º 2, Jul.-Dez. 2012, p. 63, ss.

(45) Cf., a propósito, Catarina Monteiro Pires, Direito das Obrigações, *Em Tempos de Calamidade/Reflexões durante um ano de pandemia*, Coimbra, 2021, alertando justificadamente para que o dever de renegociar se pode basear, nestas relações, na regra de conduta segundo a boa fé do art. 762.º, n.º 2.

(46) Foi esse o objecto de uma proposta feita ao legislador alemão para reforma do direito das obrigações. Tal proposta veio efectivamente a ser rejeitada por este. A ICC hardship-clause (na formulação de Março de 2020) dá ainda um conhecido exemplo geral do que se afirma em texto: "A parte em uma relação contratual é obrigada a adimplir suas obrigações ainda que factos tornem o cumprimento do contrato mais oneroso do que se podia razoavelmente esperar ao tempo da sua celebração. 2. Não obstante o parágrafo 1.º desta Cláusula, quando a parte comprovar que: *a*) o cumprimento das suas obrigações contratuais se tornou mais oneroso devido a um evento que não poderia ter sido razoavelmente levado em consideração ao tempo da conclusão do contrato e que *b*) o evento ou suas consequências não poderiam ter sido razoavelmente evitados ou superados, as partes estão obrigadas, dentro de um prazo razoável do recurso a esta Cláusula, a renegociar os termos do contrato de uma forma que permita a razoável superação das consequências do evento.

realmente um dever de renegociar em face de ocorrências que, por uma forma ou outra, alterem o equilíbrio do contrato ou constituam obstáculos à sua execução, e não possam razoavelmente considerar-se terem sido levadas em conta aquando da sua celebração(47).

Pensamos, porém, que o papel assim assinalado ao dever de renegociar, se apresenta, mais uma vez, hipostasiado, reconduzindo-se, tal como preconizamos, a um dever das partes de colaborarem numa modificação razoável do contrato; e tal sem prejuízo de, como veremos, esse dever poder ter, especialmente no contexto das relações duradouras, referentes dogmáticos específicos gerais que importa recordar.

II — Temos presentes, principalmente, os contratos ditos "relacionais" submetidos ao direito privado. Pois os contratos públicos que manifestam tipicamente as características e necessidades apontadas estão sujeitos a ponderações específicas e a um regime próprio(48). Compreende-se que no domínio da contratação pública seja residual o espaço da renegociação. (Mas não, diga-se de passagem, o tema de fundo nela em causa — da adaptação dos contratos duradouros —, que pertence a uma teoria geral dos contratos(49).

---

(47) Por exemplo, nos contratos de concessão de obras ou serviços, sobretudo quando alicerçados em "project finance" — a renegociação, verificados determinados pressupostos, é hoje muitas vezes imposta pelas entidades financeiras para aceitarem financiar. Está em causa, derradeiramente, o direito a modificar o contrato. A prática mostra também que muitas vezes também são criados apoios ou instâncias externos, *"ab initio"*, para acompanharem e/ou até definirem *"prima facie"* os termos das renegociações — seja os DRB (Dispute Resolution Board) no âmbito dos Contratos "FIDIC" ou os CPAL (Comités de Prevenção e Resolução de Litígios), seja ainda, v.g., a submissão *ad hoc* a um Painel Financeiro da resolução de questões surgidas (antes ainda da sua arbitrabilidade), como ocorreu na factualidade subjacente ao acórdão do STJ de 30.11.2021 (relator Vieira e Cunha), disponível em <www.dgsi.pt>.

(48) Referimo-nos em especial ao Código dos Contratos Públicos em vigor, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 18/2008, de 29 de Janeiro, e posteriormente objecto de várias alterações. Não obstante, é de realçar que, no seu art. 282.º/2, o legislador consagrou, com grande amplitude, um direito à reposição do equilíbrio financeiro do contrato "quando, tendo em conta a repartição do risco entre as partes, o facto invocado como fundamento desse direito altere os pressupostos nos quais o cocontratante determinou o valor das prestações a que se obrigou, desde que o contraente público conhecesse ou não devesse ignorar esses pressupostos"; numa formulação que excede manifestamente o âmbito da alteração anormal e imprevisível das circunstâncias constante do art. 314.º/1, *a*) desse diploma.

(49) Sem desconhecermos que o regime do reequilíbrio financeiro destes contratos surgiu para responder a exigências próprias do direito público, cremos que ele reflecte também exigências que se colocam no plano de uma teoria geral dos contratos. Importante, também a essa luz, a doutrina publicista sobre o tema. Cf., *colorandi causa*, Tiago Amorim, «A reposição do equilíbrio financeiro dos contratos administrativos», *in Comentário ao Código de Contratos Públicos*, II, 4.ª ed., Lisboa 2021 (advogando a necessidade de conjugar a prossecução do interesse público com a manutenção da equação económico-financeira subjacente ao contrato).

III — Por outro lado, importa abstrair dos mecanismos, mais ou menos sofisticados, para a adaptação do contrato previstos por muitas daqueles contratos (ditos) relacionais duradouros a que nos referimos: *v.g.*, mediante cláusulas de *hardship* prevendo consequências especificadas, de ajustamento do contrato automático ou não; muitas vezes através da institucionalização de instâncias próprias que o adequam e o complementam perante a evolução das circunstâncias; convocando com frequência métodos alternativos de resolução de litígios como a mediação e a arbitragem, esta última, tanto enquanto expressão de uma função genuinamente jurisdicional de resolução de litígios, como na adaptativa ou de revisão, a cargo de um terceiro, de uma relação contratual *ex vi* do art. 400.º/2; instâncias que podem mesmo constituir-se em órgãos de gestão paritária do contrato ou em comissões de acompanhamento dele, falando-se então em contratos organizacionais(50). É que nos interessa especificamente a obrigação de renegociação, e não outras formas de adaptação do contrato, ainda que estas possam conviver com ela, como muitas vezes acontece.

IV — Em todo o caso: no âmbito das relações duradouras estabelecidas por tempo indeterminado, o sistema jurídico confere, como princípio, às partes um poder de denúncia *ad nutum*. Pelo que, quando assim é, não faz sentido impor-lhes uma renegociação do contrato: dar-se-lhes-ia com uma mão o que depois se lhes tiraria com a outra. Não se compreenderia que a liberdade de desvinculação fôsse anulada por um dever e uma vinculação.

14. (*cont.*) Dever de renegociar, integração de lacunas e adaptação do programa contratual

I — A questão cinge-se, portanto, àquelas relações que se protelam no tempo e relativamente às quais não está em causa um direito de lhes pôr termo. Só que neste caso, não se trata, de novo se diga, de atribuir aos seus sujeitos um poder de reequacionar livremente os termos da sua vinculação

---

(50) Veja-se elucidativamente Júlio Vieira Gomes, "Cláusulas de hardship", *in Contratos/ /Actualidade e evolução* (org. Pinto Monteiro), UCP Porto, 1997, esp. p. 178, ss., 180, 199 (onde, *inter alia*, se alude à posição de Teubner vendo em tais contratos uma figura híbrida entre o contrato e as organizações, e introduzindo por isso, para eles, o neologismo "controrgs", e chamando a atenção também de que as instâncias decisórias instituídas para a adaptação do contrato procedem a "mini-julgamentos" a tal respeito, muitas vezes segundo uma lógica não jurídica, isto é "reconvertendo num problema de homens de negócios o que se tinha transformado numa disputa de juristas").

— um poder de negociar —, sob pena de uma ofensa frontal ao *pacta sunt servanda*. Se a alteração no substrato fáctico do contrato se encontra aquém do limiar a partir do qual a ordem jurídica as legitima por alteração anormal das circunstâncias, a uma resolução ou modificação do contrato, o dever de renegociar que se poderia pretender existir neste tipo de relações tem de apresentar objectivos também eles incompatíveis com a discricionariedade que é inerente ao exercício da autonomia privada, cingindo-se a um dever de colaboração com uma adaptação do contrato devida.

O que fundamentalmente estará em jogo nestas hipóteses é, ou

i) o preenchimento de uma lacuna contratual surgida em virtude de uma variação no aludido substrato fáctico que se apresentava já ao menos em abstracto antecipável, mas para a qual as partes não previram uma resposta adaptativa — revelando-se pois uma incompletude do contrato —, ou

ii) se tratará essencialmente de, na ausência de uma lacuna, reconhecer, em virtude dessa variação, um dever de adaptar o contrato em nome da própria *exequibilidade do programa obrigacional* e/ou para a *realização do fim contratual* ao qual estejam vinculadas (na ausência, pois, dos requisitos do art. 437.º/1).

Assim, se uma entidade se obriga a prestar determinados serviços a outra pelo período de 20 anos, caso se dê um aumento progressivo dos custos de tais serviços (por exemplo, em virtude de uma inflação contínua) que afecte significativamente a justiça do contrato sem que o contrato tenha previsto uma indexação do valor da contraprestação em função desse aumento, a actualização de preços pode impor-se ou por colmatação de uma lacuna, em nome da necessidade de respeitar o âmbito e termos da vinculação contratual recíproca e do seu equilíbrio.

Do mesmo modo, se duas entidades celebram entre si uma parceria para montar e explorar conjuntamente uma central de produção de energia pelo período de 25 anos e se modificam entretanto os pressupostos financeiros ou enquadramento legal da actividade — como de modo quase inevitável ocorrerá em contratos de longa duração (sem que possa falar-se de uma alteração anormal das circunstâncias em que as partes fundaram a sua decisão de contratar) —, a adaptação do contrato poderá eventualmente ser devida. No cerne estará muitas vezes a *vis atractiva* do fim contratual com que as partes se acham comprometidas: graças à força centrípeta que esse mesmo fim exerce sobre o programa obrigacional, determinando uma sua especificação ou concretização diferente da inicialmente prevista.

Outras vezes é o próprio programa prestacional que carece de ser adaptado para ser exequível.

II — As situações são diferentes. A lacuna requer uma incompletude do contrato que tem de verificar-se já ao tempo em que foram emitidas as declarações iniciais. O horizonte de compreensão das partes aquando da celebração do negócio, a antecipabilidade do problema surgido, proporciona o seu critério e delimita o seu âmbito.

Ora, o respeito pelo fim comum do contrato que ambas as partes estão vinculadas a prosseguir pode determinar, para lá do espaço da lacuna, uma adaptação do contrato mediante a substituição de deveres uns por outros em função do evoluir da relação. Do mesmo modo quando superveniências obrigam a um ajustamento do programa previsto a fim de os próprios deveres de prestar poderem ser convenientemente executados.

Como bem se percebe, o programa obrigacional é constituído por deveres (de prestar) que não se encontram sempre todos no mesmo plano, nem têm todos a mesma consistência ou apresentam idêntica "resiliência" perante variações das circunstâncias: uns são subordinados a outros, uns principais, outros acessórios, uns substituíveis, outros não. A unidade dada pelo fim, ou a consideração do todo, permitem, implicam e justificam, por vezes, a modificação do programa contratual: sem ofensa alguma do *pacta sunt servanda*, *rectius*, antes precisamente para o poder realizar de modo adequado ou pleno. Especialmente nas relações duradouras, o programa obrigacional constituído pelos deveres de questões pode apresentar-se dinâmico, mudar em aspectos não essenciais, tal como um organismo vivo, mas manter-se nuclearmente o mesmo. Assim, se uma sociedade passa a sua sede estatutária para outro local, o lugar de cumprimento de certos deveres terá de considerar-se modificado.

Bem pode dizer-se que o contrato se constitui efectivamente — "replicando" agora a "descoberta" de Wilburg para o campo do direito objectivo da responsabilidade civil — num *sistema móvel*(51). É sempre, em todo o caso, a interpretação da vontade das partes o *prius* que permite configurá-lo como tal, apontando também os limites das modificações que devam ser aceites por elas(52).

---

(51) Cf. também a respeito Diogo Costa Gonçalves, *op. cit.*, pp. 152, ss., 170-172, 182, ss.

(52) A interpretação dos contratos, especialmente se duradouros, obriga à consideração de um conjunto de elementos interpretativos que, não tendo embora sido muitos deles nomeados pelo legislador, são harmónicos com os critérios legais gerais e se tornam adequados ao seu preenchimento. Cf. o nosso «Sobre a interpretação do contrato», *in Forjar o Direito*, 1.ª ed., Coimbra, 2015, p. 11, ss.

III — Importa, no entanto, ter presente que, ultrapassando-se o espaço da verdadeira lacuna, a adaptação do contrato corre o perigo grave de contrariar a vontade das partes, ao substituir a regulamentação por elas instituída (ainda que lacunosa) por outra. Há, portanto, que averiguar com muita prudência em que medida essa modificação é legítima, pois só o será se puder materialmente filiar-se ainda no exercício autonómico da autonomia privada, para realização acabada da vontade e das propostas das partes. De outro modo, periga o *pacta sunt servanda*. Particularmente entre partes sofisticadas e profissionais, na dúvida deve prevalecer o acordado. Importa combater o oportunismo.

IV — Nas constelações que consideramos há uma vinculação das partes a um fim comum. Quando assim é, o cumprimento do dever de prestar a cargo de cada uma delas encerra em si mesmo a vinculação à adaptação do contrato que possa impor-se para que esse dever seja cabalmente cumprido: se necessário com ajustamentos de parcelas ou partes do programa prestacional inicialmente estabelecido ou com a sua complementação.

É a própria preservação do núcleo do programa obrigacional que o reclama. Mudanças pequenas, mas sensíveis no plano das condições de realização do fim contratual que foram previstas podem ser suficientes. Por isso, os ajustamentos são susceptíveis de ocorrer mesmo aquém do limiar da relevância das superveniências para efeito de resolução ou modificação desse contrato por alteração das circunstâncias. Qualquer desvio da realidade com impacto no fim pode aliás desencadear pretensões de adaptação se se ultrapassa a álea que cada uma das partes assumiu inicialmente.

São, portanto, os próprios deveres de prestar estabelecidos em ordem a esse fim que se apresentarão "elásticos", moldáveis à evolução dos acontecimentos. Não se torna necessária qualquer previsão independente de um dever autónomo de negociar relativamente ao dever de prossecução do fim (*Zweckförderungspflicht)*.

V — Não estamos, assim, perante a emergência de qualquer dever lateral de conduta ou de um dever de colaboração entre as partes imposto ou decorrente da regra de conduta segundo a boa fé, antes perante a necessidade de proceder a especificações, modificações ou complementações de um ou mais deveres de prestar em nome de um cumprimento do contrato que continua a ser devido. A essa necessidade corresponde ordinariamente um poder potestativo de proceder à determinação do conteúdo contratual devido.

É dessa natureza, ainda, o direito de uma das partes ao preenchimento de uma lacuna contratual que supervenientemente se venha a verificar ter

ocorrido (de acordo com os critérios, legais ou contratuais, pertinentes). Só por excepção o direito à adaptação do contrato implicará o dever de proceder à emissão de declarações negociais.

A boa fé pode certamente determinar uma colaboração do sujeito nessa adaptação. Mas logo por aqui se vê — não havendo declaração de vontade a emitir — que à partida nada há propriamente a "negociar", usando a expressão no sentido de exercício da autonomia privada.

VI — Torna-se essencial distinguir bem entre o fim do contrato propriamente dito e os interesses que cada uma das partes prossegue individualmente através dele (noutra terminologia, entre o fim primário e o/os fim/fins secundário/s do contrato para as partes). Falamos do primeiro, que conforma e modela os deveres de prestar. Os riscos que respeitam aos fins do contrato para cada uma das partes são de cada uma delas. Ao invés, tudo o que afecta o fim comum do contrato constitui risco comum, em princípio partilhável. É em relação a este fim — e apenas a este — que opera o dever de ajustamento do contrato.

A diferenciação entre contratos de (cooperação em ordem a um) fim comum, e meros contratos de troca auxilia à compreensão do exposto, apesar da imprecisão inerente aos "tipos" em causa. Mas cabe sempre às partes a última palavra: se definiram já, de uma vez por todas, os termos de uma relação, não há à partida possibilidade de a alterar, ainda quando a relação se protele ou projecte no tempo (caso dos contratos "fechados" ou "chave na mão").

VII — Perante o direito de adaptar o contrato, e o concomitante dever ou a sujeição a essa adaptação, estamos no âmbito da vinculação e não da autonomia. O conteúdo da modificação não está na disponibilidade dos sujeitos, não podendo nem devendo qualquer um deles obstaculizar essa adaptação a que o outro tem direito.

Também aqui, quando não se encontram estabelecidos com precisão no contrato as condições em que nasce um direito à adaptação do contrato, nem se identificam os concretos comportamentos que as partes hajam então de observar em ordem a essa mesma adaptação, só parcimoniosamente se poderá aceitar a sua vinculação a comportamentos positivos em ordem a essa adaptação sob o nome de um dever de renegociar(53).

---

(53) Tal, em qualquer caso, sem que a regra de conduta segundo a boa fé deva, por isso, interpretar-se no sentido negativo, de mera proibição de um comportamento contrário às suas exigências: cf. sobre estas concepções e a concretização dessa regra, o nosso *Teoria da Confiança e Responsabi-*

Em qualquer caso, o direito à adaptação do contrato — potestativo ou creditício — e a sua tutela tendem a integrar ou absorver os comportamentos preambulares que possam ser devidos.

O que estará essencialmente em jogo será, de novo, a disponibilidade das partes para um contacto tendente a um início de conversações, um dever de exposição recíproca dos seus entendimentos e representações sobre o teor da modificação a alcançar, o facultar de alguma informação imprescindível para o exercício do direito de adaptação do contrato, ou a necessidade de responder de forma razoável e fundamentada às propostas de modificação que sejam apresentadas: tudo comportamentos instrumentais relativamente a um ajustamento do contrato.

VIII — De todo o modo, esse ajustamento terá de respeitar o equilíbrio contratual genético ou originário do contrato(54),o que requer, como se calcula, uma adequada hermenêutica desse mesmo contrato, que há-de presumir-se racional e economicamente razoável(55).

Por outro lado, um reequilíbrio do contrato — como objecto de um direito à adaptação do contrato — radicará na necessidade de preservar o sinalagma contratual e a sua projecção perante circunstancialismos em mutação(56). Se a equivalência das prestações for posta em causa, seja porque exorbita dos riscos alocados e aceites por cada parte, seja porque resulta de outros factores, alheios à parte que reivindica esse direito, o sinalagma pode suscitar um direito à reposição da equivalência; e esta constituirá então o "o alfa e o ómega" do dever de renegociar que as partes tenham estabelecido para o efeito, apontando também a medida e os termos da modificação contratual a alcançar.

IX — Diferente — e para lá do que pede o respeito do sinalagma — é o critério da modificação do contrato *ex vi* do art. 437.º/1; perante disrup-

---

lidade Civil, *cit.*, p. 431, ss. Veja-se ainda, na doutrina recente, de modo próximo, Rui Ataíde, «Natureza e regime jurídico dos deveres acessórios de conduta», *in Estudos de Direito Privado*, Lisboa, 2020, p. 517, ss. (diferenciando — p. 562 — os deveres de boa fé de feição negativa — expressão, para o Autor, do dever geral de cuidado — dos deveres destinados a "acautelar e substanciar os interesses visados pela regulação negocial").

(54) Sobre o princípio do equilíbrio contratual veja-se Rui Pinto Duarte, «O equilíbrio contratual como princípio jurídico», *in Estudos Jurídicos Vários 2000-2015*, Coimbra, 2015, 685, ss.

(55) Cf. Diogo Costa Gonçalves, *op. cit.*, p. 154, referindo a propósito, de modo feliz, que o contrato representa um micro-sistema normativo reflectindo o equilíbrio contratual a sua teleologia. Veja-se ainda, desenvolvidamente, o nosso «Sobre a interpretação do contrato», *cit.*, p. 16, ss.

(56) Cf. também Rui Pinto Duarte, mobilizando o princípio pacta sunt servanda no âmbito dos contratos comutativos. Nas palavras do autor, trata-se de viabilizar durante a execução do contrato "a reposição das proporções iniciais entretanto perdidas." (*op. cit.*, p. 690).

ções, portanto, que representam uma alteração anormal das circunstâncias. De acordo com a lei, intervém a equidade. Esta requer certamente a atenção do que seja a equação económica inicial do contrato(57), mas não pode identificar-se acriticamente com esta, nem tem de a pretender reconstituir(58). O que se compreende, porque é o próprio contrato, no seu sentido, propósito e prestações originárias que fica posto em causa. De um outro ângulo: a modificação do contrato é agora *ex lege*, enquanto aquela de que vimos falando se apresenta *ex contractu,* reclamada por esse mesmo acordo.

Consequentemente, é bem diverso o dever de cooperação das partes em ordem à modificação do contrato (e o concomitante dever de negociar, com o conteúdo que lhe assinalámos).

Quando esteja em causa a observância do programa obrigacional perante eventos que não consubstanciem alterações das circunstâncias para efeito do art. 437.º/1, o dever de cooperação é muito mais intenso do que face a ocorrências que dão lugar a este regime. No primeiro caso é da realização da autonomia privada dos contratantes que se trata. No segundo está em jogo um "remédio" do direito objectivo perante alterações que põem em causa o acto de autonomia privada das partes(59). E, de novo no primeiro, a intensidade desse dever será tanto maior quanto mais fortemente for imputável ao sujeito a necessidade de adaptação de um contrato (segundo um critério de intensidade de culpa ou de risco).

X — O que dizemos não exclui que as partes renegoceiem, nas relações duradouras, sempre que quiserem, os termos em que inicialmente contrataram. Essa renegociação representa um exercício da sua autonomia privada, que nada tolhe.

---

(57) Usando a expressão como sinónimo também do "projecto de justiça genético do contrato", Pedro Pais de Vasconcelos/Pedro Leitão Pais de Vasconcelos, *Teoria Geral do Direito Civil*, 6.ª ed., Coimbra, 2019, p. 382.

(58) Aliás, sobretudo perante alterações pontuais, a modificação pode traduzir-se simplesmente no arbitramento de uma compensação pecuniária à parte lesada, sem modificar o teor do contrato. Semelhante consequência deve também admitir-se *ex vi* do art. 437.º/1: cf. o nosso «Sobre os efeitos de crises financeiras na força vinculativa dos contratos», *in XX Estudos Comemorativos dos 20 anos da FDUP*, Porto, 2017, 175, ss. (em co-autoria com Mariana Fontes da Costa), 202-203.

(59) Quando o evento que desencadeia o referido dever de cooperação foi provocado culpavelmente pelo sujeito ou se deve imputar à sua esfera de risco, há, naturalmente, uma intensificação desse dever. (Sensível a este ponto no âmbito da negociação no processo de revitalização, Nuno Pinto de Oliveira, «Responsabilidade pela perda de chance de revitalização?», *cit.*, p. 161, ss., parecendo, no entanto, pronunciar-se antes em favor de uma especial intensificação do dever em sede de alteração das circunstâncias).

As partes estão naturalmente sujeitas às proibições que a lei lhes possa impor — por exemplo, do exercício da coacção moral ou da usura — assim como aos deveres então *in contrahendo* que lhes caibam. Mas no espaço próprio da renegociação como expressão da liberdade contratual não estão vinculadas à celebração de uma modificação do contrato.

15. A tutela do dever de renegociar (*rectius*, de ajustar o contrato); alusão breve à desvinculação por inexigibilidade

I — Fecharemos as nossas considerações com um apontamento sobre a tutela do dever de renegociar.

Preliminarmente: o dever de renegociar não é, juridicamente, um ónus. Ainda que o seu cumprimento possa representar um "ónus prático", que poupe o sujeito ao perigo de consequências que de outra forma o poderiam atingir sem qualquer hipótese de controlo ou prevenção por parte dele (de acordo com o velho aforismo de que "mais vale um mau acordo do que uma boa demanda").

Vimos, porém, que, enquanto dever inespecífico e indeterminado, ele se reconduz ou integra facilmente no direito à adaptação do contrato, creditício ou potestativo, ao qual necessariamente surge referido. A sua tutela acaba por se dissolver, compreensivelmente, na desta posição jurídica. De facto, uma actividade cooperante com vista a uma modificação do contrato não é passível de ser (directamente) imposta ao onerado com o dever de negociar. Daí a importância dos mecanismos indirectos de incentivo ou compulsão ao cumprimento.

Prevalece sempre a regulamentação das partes: substantivo-material — por exemplo, através do exercício de *call* ou *put options*, de cláusulas de *step-in* ou de *step-out*, da aplicação de multas contratuais —, ou de carácter procedimental ou processual, *v.g.*, a preclusão dos meios judiciais ou arbitrais enquanto não for tentada ou empreendida uma conversação.

Muitas vezes, as partes, que estabeleceram contratualmente para si a competência primária quanto a essa adaptação, conferem-na secundariamente, em caso de falta de entendimento entre elas, a um terceiro, ou a um tribunal (arbitral ou não).

II — A tutela do direito à adaptação do contrato assegura, antes de mais, a atribuição do bem jurídico objecto do direito ao seu titular, possibi-

litando assim a realização em espécie do seu interesse no que toca ao bem atribuído. Em causa, consoante os casos, a garantia própria dos direitos potestativos ou a protecção dos direitos de crédito (à emissão de uma declaração negocial), nos moldes já referidos.

Considere-se agora a tutela indemnizatória.

Mesmo quando o titular do direito dispõe de meios para conseguir, ainda que com recurso ao tribunal, a adaptação do contrato — e, subsequentemente, o cumprimento das obrigações dela emergentes —, pode haver lugar à produção de danos se o sujeito nega indevidamente o direito à adaptação ou não colabora nela, nos termos em que essa colaboração possa considerar-se devida.

Semelhante conduta consubstanciará certamente um incumprimento do contrato objecto do direito à modificação (dele) — porventura na modalidade de um cumprimento defeituoso seu (ou por violação de um dever de prestar *ex lege* ou *ex contractu*, ou por infracção de um dever geral decorrente da boa fé) —, gerador de responsabilidade *ex vi* do art. 798.º (Diferente é, exercido o direito de adaptar o contrato, a obstaculização ao programa contratual validamente modificado.)

III — A perturbação do exercício do direito de adaptação do contrato pode ser irremediável ou temporária.

A frustração definitiva do ajustamento do contrato que se mostre devido pode dar lugar, nos termos gerais, a uma indemnização medida pelo interesse contratual positivo (correspondente ao direito de adaptação do contrato contratual ou legalmente fundado).

Não há, genericamente falando, razão para cingir a indemnização à mera reparação do prejuízo da perda de *chance* — o simples desperdício de uma oportunidade de chegar a um acordo —, por isso que o sujeito responsável se encontrava vinculado a uma modificação contratual (que não pode, assim, ser tida juridicamente como mero facto incerto, dependente do arbítrio de alguém e insusceptível de determinação, se necessário, por um juiz)(60).

---

(60) Cf. porém Andreas Nelle, *Neuverhandlungspflichten/Neuverhandlungen zur Vertragsanpassung und Vertragsergänzung als Gegenstand von Pflichten und Obliegenheiten*, München 1993, pp. 324-325. No âmbito específico da negociação em processos de revitalização, diferentemente também Nuno Pinto de Oliveira, «Responsabilidade pela perda de uma chance de revitalização?», *cit.*, p. 183, ss. Neste campo, prevalecem, de resto, as consequências que o próprio legislador previu para a desistência das negociações e da falta de acordo entre credores; cf. a respeito também Catarina Serra, *Lições de Direito da Insolvência*, Coimbra, 2018, p. 416, ss.

IV — O interesse no ajustamento do contrato é, em si, distinguível daquele que se apresenta próprio do dever de prestar a introduzir pela modificação do contrato, sendo a sua satisfação *condição sine qua non* deste último (que dele depende), o que torna o cômputo do dano mais complexo.

De todo o modo, o nosso sistema parece assimilar largamente estes dois interesses no lugar paralelo do contrato-promessa. O critério, aí, da indemnização por incumprimento do dever de contratar, é o do valor do objecto da prestação a que se refere o dever do contrato prometido (ainda que haja sinal), ou do direito a constituir ou a transmitir sobre ela (cf. o disposto no art. 442.º/2, 2.ª parte).

E compreende-se que assim seja: afinal, quando é direito de uma das partes a adaptação do contrato, também lhe cabe o valor da prestação que por essa adaptação ela podia obter. Derradeiramente é essa prestação que a ordem jurídica lhe quer atribuir com o direito ao ajustamento. O interesse contratual positivo do direito à adaptação do contrato sobrepõe-se, nessa medida, ao interesse contratual positivo no cumprimento do contrato modificativo(61).

Não colhe o argumento de que pode não se saber qual o conteúdo do acordo que as partes teriam celebrado se houvessem adaptado de comum acordo o contrato. Como se disse, nos casos em que a adaptação é devida, o conteúdo desse acordo poderá sempre ser determinado, senão pelas partes, ou mesmo que elas infrinjam o dever de colaborar nessa adaptação, em último recurso através de um terceiro ou pelo tribunal, aplicando-se, na falta de outro, o critério da equidade (cf. o art. 400.º/1 e 2).

De resto, na determinação do montante do prejuízo a lei usa um critério alinhado com este, a que o juiz pode sempre recorrer. Nos termos do art. 566.º/3, quando não puder averiguar-se o valor exacto dos danos, é também de acordo com uma medida de equidade que, dentro dos limites provados, a indemnização deve ser arbitrada.

V — Assim, não há também motivo para limitar à partida a indemnização por incumprimento às despesas em que o sujeito incorreu tendo em vista a adaptação do contrato(62). Embora este prejuízo seja também sus-

---

(61) Não estará, porém, em causa, qualquer indemnização por incumprimento deste último contrato na parte que exceda o valor da prestação devida pela adaptação em falta, por exemplo, de um lucro cessante em virtude do incumprimento do contrato modificativo.

(62) Com razão, assim também Pinto Monteiro e Júlio Gomes, «A 'hardship clause' e o problema da alteração das circunstâncias (Breve apontamento)», *in Juris et de Iure/Nos 20 anos da Faculdade de Direito da Universidade Católica* — Porto (org. Manuel Afonso Vaz e Azeredo Lopes), Porto, 1998, p. 24, reconhecendo embora que pode ser mais fácil para o interessado esta via de ressarcimento; optando diversamente pela indemnização pelo dito interesse contratual negativo, cf. Mariana Fontes da

ceptível de ser ressarcido — em alternativa a uma indemnização medida pelo interesse de cumprimento —, e possa ser mais fácil demonstrar e quantificar o dano sofrido pelo titular do direito ao ajustamento; especialmente para definir um limiar mínimo quando o juiz haja de recorrer ao art. 566.º/3. Certo é, na verdade, que as despesas feitas em função do contrato consubstanciarão normalmente um importante indício do montante do dano da frustração do interesse contratual positivo em virtude da presunção de rentabilidade que é inerente às transações económico-comerciais.

Esta indemnização não pode todavia ser cumulada com a indemnização do lucro cessante do contrato modificativo, que o titular do direito à indemnização também só obteria se suportasse as referidas despesas(63).

De resto, o dano de confiança decorrente da violação do dever de renegociação pode incluir a reparação dos custos de oportunidade em que o beneficiário do ajustamento incorreu tendo em vista essa modificação. (Imagine-se um contrato alternativo que o sujeito perdeu se acabou por ter de resolver o contrato em face do incumprimento definitivo da obrigação de adaptar o contrato).

VI — O exposto vale, *mutatis mutandis*, em caso de mero protelamento do sujeito em satisfazer o seu dever de cooperar com a modificação do contrato: os danos moratórios são, naturalmente, ressarcíveis.

VII — Nas situações em que o dever de renegociar se encontra especificado e se traduz na necessidade de o onerado adoptar certos procedimentos concretamente individualizados, os prejuízos da sua inobservância (mesmo que não haja vinculação à adaptação do contrato) são indemnizáveis nos termos gerais. Entre eles os dispêndios com negócios de substituição que a contraparte haja de realizar em virtude do referido incumprimento. Por exemplo, numa *joint venture*, se a sociedade não fornece uma informação que haveria de disponibilizar, ou não contrata o estudo de mercado que havia de ter apresentado para poder ponderar-se a prorrogação de um contrato que chegava ao seu termo, a outra poderá fazê-lo a expensas desta.

Costa, *Da Alteração Superveniente das Circunstâncias*, *cit.*, p. 481, assim como Catarina Monteiro Pires, *Direito das Obrigações*, *cit.*, p. 65.

(63) Cf., em geral sobre o tema da presunção de rentabilidade, Paulo Mota Pinto, *Interesse Contratual Positivo e Interesse Contratual Negativo*, II, Coimbra, 2008, 1569; e ainda, amplamente sobre o tema das despesas inutilizadas e os diversos enquadramentos dogmáticos que ele tem recebido, Maria de Lurdes Pereira, *A Indemnização de Despesas Inutilizadas na Responsabilidade Obrigacional*, Lisboa, 2020.

Tudo depende da concreta vinculação procedimental ou processual que tenha sido infringida. Casos haverá em que o prejuízo pode ser difícil de avaliar, regendo então o disposto no art. 566.º/3.

Noutros não existirá mesmo um dano indemnizável. Por exemplo, quando se estabeleceu apenas o dever de uma das partes apresentar à outra uma proposta no termo do contrato, em ordem a uma sua possível prorrogação, caso a outra assim o deseje. Se o conteúdo dessa proposta não se encontrar orientado por algum critério, estamos certamente no campo da autonomia privada do sujeito, que, se podia formular qualquer uma, se encontra numa situação valorativamente idêntica à daquele que podia não apresentar nenhuma. No limite estará apenas em causa uma opção deste, por natureza não condicionante da sua liberdade de celebrar um contrato. Diferentemente, se a proposta a fazer houver de se ater ao razoável ou ao equilibrado.

VIII — A tutela do dever de adaptação do contrato — e do concomitante dever de renegociar que dele é instrumental — não pode naturalmente ultrapassar o seu âmbito e o seu fundamento, nem implicar para qualquer das partes uma modificação que não tenha de suportar.

Quando assim for, será inexigível a continuação do contrato para ela. Ainda que as pretensões da contraparte possam justificar-se à luz dos seus interesses, elas são susceptíveis de implicar uma reprogramação ou um custo acrescido que esta não esteja em condições de suportar, habilitando-a, por isso, a desvincular-se(64).

O limiar a partir do qual o facto de se não conseguir manter o contrato (atento o esforço ou prejuízo significativo que tal poderia representar) legitima o sujeito a uma "desistência" do contrato, depende, naturalmente, do fundamento do direito à modificação prevista; podendo ser diferente consoante esta radique no art. 437.º/1, no art. 239.º, no art. 762.º/2, ou numa cláusula de ajustamento contratualmente prevista(65).

Em qualquer caso, tal direito de desvinculação só surge porque a modificação, ponderados os interesses e as circunstâncias de *ambos* os

---

(64) Poderá porventura falar-se de uma denúncia do contrato, embora esta figura se apresente especialmente conotada com o poder de pôr termo a relações duradouras sem prazo, ou então de oposição à renovação de relações contratuais no termo do prazo. (Note-se que na modificação do contrato que consideramos vai implícita uma certa "renovação" da relação contratual, o que constitui uma base para a analogia com estas últimas situações de denúncia).

(65) O conceito de inexigibilidade, conquanto usado na doutrina de referência (cf., nomeadamente, Nuno Pinto de Oliveira, *Princípios de Direito dos Contratos*, *cit.*, cap. 24) ou na legislação de ponta (veja-se o § 313 do BGB) é fluído, silenciando o fundamento que possa estar em causa para a desvinculação a que aludimos.

contraentes, se não apresenta nem equitativa nem razoável face a esses mesmos critérios (e a contraparte insiste nela).

Ora, sem prejuízo da sindicabilidade judicial ou arbitral (*ex post*) dessa desistência e da sua admissibilidade, cremos que quando está em causa uma adaptação do contrato por vontade das partes, a desvinculação contratual deverá considerar-se ordinariamente eficaz sem dependência de uma apreciação positiva por parte do órgão jurisdicional: quer pelas delongas que tal solução implicaria — "amarrando o sujeito" enquanto tal decisão não fosse proferida —, quer em nome do princípio de que a vontade de vinculação das partes teve apenas por referente indiscutível o teor inicial do contrato, pelo que uma dúvida sobre se alguma delas deveria consentir na sua modificação se tem de resolver contra essa mesma modificação.

16. (*cont.*) A tutela do dever de renegociar de boa fé

I —Diferente do dever de renegociar é o dever de renegociar de boa fé, isto é, de o fazer de forma correcta e leal (*fair dealing*).

O foco não está agora na actividade renegociatória em si mesma (se é ou não devida), mas no modo por que é exercida: seja no âmbito preparatório ou preambular de uma modificação do contrato vinculativa para as partes (ou para alguma delas), seja porque as partes podem *motu proprio* procurar alcançar um consenso no sentido da modificação do contrato, mesmo não estando vinculadas a tal ajustamento. Em qualquer situação, estão vinculadas pela regra da conduta segundo a boa fé, que perpassa toda a renegociação, devida ou não.

II — Esta actividade tem a natureza de um comportamento *in contrahendo.*

Subordina-se, pois, às respectivas regras e, em especial, à cláusula geral de responsabilidade do art. 227.º/1.

No caso de essa actividade se apresentar desenvolvida por simples iniciativa das partes no *terminus* da relação contratual com vista a uma sua possível prorrogação ou renovação, teremos uma *culpa in contrahendo* que se assume agora também como *culpa post pactum finitum*, sem que tal importe diferentes consequências de regime.

Contudo, se a actividade renegociatória se desenvolveu *ex contractu,* com o propósito ou no âmbito de uma adaptação do contrato a que o

sujeito se encontrava por qualquer modo vinculado, ela enxerta-se numa relação contratual prévia — cujas obrigações trata de cumprir —, encontrando-se, portanto, as partes sujeitas a deveres de conduta segundo a boa fé agora *ex vi* do contrato por força do do art. 762, nº. 2. Caso sejam violados esses deveres, teremos uma culpa *post pactum* (mas sempre *secundum pactum*, porque está em causa a infracção a um dever que emerge da relação contratual instituída, dever esse que se encontra umbilicalmente ligado à sua eficácia e vicissitudes). Depara-se um cumprimento defeituoso do contrato, com as consequências advenientes no plano da tutela jurídica para este tipo de incumprimento.

III — Sendo livre, a actividade renegociatória não tem de resultar na celebração de um acordo modificativo. As partes mantêm, por isso, a liberdade de interromper a qualquer momento as negociações que haviam encetado e mantinham com vista a esse acordo, sem que tal represente qualquer ilícito, contratual ou pré-contratual: mesmo que o façam arbitrariamente, sem razão justitificativa alguma, posto que a boa fé — de harmonia com a qual certamente têm de desenvolver entre si quaisquer negociações que encetem — não as vincula à celebração de qualquer contrato; precisamente porque, como dissemos antes, ela não constitui uma fonte de obrigações. Assim, a posição daquele que tem direito a uma adaptação do contrato, estando a outra parte vinculada a promover essa adaptação do contrato, é diferente da daquele que tem uma mera expectativa da conclusão do negócio alicerçada apenas na forma como foi conduzida uma negociação(66).

Não obstante, poderá haver uma responsabilidade pela frustração do investimento de confiança feito por alguma delas em vista da celebração do acordo modificativo, caso essa confiança tenha sido provocada e depois defraudada por uma conduta da contraparte. A teoria da confiança, enquanto *responsabilidade pura pela confiança*, acolhe estas hipóteses(67). No mais, pertence ainda ao comportamento leal e honesto a que obriga a regra da boa fé, e à consideração que as partes mutuamente se devem, não encetar renegociações que se saiba conduzidas ao fracasso, ou sem a vontade séria de procurar um consenso contratual; como lhe corresponde não manter indevidamente expectativas alheias na possibilidade de obtenção desse consenso(68).

---

(66) Nesse sentido, muito pertinentemente, Diogo Costa Gonçalves, *op. cit.*, 160.

(67) Cf. de novo o nosso *Teoria da Confiança e Responsabilidade Civil*, *cit.*, pp. 458, ss., 502, ss., 792, ss. (n. 883), 836 e *passim*.

(68) Cf. o nosso *Teoria da Confiança e Responsabilidade Civil*, *cit.*, pp. 466, ss., e 468, ss.

IV — Tem sempre de dar-se prevalência ao que as partes acordaram. E podem elas ter estabelecido uma obrigação de renegociar de boa fé.

Tal ocorre com muita frequência quando apresentam uma certa precariedade da vontade com respeito à obtenção de um certo objectivo possível mas que transcende o acordado já por elas, e/ou existe uma certa indeterminação das condutas a que elas se vincularam; configurando-se por isso o contrato que celebram como um *acordo em aberto (agreement with open terms)*.

O dever de renegociar de boa fé de que agora falamos distingue-se do dever de boa fé fundado apenas no direito objectivo. Na verdade, ancorado que se encontra na vontade dos sujeitos, pode sobrepor-se-lhe, mas as partes recortá-lo-ão também com frequência, nos comportamentos que individualizem como devidos; o mais das vezes, de forma mais ampla relativamente ao que o direito objectivo, no silêncio delas, reclamaria(69).

Num acordo de negociação, as partes decidem soberanamente sobre a configuração das condutas exigíveis no seu caso particular. Já os ditames da boa fé que radicam na lei são gerais e indiferenciados, apenas havendo de ser concretizados na situação específica em que são chamados a intervir.

Diremos por isso que a violação do dever contratual de renegociar de boa fé será, em princípio, mais grave do que a infracção do dever legal de uma conduta de boa fé: pois esse dever ultrapassa o plano das exigências do direito objectivo e implica directamente a vontade dos sujeitos, havendo de ser observado em nome do *pacta sunt servanda* do qual é decorrência.

O dever negocial de renegociar de boa fé constitui, pois, um *plus* relativamente ao dever legal da conduta de boa fé *in contrahendo*(70), mas também *post pactum*. A sua falta de cumprimento é uma violação do *pacta sunt servanda*, sancionável por isso mesmo através de cláusulas penais ou outras que as partes tenham estabelecido, e susceptível de desencadear os meios de tutela que a ordem jurídica atribui ao contraente fiel em caso de inexecução culposa do contrato (*v.g.*, resolução do contrato, pretensões indemnizatórias, excepção de não cumprimento). Pela natureza de que se reveste, encontra-se naturalmente dependente da validade e eficácia do contrato em que se insere, não ficando também imune às suas vicissitudes, que acompanha.

---

(69) Mas não necessariamente porque as partes podem querer preservar espaços de autodeterminação segura nas renegociações a que possam vincular-se, restringindo assim o que seria susceptível de considerar-se devido por força do direito objectivo.

(70) Nesse sentido já Eduardo Santos Júnior, «Acordos intermédios entre o início e o termo das negociações», *ROA 57* (1997), p. 598, ss.

17. Epílogo

O presente tema propiciou já o comentário — acre, mas subtil e percuciente — de que *"on lie les boeufs par les cornes et les hommes par les paroles"*(71).

Não recusamos o repto lançado por uma expressão escorregadia como é a do "dever de renegociar", e propusemo-nos desbravá-lo à luz de algumas coordenadas dogmáticas para o efeito imprescindíveis; esconjurando as suas mitificações, especialmente em tempos de "grandes alterações das circunstâncias", como uma pandemia ou uma guerra.

De facto, só se souber ver-se livre delas, o jurista pode encontrar o sentido possível ou útil desse dever.

Como seja: numa época de pensamento líquido, muito atreita à exploração das sugestividades da linguagem, importa que o jurista não ceda a enlear-se em palavras e saiba reagir ao canto enganador das locuções falsamente apelativas e consensuais(72). Sensibilidades à parte, só o árduo trabalho de estruturação dogmática permite conferir justiça, racionalidade e previsibilidade às decisões judiciais e, deste modo, a todo o tráfico jurídico-negocial.

---

(71) Loysel, Jurisconsulto, séc. XVI (segundo Philippe Malaurie, Laurent Aynés, *Cours de Droit Civil, Les Obligations*, 1985, p. 203), *apud* Nelle, Neuverhandlungspflichten, *cit.*, intróito.

(72) Veja-se, para uma amplíssima reflexão sobre o condicionamento do Direito pela linguagem, Raul Guichard, *Estudos Mínimos sobre a Língua, o Direito e a Legística*, UCP Editora, Lisboa 2022.

AS *HOLDINGS* E OS DIVIDENDOS À SAÍDA À LUZ DO DIREITO EUROPEU

Pela Dra. Maria Amélia Barradas Carlos([1])

Sumário:

1. Introdução. 1.1. A noção de sociedade *holding* no Direito Europeu. **1.2.** O apelo a uma *holding* para obter uma vantagem fiscal nos dividendos à saída. *1.2.1.* O conceito de abuso fiscal. *1.2 2.* Lacunas não intencionais e disparidades. **2. A Diretiva sociedades-mães/afiliadas, as holdings e o conceito de beneficiário efetivo. 2.1.** Considerações introdutórias. **2.2.** As *holdings* e as medidas de prevenção e combate ao abuso na Diretiva. *2.2.1.* A relevância do conceito de Beneficiário Efetivo. *2.2.2.* A insuficiente Targeted Anti-Abuse Rule (TAAR) e a necessária General Anti-Abuse Rule (GAAR). **3. O princípio geral de proibição de abuso no Direito Europeu. 3.1.** O princípio geral de proibição de abuso nos Danish cases. **3.2.** Da relação entre o princípio geral de proibição de abuso e a cláusula geral antiabuso do art. 6.º da ATAD. **4. As *holdings*, as montagens não genuínas e as razões económicas válidas nos dividendos à saída. 4.1.** As montagens não genuínas e a fundamentação económica. **4.2.** As *holdings* e o conceito de proibição de abuso. **5. Conclusões. 6. Modo de citar e outras convenções. 7. Bibliografia. 8. Lista das principais abreviaturas. 9. Jurisprudência. 10. Direito Primário da UE. 11. Direito Derivado da UE. 12. Documentação.**

1. Introdução

1.1. A noção de sociedade *holding* no Direito Europeu

A sociedade *holding* é uma forma de organização empresarial cujo objeto, exclusivo ou principal, consiste na detenção duradoura de posições

---

([1]) Advogada.

ou participações sociais noutras sociedades juridicamente independentes, num modelo de coordenação e gestão de médio-longo prazo(2).

O conceito de sociedade *holding* tem vindo a ser desenvolvido pelo Direito Europeu como sinónimo de 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* 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. 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(3).

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. 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.

---

(2) Como refere, a propósito dos modelos de *software* para planeamento e gestão das *holdings*, Rainer Zielke, *International Tax Planning with Comtax*, *Intertax,* 37, 2009, p. 198. Por razões de simplificação de linguagem, usam-se indistintamente as expressões *holding* ou *sociedade holding* por referência à mesma figura jurídica.

(3) Para mais desenvolvimentos sobre esta distinção cf. Andreas Perdelwitz, *Chapter 10: International Tax Structuring for Holding Activities, International Tax Structures in the BEPS Era: An Analysis of Anti-Abuse Measures*, *Online Books, IBFD,* 2016, p. 3.

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 — *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*.

São as particularidades desta estrutura nas suas atuais ligações com vários ordenamentos jurídicos que permitem, através da interposição de uma *holding*, criar os requisitos exigidos para invocar a legislação europeia e conseguir a isenção da retenção na fonte dos dividendos distribuídos. A obtenção de tal vantagem, muitas vezes apenas de natureza fiscal, conduzindo a fenómenos de dupla não tributação, leva-nos a perguntar: serão as sociedades *holdings* ainda compatíveis com o Direito Europeu?

Propomo-nos por isso averiguar quais os efeitos da sua existência no âmbito da isenção de retenção na fonte dos dividendos à saída e discutiremos se dela resulta uma "verdadeira" prática racional no âmbito da livre iniciativa económica.

1.2. O apelo a uma *holding* para obter uma vantagem fiscal nos dividendos à saída

Ao abrigo das liberdades fundamentais, designadamente através do exercício da liberdade de estabelecimento, o grupo societário, legitimamente motivado por considerações fiscais, pode decidir constituir uma *holding* e escolher a localização que lhe garanta a mais baixa tributação.

À partida, o facto de qualquer sociedade adotar atos e negócios jurídicos que diminuem, ou até suprimem, o imposto a pagar constitui uma prática racional no âmbito da livre iniciativa económica([4]), consentida em todos os Estados-Membros (EM) da União.

([4]) Cf., por exemplo, o interessante acórdão do *Cour Administrative*, do Luxemburgo 27.06.2013, n.º 30540, sobre o caráter racional de certa prática incomum levada a efeito pela *holding* não ser suficiente para qualificá-la como abusiva, no quadro da liberdade empresarial e iniciativa privada, ao reduzir significativamente a carga fiscal <https://www.juricaf.org/arret/LUXEMBOURG-COURADMINISTRATIVE-20140318-32984C>; e ver, também. Ana Paula Dourado, *Direito Fiscal*, *Lições*, Coimbra, 2022, p. 295.

Com efeito, o imposto altera não só os preços como também os custos inerentes à atividade de qualquer sociedade sendo expectável que a *holding*, como agente económico, assuma no mercado interno aquela prática de redução da carga fiscal(5).

Mas, constituindo a diminuição do imposto a pagar uma vantagem comercial desejável, bastará a interposição de uma *holding* na estrutura do grupo, que invoque a legislação da União e preencha os requisitos formalmente exigidos, para obter tal vantagem?

Na verdade, a dúvida instala-se, desde logo, quando aquela prática racional atinge, por intermédio de uma *holding*, "uma zona cinzenta (…) onde estão os atos ou negócios jurídicos que assumem formas jurídicas que não são abrangidas pelas normas de incidência ou que evitam certas normas de determinação da matéria tributável"(6). Como justificar tais atos ou negócios — para, designadamente, beneficiar da isenção da retenção na fonte dos dividendos distribuídos, sem contrariar o Direito Europeu?

Deverá tal justificação ser enquadrável na referida prática racional subjacente à liberdade empresarial e iniciativa privada ou estaremos já no plano da interpretação dos "comportamentos designados de elisão ou abuso de normas fiscais"(7)? E, sendo o abuso invocável apenas quando não é uma presunção inilidível, fazendo-se a prova caso a caso, quais são os prenúncios de uma prática abusiva juridicamente relevante(8)? Serão eles suficientes para recusar o benefício da isenção da retenção na fonte dos dividendos distribuídos pela *holding*?

Iniciaremos a tentativa de encontrar respostas apoiados nos princípios de uma União de Direito "interpretados à luz das liberdades fundamentais no TFUE (…) e da globalização (livre circulação de capitais)", por ser "[e]ssa interpretação especialmente importante para os princípios

---

(5) Veja-se, por exemplo, em Portugal os arts. 61.º, n.º 1, 80.º, al. *c*) e 86.º todos da CRP e a jurisprudência dos tribunais superiores tributários. Vejam-se, por todos, os acórdãos do TCAS, proc. n.º 4255/10, de 15.02.2011, Relator: Juiz Desembargador José Correia e proc. n.º 3877/10, de 20.11.2012, Relator: Juiz Desembargador Pedro Vergueiro, onde se considera ser inerente à racionalidade económica a minimização do imposto a suportar; Ana Paula Dourado, *ibidem,* pp. 294-295. No mesmo sentido, Saldanha Sanches, *Manual de Direito Fiscal*, Coimbra, 2007, pp. 157-159.

(6) Cf., jurisprudência do *Cour Administrative* de Luxemburgo de 18.03.2014, n.os 31058, 32984-C e 33125-C, <https://www.juricaf.org/arret/LUXEMBOURG-COURADMINISTRATIVE-20140318-32984C> e ver, também, Ana Paula Dourado, *Direito Fiscal* …, *cit.*, p. 301.

(7) *Ibidem.*

(8) As cláusulas antiabuso devem conter em regra presunções elidíveis, a não ser que tenham fundamento em princípios fiscais que prevaleçam no caso concreto à luz da proporcionalidade. Cf. Ana Paula Dourado, *ibidem*, p. 264. No mesmo sentido, um EM só pode aplicar uma cláusula antiabuso se permitir ilidir a presunção, cf. Acórdão TJUE, de 12.09.2006, C-196/04 (*Cadbury Schweppes*), § 50.

da igualdade e (da proibição) do abuso"([9]), e tomaremos posição crítica acomodando a jurisprudência do TJUE.

Neste sentido pretendemos contribuir para clarificar se, e em que condições, aqueles atos ou negócios jurídicos praticados por uma sociedade *holding,* com invocação da legislação europeia, de que resulte a isenção da retenção na fonte dos dividendos distribuídos, constituem, ou não, abuso em face do Direito Europeu.

A reflexão não será, por isso, frutuosa sem uma delimitação clara da figura do abuso contrapondo-a a outras figuras afins. É o que tentaremos fazer na secção seguinte.

1.2.1. O conceito de abuso fiscal

A legislação da União Europeia (UE) ao tratar da temática dos dividendos à saída não só utiliza muitas vezes o termo evasão fiscal para designar o abuso fiscal a que acabámos de fazer referência, como utiliza também o termo fraude fiscal para designar casos de infrações fiscais([10]). Ora, sabemos que "a fraude fiscal constitui um tipo legal de infração fiscal e não uma categoria abrangente dos diferentes tipos de infrações tributárias (…) [e] as situações de evasão fiscal constituem ilícitos, podendo constituir infrações administrativas ou criminais e estão sujeitas a sanções específicas em cada ordenamento. (…) O conceito de evasão fiscal abrange, portanto, (todos) os diferentes tipos de infrações (*i.e.*, crimes e contraordenações)"([11]).

Diferentemente, nesta nossa reflexão encaramos o abuso não como um ilícito, mas como um aproveitamento de lacunas, não intencionais, que criam dúvidas de interpretação em resultado de uma discrepância entre o espírito e a letra da norma de Direito Europeu([12]).

([9]) Cf. Ana Paula Dourado, *ibidem*, p. 133.

([10]) Veja-se, por exemplo, o uso indevido das expressões "evasão" e "fraude" no art. 1.º, n.º 4, da Diretiva sociedades-mães/afiliadas, Diretiva (UE) 2015/121 do Conselho de 27.01.2015, que altera a Diretiva 2011/96/UE, onde deveria apenas constar a expressão abuso fiscal.

([11]) Considerando o conceito que "está a ser usado na documentação da União Europeia como um conceito vago e relacionado com um apelo a uma coordenação fiscal internacional (…) um conceito-chapéu que pode referir-se a situações de elisão fiscal (eventualmente, até, de evasão fiscal) ou a um mero planeamento fiscal, consoante o contexto"; cf. Ana Paula Dourado, *Governação Fiscal Global,* Coimbra, 2018, pp. 57, 218-219; *Direito Fiscal … cit.*, pp. 297-298 e 332; Rita de la Feria, *EU General Anti-(Tax) Avoidance Mechanisms; The Dynamics of Taxation: Essays in Honour of Judith Freedman*, Leeds, 2020, p. 21.

([12]) O caráter sancionatório atribuído à elisão fiscal nas palavras de Ana Paula Dourado "é

Com efeito, sabemos que na sua origem podem estar imperfeições da linguagem jurídica que levam a inevitáveis lacunas legais, não intencionais, num dado ordenamento jurídico. No sentido em que conduzem à tributação desigual de iguais manifestações de riqueza, são naturalmente indesejáveis à luz do princípio da justiça e do princípio da segurança jurídica. Por isso, estas lacunas não intencionais nacionais — que gozam da proteção da reserva de lei nos vários EM — tendem a ser minimizadas, designadamente, através de lei formal usando "técnicas legislativas (…) com abertura do *Tatbestand* que evitem a enumeração taxativa"([13]) ou através das regras de interpretação da lei fiscal, que as reduzem ou até mesmo eliminam. O que acabámos de escrever serve para distinguir estas lacunas não intencionais existentes num dado ordenamento — que proporcionam o abuso — de outras lacunas, que embora sejam igualmente lacunas não intencionais e também conformem abuso fiscal não se conseguem, porém, colmatar pelos critérios gerais de interpretação. São as designadas disparidades, resultantes da interação de dois ou mais ordenamentos jurídicos, que através da conjugação de regimes formam atos ou negócios dirigidos a alcançar a dupla não tributação. Da importância de esta distinção para os objetivos que prosseguimos neste estudo daremos a necessária nota na secção seguinte.

1.2.2. Lacunas não intencionais e disparidades

Importa começar por lembrar que as indesejadas (mas inevitáveis) imprecisões do vocabulário jurídico impõem que se faça a distinção entre casos envolvendo *holdings* intermédias que requerem a aplicação de cláusulas que fecham lacunas([14]) resultantes daquelas disparidades([15]) e casos

---

uma reação inadequada à facilidade de planeamento fiscal na economia globalizada, desmaterializada e digitalizada (…) resulta do modelo económico, social e político liberal (…) da inadequação dos impostos sobre o rendimento, traçados segundo princípios e regras enunciados há mais de um século. (…) a ilicitude não pode ser confundida com falta de ética nos comportamentos de planeamento fiscal". *Direito Fiscal… cit.*, pp. 305-306.

([13]) Cf. Ana Paula Dourado, *ibidem*, p. 298.

([14]) Cf. Ana Paula Dourado, *Tax Avoidance Revisited in the EU BEPS Context*, Vol. 15, EATLP *International Tax Series*, 2017, pp. 3-15; ver, neste sentido, a alteração 5 da Proposta que altera a Diretiva 2011/16/UE relativa à cooperação administrativa, 10.03.2021, considerando 3-A (novo).

([15]) Cf. Ana Paula Dourado, *Lições de Direito Fiscal Europeu-Tributação Directa*, Coimbra, 2010, p. 51. Como exemplo, pode ser apontada a cláusula que procura fechar lacunas de modo a evitar a dupla não tributação no caso dos híbridos, na Diretiva sociedades-mães/afiliadas, que iremos analisar

em que, sendo a interpretação insuficiente para que tais lacunas sejam passíveis de correção, requerem a aplicação de cláusulas antiabuso.

É reconhecendo o abuso nesta dupla perspectiva: em sentido amplo — podendo ser colmatado pelos princípios de Direito Europeu e pelas regras de interpretação — e em sentido restrito — podendo, à partida, ser corrigido pela aplicação de cláusulas antiabuso(16) — que importa analisar as *holdings* à luz do Direito Europeu.

Queremos saber se nas suas interações com os ordenamentos jurídicos dos vários EM estas sociedades estão, ou não, proibidas de invocar a legislação europeia para obterem a isenção de retenção na fonte dos dividendos distribuídos. A resposta requer reflexão crítica com os contornos que concretizaremos ao longo da exposição subsequente.

2. A Diretiva Sociedades-Mães/Afiliadas, as *holdings* e o conceito de Beneficiário Efetivo

2.1. Considerações introdutórias

O regime de isenção da retenção na fonte dos dividendos que um grupo societário através de uma *holding r*esidente num EM distribua a uma outra sociedade residente noutro EM está previsto na Diretiva sociedades-mães/afiliadas — Diretiva 90/435/CEE(17) — de 23.07.1990, atualizada pelas Diretivas: 2003/123/CE de 22.12.2003, 2011/96/UE de 30.11. 2011, 2014/86/UE de 08.07.2014 e 2015/121/UE de 27.01.2015, aprovadas pelo Conselho, que consubstanciam as diversas alterações ao projeto inicial apresentado em 1969(18).

Convirá começar por lembrar que a necessidade de aprovar a Diretiva decorreu do facto de a Convenção Modelo da OCDE não se ocupar desta matéria.

---

no contexto do *infra* ponto 2.; cf., no mesmo sentido, o Acórdão TJUE de 25.02.2021, C-403/19, (*Société Générale*), § 22, onde se clarifica que as desvantagens referentes a disparidades nas legislações dos vários EM não violam, necessariamente, a livre circulação de capitais.

(16) Cf. Paulus Merks, *Tax Evasion, Tax Avoidance and Tax Planning*, *Intertax*, 5, 2006, p. 274; Christiana Panayl, *Is Aggressive Tax Planning Socially Irresponsible? Intertax*, 10, 2015, p. 552; cf., ainda, jurisprudência do *Cour Administrative* de Luxemburgo de 16.02.2016, n.ºs 35978-C e 35979-C, <https://www.juricaf.org/arret/LUXEMBOURG-COURADMINISTRATIVE>.

(17) Doravante "Diretiva".

(18) Cf. Bem J. M. Terra e Peter J. Wattel, *European Tax Law*, 2019, p. 601.

Com efeito, no quadro das convenções bilaterais existe a preocupação em eliminar ou atenuar a dupla tributação jurídica internacional([19]), mas não a dupla tributação económica; que ocorre quando há distribuição transfronteiriça de dividendos, no âmbito do grupo societário onde se integra a *holding*([20]). Motivo pelo qual a Diretiva tem procurado suprir essa lacuna([21]). Da leitura do quarto considerando do respetivo preâmbulo retira-se que a mesma é aplicável às sociedades *holdings* e que pretende estabelecer regras fiscais neutras no que se refere à concorrência entre sociedades de EM diferentes, de modo que se ajustem às condições de criação do mercado interno e reforcem a sua concorrência no quadro internacional([22]).

Esta questão de neutralidade fiscal apresenta-se relevante, porquanto a distribuição de dividendos por uma *holding* interposta à sua sociedade-mãe era disciplinada pela lei fiscal interna dos vários EM, que já atendia à eliminação da dupla tributação económica, mas ao nível interestadual a situação ainda não estava prevista pelo Direito Europeu.

Ou seja, se houvesse lugar, por exemplo, a uma distribuição de dividendos por uma *holding* portuguesa para uma sociedade-mãe num outro EM da UE([23]), esse EM podia tributar os dividendos e Portugal — que já

([19]) Cf. Alexander Rust, *Exemption Method*, *Klaus Vogel on Double Taxation Conventions*, *Ekkehart Reimer & Alexander Rust, Wolters Kluwer*, 2015, pp. 1581-1582.

([20]) A dupla tributação (jurídica) internacional observa-se, em dois ou mais Estados, quando sobre o mesmo sujeito passivo ocorre o mesmo facto tributário perante impostos semelhantes e aplicáveis no mesmo período temporal; Cf. Ana Paula Dourado, *Direito Fiscal … cit.*, pp. 38-39; Acórdão TJUE de 25.02.2021, C-403/19, (*Société Générale*), §§ 26-30 e 39. No caso da dupla tributação económica estamos perante o mesmo facto tributário referente a impostos semelhantes e aplicáveis no mesmo período temporal, contudo tratam-se de sujeitos passivos diferentes. Cf. Michael Lang, *Research Handbook on International Taxation, Edited by Yariv Brauner*, Massachusetts, 2020, pp. 174-183.

([21]) Cf. Bem J. M. Terra e Peter J. Wattel, *European Tax …*, *cit.*, p. 601.

([22]) Cf. art. 1.º, n.º 1 da Diretiva, em conformidade com o qual as relações entre sociedades-mãe e suas afiliadas dentro do mesmo EM ou envolvendo terceiros Estados não são consideradas pela Diretiva.

([23]) O art. 3.º, n.º 1, al. *b*), admite a relação entre a sociedade-mãe e uma *holding* interposta, ao determinar que esta é a sociedade em cujo capital é detida a participação da sociedade-mãe. Diznos, ainda, o art. 3.º, n.º 1, al. *a*) (*i*) e (*ii*) que tal participação tem de ser de pelo menos 10%, mas este critério pode ser substituído pelo critério dos direitos de voto, que é, como sabemos, uma solução comum existente nos vários EM. Por ser assim, podemos aferir a qualidade da sociedade no caso concreto observando a percentagem de participação — a Diretiva prevê um mínimo de 10% — ou verificando se tem mais direitos de voto, de modo que possa haver domínio. Todavia, em qualquer um dos dois critérios deverá ser acomodado o entendimento que tem vindo a ser apresentado pelo TJUE. Com efeito, é exatamente pela análise da jurisprudência do Tribunal que se fica a saber que não se inclui na referida participação as ações detidas a título de usufruto, conforme foi clarificado no caso *Les Vergers du Vieux Tauves* e não se incluem também as correções ao abrigo dos preços de transferência. Significa

tinha tributado os lucros — tributava também os dividendos como estado da fonte; e quanto à dupla tributação económica causada entre lucros e dividendos, considerando que os dividendos eram distribuídos a um ente (contribuinte) situado no exterior, a mesma não era eliminada. O que constituía um obstáculo([24]) à melhoria do funcionamento do mercado interno e ao crescimento das sociedades, designadamente, através do exercício das liberdades fundamentais de circulação de capitais e de estabelecimento. Motivo pelo qual a Diretiva, desde a sua versão originária — embora sem incluir, ainda, nem os estabelecimentos estáveis nem as situações triangulares —, sempre pretendeu eliminar a dupla tributação económica([25]).

Daí que de entre as diversas modificações substanciais apontadas, se destaquem as que decorrem da proposta do Conselho, apresentada pela Comissão, a 29.07.2003([26]) que alargam o âmbito subjetivo da Diretiva permitindo-se — em face da jurisprudência do TJUE([27]) — estender o seu regime aos referidos estabelecimentos estáveis nas situações triangulares, enquanto as condições para a isenção de retenção na fonte dos dividendos foram atenuadas através da redução da percentagem de participação mínima exigida([28]).

No entanto, apesar de ter sido inicialmente adotada para evitar a dupla tributação económica — na distribuição transfronteiriça de dividendos no seio do grupo societário na UE —, desde 2015([29]) que a Diretiva tem também como objetivo essencial o combate à dupla não tributação, resultante do efeito combinado da isenção dos dividendos no estado da sociedade-mãe e da sua dedutibilidade no estado da sociedade *holding*([30]).

---

dizer que, existindo uma participação de 10%, se posteriormente os Estados procederem a correções no quadro dos preços de transferência, essas alterações não são refletidas por não estarem incluídas nesta participação para efeitos de aplicação da Diretiva. Atendendo à cláusula com acomodação desta jurisprudência, se se tratar como único critério de uma participação inferior a 10% a *holding* interposta está proibida de beneficiar da Diretiva.

([24]) Cf. Ana Paula Dourado, *Lições de Direito Fiscal Europeu ... cit.*, p. 225.

([25]) Cf. Bem J. M. Terra e Peter J. Wattel, *European Tax ... cit.*, p. 601.

([26]) Proposta de Diretiva do Conselho, 24.07.2003, COM (2003) 462 final.

([27]) Acórdão TJUE, 21.09.1999, C-307/97, (*Saint-Gobain*).

([28]) De notar, quanto a condições para isenção de retenção na fonte, que a redução foi constante em cada dois anos posteriores a 2003 e até 2009, num fator de 5% para cada ano, partindo de uma percentagem de 25% com uma redução progressiva da percentagem de detenção mínima obrigatória no capital da subsidiária (de 25% na Diretiva 90/435/CEE para 20% a partir de janeiro de 2005, baixando para 15% em janeiro de 2007, até 10% em janeiro de 2009).

([29]) Diretiva 2015/121/UE do Conselho, 27.01.2015, que veio introduzir uma cláusula geral antiabuso (TAAR).

([30]) Cf. Diretiva 2014/86/UE do Conselho, de 08.07.2014, considerandos 2 e 3 do preâmbulo e art. 1.º, n.º 1, al. *a*).

É nesta abrangência que a Diretiva convoca a nossa atenção no que toca, designadamente, à interpretação das medidas de prevenção e combate à sua invocação abusiva e que nos permitem avaliar, nos termos a seguir enunciados, se as *holdings* são, ou não, proibidas.

2.2. As *holdings* e as medidas de prevenção e combate ao abuso na Diretiva

Para uma sociedade *holding* de um EM([31]) sujeita a imposto([32]), poder beneficiar da isenção de retenção na fonte, prevista no art. 5.º da Diretiva, o seu domicílio fiscal (direção efetiva) não deverá estar situado num Estado terceiro ao abrigo de uma convenção bilateral([33]). Importa perceber claramente porquê e quais as suas implicações no objeto em estudo.

Concretizemos através do seguinte exemplo. Admitindo que um Estado terceiro Z celebrou uma convenção bilateral com o EM1(Países Baixos), mas não celebrou com o EM2(Portugal). Se aquele Estado terceiro Z quisesse realizar um investimento numa afiliada no EM2(Portugal)

([31]) Ver art. 2.º, al. *a*), (*i*), que vem definir o conceito "sociedade de um Estado-Membro" para efeitos de aplicação da Diretiva, usando-se para tal a remissão para um anexo I), contendo uma listagem taxativa de tipos de sociedades e respetivas formas jurídicas que as mesmas deverão assumir num dado EM para nele beneficiarem do regime da Diretiva; e relativamente à qual o TJUE já se pronunciou no Acórdão de 02.04.2020, C-458/18, *GVC Services (Bulgária) contra Direktor na Direktsia Obzhalvane i danachno-osiguritelna praktika" — Sófia (Autoridade tributária búlgara)*, considerando tratar-se de uma enumeração que por ser taxativa poderá não acompanhar a evolução do Direito interno nesta matéria. Assim, à luz desta cláusula específica, a sociedade *holding* está proibida de beneficiar da Diretiva se a sua forma não estiver incluída na lista; exceto se o EM a que a sociedade pertença tenha incluído na referida listagem uma cláusula residual que autorize a aplicação a casos não expressamente previstos, cf. als. *b*), *e*), *f*), *i*), *j*) e *k*) do anexo.

([32]) Ver art. 2.º, al. *a*), (*iii*), ao estabelecer que a sociedade *holding* tem de ser sujeita a um dos impostos societários que constam da listagem anexa à Diretiva, ou quaisquer outros. que possam substituir os que estão em vigor, a que alude o art. 2.º da Diretiva, sem possibilidades de opção e sem deles se encontrar isenta. Significa dizer que se houver uma reforma do imposto societário, (*v.g.* IRC no caso de Portugal) que seja substituído por um imposto de diferente designação, mas que seja igualmente um imposto sobre o rendimento societário, esta cláusula da Diretiva permite essa substituição; quer a base tributária seja mais estreita ou mais ampla, possa a *holding* fazer mais, ou menos, deduções por referência a essa base, isso não tem repercussão em face do objetivo da Diretiva, que, recordemos, é evitar a dupla tributação.

([33]) O art. 2.º, al. *a*), (*ii*), vem exigir que a *holding* seja residente num EM, impedindo-a de ser residente (*i.e.,* ter direção efetiva) num terceiro Estado ao abrigo de uma convenção bilateral, para poder invocar os benefícios da Diretiva.

poderia criar uma sociedade *holding* primeiro no EM1(Países Baixos) e esta *holding* do EM1 poderia criar uma afiliada no EM2(Portugal). Ou seja, a última sociedade-mãe seria residente no Estado terceiro Z, com uma *holding* no EM1(Países Baixos) e uma SUB afiliada no EM2(Portugal). À partida, o que acabámos de escrever é apenas uma prática de planeamento fiscal.

Contudo, ao abrigo da Diretiva quando a sociedade do EM2(Portugal) distribuísse os lucros à sociedade-mãe no EM1(Países Baixos) não havia possibilidade de retenção na fonte sobre os dividendos para eliminar a dupla tributação económica; o EM1(Países Baixos) ao abrigo desta mesma Diretiva não podia tributar aqueles dividendos na esfera jurídica da sociedade-mãe. Todavia, se posteriormente aplicasse o tratado bilateral EM1(Países Baixos) — Estado terceiro Z eliminava também a dupla tributação.

Porém, como vimos pela interpretação do art. 2.º, existe uma condição para beneficiar da Diretiva: aquela sociedade *holding* tem de ser residente num EM e não deve ser residente num terceiro Estado ao abrigo de uma convenção fiscal.

Continuando com o nosso exemplo. A *holding* (sociedade interposta) que foi criada de acordo com todos os pressupostos exigidos pelo direito societário do EM1(Países Baixos) se não desempenhar quaisquer funções ao abrigo da convenção celebrada entre o Estado terceiro Z — EM1(Países Baixos), pode ser considerada residente num EM: o EM1(Países Baixos).

Além disso, existindo um tratado fiscal entre o EM1(Países Baixos) e o Estado terceiro Z impõe-se verificar se esse tratado contém a regra "*tie-break*", ou regra de desempate, quanto ao local efetivo de direção da sociedade *holding*. Porquê?

Porque se é verdade que as convenções bilaterais incluem uma regra de eliminação de empate no caso de dupla residência([34]), convém também não esquecer que a prevalência do critério da direção efetiva, ou seja, do local de exercício da atividade, foi uma matéria decidida no período anterior ao projeto BEPS e antes da Convenção Multilateral. A nova redação da Convenção Modelo OCDE de 2017 já não faz prevalecer a direção efetiva sobre a sede([35]). Poderá esta questão ter implicações nos dividendos à saída, à luz do Direito Europeu? Sim([36]). Bastará

([34]) Equivalente ao art. 4.º, n.º 3, da Convenção Modelo da OCDE.

([35]) Cf. 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.

([36]) Veja-se a explicitação desenvolvida por Bem J. M. Terra e Peter J. Wattel, *European Tax…cit*, p. 601.

lembrar a destacada importância que os intangíveis assumem nas sociedades *holdings*, no âmbito de uma economia crescentemente desmaterializada([37]) — digitalizada — e constatar o quão é difícil, senão mesmo impossível, detetar — com critérios tradicionais de local de produção e localização de recursos humanos — onde é que está situada a direção efetiva, porquanto atualmente ela corresponde a uma caixa postal ou simples endereço eletrónico.

Pelo que, num tempo em que a prioridade já não é eliminar a dupla tributação, mas evitar a dupla não tributação, em caso de litígio no que concerne a saber onde se localiza a direção efetiva da *holding* os Estados têm de dialogar e se não chegarem a acordo a dupla tributação permanece.

Isto significa em termos de avaliar, à luz desta cláusula da Diretiva se, e em que condições, os atos ou negócios jurídicos praticados pela *holding* estão proibidos, que a referida cláusula está obsoleta.

Ainda assim, de acordo com a nossa interpretação, no exemplo dado, pode acontecer que, não havendo acordo entre os EM e o Estado terceiro, o estado da fonte EM2(Portugal) fique na dúvida de como aplicar esta cláusula, na medida em que o EM1(Países Baixos) se assume como estado de residência e o Estado terceiro Z se declara igualmente como estado de residência; não havendo regra de desempate, em face dos dois Estados afirmarem a dupla direção efetiva, se não chegarem a acordo quanto à decisão de se saber onde é que a mesma está localizada, pode daqui resultar dupla tributação.

Admitindo que, no contexto das sociedades *holdings* interpostas esta situação viesse a ser colocada à apreciação do TJUE como é que este interpretaria os termos da Diretiva em face do princípio da proibição do abuso no Direito Europeu? Estamos em crer que poderia dar prevalência a eliminar a dupla tributação económica, atendendo à integração europeia, por ser esse o objetivo que está na origem da Diretiva; ou será que — conforme discutiremos adiante — deveria dar prevalência ao princípio geral da proibição do abuso?

De todo o modo, entendemos que à luz desta cláusula haverá sempre a necessidade de averiguar, ao abrigo de uma convenção fiscal, onde se

---

([37]) Cf. Andres Báez Moreno e Yariv Brauner *Taxing the Digital Economy Post-BEPS… Seriously*, Madrid, 2019, pp. 30-37. Sobre como os negócios digitalizados requerem menos substância física para criar valor económico, cf. Nikolai Milogolov, *The Emergence of the 'Technological Tax Hub': Digitally Oriented Trajectories of Reforms in Tax Planning Hub Jurisdictions*, Intertax, 12, 2020, pp. 1105-1124; Svetislav V. Kostic *Plea for a Workforce Presence PE Concept in a Post-Covid Digitalized World*, Intertax, 10, 2021, pp.758-770; Ana Paula Dourado, *Lições de Direito Fiscal Europeu…*, *cit.*, p. 51.

situa a residência da sociedade *holding*([38]) e o critério de que dispomos atualmente é apenas a sede ou a direção efetiva, entendida esta última, como já dissemos, como o local de exercício da atividade([39]), com todos os problemas que a sua identificação implica.

Este aspeto mostra-se relevante dada a importância desta cláusula para aferir se a sociedade interposta está proibida, ou não, de invocar a Diretiva([40]). Tal relevância é notória ao prosseguirmos com o nosso exemplo.

Com efeito, se a *holding* no EM1(Países Baixos), no âmbito do tratado entre EM1 (Países Baixos) — Estado terceiro Z, tiver a sede no EM1 (Países Baixos), mas a direção efetiva no Estado terceiro Z, então, ao abrigo da convenção entre EM1(Países Baixos) — Estado terceiro Z, ela vai ser considerada residente no Estado terceiro Z. E o que a Diretiva prescreve é que só beneficiam dela as *holdings* residentes num EM (que seria o EM1 Países Baixos), desde que ao abrigo de uma convenção com um terceiro Estado não sejam consideradas residentes nesse terceiro Estado([41]). Logo, avaliada à luz desta cláusula, nos termos observados, seria proibido à *holding* invocar as normas da Diretiva.

Diferentemente, se estivermos perante uma situação em que a sociedade interposta está situada no EM1 e a sociedade-mãe no EM2([42]),

---

([38]) No sentido de considerar esta aspiração utópica, mas destinada a encorajar o debate num mundo cada vez mais globalizado, cf. Henry Ordower, *Uniform International Tax Collection and Distribution for Global Development, a Utopian BEPS Alternative*, INDIANA/LEEDS SUMMER TAX WORKSHOP SERIES 2021, *Columbia Journal of Tax Law*, Vol. 12, n.º 2, 2021, pp. 127-170.

([39]) Cf. Para uma visão sobre o reconhecimento num EM de sociedades comerciais constituídas em outros EM, Dário Moura Vicente, *Liberdades comunitárias e Direito Internacional Privado*, *Revista Ordem dos Advogados*, ano 69, julho/dez, Lisboa, 2009, pp. 756-758.

([40]) Ver Klaus Vogel, Daniel Gutmann e Ana Paula Dourado, *Tax treaties between Member States and Third States:" reciprocity" in bilateral tax treaties and non-discrimination in EC law, EC Tax Review,* 2, 2006, pp. 91-94.

([41]) Sobre a aplicação desta regra, desde que evite a dupla tributação, bem como a sua correlação com a aplicação de outras normas antiabuso de Direito Fiscal na Rússia à luz da nova abordagem da decisão do Supremo Tribunal Russo de 14.09.2020, no processo n.º A60-29234 / 2019 (*Mega-Invest Limited Responsabilidade Company (LLC*)), cf. Imeda A. Tsindeliani, Olga I. Lyutova, Karina T. Anisina, Elena V. Migacheva, Lyusmila Lesina, *Current Trends in Counteracting Thin (Insufficient) Capitalization in the Russian Legal System*, *Intertax*, 8/9, 2021, pp.713-724.

([42]) O art. 3.º, n.º 1, al. *a*), (*i*) prevê a relação entre a sociedade-mãe e a *holding* interposta, ao explicitar que a qualidade de sociedade-mãe é reconhecida a qualquer sociedade de um EM que satisfaça as condições enunciadas no art. 2.º da Diretiva, e que detenha no capital de uma sociedade de outro EM uma participação mínima de 10%. Importa, todavia, não esquecer que, nas mesmas condições, é igualmente reconhecida a qualidade de sociedade-mãe a uma sociedade de um EM que detenha uma participação mínima de 10% no capital de uma sociedade do mesmo EM, quer seja total quer seja só parcialmente, por intermédio de um estabelecimento estável da primeira sociedade situado noutro EM (*ii*). Significa, no entanto, nos termos do art. 3.º, n.º 2, que os EM têm a faculdade, em derrogação do disposto no n.º 1, "de não aplicar a presente directiva às suas sociedades que não conservem, por

havendo uma participação de pelo menos 10%, desde que ambas as sociedades possam ser consideradas como fazendo parte da listagem do anexo da Diretiva e desde que observado o conjunto de circunstâncias objetivas autorizado pelas restantes cláusulas, então, *ceteris paribus*, a distribuição de dividendos da *holding* no EM1 para a sociedade-mãe no EM2, em princípio, beneficiaria da isenção da retenção na fonte ao abrigo da Diretiva.

Importa, no entanto, sublinhar que este conceito de residência, enquanto elemento integrante desta cláusula da Diretiva, poderá ser de difícil interpretação, como dissemos, nos casos de dupla residência. Concretizando esta afirmação, consideremos, *v.g.*, que a sociedade-mãe está situada no EM3 e que tem uma SUBX com direção efetiva no EM1 e sede no EM2 onde também se situa uma subsidiária de SUBX (*holding* SUB SUB Z).

Admitindo que a SUB X tem também a *holding* SUB SUB Y que está no EM1. Consoante a SUBX seja considerada residente no EM1 ou residente no EM2 assim se aplica, ou não, a Diretiva.

Se SUBX for considerada residente no EM onde tem a sede, então, ela está coberta pela Diretiva na relação com a sociedade-mãe, nos lucros que distribuir; significando que no EM3 não pode haver retenção na fonte sobre os dividendos e o Estado da sociedade-mãe tem de isentar ou dar o crédito([43]).

---

um período ininterrupto de pelo menos dois anos, uma participação que dê direito à qualidade de sociedade-mãe, ou às sociedades em que uma sociedade de outro EM não conserve essa participação durante um período ininterrupto de pelo menos dois anos". A cláusula procura, assim, impedir, num contexto de fraude à lei, que a *holding* interposta possa aplicar a Diretiva dando origem à ausência ou atenuação (proibida) da tributação a que está submetida. O art. 3.º, n.º 2, al. *b*), convoca a nossa atenção para o acórdão *Denkavit*, quanto a saber se para aplicar o referido regime de isenção da retenção na fonte dos dividendos distribuídos em conformidade com o previsto na Diretiva — no sentido de não haver retenção na fonte e posteriormente o Estado da sociedade-mãe dar o crédito ou dar a isenção —, se se poderia exigir que houvesse um período mínimo de detenção de dois anos. Ou seja, admitindo que a lei fiscal nacional exigia o período de dois anos e os dividendos pudessem ser distribuídos antes de se atingir esse período; nesta situação haveria retenção na fonte ou a Administração Tributária teria de esperar até se atingir os dois anos? Parece-nos inegável que a Diretiva pretende fomentar os grupos societários no mercado interno e, portanto, incentivar as participações diretas com o mínimo de duração, e não os movimentos especulativos. Ou seja, pretende-se evitar tais movimentos e com eles um aproveitamento da dupla não tributação, exigindo-se o período mínimo. Por ser assim, acolhem-se as duas possibilidades. Ou se exige a retenção na fonte e depois devolve-se os montantes à sociedade se aquele período mínimo de detenção foi atingido ou, não se faz a retenção na fonte, mas se houver uma distribuição antes de o período mínimo de detenção ter ocorrido, então, exige-se à *holding* o montante de imposto que ainda não foi pago. O TJUE, na jurisprudência citada, veio afirmar que qualquer dos cenários não estava proibido, podendo ser feita a opção entre estas duas hipóteses.

([43]) Cf. Alexander Rust, *Credit Method*, *Klaus Vogel on Double Taxation Conventions*, 4.ª ed., *eds. Ekkehart Reimer & Alexander Rust, Wolters Kluwer*, 2015, p. 1583.

No entanto, convém acrescentar que, quanto à *holding* SUB SUBZ, os dividendos que a SUBX receber da *holding* SUB SUBZ já não estão abrangidos pela Diretiva, porque é uma situação puramente interna.

A *holding* SUB SUBY já está abrangida pela Diretiva porque está situada no EM1. Portanto, os dividendos que ela distribuir à SUBX no EM2 não podem ser retidos no EM1 e tem de haver um crédito ou uma isenção no EM2.

Se ao abrigo da convenção bilateral entre o EM1 e o EM2 a SUBX for considerada residente no Estado onde tem a direção efetiva (EM1), então, a *holding* SUB SUBY já não beneficia da Diretiva enquanto a *holding* SUB SUBZ beneficia.

Ou seja, conforme procurámos demonstrar, à luz desta cláusula específica, para beneficiar da isenção da retenção na fonte invocando a Diretiva, a *holding* tem de ser residente num EM, estando proibida de residir num terceiro Estado ao abrigo de uma convenção bilateral. Mas, será que preenchido este requisito ele constitui condição bastante para a *holding* estar presente e invocar a Diretiva nos dividendos à saída? Não. Conforme se verá com o contributo da secção seguinte.

2.2.1. A relevância do conceito de Beneficiário Efetivo

Num primeiro momento, a qualificação do destinatário dos dividendos distribuídos coloca-nos a questão de saber se o conceito de Beneficiário Efetivo (BE) constitui uma disposição convencional de combate ao abuso abrangida pelo art. 1.º, n.º 2, da Diretiva. Em que sentido deve o conceito ser interpretado à luz do Direito Europeu? Para provar a existência de uma prática abusiva é necessário que o EM identifique a entidade por conta da qual é efetuada tal prática? E se essa identificação não for possível?([44]).

Não devemos esquecer que os indícios do abuso — que não serão sempre os mesmos em qualquer circunstância, diferenciando-se com o tipo de ato ou operação levada a efeito pela *holding* — não têm um valor jurídico autónomo([45]). Ou seja, não conferem, por si só, a existência de

---

([44]) Conforme melhor se observará em 3.1.

([45]) Veja-se o exemplo do art. 4.º, n.º 1, al. *a*), que contém a regra anti-híbridos, ao estabelecer que o EM da sociedade-mãe deve abster-se de tributar os dividendos na medida em que estes não sejam dedutíveis pela afiliada (*holding* interposta) e tributá-los na medida em que os mesmos sejam

uma *holding* proibida, mas devem orientar o Tribunal na busca dos factos instrumentais para demonstrar a prática abusiva.

Tal como não será pelo facto da entidade que recebe os dividendos não ser o seu BE que os atos ou negócios passam a ser considerados proibidos. É que, a não ser assim, pareceria defender-se a aplicação de uma cláusula geral antiabuso (CGAA) sem estarem rigorosamente preenchidos

---

dedutíveis por esta. Estabelece-se, assim, nesta matéria, uma certa aproximação com a regra do projeto BEPS, ao fazer referência a uma opção entre resposta primária ou resposta secundária no caso de híbridos. Com efeito, na ação 2 do projeto BEPS prevê-se que o Estado da fonte (Estado da afiliada *holding* interposta) possa qualificar aqueles rendimentos como juros e, se forem juros pagos à sociedade-mãe, em princípio, por se tratar de gastos ou encargos, tais juros serão dedutíveis. No entanto, é possível que no caso dos híbridos o Estado da sociedade-mãe entenda que não se trata de juros, mas sim de dividendos e ao abrigo da Diretiva aplique o regime de isenção. Teríamos, neste caso, uma dupla não tributação. O que constituiria uma aplicação indevida da Diretiva, para que houvesse dedução no Estado da fonte e não tributação no Estado da sociedade-mãe. Consideramos que será por isso que a ação 2 do BEPS estabelece duas respostas optativas. Por um lado, a resposta primária (preferida no quadro internacional) por parte do Estado da fonte (ou estado da *holding* interposta, onde supostamente foram obtidos os rendimentos), que deve ter em atenção o regime do estado da sociedade-mãe e verificar como é que ele vai qualificar aquele rendimento; e se chegar à conclusão que para o Estado da sociedade-mãe o mesmo não é qualificado como juros, mas como dividendos e vai ser isento, então, o estado da fonte, em vez de permitir a dedução, o que deve fazer é tributar a *holding* (resposta primária).Por outro lado, a resposta defensiva no quadro do BEPS (ação 2) é a do Estado da sociedade-mãe (do acionista). O estado do acionista deve atender ao que ocorreu no estado da fonte. E se o estado da fonte não respondeu, não deu a resposta primária, se qualificou aquele rendimento como juro e deduziu, então, na resposta defensiva, o estado da sociedade-mãe em vez de qualificar o rendimento apenas à luz do seu próprio Direito (se só interpretasse a lei interna seriam dividendos e seriam isentos), vai considerar também o que aconteceu no Estado da fonte. E como na fonte houve uma dedução e uma qualificação como juros, então, nesse caso tem que tributar. Resposta defensiva. São as duas hipóteses. Esta cláusula da Diretiva contém apenas a resposta defensiva. Porquê? Porque a resposta primária (sendo a resposta interestadual proposta pela OCDE em face da economia digitalizada e do planeamento fiscal que lhe está associado e não para a situação interna) seria discriminatória, por contrária à livre circulação de capitais, razão pela qual a Diretiva optou pela resposta secundária. Porque é que estes aspetos são importantes em termos da nossa indagação sobre o benefício da isenção da retenção na fonte dos dividendos distribuídos? Para demonstrar que a Diretiva abrange apenas as situações entre sociedades-mães e *holdings* intermédias (afiliadas) e as situações triangulares, pelo que, de acordo com a Diretiva, as demais terão de ser interpretadas em conformidade com o direito interno respeitando as liberdades fundamentais. Em síntese, à luz desta cláusula, se o EM da sociedade-mãe escolher tributar a entidade transparente, tem que isentar ou creditar pelo imposto pago por parte da *holding* interposta, e na situação oposta, o EM da sociedade-mãe deve abster-se de tributar na medida em que o rendimento não seja dedutível pela referida sociedade *holding*. Tal dedutibilidade já poderá, no entanto, ocorrer se houver um híbrido e se, como dissemos, no Estado da *holding* aquele rendimento for qualificado, por exemplo, como juro. Se o Estado da *holding* considerar que se trata de juro, então, o Estado da sociedade-mãe também terá que qualificar o rendimento como juro e terá de tributar, já não havendo lugar à aplicação da Diretiva. Observamos, assim, que esta regra relativa às assimetrias híbridas assume particular importância, na interpretação do sentido do benefício da isenção da retenção na fonte dos dividendos distribuídos, ao eliminar lacunas não intencionais (disparidades), e, consequentemente, conforme tentámos demonstrar, ela não deve ser aplicada a uma *holding* interposta como cláusula antiabuso.

os respetivos pressupostos, e a considerar-se o BE como uma figura independente daquela prática abusiva. Consideramos, por isso, que este deve constituir um indício de abuso, no caso concreto (e noutros casos não, atendendo à interpretação da factualidade em apreço), sem, por si só, determinar o abuso. A ser assim, num segundo momento, cabe ainda saber se uma *holding* intermédia pode estar presente e invocar a Diretiva na qualidade de BE se tiver um poder limitado de gestão e de decisão relativamente aos dividendos à saída. Aceitando como ponto de partida que o conceito de BE surgiu pela primeira vez nos Comentários à Convenção Modelo da OCDE (CMOCDE) relativamente às disposições sobre dividendos — art. 10.º, n.º 2 — importará em futura investigação observar, num quadro de pluralismo jurídico, o possível contributo desta disposição legal para a interpretação do conceito de proibição de abuso no contexto das *holdings* à luz do atual Direito da União(46); sem prejuízo de continuarmos o nosso percurso de indagação com a análise da cláusula geral antiabuso nos termos da secção seguinte.

2.2.2. A insuficiente *Targeted Anti-Abuse Rule* (TAAR) e a necessária *General Anti-Abuse Rule* (GAAR)

Pela investigação que temos vindo a realizar pudemos verificar que o art. 1.º, n.º 2, da Diretiva já previa não só a aplicação de normas nacionais como convencionais, com o objetivo de prevenir que uma *holding* interposta pudesse indevidamente invocar as normas da Diretiva, no sentido de obter o benefício da isenção da retenção na fonte dos dividendos distribuídos. Como também já continha cláusulas específicas para o evitar(47).

A partir de agora deve-se sublinhar que para atingir aquele objetivo a Diretiva não só não impede a aplicação de cláusulas antiabuso nacionais e

---

(46) Tendo o TJUE considerado que o BE não é apenas um conceito de Direito Fiscal Internacional, mas também de Direito Europeu, a questão não deixará de ser merecedora de atenção em investigação ulterior cuja discussão por ora se remete para Christian Poiret, *International — Beneficial Ownership: Concept, History and Perspective*, Vol. 56, n.º 7, 2016, pp. 274-283.

(47) Em linha com as recomendações desde há muito defendidas pela OCDE/BEPS, no sentido de, especificamente, fazer constar em qualquer convenção bilateral que tal convenção não proíbe a aplicação das regras nacionais antiabuso. O que poderá constituir um desafio para os tribunais, em face da crescente complexidade da economia digitalizada. Neste sentido, cf. 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.

internacionais como permite expressamente, através do seu art. 1.º, n.º 4, com a redação dada pela Diretiva (UE) 2015/121, do Conselho, de 27.01. 2015, a coexistência de um conjunto de regras preventivamente sobrepostas para combater o abuso fiscal.

Esta cláusula geral antiabuso (GAAR), embora mais abrangente do que as disposições analisadas anteriormente, está direcionada apenas para o objeto da Diretiva (TAAR), isto é, só é aplicável no âmbito da Diretiva, assumindo-se como uma "norma mínima" que pretende assegurar a sua interpretação coerente e harmonizada([48]) tendente a prevenir, designadamente, a criação de uma *holding* num EM da UE para beneficiar de forma indevida da atenuação ou isenção de tributação ao abrigo da Diretiva([49]). Procura-se concretizar tal prevenção através da aplicação cumulativa de quatro requisitos previstos no seu art. 1.º, n.º 2, no sentido em que os EM da União não devem conceder os benefícios da Diretiva (primeiro requisito): "a uma montagem", que pode ser constituída por mais do que uma etapa ou parte, "ou série de montagens"; (segundo requisito): "que, tendo sido posta em prática com a finalidade principal ou uma das finalidades principais de obter uma vantagem fiscal"; (terceiro requisito): "que fruste o objeto ou a finalidade da presente diretiva"; e (quarto requisito): "que não seja genuína tendo em conta todos os factos e circunstâncias relevantes".

Para efeitos daquele n.º 2, considera-se no n.º 3 "que uma montagem ou série de montagens não é genuína na medida em que não seja posta em prática por razões comerciais válidas que reflitam a realidade económica". Assim, nos termos do mencionado art. 1.º, n.º 2, ocorre uma prática abusiva se através de uma *holding* interposta se contruiu uma montagem (ou uma série de montagens) com a finalidade principal (ou uma das finalidades principais), de obter uma vantagem fiscal que fruste o objeto da Diretiva e que não seja genuína — por não ter sido posta em prática por razões comerciais válidas que reflitam a realidade

---

([48]) Cf. Ana Paula Dourado, *Lições de Direito Fiscal Europeu ... cit.*, p. 163; neste sentido ver os acórdãos do TJUE, 17/7/1997, *Leur-Bloem*, C-28/95, § 41; TJUE, *Lankhorst-Hohorst*, § 37.

([49]) 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, pp.42--57; *The EU Anti-Tax Avoidance Package: Moving Ahead of BEPS? Intertax,* 6/7, 2016, pp. 440-446; Pasquale Pistone, *Avoidance and Aggressive Tax Planning under BEPS in light of EU Law*, 7TH GREIT LISBON SUMMER COURSE ON TAX EVASION, TAX AVOIDANCE & AGGRESSIVE TAX PLANNING*, Intertax*, 2, 2016, pp. 88-89; Stef van Weeghel, *BEPS in the EU and the New EU GAAR- Realigning Taxation and Substance: The New EU GAAR in the Parent-Subsidiary Directive*, 7TH GREIT LISBON SUMMER COURSE ON TAX EVASION, TAX AVOIDANCE & AGGRESSIVE TAX PLANNING*,* Intertax, 2, 2016, pp. 77-78.

económica — considerando todos os factos e circunstâncias relevantes([50]).

Acomodando nesta cláusula a jurisprudência do TJUE, deve-se acrescentar que as razões económicas válidas que venham a ser apresentadas pela *holding* para poder invocar as normas da Diretiva e beneficiar da isenção da retenção na fonte dos dividendos distribuídos não podem cingir-se a vantagens fiscais, na medida em que o benefício económico tem de exceder o benefício fiscal obtido([51]). Na verdade, apesar dos avanços e recuos na interpretação das liberdades fundamentais, o TJUE tem mantido o entendimento de que na criação e existência de uma *holding* interposta, para além das razões de ordem fiscal, também têm de estar presentes outras razões, designadamente, comerciais, financeiras ou económicas([52]).

Sendo certo que "[n]uma economia globalizada, a segurança jurídica e a justiça fiscal postulam coordenação fiscal na União Europeia (…) com o objetivo de atração de investimento", que se pretende compaginável com uma "reação coordenada (…) através da definição de abuso fiscal e de medidas antiabuso" que permitam validar aquelas razões.

Todavia, em face da atual desmaterialização de ativos e a rapidez com que aquelas *holdings* interpostas aparecem e desaparecem no mercado global, a permissão concedida pela TAAR aos EM para prevenirem e lutarem contra as práticas abusivas mostrou-se insuficiente tornando-se necessária "uma formulação mais simples"([53]) que proibisse a dupla não tributação([54]) por via de uma cláusula geral antiabuso e em que o entendi-

---

([50]) Cf. art. 1.º, n.º 2, da Diretiva (UE) 2015/121 do Conselho, de 27.01.2015; Ana Paula Dourado, *Direito Fiscal ... cit.,* p. 321.

([51]) Cf. Acórdãos do TJUE de 17.07.1997, C-28/95, (*Leur-Bloem*) § 47; 12.09.2006, C-196/04, (*Cadbury Schweppes*) "expedientes puramente artificiais desprovidos de realidade económica" §§ 55 e 75 e de 10.11.2011, C-126/10, (*Foggia*) § 34; Ana Paula Dourado, *Direito Fiscal …*, *cit.*, p. 293. Neste sentido, e muito expressivamente, acórdãos citados n.º 32984-C e 33125-C de 18.03.2014 do *Cour Administrative* de Luxemburgo.

([52]) Cf. Ac. TJUE, 17.07.1997, *Leur-Bloem*, C-28/95, § 47; TJUE, 09.03.1999, *Centros*, C-212/97 § 18 e § 27; Ac. TJUE, *Lankhorst-Hohorst*, § 37; *Conclusões do AG Poiares Maduro, Halifax*, § 89; Ac. TJUE, 10.11.2011, *Foggia*, C-126/10, § 34 e § 35; Ac. TJUE, 07.09.2017, *Eqiom*, C-6/16, § 26.

([53]) Ana Paula Dourado, *Governação Fiscal*, *cit.*, p. 132. Sobre as possíveis alterações à Diretiva que poderiam contribuir para a sua aplicação mais simples cf. 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.

([54]) O art. 4.º, n.º 2 surge no contexto dos híbridos, já no quadro de influência do projeto BEPS, com a versão de 2014 da Diretiva, tendo em vista combater a dupla não tributação. Diz-nos esta cláusula que se o EM da sociedade-mãe escolher tributar a entidade transparente, num caso de distribuição de dividendos, em que houve no Estado da afiliada *(holding* interposta) uma tributação, então, o EM da sociedade-mãe tem que isentar ou creditar pelo imposto pago por parte da *holding*. Perguntar-se-á porque é que houve uma tributação? Porque se entende que a afiliada (*holding* interposta) tem per-

mento do que se possa considerar uma prática abusiva fosse interpretado "segundo o Direito Europeu e jurisprudência constante do TJUE"(55). Ou seja, faltava a *general anti-abuse rule* (GAAR) prevista no art. 6.º da ATAD(56) e a sua fulcral contribuição para interpretarmos o sentido de uma prática abusiva conducente à recusa do benefício da isenção da retenção na fonte dos dividendos distribuídos. Veremos, na *infra* secção 3.2., como o seu contributo é importante.

3. O princípio geral de proibição de abuso no Direito Europeu

3.1. O princípio geral de proibição de abuso nos *Danish cases*

Invocar as normas de Direito Europeu, mais concretamente da Diretiva sociedade mães/afiliadas, para poder beneficiar da isenção da retenção na fonte dos dividendos distribuídos implica respeitar um conjunto de critérios identificados pelo TJUE nos casos C-116/16 (*T Danmark*) e C--117/16 (*Y Denmark*), de 26.02.19, mais conhecidos por *Danish cases*.

Recordando sinteticamente a matéria de facto com relevância para o objeto em estudo, convirá começar por sublinhar que para beneficiar da vantagem daquela isenção o grupo societário interpunha uma *holding* entre a sociedade que distribuía os dividendos e a entidade que efetivamente os viria a dispor, preenchendo formalmente os requisitos exigidos pela Diretiva, sem, contudo, realizar o objetivo das suas disposições e sem apresentar uma fundamentação económica e comercial(57).

---

sonalidade jurídica. Todavia, verifica-se a existência de uma entidade transparente; o sócio é transparente e, portanto, se é transparente, à partida, não se aplicaria a Diretiva. Mas, se o Estado da sociedade-mãe escolher tributar neste caso a sociedade transparente, atendendo ao que se passou no Estado da afiliada (*holding*), consideramos que deve aplicar a Diretiva em toda a extensão: creditando ou aplicando o regime de isenção. Deste modo, centrando as atenções no benefício da isenção da retenção na fonte dos dividendos distribuídos, verificamos (cf. *supra* secção 2.2.1.) no caso dos híbridos que a cláusula — não sendo uma cláusula antiabuso — não só evita a dupla tributação como, ao procurar fechar lacunas, evita também a dupla não tributação.

(55) *Ibidem.*

(56) Diretiva (UE) 2016/1164 do Conselho, de 12.07.2016 (*Anti Tax Avoidance Directive*).

(57) Cf. Ac. TJUE, 26.02.2019, C-116/16 (*T Danmark*) e C-117/16, (Y *Denmark*), visando sociedades *holdings* interpostas dinamarquesas que reclamavam isenções de retenção na fonte ao abrigo da Diretiva sobre dividendos pagos à sociedade-mãe situada na UE, que por sua vez os transfe-

O que levou o Tribunal a pronunciar-se sobre "o caráter puramente formal da estrutura do grupo de sociedades"([58]) e sobre a *substância da holding*([59]), entendendo que a existência de uma sociedade interposta, com o único objetivo de beneficiar da vantagem fiscal, *sem justificação económica e comercial* é uma *montagem financeira proibida* de beneficiar daquela isenção em face do princípio geral de proibição de abuso de Direito Europeu([60]).

Para avaliar à luz daquele princípio se a *holding* está, ou não, a beneficiar das normas da Diretiva de forma abusiva o Tribunal faz referência aos indícios atendíveis([61]).

Num cenário em que as alíquotas efetivas de tributação são baixas([62]) e em que o parqueamento de participações sociais ocorre num EM de reduzida tributação, o TJUE considera que "o facto de estar reunido um certo número de indícios pode demonstrar a existência de um abuso de direito, desde que esses indícios sejam objetivos e concordantes e haja a possibilidade de fazer prova do contrário"([63]).

Notamos, no entanto, que o Tribunal não é especialmente claro quanto à inserção destes indícios no conceito de abuso([64]).

Apesar de "não ser tarefa simples para o TJUE, já que nem todos os comportamentos [das *holdings*] tendentes à redução dos impostos devem estar sujeitos ao veredicto do abuso"([65]), o Tribunal acaba por afirmar que aqueles

---

ria para sociedades localizadas fora da UE e consideradas como BE. Sobre a noção de sociedade interposta enquanto formalmente proprietária do rendimento, mas que na prática apenas dispõe de poderes muito limitados, não podendo ser considerada BE, cf. § 91 daquela decisão.

([58]) *Ibidem*, §§ 72 e 98.

([59]) Cf. Ole Steen Schmidt e Niclas Holst Sonne *Introduction of Withholding Tax on Dividends from Danish Conduit Companies*, *Tax Notes Today International and Tax Notes Today Global*, Vol. 71, n.º 3, 2013, pp. 270-271.

([60]) 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.

([61]) Neste sentido, cf. Jasper Korving, L. C. van Hulten *Case law note: Svig og Misbrug: The Danish Anti-Abuse Cases*, *Intertax*, 8/9, 2019, pp. 793-800. Sobre uma análise crítica das respostas antiabuso dadas pela UE, numa visão alargada à reforma tributária americana de dezembro de 2017, cf. Ana Paula Dourado, *The US Base Erosion and Anti-Abuse Tax, and the EU Responses*, Intertax, 4, 2018, pp. 266-267. Ac. TJUE, 26.02.2019, C-116/16 (*T Danmark*) e C-117/16, (*Y Denmark*), § 72.

([62]) Adam Zalasinski, *The ECJ's Decisions in the Danish Beneficial Ownership Cases: Impact on the Reaction to Tax Avoidance in the European Union*, *International Tax Studies* n.º 4, 2019, p. 11.

([63]) Ac. TJUE, 26.02.2019, C-116/16 (*T Danmark*), e C-117/16, (*Y Denmark*), §§ 99 e 114.

([64]) Cf. Luc de Broe e Sam Gommers, *Danish Dynamite: The 26 February 2019 CJEU Judgments in the Danish Beneficial Ownership Cases*, 2019, 06, *EC Tax Review*, p. 270.

([65]) Cf. *Conclusões da A.G. KOKOTT* de 01.03.2018, C-115/16, § 4.

indícios existem quando as *holdings* procuram alcançar abusivamente uma vantagem através da *criação* dos requisitos exigidos para a sua obtenção([66]).

Afirmando o Tribunal que tal vantagem deve ser considerada abusiva — e por isso recusada — se for desprovida de qualquer justificação económica e comercial, fazendo-se a prova de tal abuso à luz daqueles indícios([67]).

No entanto, não elenca expressamente as condições a satisfazer para que se possa concluir que uma *holding* foi constituída por razões que consubstanciam a realidade económica e comercial.

Com efeito, o TJUE apenas declara que uma *holding* interposta cuja estrutura seja apenas formal e tenha como principal objetivo (ou como um dos principais objetivos) a obtenção de uma vantagem fiscal que contrarie o objeto ou finalidade do direito aplicável [no caso o art. 5.º da Diretiva] poderá ser considerada uma prática abusiva"([68]) se desprovida de justificação económica([69]).

Para proceder à sua aferição importa, desde logo, atender ao primeiro indício que, de acordo com o Tribunal, estará preenchido através de três condições cumulativas([70]): a transferência da totalidade (ou quase totalidade) dos dividendos (*i*); num prazo muito curto após terem sido recebidos (*ii*); para uma entidade que não preenche os requisitos de aplicação da Diretiva (*iii*)([71]).

A complementar este seu entendimento, o TJUE refere-se a um segundo indício que nos é dado pelo lucro tributável insignificante"([72]) da sociedade *holding* interposta que transfere os dividendos da sociedade devedora para o BE([73]).

O que nos leva a perguntar se a insignificância de tal lucro não deverá ser ponderada perante o tipo de atividade que a *holding* realiza. Será por apresentar um lucro diminuto que os seus atos ou negócios jurídicos são abusivos? Não será antes por ter um lucro desproporcional quando comparado com o tipo de operações que pratica?

O terceiro indício tem que ver com a inexistência de atividade económica da sociedade *holding*([74]). Constituem pressupostos para tal falta de

---

([66]) Ac. TJUE, 26.02.2019, C-116/16, (*T Danmark*) e C-117/16, (*Y Denmark*), § 97.
([67]) *Ibidem*, § 98.
([68]) *Ibidem,* § 100.
([69]) *Ibidem,* § 114.
([70]) *Ibidem,* §§ 100 e 103.
([71]) *Ibidem,* § 101.
([72]) *Ibidem,* §103.
([73]) *Ibidem,* § 97.
([74]) Cf. Ac. TJUE, 26.02.2019, C-116/16 (*T Danmark*) e C-117/16, (*Y Denmark*), §104.

atividade: (*i*) ausência de gestão da sociedade; (*ii*) balanço contabilístico que evidencie uma ausência de ativos e passivos relevantes para a atividade; (*iii*) estrutura de custos e gastos quase inexistente, *v.g.* todos os custos serem suportados por outras sociedades do grupo; (*iv*) recursos humanos, instalações e equipamento não serem os adequados à atividade([75]).

O quarto indício apresentado pelo Tribunal refere-se aos contratos celebrados entre as sociedades envolvidas([76]), desde que tais formas contratuais utilizadas mostrem a impossibilidade de a sociedade interposta dispor do direito de utilizar os dividendos([77]), ainda que não exista a obrigação de os transmitir.

Por fim o Tribunal considera como quinto e último indício as coincidências ou proximidades temporais entre a entrada em vigor de uma nova legislação fiscal relevante e a tomada de decisão de operações financeiras no âmbito do grupo([78]).

Evitando que tais indícios de abuso se tornem num "teste de cheiro"([79]) o Tribunal entende que a sua confirmação não substitui a prova do preenchimento das condições para o benefício da isenção, nem a requalificação dos atos ou negócios realizados pela *holding* em virtude de aplicação de norma antiabuso pela AT([80]). Sendo ainda de sublinhar que não é necessário que esta identifique o BE dos dividendos para demonstrar a existência de uma prática abusiva, porque, como também já referimos([81]), pode tal identificação não ser possível. Basta-lhe demonstrar que o BE é uma *holding* interposta por via da qual foi cometido o abuso([82]). Deste modo, e de acordo com o art. 10.º, n.º 2, da CMOCDE, o princípio geral de proibição

---

([75]) *Ibidem* § 104; neste sentido Ac. TCAS 07.06.2018, relator Juiz Desembargador Jorge Cortês, 1367/10.8 BESNT, <www.dgsi.pt> (integral); *v.g.*, "não pode a sociedade *holding* externalizar perdas e custos ocorridos nas sociedades do grupo".

([76]) *Ibidem* § 105. Ver, ainda, Ac. TCAN 11.03.2021, relatora Juíza Desembargadora Margarida Reis, 01770/07.0BEVIS, <www.dgsi.pt> (integral), no sentido da necessária apreciação do clausulado dos contratos que titularam a operação ser consistente com a argumentação apresentada pela sociedade.

([77]) *Ibidem* § 103.

([78]) Broe e Gommers, *Danish Dynamite…*, *cit.*, p. 272 e Ac. TJUE, 26.02.2019, C-116/16 (*T Danmark*) e C-117/16, (*Y Denmark*) § 106.

([79]) Susi Baerentzen, *Danish Cases on the Use of Holding Companies for Cross-Border Dividends, and Interest — A New Test to Disentangle Abuse from Real Economic Activity*? *World Tax Journal: WTJ.* 2020, p. 28.

([80]) Cf. Ac. TJUE, 26.02.2019, C 116/16 (*T Danmark*) e C-117/16, (*Y Denmark*), §§ 116 e 117.

([81]) Cf. *supra* ponto 2.1.2; neste sentido, ver na jurisprudência francesa a decisão do *Conseil d'Etat, 9ème-10ème chambres*, 05.06.2020, n.º 423809, (*Atlantique Négoce*), ao explicitar que a qualidade de BE dos dividendos deve ser considerada uma condição para beneficiar da isenção da retenção na fonte prevista no art. 5.º da Diretiva; não sendo de considerar a isenção se o BE dos dividendos for uma sociedade com residência fiscal fora da UE.

([82]) Cf. Ac. TJUE, 26.02.2019, C 116/16 (*T Danmark*) e C-117/16, (*Y Denmark*), § 118.

de abuso de Direito Europeu passa a acompanhar o conceito de abuso pós-BEPS([83]).

Neste exercício de acompanhamento encontramos na intensificação da troca de informações a eventual viabilidade de um acordo internacional sobre a tributação dos dividendos à saída. Neste sentido, julgamos que a atuação da OCDE no âmbito do projeto BEPS e da UE no âmbito da cláusula geral antiabuso contida no art. 6.º da ATAD deveria ser (ainda mais) articulada e reforçada de modo a impedir a atuação ilegal das sociedades *holdings.* Considerando que os referidos indícios são suficientes para justificar medidas mais exigentes do que apenas as que resultam da prolação do acórdão do TJUE em *Danish cases*.

Importa, no entanto, notar que o Tribunal apesar de afirmar o princípio geral de proibição de abuso do Direito da União nos termos expostos, por enquanto, ainda não clarificou a relação entre o princípio e a cláusula geral antiabuso da ATAD. Ora, sendo exatamente este princípio que proíbe a *holding* de poder invocar (abusivamente) a Diretiva e sendo a cláusula um conjunto de critérios que nos dizem o que é o abuso, então, impõe-se que o nosso percurso de indagação, sobre se as *holdings* ainda são compatíveis, ou não, com o Direito Europeu, tenha passagem obrigatória pela secção seguinte.

3.2. Da relação entre o princípio geral de proibição de abuso e a cláusula geral antiabuso do art. 6.º da ATAD

O art. 6.º da Diretiva Antiabuso — Diretiva (UE) 2016/1164 do Conselho, de 12.07.2016, *Anti Tax Avoidance Directive* — contém uma cláusula geral antiabuso setorial([84]) cuja aplicação, tendencialmente uniforme nos vários EM bem como nas suas relações com terceiros Estados, procura colmatar a insuficiência da TAAR e dos instrumentos interpretativos bem como a inexistência de certas cláusulas especificas antiabuso no ordenamento jurídico de qualquer EM. Pretendendo-se que o seu âmbito de aplicação e os resultados que possa atingir não se diferenciem entre situações internas e transfronteiriças.

([83]) Carlos Palao Taboada, *OECD Base Erosion and Profit Shifting Action 6: The General Anti-Abuse Rule*, *Bulletin for International Taxation*, n.º 10, 2015, pp. 602-608.

([84]) Significa dizer que se aplica ao imposto societário na UE.

Assim, tendo como escopo o imposto societário([85]), a partir da ATAD os EM passaram a estar obrigados a ter uma CGAA que, procurando complementar as regras antiabuso que analisámos anteriormente, tenta colmatar lacunas no quadro das práticas abusivas.

A atual cláusula contém os quatro elementos típicos das CGAA. Isto é, há abuso, com consequente recusa do benefício da isenção da retenção na fonte dos dividendos distribuídos, por aplicação do seu art. 6.º, se: existir uma vantagem fiscal (elemento resultado) — já referida na TAAR —, cuja obtenção constitui o principal ou um dos principais objetivos (elemento finalidade) — também já referida na Diretiva mães-afiliadas —, frustrando ou contrariando o objeto da ATAD (elemento normativo) — à semelhança do referido na TAAR —, mas, a partir de agora, através da utilização de uma montagem ou série de montagens que não sejam genuínas, na medida em que não sejam postas em prática por razões comerciais válidas que reflitam a realidade económica, tendo em conta todos os factos e circunstâncias relevantes (elemento meio)([86]). Ou seja, estamos perante uma formulação diferente daquela que foi afirmada anteriormente em *Cadbury Schweppes* quando o Tribunal, através da análise das "instalações, de pessoal e de equipamentos", considerou que haveria abuso se existisse um "esquema puramente artificial", considerando-o como sendo "esquema não genuíno" (*v.g.*, se a *holding* se resumisse a uma caixa postal)([87]).

Aqui, na ATAD o legislador preocupado com a questão da dupla não tributação e procurando implementar na UE as recomendações do BEPS, vem utilizar o conceito de *montagem não genuína*.

Compreende-se que o tenha feito considerando que aquela indeterminação legal em *Cadbury Schweppes* se encontrava desatualizada à luz do BEPS, por dificultar a averiguação de uma prática abusiva de uma *holding* que criasse os requisitos exigidos para beneficiar da isenção da retenção na fonte, respeitando-os formalmente, mas sem justificação comercial a aferir no contexto de uma economia, muito móvel, digitalizada, assente fundamentalmente no valor dos intangíveis, conforme fizemos referência.

Ainda assim, aceitando-se como tendo sido essa a intenção do legislador da ATAD importa observar que talvez não o tivesse conseguido plena-

---

([85]) Cf. o considerando (4) onde se refere que "não é desejável alargar o âmbito de aplicação da presente diretiva a tipos de entidades que não sejam sujeitos a imposto sobre as sociedades num Estado-Membro". Cf., também, o art. 1.º que restringe o âmbito aos contribuintes sujeitos a imposto sobre sociedades num dos EM da UE. Desta forma a Diretiva determina expressamente que não se aplica às normas de imposto societário, mas sim aos sujeitos passivos sobre os quais incida o imposto.

([86]) Cf. art. 6.º, n.º 1, da Diretiva.

([87]) Ac. TJUE, 12.09.2006, C-196/04, § 67 (*Cadbury Schweppes*).

mente, porquanto, estamos em crer, bastaria à sociedade *holding*, apoiada em *Cadbury Schweppes*, mas à luz do BEPS, argumentar ser beneficiária da isenção na medida em que a sua caixa postal assenta na possibilidade de exercício de uma liberdade fundamental, ainda que motivada por razões fiscais, verificando-se a realização de uma *atividade comercial genuína* ou *esquema genuíno*, por não ser um esquema artificial([88]).

Trata-se na verdade de uma questão literal com repercussões na definição de "não genuinidade" que poderá vir a ser considerada em futuras decisões do TJUE e, de certo modo, levar ao aperfeiçoamento da sua jurisprudência, em face da interpretação de uma montagem não ser "genuína na medida em que não seja posta em prática por razões comerciais válidas que reflitam a realidade económica"([89]).

O que nos leva a indagar se tal conceito de razões comerciais válidas não poderá constituir no caso em análise "um critério aferidor da finalidade do Direito Europeu (o critério que concretiza o elemento normativo)"([90]), na averiguação do abuso em certa transação ou operação por parte da *holding*([91]). Tendo presente que na constante tensão entre a motivação fiscal da sociedade e a substância económica da operação quer o TJUE quer os tribunais nacionais inserem o conceito de razões económicas válidas no preenchimento do elemento normativo.

De resto, a cláusula geral antiabuso quando foi proposta já procurava refletir os requisitos de práticas abusivas interpretados até então pelo Tribunal([92]), tendo este referido expressamente que mais do que procurar uma

---

([88]) Cf. Ana Paula Dourado, *Governação Fiscal ... cit.*, p. 130: "(…) não são genuínos os esquemas que, ponderados todos os factos e circunstâncias, tenham sido adotados com o objetivo principal, ou um dos objetivos principais, de obter uma vantagem fiscal contrária ao objeto e finalidade da lei fiscal aplicável".

([89]) Cf. art. 6.º, n.os 2 e 3, da Diretiva. Neste sentido, por contraponto com o Ac. TJUE de 29.03.2007, (*Rewe Zentralfinanz eG. v. Finanzamt Köln-Mitte*), C-347/04, §§ 71-72 e Ac. TJUE de 05.07.2007, C-321/05, (*Kofoed*) § 38 e, ainda, Dennis Webwer, *The New Common Minimum Anti--Abuse Rule in the EU Parent-Subsidiary Directive: Background, Impact, Applicability, Purpose and Effect*, *Intertax,* n.° 2, 2016, pp. 103-104, cf. a formulação declarada pelo TJUE, 26.02.2019, C 116/16 (T *Danmark*) e C-117/16, (Y *Denmark*), ponto 3 da decisão: "sociedades interpostas sem justificação económica com caráter puramente formal da montagem financeira".

([90]) Cf. Ana Paula Dourado, *Governação Fiscal… cit.*, p. 315.

([91]) Ver, a este propósito, as repercussões da ATAD no mercado único, tendo em consideração as liberdades fundamentais, cf. Gianluigi Bizioli, *Taking EU Fundamental Freedoms Seriously: Does the Anti-Tax Avoidance Directive Take Precedence over the Single Market? EC tax review,* Vol. 26, n.º 3, 2017, pp. 167-175; sobre o impacto da implementação do art. 6.º da ATAD na legislação fiscal luxemburguesa, Katerina Pantazatou, *Critical Review of the ATAD Implementation. The Implementation of the ATAD in Luxembourg,* Intertax, 1, 2022, pp. 59-60.

([92]) Cf. *Proposta da Comissão de 28.01.2016 sobre regras contra práticas que afetem diretamente o funcionamento do mercado interno,* COM (2016) 26 final, pp. 9-10.

vantagem fiscal importava demonstrar a existência de tais razões económicas válidas([93]).

O que nos impele a indagar, à luz do art. 6.º da ATAD, se não obstante a *holding* ser dotada de ativos, riscos e funções — com instalações, pessoal, capital e demais meios —, possuir substância económica e realizar uma atividade real, se a sua escolha para residir num EM, em preterição de outro, tiver sido fundamentada apenas em razões de poupança fiscal poderá tal escolha constituir uma prática abusiva?

A questão implica que se estabeleça a relação com o princípio geral de proibição de abuso, na medida em que do percurso de indagação e de análise crítica possam resultar contributos para a resposta.

Os atos ou negócios praticados por uma sociedade *holding* que preencham formalmente os requisitos para beneficiar da Diretiva sem que se realizem os objetivos que esta visa prosseguir são entendidos pelo TJUE como abusivos([94]). Nessa situação, mesmo que inexistam ou não sejam aplicáveis ao caso concreto disposições nacionais ou convencionais antiabuso, deve prevalecer aquele princípio e os benéficos devem ser recusados([95]). É precisamente tal princípio que está refletido no art. 6.º da ATAD, motivo pelo qual consideramos que a cláusula geral antiabuso poderá ser integrada no princípio geral de proibição de abuso de Direito Europeu, devendo ser interpretada à luz deste princípio geral([96]).

Porém, ainda que se considere o art. 6.º da ATAD como expressão do princípio geral de abuso, pode questionar-se a permissão dada ao EM de invocar contra a *holding* disposições de uma Diretiva — que eventualmente poderá até não estar transposta, ou corretamente transposta —, para lhe negar benefícios, que perante jurisprudência anterior seriam concedidos em virtude de ausência legislativa que o proibisse?

Com efeito, uma Diretiva necessita de ser transposta para a ordem jurídica interna para que seja considerada vigente e tenha eficácia. Neste sentido, lembremo-nos que anteriormente — em *Kofoed* — o TJUE defendia a necessidade de uma disposição interna que traspusesse a Diretiva

---

([93]) Ac. TJUE, 17.07.1997, *Leur-Bloem*, C-28/95, § 47 e 10.11.2011, *Foggia,* C-126/10, § 34.

([94]) *Ibidem*, § 3 da decisão.

([95]) Cf. Ac. TJUE, 26.02.2019, C 116/16 (*T Danmark*) e C-117/16, (*Y Denmark*), §§ 72, 76, 83, 88 e 89.

([96]) Ana Paula Dourado, *Direito Fiscal*…, *cit.*, p. 317; Wolfgang Schoen, *The Concept of Abuse of Law in European Taxation: A Methodological and Constitutional Perspective*, Munique, 2019, pp. 6-22, defendendo o autor o reconhecimento de um conceito de abuso ao nível do direito secundário da UE, sem alterar a hierarquia das normas do direito europeu e a relação entre o direito da UE e a legislação nacional.

para que esta fosse invocada contra uma *holding* perante a existência de abuso([97]).

Assim, de modo a respeitar o efeito direto das Diretivas evitando que a cláusula geral antiabuso o possa reverter([98]), salvaguardando a tutela jurisdicional efetiva das *holdings* e uma interpretação uniforme do (ainda em construção) princípio geral de proibição de abuso, importará que os EM, através do mecanismo das questões prejudiciais([99]), solicitem ao Tribunal que clarifique o significado e os limites do referido princípio, no quadro do pluralismo jurídico a concretizar no âmbito da atual relação de diálogo entre o TJUE e os tribunais nacionais.

Perante as linhas orientadoras de que se dispõe atualmente em face da jurisprudência do Tribunal nos *Danish cases*, coloca-se a questão de interpretar à luz do princípio geral a relevância da cláusula geral antiabuso, considerando que o princípio prevalece independentemente da adoção de normas internas, e obriga os EM a recusar o benefício da isenção quando a *holding* tenha adotado um ato ou negócio que, enquanto *montagem financeira sem justificação económica*, frusta os objetivos da Diretiva([100]).

([97]) Cf. Ac. TJUE, 05.07.2007, C-321/05*, (Kofoed)* §§ 40-44, no sentido em que "um Estado-Membro não pode opor aos particulares uma disposição de uma directiva que ele próprio não traspôs, na medida em que, nos termos da jurisprudência constante, uma directiva não pode, por si só, criar obrigações para um particular e não pode, portanto, ser invocada, enquanto tal contra ele"; *Conclusões da AG* § 99.

([98]) Ver Adolfo Martín Jiménez, *Towards a Homogeneous Theory of Abuse in EU (Direct) Tax Law, Bulletin for International Taxation*, n.os 4-5, Amesterdão, 2012, p. 288.

([99]) Ver art. 267.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE) e a obrigação de reenvio prejudicial, Ac. TJUE 06.10.1982, C-283/81 (*Cilfit*).

([100]) Ver, neste sentido, as decisões dos tribunais nacionais nas quais se aplica o raciocínio dos casos dinamarqueses, *v.g.* Cassação italiana: sentença n.º 17746, 22.06.2021, onde a *Corte Suprema di Cassazione* afirma à luz do princípio geral de proibição de abuso que o BE é aquele que tem a real disponibilidade dos dividendos, isto é, numa perspetiva jurídica, mas também económica, dispõe efetivamente do rendimento. Não pode ser qualificado como BE uma *holding* que não tem o direito de disfrutar dos fluxos financeiros que se apresentam limitados por uma obrigação contratual de imediata transferência a terceiros. Também na sentença n.º 14756, de 10.07.2020, a *Corte Suprema di Cassazione* decidiu que uma *holding* que se limite a deter ações sem exercer qualquer atividade substancial e que num curto espaço de tempo após o recebimento dos dividendos procede à sua transferência para uma terceira sociedade (que pode ser, ou não, o beneficiário final), não cumpre os requisitos de aplicação da Diretiva, sendo uma *holding* proibida. Neste sentido, na sentença n.º 24287, 30.09.2019, a *Corte Suprema di Cassazione* já tinha considerado que uma *holding* interposta proibida é aquela que intervém formalmente nas relações entre quem distribui os dividendos e o seu BE sendo um mero canal de transferência do rendimento. A sua constituição não é sustentada por razões económicas válidas, mas sim por razões que se circunscrevem à vantagem fiscal de diminuir ou isentar a respetiva tributação. Também na sentença n.º 32840, 19.12.2018, a *Corte Suprema di Cassazione* afirmou que a mera referência a elementos operacionais tais como: fracos recursos, falta de funcionários, margem de lucro muito modesta ou uma estrutura organizacional desadequada não é suficiente para fazer da *hol-*

Nesta perspectiva, poder-se-á questionar a aplicação da cláusula anti-abuso? Na medida em que pela imposição do princípio geral os benefícios da Diretiva seriam sempre recusados, perante uma montagem financeira levada a efeito por uma *holding* interposta na estrutura do grupo com caráter puramente formal, sem justificação económica? Seria, assim, dispensável a aplicação do regime da ATAD?

Vejamos. Consideramos que embora o princípio geral de proibição de abuso e o art. 6.º da ATAD possam interagir de diversos modos, existe uma relação hierárquica entre eles que deriva da ordem constitucional da União. O que nos leva a pensar se decorrerá da jurisprudência do TJUE uma certa recusa do Tribunal em fiscalizar a legalidade do art. 6.º da ATAD à luz do princípio geral de proibição de abuso, evitando fazer cumprir a hierarquia entre os dois([101]).

Entendemos que mesmo sem abordar diretamente um possível conflito entre o princípio e a cláusula, o Tribunal poderá sempre reforçar a fiscalização efetiva da legalidade do art. 6.º da Diretiva Antiabuso. Na medida em que é através desta cláusula-geral que o grau de harmonização tenderá a aumentar num quadro em que as medidas de harmonização por meio da aplicação do princípio geral de proibição do abuso, como vimos, vão além do seu âmbito tradicional.

Acresce que, a indeterminação do art. 6.º da ATAD levanta a questão da interpretação que lhe vem sendo dada pelos tribunais nacionais. Importa que estes controlem a verificação dos seus pressupostos — sobretudo nos *casos difíceis* ínsitos a uma economia digitalizada, que começam agora a ser discutidos([102]) à luz do princípio geral de proibição do abuso, na procura da *justa* distribuição dos encargos tributários.

---

ding um "canale di transito" dos dividendos, devendo valorizar-se igualmente a autonomia de organização e gestão da *holding*. Neste sentido cf., ainda, Robert Danon, Daniel Gutmann, Margriet Lukkien, Guglielmo Maisto, Adolfo Martín Jiménez e Benjamin Malek, *The Prohibition of Abuse of Rights After the ECJ Danish Cases, Intertax*, 6 e 7, 2021, pp. 485-487.

([101]) Rita Szudoczky, *The Sources of EU Law, and their Relationships: Lessons for the Field of Taxation, Doctoral series*, IBFD, 2014, pp. 97-107.

([102]) Ver, *v.g.*, de entre a jurisprudência francesa a decisão do *Cour Administrative d'Appel de Versailles*, 27.05.2021, *3.ème chambre*, n.º 19VE00090 *(Alphatrad)* onde se entendeu que a *holding* tem que exercer uma atividade real e não se limitar a efetuar um contrato de tesouraria entre duas sociedades que, por ser insuficiente, não constitui uma justificação económica. No mesmo sentido se têm vindo a pronunciar os tribunais suíços, cf., por todas, a decisão 2C-354-2018 do *Bundesgericht/Tribunal fédérale, (Federal Supreme Court*), 20.04.2020. Ver, ainda, em sentido idêntico, Ac. STA, 03-06-2020, relatora Juíza Desembargadora Suzana Tavares Silva, 0401/13.4BEVIS 0444/18, <www.dgsi.pt> (integral); onde se exige a participação ativa na gestão e concessão de crédito, não podendo [essas atividades] ser classificadas como meramente acessórias. Sobre a noção de casos difíceis, que não cabem no núcleo da disposição legal, v. Ana Paula Dourado, *Princípio da Legalidade… cit*., p. 373.

Convém não esquecer que o princípio da legalidade fiscal, como princípio estruturante de uma União de Direito, assegura o princípio geral da igualdade exigindo uma tributação baseada na capacidade contributiva das sociedades, tributando-se igualmente o que é igual e desigualmente o que é desigual, na medida dessa desigualdade. Quando certa *holding* com determinada capacidade económica contorna as normas da Diretiva está a onerar as demais *holdings* de idêntica capacidade contributiva, numa clara afronta ao princípio da igualdade, que o princípio geral de proibição de abuso procura evitar.

Por este motivo, consideramos que o princípio geral de proibição de abuso não carece de expressa consagração no texto do TFUE, pois decorre do princípio geral da igualdade.

Neste quadro de explanação da prevalência do princípio geral de proibição de abuso, justificamos uma *holding* incompatível com o Direito Europeu através de uma prática que desprovida de justificação económica — apesar de respeitar formalmente as cláusulas da Diretiva — ofende aquele princípio geral, tornando-o na solução para garantir a supremacia do Direito da União sobre as dificuldades do legislador europeu em prever toda a complexa criação abusiva de *montagens financeiras*([103]).

A manifestação do princípio geral de proibição de abuso consistirá, assim, em fazer prevalecer a racionalidade económica da montagem, sobre a forma abusivamente utilizada para beneficiar da isenção da retenção na fonte dos dividendos distribuídos([104]).

Deste modo, respondendo à questão levantada, não obstante a *holding* concretizar uma atividade real se a sua escolha por um EM, em preterição de outro, tiver sido fundamentada apenas por razões de poupança fiscal a mesma poderá ser proibida. Bastará que tenha sido utilizada uma montagem sem justificação económica ou sem razões económicas válidas para justificar tal escolha. Por ser assim, à luz do princípio geral de proibição do abuso a referida escolha não seria admitida e, consequentemente, não se produziria a vantagem fiscal pretendida, de acordo com a interpretação que fizemos dos indícios de abuso apontados pelo TJUE.

Refira-se, ainda, em face designadamente das atuais dificuldades de aplicação da cláusula geral antiabuso contida no art. 6.º da ATAD no âmbito da economia digitalizada, que a celebração de um acordo internacional sobre a tributação dos dividendos à saída poderia contribuir para a

---

([103]) Cf. Ac. TJUE, 26.02.2019, C-116/16 *(T Danmark)* e C-117/16, (*Y Denmark*), § 118.

([104]) Cf. Ac. TJUE, 26.02.2019, C-116/16 *(T Danmark)* e C-117/16, (*Y Denmark*), ponto 3 da decisão.

aplicação eficaz do princípio geral de proibição de abuso e intensificaria a monitorização de resultados da troca de informações entre as várias Administrações Tributárias, tendente a uma maior transparência, de modo a evitar o abuso fiscal com utilização de *holdings* interpostas.

Sendo certo que se não lhes é permitido "beneficiar da isenção da retenção na fonte (…), perante uma prática abusiva"([105]), também não deverá ser permitida uma errada interpretação do princípio, quer por parte da AT quer por parte dos tribunais, que possa dar lugar a intoleráveis violações da liberdade societária, de acordo com as legislações e práticas nacionais conformes ao Direito Europeu([106]).

Caberá, assim, ao Tribunal a última palavra para aferir, no caso concreto, se o art. 6.º da ATAD (e a sua interpretação) reflete as razões em que se deveria ter baseado de modo a atingir os *casos típicos*([107]), sob pena de se colocar em causa a segurança jurídica, com desrespeito pelo substrato económico efectivo da montagem financeira da *holding* interposta entre a sociedade-mãe e outras sociedades do grupo, como discutiremos a seguir.

4. As *holdings*, as montagens não genuínas e as razões económicas válidas nos dividendos à saída

4.1. As montagens não genuínas e a fundamentação económica

Depois de se observar como é que as *holdings* podem estar presentes em face das liberdades fundamentais e após termos procedido à necessária análise do art. 6.º da ATAD, para se estabelecer a relação e comparativamente se compreender os avanços resultantes da aplicação do princípio geral de proibição de abuso, desenvolvido pelo TJUE nos *Danish cases,* estamos agora em condições de discutir a justificação económica e comer-

---

([105]) Ac. TJUE, 26.02.2019, C 116/16 (*T Danmark*) e C-117/16, (*Y Denmark*), ponto 2 da decisão.

([106]) Cf. arts. 16.º e 20.º da *Carta dos Direitos Fundamentais da UE (2016/C 202/02), Jornal Oficial da União Europeia*, 07.06.2016, p. C 202/397; neste sentido já se pronunciaram os tribunais nacionais, *v.g.*, os tribunais espanhóis, ver decisões do *Tribunal Económico Administrativo Central*, 08.10.2019, rec. 185-2017 e rec. 2188-2017.

([107]) De modo "a atingir a igualdade substancial, no sentido em que a ligação permanente ao tipo, por quem aplica a lei (o vai-vem entre a norma e o tipo), permite ponderar os casos individuais", ver Ana Paula Dourado, *O princípio da legalidade fiscal* …, *cit.*, p. 562.

cial exigida às *holdings* para que a sua constituição e atividade não assumam um caráter puramente formal considerado pelo Tribunal como prática abusiva, impeditiva de invocação do Direito da União([108]). Princípio na base do qual a isenção de retenção na fonte dos dividendos distribuídos por uma *holding* à sua sociedade-mãe, prevista no art. 5.º da Diretiva, deve ser recusada, ainda que perante tal prática abusiva não existam disposições de "direito nacional ou convencional que prevejam essa recusa"([109]).

Como vimos, a demonstração dessa prática abusiva faz-se através de um conjunto de *indícios objetivos e concordantes* dos quais se retira que apesar de a *holding* ter respeitado formalmente as condições previstas nas disposições de Direito Europeu o fim prosseguido por essas disposições não foi atingido. O que foi alcançado foi uma vantagem para a *holding* resultante da aplicação dessas disposições através da *criação*([110]) abusiva dos requisitos exigidos para a sua obtenção.

Podem constituir tais prenúncios a existência de uma *holding* interposta entre a sociedade-mãe e outras sociedades do grupo sem justificação económica e comercial, que através de uma montagem financeira assuma caráter puramente formal na estrutura societária.

A indagação se uma determinada prática levada a efeito pela *holding* através dos dividendos à saída consubstancia tal montagem faz-se, por um lado, através de aplicação de cláusulas antiabuso, de que constitui exemplo, precisamente, o teste das razões económicas válidas, interpretado como um critério de atuação das *holdings* que dá poderes à AT para efetuar a tributação nos casos em que esta abusivamente não existiria, ou seria reduzida.

Por outro lado, aperfeiçoando e remetendo para a sua jurisprudência, a aproximação que o TJUE faz ao conceito é maioritariamente negativa, isto é, vai determinando o que não são razões económicas válidas atendendo ao objeto ou finalidade das disposições fiscais aplicadas caso a caso. O Tribunal não é, no entanto, suficientemente claro na aferição da finalidade de uma dada prática por parte da *holding* de modo a reconhecer,

---

([108]) Ac. TJUE, 26.02.2019, C 116/16 (*T Danmark*) e C-117/16, (*Y Denmark*), § 98. Neste sentido ver, ainda, a decisão do *Hoge Raad*, n.º 18-00219, 10.01.2020, onde o Supremo Tribunal da Holanda afirma que uma *holding* pobre em recursos que exerce apenas atividades coadjuvantes e administrativas é uma *holding* sem substância e sem atividade económica, cujo objetivo principal, ou um dos objetivos principais, é evitar a cobrança do imposto.

([109]) Ac. TJUE, 26.02.2019, C 116/16 (*T Danmark*) e C-117/16, (*Y Denmark*), ponto 2 da decisão.

([110]) *Ibidem*, ponto 3 da decisão.

a partir dela, um indício de prática abusiva. É certo que sempre se poderá contar com o teor da ATAD, que neste ponto é idêntico ao que resulta da atual CMOCDE, mas coloca-se a questão de saber: qual o critério de distinção entre as finalidades principais e as não-principais?

Ao contrário da CMOCDE, cujos comentários esclarecem em que medida deve uma finalidade ser considerada principal, a ATAD é omissa relativamente a essa análise. Convirá, no entanto, lembrar a Recomendação da Comissão([111]), de 06.12.2012, que ao fazer alusão à regra geral anti abuso refere que a finalidade imputada à montagem é considerada principal ou essencial se não for "negligenciável, tendo em consideração todas as circunstâncias da situação". Admitindo que esta formulação possa ser mais abrangente na qualificação de práticas abusivas, poderá questionar-se se este requisito não virá no futuro a contribuir para a obrigatoriedade de a *holding* estreitar a zona cinzenta do seu planeamento fiscal([112]).

Não obstante, o TJUE mantém a afirmação([113]) de que "não se pode censurar o grupo por ter optado por uma estrutura em vez de fazer um pagamento direto dos dividendos"([114]). Tal como a cláusula geral anti-abuso contida no art. 6.º da ATAD não pretende eliminar as oportunidades de as *holdings* invocarem as normas do direito da União para através daquela estrutura beneficiarem da isenção da retenção na fonte dos dividendos distribuídos. Contudo, sublinhe-se, desde que as sociedades interpostas não assumam um carácter puramente formal na referida estrutura do grupo, mas antes concretizem uma montagem financeira com justificação económica e comercial([115]). É perante este objetivo que entendemos ser possível interpretar aquela disposição, no sentido de a atividade da *holding* dever ser qualificada como abusiva à luz do princípio geral de proibi-

---

([111]) Ver *Recomendação da Comissão (2012/772/UE)*, 06.12.2012, JOUE, L 338/42, pontos 4., 4.2. e 4.6. A defenderem o preenchimento do requisito *sole or predominant purpose* à luz dos objetivos tratados na *supra* secção 2.3. referentes ao art. 6.º da ATAD, cf., ainda, entre outros, Robert Danon, Daniel Gutmann, Margriet Lukkien, Guglielmo Maisto, Adolfo Martín Jiménez e Benjamin Malek, *The Prohibition of …*, *cit.*, pp. 482-516.

([112]) A que nos referimos na *supra* secção 1.2.

([113]) Ac. TJUE, 07.09.2017, C-6/16 (*Eqiom e Enka*), e 20.12.2017, C-504/16 e C-613/16 (*Deister Holding e Juhler Holding*).

([114]) Cf. Ac. TJUE, 26.02.2019, C 116/16 (*T Danmark*) e C-117/16, (*Y Denmark*), § 110.

([115]) Ver, neste sentido, Saturnina Moreno González, *Critical Review of the ATAD Implementation: Implementation of the EU ATAD in Spain: Outstanding Issues of a Partial Transposion*, *Intertax*, 12, 2021, pp. 995-997. Neste sentido, já se pronunciaram os tribunais belgas, *v.g.*, o Tribunal de Recurso de *Ghent*, n.º 25264, 01.12.2020, ao aplicar o princípio geral de proibição de abuso defendeu uma interpretação ampla de abuso com prevalência da substância sobre a forma, afirmando que faltava substância à atividade da *holding* quando na sua forma de atuação predominavam razões de natureza fiscal conducentes apenas à isenção da retenção na fonte.

ção de abuso de Direito Europeu que fundamenta a CGAA perante uma montagem não genuína.

Nessa medida, ao instituir o requisito da *genuinidade* a ATAD estabelece que esta deve ser aferida "tendo em conta todos os factos e circunstâncias"(116), sendo que uma montagem não será genuína "na medida em que não seja posta em prática por razões comerciais válidas que reflitam a realidade económica". O conceito de *não-genuinidade* num primeiro momento não foi, como já vimos, adotado pelo TJUE, no entanto, se retomarmos o entendimento de que uma montagem é genuína se não for artificial(117), então, talvez ambas as expressões possam ter idêntico alcance nas normas antiabuso. Será, nomeadamente, o que acontece "quando, através de uma *holding* interposta entre a sociedade que paga os dividendos e a sociedade do grupo que é beneficiária efetiva destes, é evitado o pagamento do imposto"(118) conforme se demonstrará através da análise do conceito de proibição de abuso na secção seguinte.

4.2. As *holdings* e o conceito de proibição de abuso

O debate atual em torno das *holdings* e da proibição de abuso ao nível da isenção da retenção na fonte dos dividendos distribuídos foi relançado pela Comunicação da Comissão Europeia ao Parlamento Europeu e ao Conselho sobre a tributação das sociedades para o século XXI, publicada a 18.05.2021. Nela se procura alertar para a necessidade de se "proibir a utilização de *holdings* com uma presença substancial e atividade económica real mínima ou nula"(119).

Tentando zelar pelo cumprimento das condições exigidas às sociedades *holding*s, de modo a contribuir para a sua presença do ponto de vista fiscal no âmbito europeu e internacional, a UE pretende reforçar as ações para combater *montagens não genuínas*, designadamente, com utilização

---

(116) Conforme vimos quando analisámos o seu art. 6.º, n.º 1, na *supra* secção 2.2.2. e secção 2.3.

(117) Com efeito, "um grupo de sociedades que não seja constituído por razões que reflitam a realidade económica, que tenha uma estrutura puramente formal e que tenha como principal objetivo ou como um dos seus principais objetivos a obtenção de uma vantagem fiscal que contrarie o objeto ou a finalidade do direito fiscal aplicável pode ser considerado uma *montagem artificial*". Ac. TJUE, 26.02.2019, C 116/16 (*T Danmark*) e C-117/16, (*Y Denmark*), § 100.

(118) *Ibidem*.

(119) COM/2021/251 final.

abusiva de *empresas de fachada* para fins fiscais e sem qualquer fundamentação económica([120]).

Para o efeito, a CE considera que seria de exigir às *holdings* que divulgassem, à Administração Tributária do EM onde estão localizadas, todas as informações necessárias para se avaliar se têm presença substancial e atividade económica real([121]).

Em linha com o entendimento que até ao momento tem vindo a ser dado pelo TJUE sobre a proibição de abuso, a CE sugere que se tenha um especial cuidado em identificar no caso concreto, e à luz do Direito Europeu, se são os dividendos que estão isentos([122]) de retenção na fonte ou se é a *holding* que está abusivamente a *escapar* à tributação. Se forem os dividendos, independentemente de qual seja a sua designação, importa aferir com rigor se a sociedade *holding* está, ou não, sujeita a imposto e preenche os demais requisitos referidos pelo TJUE([123]).

Assim, acompanhando a interpretação do Tribunal, se admitirmos que uma dada convenção bilateral, celebrada *v.g.* entre EM (Portugal) como estado da fonte dos dividendos e EM(Itália) enquanto estado de residência da sociedade-mãe, distribuir competência cumulativa, no sentido do EM (Portugal) poder tributar e o EM (Itália) também poder tributar (observando-se na legislação de ambos os EM que existe norma de incidência fazendo com que aquela competência seja exercida), então, a *holding*, em princípio, não está proibida de obter a isenção dos dividendos no EM (Portugal)([124]). Repare-se, no entanto, que quando os dividendos são distribuídos para o EM(Itália) a Diretiva determina que no EM (Portugal) não deve haver retenção na fonte e no EM onde está localizada a sociedade-mãe não devem ser tributados os dividendos obtidos no EM (Portu-

---

([120]) *Ibidem.*

([121]) *Ibidem.*

([122]) Ver Alessio Persiani, *Case Law Note: Italian Supreme Court… cit.*, pp. 1053-1061 sobre quatro acórdãos do Supremo Tribunal italiano que negaram a isenção de retenção na fonte nos dividendos à saída através de uma interpretação restritiva da cláusula *sujeito a imposto* contida no art. 2.º, alínea (*a*) (*iii*) da Diretiva, por contraponto ao mais recentíssimo acórdão do mesmo Tribunal que "parece mudar a sua abordagem, esclarecendo que o regime de isenção da retenção na fonte dos dividendos se aplica mesmo nos casos em que a sociedade-mãe seja apenas tributável no seu Estado de residência, não sendo exigido que os dividendos recebidos pela sociedade-mãe sejam tributados nesse Estado".

([123]) Para análise dos requisitos, ver Bem J. M. Terra e Peter J. Wattel, *European Tax… cit.*, pp. 601-609.

([124]) O EM(Itália) no caso não daria um crédito ao EM(Portugal) se equacionarmos neste exemplo que em Portugal não houve lugar a imposto à luz do Direito Europeu; a não ser que o EM(Itália), ao abrigo da convenção bilateral tenha de conceder um crédito fictício, apesar de os dividendos no EM(Portugal) estarem isentos (ou terem uma tributação reduzida).

gal). Não haverá, portanto, lugar a tributação, ainda que o EM (Itália) tenha de dar um crédito se este estiver previsto na convenção bilateral.

Mas, se a proibição de abuso impõe à *holding* ser sociedade de um EM, nele residir, estar sujeita a imposto societário e preencher os demais requisitos em todos os EM envolvidos, não se deve deixar de atender às frequentes situações triangulares em que um estabelecimento estável tem uma participação de pelo menos 10%. Esta questão é pertinente ao colocar sérias dúvidas quanto à proibição de retenção na fonte dos dividendos distribuídos, em face de montagens "criadas com o principal objetivo de reduzir a responsabilidade fiscal ou disfarçar a conduta imprópria do grupo ou das operações a que pertencem"([125]); convocando, por isso, a nossa particular atenção para a cláusula relativa ao estabelecimento estável contida no art. 2.º, al. *b*) da Diretiva.

Tendo em conta esta cláusula, entendemos que o Direito Europeu pretende colmatar uma lacuna do Direito Fiscal Internacional ao cobrir a seguinte situação triangular: (*i*) admitindo que a sociedade-mãe é residente no EM2 e que possui um estabelecimento estável no EM3; (*ii*) considerando que o estabelecimento estável, porque não tem personalidade jurídica, não reside no EM3, mas possui, no entanto, património próprio (ativo e passivo) e tem uma participação de pelo menos 10% na afiliada *holding* no EM1; (*iii*) ou seja, a participação na *holding* no EM1 está ligada materialmente ao ativo do estabelecimento estável([126]).

Na verdade, juridicamente a *holding* é uma afiliada da sociedade-mãe e na medida em que esta é detentora de personalidade jurídica os dividendos são distribuídos pela *holding* à sociedade-mãe. Porém, materialmente, os mesmos são distribuídos ao estabelecimento estável, por ser a entidade a quem pertence o ativo. Coloca-se, por isso, a questão de saber: qual a solução específica a adotar à luz do Direito Europeu, no sentido de garantir mais transparência e justiça no que se refere à tributação da *holding*([127])?

([125]) Comunicação da Comissão ao Parlamento e ao Conselho, 18.05.2021, COM/2021/251 final.

([126]) O nosso entendimento sobre o estabelecimento estável vai no sentido de o considerar como uma instalação fixa, situada num EM, através da qual a sociedade de outro EM desenvolve parte ou a totalidade da sua atividade, desde que os dividendos estejam submetidos a imposto no EM onde está situado, em conformidade com uma convenção ou normas internas. Significa dizer que os estabelecimentos estáveis estão cobertos pela Diretiva desde que submetidos a imposto; existindo uma recondução ao conceito de estabelecimento estável real, não pessoal, por correspondência ao art. 5.º, n.º 1, da Convenção Modelo da OCDE (e já não o estabelecimento estável através do agente pessoal, do art. 5.º, n.º 5, da Convenção Modelo que entendemos como não integrando esta definição da Diretiva).

([127]) Ver, neste sentido, a Comunicação da Comissão ao Parlamento e ao Conselho, 18.05.2021, COM/2021/251 final.

Consideramos que, em princípio, a referida cláusula da Diretiva nos fornece a resposta ao determinar que o EM3 não deve provocar dupla tributação dos dividendos à saída da *holding* no EM1; ou seja, tem de dar um crédito ao estabelecimento estável ou isentar, consoante o método escolhido; o EM1 não deve reter na fonte o imposto sobre os dividendos distribuídos; e o EM2 também deverá dar um crédito ou isentar, porque, estamos perante dupla tributação económica, na medida em que quer o EM2 quer o EM3 estão a tributar o acionista([128]).

Mas, a pergunta continua a impor-se: e se tanto a sociedade-mãe como a afiliada *holding* se situarem no mesmo EM1, e o estabelecimento estável se encontrar noutro EM2? Admitindo que a participação em termos materiais sai do estabelecimento estável para a *holding*. Significa, em nossa opinião, que o EM1 não deve reter na fonte os dividendos distribuídos e o EM2 é obrigado a isentar ou a dar um crédito, à semelhança do EM1 que deverá proceder de idêntico modo na esfera da sociedade-mãe. Porquê?

Porque a não ser assim, se esta cláusula não existisse, a situação em análise seria considerada como meramente interna, porquanto tanto a sociedade-mãe quanto a *holding* estão situadas no mesmo EM1 e o estabelecimento estável não revelaria, porque, como lembrámos, não tem personalidade jurídica. Tratar-se-ia de uma situação que escaparia ao conceito de proibição de abuso, na medida em que não estando abrangida pela Diretiva a mesma não se lhe aplicaria. Razão pela qual ao considerarmos a referida situação triangular como estando prevista na mencionada cláusula, interpretada nos moldes expostos, a proibição de abuso impede a *holding* de invocar os benefícios da isenção da retenção na fonte dos dividendos distribuídos([129]). Deve, no entanto, a este propósito, sublinhar-se a falta de clareza da definição de retenção na fonte prevista na Diretiva. É certo que os elementos a considerar na interpretação do que é uma retenção na fonte à luz do Direito Europeu — e até para efeitos de análise das liberdades fundamentais — foram dados pelo TJUE no acórdão *Epson*([130]).

([128]) Ver Alessio Persiani, *Case Law Note: Italian Supreme Court… cit.*, p. 1061; Klaus Tipke, Roman Seer, Johanna Hey, Joachim Hennrichs, *Steuerrecht*, Munique, 2021, pp. 68-70.

([129]) Contribuindo, assim, "para intensificar a luta contra a utilização abusiva de sociedades de fachada (…) e combater a utilização de estruturas fiscais abusivas, ou entidades jurídicas com nenhuma ou apenas uma substância e atividade económica mínimas que continuam a representar um risco de serem utilizadas para fins indevidos", cf. Comunicação da Comissão ao Parlamento e ao Conselho, 18.05.2021, COM/2021/251 final.

([130]) Ac. TJUE, 08.06.2000, C-375/98, (*Epson Europe BV*), que envolveu Portugal e em que o Tribunal veio declarar que (primeiro elemento) tínhamos uma retenção na fonte quando houvesse um

Tendo o Tribunal atendido à prevalência da substância sobre a forma, de modo a evitar que a sociedade interposta possa ser considerada sujeito passivo ao abrigo de uma legislação nacional quando na realidade a carga fiscal está a ser suportada pelo acionista. Importando, ainda assim, observar se mesmo depois da análise da substância sobre a forma o benefício da isenção da retenção na fonte continua a ser proibido por invocação abusiva da Diretiva([131]).

Mas, o que é que significa proibição de retenção na fonte à luz do conceito de proibição de abuso de Direito Europeu, para efeitos de aplicação da Diretiva? Convém lembrar que o n.º 1 do seu art. 7.º contém uma definição negativa. Colocando-se a questão de saber se a proibição de retenção na fonte significa só o facto tributário final ou abrange também os pagamentos antecipados (ou pagamentos especiais por conta)?

Atendendo à decisão do Tribunal em *Burda*([132]), o primeiro pagamento e a primeira tributação sobre esse pagamento não são proibidos em face das liberdades fundamentais e, portanto, isto ajuda-nos a interpretar a cláusula da Diretiva. Ou seja, considera-se que a primeira tributação não se integra no conceito de "retenção na fonte", na medida em que o caso *Burda* esclarece que tal tributação — pagamento antecipado ou pagamento especial por conta([133]) — não é proibida por se tratar de uma só tributação e a retenção na fonte proibida para efeitos da Diretiva deve ser interpretada como provocando dupla tributação económica.

---

facto tributário relacionado com o pagamento de dividendos; (segundo elemento) desde que, quanto à matéria tributável, se se tratasse de rendimentos de ações — e não de rendas, juros ou de trabalho dependente — e (terceiro elemento) se o sujeito passivo fosse o detentor das ações. Ou seja, se houvesse um pagamento de dividendos que tivesse por base ações e a *holding* fosse a detentora das mesmas, então, nesse caso, teríamos uma retenção na fonte proibida pela Diretiva.

([131]) Sobre esta questão já se pronunciaram, entre outros, os tribunais italianos, ver, IT: *Supreme Court*, n.º 2313 (31 Jan. 2020); IT: *Supreme Court*, n.º 32556 (12.12 2019); IT: *Supreme Court*, n.º 30347 (21.11.2019); IT: *Supreme Court*, n.º 30140 (20.11.2019); IT: *Supreme Court*, n.º 29635 (14.11.2019); IT: *Supreme Court*, n.º 25490 (10.10.2019); IT: *Supreme Court*, n.º 32255 (13.12 2018); IT: *Supreme Court*, n.º 25264 (25.10. 2017) e IT: *Supreme Court*, n.º 4771 (24 02.2017).

([132]) Ac. TJUE, 26.06.2008, C-284/06, (*Burda*).

([133]) A interpretação desta cláusula remete-nos para o caso da Estónia. Este EM tinha beneficiado de uma reforma fiscal em que não havia imposto societário anual sobre os lucros se estes fossem retidos (não distribuídos). A CE entendeu que se tratava de um imposto inserido na proibição de abuso da Diretiva e argumentou que como a Estónia ia integrar a UE tinha de ter toda a sua legislação compatível com o *aquis comunitaire*, levando a Estónia a abandonar o imposto. O caso não chegou a ser apreciado pelo TJUE, no entanto, em princípio, poderia equacionar-se a possibilidade de tal retenção na distribuição ser proibida pela Diretiva e pelas liberdades fundamentais se fosse entendida como discriminatória. Todavia, atendendo à interpretação da jurisprudência do Tribunal conclui-se que, na verdade, o imposto não era incompatível com a Diretiva, porquanto não provocava dupla tributação económica, não sendo, por isso, contrário ao Direito Europeu.

Assim e em síntese, relacionando os vários critérios e acomodando neles a jurisprudência do TJUE, podemos afirmar que, em princípio, a Diretiva proíbe as retenções na fonte dos dividendos à saída. Observamos que o acórdão *Epson*(134) vem explicitar as retenções na fonte proibidas, que não devem deixar de ser conjugadas com o entendimento do Tribunal em *Burda*, na medida em que este caso nos esclarece que o primeiro pagamento e a primeira tributação sobre esse pagamento — por não caberem no conceito de "retenção na fonte" da Diretiva — não estão proibidos.

A finalizar, e em resultado das novas iniciativas levadas a efeito pela UE ao nível das sociedades *holdings* sobre a proibição de abuso nos dividendos à saída, importa considerar as regras comuns no que respeita a assimetrias híbridas(135), no quadro de influência do projeto BEPS, tendo em vista combater a dupla não tributação, enquanto objetivo a alcançar desde a atualização da Diretiva em 2014(136).

Assim, se o EM de residência da sociedade-mãe escolher tributar uma entidade transparente nos dividendos à saída e havendo lugar a tributação no EM da *holding* interposta aquele EM de residência da sociedade-mãe deve isentar ou dar um crédito. É certo que, tratando-se de uma entidade transparente, em princípio, não se aplicaria a Diretiva. No entanto, se o Estado onde reside a sociedade-mãe escolher tributar a sociedade transparente, considerando o que ocorreu no Estado onde se situa a *holding* interposta, deve-se aplicar a Diretiva, creditando-se ou aplicando-se o regime de isenção(137). Deste modo, centrando as atenções no benefício da isenção da retenção na fonte dos dividendos distribuídos, verifica-se no caso de assimetrias híbridas que a cláusula do art. 4.º, n.º 1, alínea *a*) não só evita a dupla tributação como, ao procurar fechar lacunas, evita também a dupla não tributação.

---

(134) Ac. TJUE, 08.06.2000, C-375/98, (*Epson Europe BV*).

(135) Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu e ao Conselho sobre Boa Governação Fiscal dentro e fora da UE, 15.07.2020, COM (2020) 313 final.

(136) Ver Leopoldo Parada, *Hybrid Financial Instruments and Anti-Hybrid Rules in the EU ATAD A Guide to the Anti-Tax Avoidance Directive. Elgar Tax Law and Practice series. Edward Elgar Publishing*, 2020, pp. 31-39.

(137) Ver Leopoldo Parada, *Tax Treaty Entitlement and Fiscally Transparent Entities: Improvements or Unnecessary Complications? The Aftermath of BEPS,* IBFD, Amesterdão, 2020, pp. 3-42.

5. Conclusões

Observámos que uma *holding* é uma sociedade que tem por objeto a detenção de posições ou participações sociais noutras sociedades e caraterizámos uma sociedade interposta entre a sociedade-mãe e outras sociedades da estrutura do grupo, identificando-a como uma *holding intermédia*.

Mostrámos que as particularidades desta estrutura nas suas atuais ligações com vários ordenamentos jurídicos permitem, através da interposição de uma *holding*, criar os requisitos exigidos para invocar a legislação europeia e alcançar a vantagem da isenção de retenção na fonte dos dividendos distribuídos.

A obtenção de tal vantagem de natureza fiscal, conduzindo a fenómenos de dupla não tributação, levou-nos a querer saber se as sociedades *holdings* ainda são compatíveis com o Direito Europeu.

Concluímos que para atingir tal compatibilidade se torna cada vez mais notória a necessidade de as *holdings* demonstrarem, à luz do Direito Europeu, as razões económicas subjacentes à sua interposição na estrutura do grupo, de modo a beneficiarem da isenção de retenção na fonte dos dividendos à saída, ao invocarem as normas da Diretiva sociedades-mães/afiliadas — Diretiva 90/435/CEE.

Pudemos ver em face desta Diretiva, da regra geral antiabuso da ATAD, e do princípio geral de proibição de abuso resultante das decisões do TJUE, de 26.02.2019, nos casos C-116/16 (*T Danmark*) e C-117/16 (*Y Denmark*), conhecidos por *Danish cases*, que tal demonstração implica, designadamente, fazer prova da utilização de meios humanos e materiais dimensionados para o exercício de uma atividade económica real. Não devendo esta atividade, na sua essência, ter como único propósito alcançar uma vantagem fiscal ou esta vantagem exceder o beneficio económico obtido, através de uma montagem que permita às *holdings* invocarem abusivamente as normas da Diretiva.

Neste sentido, defendemos que o seu art. 1.º, n.º 2, não impede a aplicação do direito nacional ou convencional de modo a evitar tal abuso, e concluímos que o Tribunal entende que esta disposição não deve ser interpretada no sentido de excluir aquele princípio geral.

Constatámos que o TJUE considera que se se excluísse a aplicação do princípio geral de proibição de abuso e se se admitisse uma montagem financeira com o objetivo, ou com um dos principais objetivos, de benefi-

ciar de uma vantagem fiscal atentar-se-ia — por via da evasão ou redução do imposto — contra o mercado interno e as condições de concorrência que constituem objetivos da Diretiva.

Nessa medida, defendemos que o direito de as *holdings* beneficiarem da concorrência fiscal existente entre os vários EM não deve ser invocado contra a aplicação daquele princípio geral, ainda que os referidos EM não tenham adotado à luz do direito interno cláusulas antiabuso. A este propósito, interpretámos a posição do Tribunal no sentido de se justificar a rejeição da isenção de retenção na fonte mesmo quando a montagem financeira não prossiga exclusivamente uma vantagem fiscal. Com efeito, torna-se, ainda, necessário considerar, no caso concreto, a possibilidade de o legislador não ter pretendido tal vantagem fiscal no âmbito da aplicação do Direito Europeu.

Advogámos que, neste caso, para se avaliar a existência, ou não, de abuso deve ocorrer uma ponderação das diferentes razões com base nas quais a *holding* invoca o Direito Europeu para beneficiar da isenção de retenção na fonte dos dividendos distribuídos. Na verdade, procurar um regime fiscal mais vantajoso por si só não consubstancia uma prática abusiva, desde que a carga tributária mais baixa seja excedida pelo benefício económico obtido por *razões económicas válidas*, atentos todos os factos e circunstâncias relevantes.

Defendemos que o que constitui uma razão económica válida subjacente a uma montagem será apreciado caso a caso, não devendo existir conceções *rígidas* de natureza administrativa que a definam, mas sim uma interpretação evolutiva de natureza jurisprudencial, considerando que a decisão cabe ao Tribunal, designadamente, ao permitir à *holding* provar a validade da razão não fiscal (leia-se razão económica) prosseguida que justifique e, consequentemente, valide tal montagem à luz do Direito Europeu.

A este propósito interrogámo-nos sobre como aferir a ausência de *razão económica válida* daquela *montagem não genuína*, referida pelo TJUE nos *Danish cases* no quadro da análise de uma prática abusiva, e interpretámos o entendimento do Tribunal ao elencar um conjunto de indícios atendíveis, que tivemos oportunidade de explicitar criticamente e que, em síntese, a seguir se identificam.

Assim, observámos que quando no grupo societário é interposta uma *holding* entre a sociedade que paga os dividendos e a sociedade que beneficia dos mesmos com o objetivo de evitar o pagamento do imposto, esta-

mos perante um indício de uma *montagem não genuína* ou prenúncio de uma prática abusiva.

Vimos também que quando no grupo societário a *holding* interposta recebe os dividendos e, ato contínuo, transfere-os (na totalidade ou em parte) para uma terceira sociedade que não preenche os requisitos para poder invocar a Diretiva (*v.g.*, não está estabelecida num EM, ou não foi constituída sob uma das formas determinadas na Diretiva, ou não é sujeito passivo de algum dos impostos elencados no art. 2.º, al. *c*), ou não assume a qualidade de sociedade-mãe desrespeitando os requisitos do art. 3.º da Diretiva) estamos perante um indício de uma *montagem não genuína*, isto é, um prenúncio de uma prática abusiva.

Além disso, quando no grupo societário a *holding* interposta não possui atividade económica efetiva (*v.g.*, ausência, entre outros, de gestão, balanço, estrutura de custos ou meios humanos e materiais) visando tão-somente permitir a passagem do fluxo financeiro, através da transmissão dos dividendos ao BE ou a outras sociedades interpostas, estamos igualmente perante um indício de uma *montagem não genuína*, ou seja, um prenúncio de uma prática abusiva.

Constatámos, ainda, que quando no grupo societário a *holding* interposta não tem poderes para dispor economicamente dos dividendos, nem de tomar decisões de gestão necessárias à sua atividade, em face, designadamente, dos contratos celebrados entre as sociedades envolvidas, estamos perante um indício de uma *montagem não genuína*, ou prenúncio de uma prática abusiva.

Interpretámos também o entendimento do TJUE quanto à proximidade temporal entre a entrada em vigor de novos regimes fiscais e a organização de operações financeiras no contexto do grupo, e concluímos que estamos igualmente perante um indício de uma *montagem não genuína*, ou prenúncio de uma prática abusiva.

Vimos quando uma *holding* é interposta no grupo societário "com o objetivo essencial" ou — permitindo uma interpretação mais ampla do que constitui o abuso — "com um dos objetivos essenciais" de beneficiar da isenção de retenção na fonte e analisámos a este respeito operações formais desacompanhadas de justificação económica, na base das quais a *holding* transferia os dividendos para uma sociedade considerada residente num estado terceiro, com o qual o EM tinha celebrado uma convenção fiscal, e afirmámos que estávamos, também, perante um indí-

cio de uma *montagem não genuína*, ou seja, um prenúncio de uma prática abusiva.

Concluímos, assim, que apesar de nem todas as *holdings* interpostas configurarem proibições, desde que os referidos indícios de abuso fiscal sejam objetivos e concordantes e tenha sido dada a possibilidade de fazer prova de que as sociedades interpostas não constituíam uma *montagem não genuína*, sem que se tenha conseguido produzir tal prova, de acordo com o entendimento do Tribunal, e em face do que antecede, tais *holdings* são incompatíveis com o Direito Europeu.

E, nesses casos, considerámos tais indícios como bastantes para justificar medidas mais exigentes do que apenas as que resultam da prolação do acórdão do TJUE em *Danish cases*. Referimos que a atuação da OCDE no âmbito do projeto BEPS e da UE no âmbito da cláusula geral antiabuso contida no art. 6.º da ATAD deve ser articulada e reforçada no sentido de usarem eficazmente os meios de que dispõem para evitar a atuação ilegal das sociedades *holdings.*

Por forma a garantir que estas sociedades sejam compatíveis com o Direito Europeu na isenção da retenção na fonte dos dividendos distribuídos**,** numa economia global e digitalizada, em que cada EM se confronta com dificuldades de aplicação da cláusula geral antiabuso contida no art. 6.º da ATAD, estabelecemos a sua relação com o (ainda em construção) princípio geral de proibição de abuso proclamado pelo TJUE.

Concluímos que seria importante obter um acordo internacional, com orientação para os resultados, sobre a tributação dos dividendos à saída. Neste sentido sugerimos o fortalecimento, ainda mais, da troca de informações e da transparência de modo a evitar o abuso fiscal com utilização das sociedades *holdings* e defendemos o diálogo entre os tribunais nacionais e o TJUE a quem cabe naturalmente a última palavra ao abrigo do mecanismo das questões prejudiciais e do pluralismo jurídico numa União de Direito.

6. Modo de citar e outras convenções

1. A primeira referência a uma obra obedece a um critério de identificação equivalente ao constante do índice geral de bibliografia; nas citações subsequentes são apenas referidos o nome do autor, a(s) primeira(s) palavra(s) do título e os números de páginas para que se remete.

2. Seguimos o novo acordo ortográfico da língua portuguesa, aprovado pela Resolução da Assembleia da República n.º 35/2008, de 29/07. Nas citações mantemos, porém, a grafia originariamente usada pelos autores ou organismos respetivos.

3. As decisões jurisprudenciais são referidas de acordo com o critério de citação usual para cada tribunal, designadamente nos casos dos sistemas espanhol, francês e alemão cujo estudo autonomizaremos. A única referência completa é a primeira; as restantes limitam-se à indicação da data da decisão e do número do processo.

4. Todas as citações de textos estrangeiros, doutrinários ou jurisprudenciais, são feitas em língua portuguesa, ou acompanhadas da versão portuguesa, salvo raras situações de opção pelo original, por imperativo idiomático. Na ausência de indicação em contrário, a tradução é da nossa responsabilidade.

5. As abreviaturas utilizadas serão descodificadas numa lista inserida no final do trabalho.

6. O estudo encontra-se atualizado com referência à legislação em vigor em setembro de 2021 e à jurisprudência, bibliografia e outra documentação consultadas até outubro de 2021, sem prejuízo da consideração pontual de referências bibliográficas e jurisprudenciais posteriores.

7. Bibliografia

Adam Zalasinski, *The ECJ's Decisions in the Danish Beneficial Ownership Cases: Impact on the Reaction to Tax Avoidance in the European Union*, *International Tax Studies* n.º 4, 2019.

Adolfo Martín Jiménez, *Towards a Homogeneous Theory of Abuse in EU (Direct) Tax Law, Bulletin for International Taxation*, n.os 4-5, Amesterdão, 2012.

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.

Alexander Rust, *Exemption Method, Klaus Vogel on Double Taxation Conventions*, Ekkehart Reimer & Alexander Rust, Wolters Kluwer, 2015.

Ana Paula Dourado, *O princípio da legalidade fiscal, tipicidade, conceitos jurídicos indeterminados e margem de livre apreciação,* Coimbra, 2007.

____, *Lições de Direito Fiscal Europeu — Tributação Directa*, Coimbra 2010.

____, *The EU Anti-Tax Avoidance Package: Moving Ahead of BEPS?* Intertax, 6/7, 2016.

____, *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, *2016Tax 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; *Direito Fiscal, Lições*, Coimbra, 2022.

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.

Andrés 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.

Andrés Báez Moreno e Yariv Brauner *Taxing the Digital Economy Post-BEPS... Seriously*, Madrid, 2019.

Bem J. M. Terra e Peter J. Wattel, *European Tax Law*, 2019.

Carlos Palao Taboada, OECD *Base Erosion and Profit Shifting Action 6: The General Anti-Abuse Rule, Bulletin for International Taxation*, n.º 10, 2015.

Christian Poiret, *International — Beneficial Ownership: Concept, History and Perspective*, Vol. 56, n.º 7, 2016.

Christiana Panayl, *Is Aggressive Tax Planning Socially Irresponsible?* Intertax, 10, 2015.

Daniel Smit, *Taxation of non-resident companies under the CCCTB (Common Consolidated Corporate Tax Base) System: Analysis and suggestions for improvement*, *Corporate income taxation in Europe under the CCCTB and third countries*, Amesterdão, 2020.

Dário Moura Vicente, *Liberdades comunitárias e Direito Internacional Privado, Revista Ordem dos Advogados,* ano 69, julho/dez, Lisboa*,* 2009.

____, *Direito Comparado I*, Coimbra, 2018.

Dennis Webwer, *The New Common Minimum Anti-Abuse Rule in the EU Parent-Subsidiary Directive: Background, Impact, Applicability, Purpose and Effect, Intertax*, n.° 2, 2016.

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.

Gianluigi Bizioli, *Taking EU Fundamental Freedoms Seriously: Does the Anti-Tax Avoidance Directive Take Precedence over the Single Market? EC tax review*, Vol. 26, n.º 3, 2017;

Henry Ordower, *Uniform International Tax Collection and Distribution for Global Development, a Utopian BEPS Alternative*, INDIANA/LEEDS SUMMER TAX WORKSHOP SERIES 2021, *Columbia Journal of Tax Law*, Vol. 12, n.º 2, 2021.

Imeda A. Tsindeliani, Olga I. Lyutova, Karina T. Anisina, Elena V. Migacheva, Lyusmila Lesina, *Current Trends in Counteracting Thin (Insufficient) Capitalization in the Russian Legal System*, Intertax, 8/9, 2021.

Jasper Korving, L. C. van Hulten *Case law note: Svig og Misbrug: The Danish Anti-Abuse Cases*, Intertax, 8/9, 2019.

Katerina Pantazatou, *Critical Review of the ATAD Implementation, The Implementation of the ATAD in Luxembourg*, Intertax, 1, 2022.

Klaus Tipke, Roman Seer, Johanna Hey, Joachim Hennrichs, *Steuerrecht*, Munique, 2021.

Klaus Vogel, Daniel Gutmann e Ana Paula Dourado, *Tax treaties between Member States and Third States: "reciprocity" in bilateral tax treaties and non-discrimination in EC law*, EC Tax Review, 2, 2006.

Leopoldo Parada, *Hybrid Financial Instruments and Anti-Hybrid Rules in the EU ATAD A Guide to the Anti-Tax Avoidance Directive. Elgar Tax Law and Practice series.* Edward Elgar Publishing, 2020.

____, *Tax Treaty Entitlement and Fiscally Transparent Entities: Improvements or Unnecessary Complications? The Aftermath of BEPS, IBFD*, Amesterdão, 2020.

Luc de Broe e Sam Gommers, *Danish Dynamite: The 26 February 2019 CJEU Judgments in the Danish Beneficial Ownership Cases*, *EC Tax Review*, 06, 2019.

Michael Lang, *Research Handbook on International Taxation,* Edited by Yariv Brauner, Massachusetts, 2020.

Nikolai Milogolov, *The Emergence of the 'Technological Tax Hub': Digitally Oriented Trajectories of Reforms in Tax Planning Hub Jurisdictions*, Intertax, 12, 2020.

Ole Steen Schmidt e Niclas Holst Sonne *Introduction of Withholding Tax on Dividends from Danish Conduit Companies, Tax Notes Today International and Tax Notes Today Global*, Vol. 71, n.º 3, 2013.

Pasquale Pistone, *Avoidance and Aggressive Tax Planning under BEPS in light of EU Law, 7TH GREIT LISBON SUMMER COURSE ON TAX EVASION, TAX AVOIDANCE & AGGRESSIVE TAX PLANNING*, Intertax, 2, 2016.

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.

Paulus Merks, *Tax Evasion, Tax Avoidance and Tax Planning*, Intertax, 5, 2006.

Rainer Zielke, *International Tax Planning with Comtax*, Intertax, 37, 2009.

Robert Danon, Daniel Gutmann, Margriet Lukkien, Guglielmo Maisto, Adolfo Martín Jiménez e Benjamin Malek, *The Prohibition of Abuse of Rights After the ECJ Danish Cases*, Intertax, 6 e 7, 2021.

Rita Szudoczky, *The Sources of EU Law, and their Relationships: Lessons for the Field of Taxation, Doctoral series*, IBFD, 2014; *EU General Anti-(Tax) Avoidance Mechanisms; The Dynamics of Taxation: Essays in Honour of Judith Freedman, Leeds*, 2020.

Saldanha Sanches, *Manual de Direito Fiscal,* Coimbra*,* 2007.

Saturnina Moreno González, *Critical Review of the ATAD Implementation: Implementation of the EU ATAD in Spain: Outstanding Issues of a Partial Transposion*, Intertax, 12, 2021.

Susi Baerentzen, *Danish Cases on the Use of Holding Companies for Cross-Border Dividends, and Interest — A New Test to Disentangle Abuse from Real Economic Activity?* World Tax Journal: WTJ, 2020.

Svetislav V. Kostic *Plea for a Workforce Presence PE Concept in a Post-Covid Digitalized World*, Intertax, 10, 2021.

Wolfgang Schoen, *The Concept of Abuse of Law in European Taxation: A Methodological and Constitutional Perspective*, Munique, 2019.

8. Lista das principais abreviaturas

AO	Abgabenordnung
BCE	Boletim de Ciência Económicas
BFDUC	Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra
BFH	Bundesfinanzhof
BverfG	Bundesverfassungsgericht
BverwG	Bundesverwaltungsgericht
DStjG	Deutsche Steuerjuristische Gesellschaft
CCTF	Cadernos de Ciência e Técnica Fiscal
RFDUL	Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa
RFH	Reichsfinanzhof
Riv. Diritto Trib.	Rivista di Diritto Tributario
StuW	Steuer und Wirtschaft

9. Jurisprudência

Portugal

Ac. STA, 03-06-2020, Suzana Tavares Silva, 0401/13.4BEVIS 0444/18, <www.dgsi.pt> (integral).

Ac. TCAN 11.03.2021, Margarida Reis, 01770/07.0BEVIS, <www.dgsi.pt> (integral).

Ac. TCAS 15.02.2011, José Correia, 04255/10, <www.dgsi.pt> (integral).

Ac. TCAS 20.11.2012, Pedro Vergueiro, 03877/10, <www.dgsi.pt> (integral).

Ac. TCAS 07.06.2018, Jorge Cortês, 1367/10.8 BESNT, <www.dgsi.pt> (integral).

União Europeia

Ac. TJUE 06.10.1982, C-283/81 (*Cilfit*).

Ac. TJUE 17.07.1997, C-28/95 (*Leur-Bloem*).

Ac. TJUE 09.03.1999, C-212/97 (*Centros*).

Ac. TJUE 21.09.1999, C-307/97 (*Saint-Gobain*).

Ac. TJUE, 08.06.2000, C-375/98 (*Epson Europe BV*).

Ac. TJUE 12.12.2002, C-324/00 (*Lankhorst-Hohorst*).

Ac. TJUE 21.02.2006, C-255/02 *(Halifax*).

Ac. TJUE 12.09.2006, C-196/04 (*Cadbury Schweppes*).

Ac. TJUE 29.03.2007, C-347/04 (*Rewe Zentralfinanz eG. v. Finanzamt Köln-Mitte*).

Ac. TJUE 05.07.2007, C-321/05 (*Kofoed*).

Ac. TJUE,26.06.2008, C-284/06 (*Burda*).

Ac. TJUE 22.12.2008, C-48/07 (*Les Vergers du Vieux Tauves*).

Ac. TJUE 10.11.2011, C-126/10 (*Foggia*).

Ac. TJUE 07.09.2017, C- 6/16 (*Eqiom e Enka*).

Ac. TJUE 20.12.2017, C-504/16 e C-613/16 (*Deister Holding e Juhler Holding*).

Ac. TJUE 26.02.2019, C 116/16 (*T Danmark*) e C-117/16, (*Y Denmark*).

Ac. TJUE 02.04.2020, C-458/18 (*GVC Services*).

Ac. TJUE 25.02.2021, C-403/19, (*Société Générale*).

— Disponíveis para consulta *in* <https://curia.europa.eu/>

Espanha

Tribunal Económico Administrativo Central, 08.10.2019, rec. 185-2017 e rec. 2188-2017.

— Disponível para consulta *in* <https://serviciostelematicosext.hacienda.gob.es>

Itália

Corte Suprema di Cassazione, 22.06.2021, n.º 17746;
Corte Suprema di Cassazione, 10.07.2020, n.º 14756;
Corte Suprema di Cassazione, 31.01.2020, n.º 02313;
Corte Suprema di Cassazione, 12.12 2019, n.º 32556;
Corte Suprema di Cassazione, 21.11.2019, n.º 30347;
Corte Suprema di Cassazione, 20.11.2019, n.º 30140;
Corte Suprema di Cassazione, 14.11.2019, n.º 29635;
Corte Suprema di Cassazione, 10.10.2019, n.º 25490;
Corte Suprema di Cassazione, 30.09.2019, n.º 32556;
Corte Suprema di Cassazione, 19.12.2018, n.º 32840;
Corte Suprema di Cassazione, 13.12.2018, n.º 32255;
Corte Suprema di Cassazione, 25.10.2017, n.º 25264;
Corte Suprema di Cassazione, 24.02.2017, n.º 04771.

— Disponíveis para consulta *in* <https://www.cortedicassazione.it>

Luxemburgo

Cour Administrative, 27.06.2013, n.º 30540.
Cour Administrative, 18.03.2014, n.º 31058; n.º 32984-C e n.º 33125-C.
Cour Administrative, 16.02.2016, n.º 35978-C e n.º 35979-C.

— Disponíveis para consulta <https://www.juricaf.org/arret/LUXEMBOURG-COURADMINISTRATIVE-20140318-32984C>.

Bélgica

Tribunal de Recurso de *Ghent*, 01.12.2020, n.º 25264.

— Disponível para consulta *in* <https://www.rechtbanken-tribunaux.be/>

França

Conseil d'Etat, 05.06.2020, n.º 423809, *9.ème-10.ème chambres*, (*Atlantique Négoce*).
Cour Ad. d'Appel de Versailles, 27.05.2021, n.º 19VE00090, *3.ème chambre*, (*Alphatrad*).

— Disponíveis para consulta *in* <https://www.legifrance.gouv.fr/juri/>

Suíça

Bundesgericht/Tribunal federal, 20.04.2020, n.º 2C-354-2018.

— Disponível para consulta *in* <https://www.bger.ch/>

Países Baixos

Hoge Raad/ *Supreme Court of the Netherlands*, 10.01.2020, n.º 18-00219.

— Disponível para consulta *in* <https://www.hogeraad.nl>

10. Direito primário da UE

Tratado da União Europeia (versão consolidada 2016).

Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (versão consolidada 2016).

Tratado que institui a Comunidade Europeia da Energia Atómica (versão consolidada 2016).

Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (2016).

11. Direito derivado da UE

Diretiva (UE) 2016/1164/UE do Conselho, de 12.07.2016.

Diretiva sociedades-mães/afiliadas, Diretiva 2015/121/UE do Conselho, de 27.01.2015, que altera a Diretiva 2011/96/UE.

Diretiva 2014/86/UE do Conselho, de 08.07.2014.

12. Documentação

Proposta de Diretiva do Conselho, 24.07.2003, COM (2003) 462 final.

Recomendação da Comissão (2012/772/UE), 06.12.2012, JOUE, L 338/42.

Proposta da Comissão de 28.01.2016 sobre regras contra práticas que afetem diretamente o funcionamento do mercado interno, COM (2016) 26 final.

Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu e ao Conselho sobre Boa Governação Fiscal dentro e fora da UE, 15.07.2020, COM (2020) 313 final.

Comunicação da Comissão Europeia ao Parlamento Europeu e ao Conselho sobre a tributação das empresas para o seculo XXI, 18.05.2021, COM (2021) 251 final.

Em Lisboa, a 20 de julho de 2022

Maria Amélia Barradas Carlos

DADOS PESSOAIS COMO OBJETO MEDIATO DE NEGÓCIOS JURÍDICOS ONEROSOS

Pela Dra. Maria Benedita Carneiro da Frada Cunha Pinto(*)

Sumário:

1. Introdução. 2. Dados pessoais: objeto mediato de negócios jurídicos onerosos. 2.1. Pagamento com dados pessoais (contraprestação). **2.2.** Dados pessoais como objeto mediato do negócio. **2.3.** Requisitos do objeto negocial. **3. Admissibilidade do objeto. 3.1.** Tendência legislativa. **3.2.** Consentimento nos termos do Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados. **3.3.** Consentimento nos termos do Código Civil. *3.3.1.* Dados pessoais e direitos de personalidade. *3.3.2.* Consentimento como limitação voluntária de direitos de personalidade. **4. Problemas subsequentes. 4.1.** Efeitos da revogação do consentimento e a responsabilidade civil (por factos lícitos). **4.2.** O que acontece ao contrato pago com dados pessoais perante a retirada do consentimento pelo titular dos dados? **4.3.** Será que a revogação do consentimento implica a invalidade dos negócios jurídicos subsequentes? **5. Conclusão. Bibliografia citada. Jurisprudência citada. *Websites* citados.**

Resumo

Cada vez mais são celebrados negócios jurídicos com dados pessoais como objeto mediato do negócio. Especialmente quando o fornecimento de produtos, conteúdos ou serviços é 'pago' com dados pessoais (contraprestação). Este artigo averigua a eventual admissibilidade deste modelo de negócios, à luz do ordenamento jurídico português, por causa do seu objeto. Em particular, estuda o consentimento enquanto limitação voluntária de direitos de personalidade e fundamento de licitude do negócio. Tem como desafio perceber se faz sentido aplicar o Direito Civil clássico ao fornecimento de produtos, conteúdos

(*) Advogada e Mestre em Direito pela Universidade Católica Portuguesa — Porto. Email: <beneditacfcunhapinto@gmail.com>, <mbcp-61605p@adv.oa.pt>.

ou serviços a troco de dados pessoais. Ademais, procura formular perguntas e apresentar possíveis soluções para problemas relativos aos efeitos contratuais deste modelo de negócio, partindo do pressuposto da sua admissibilidade.

Palavras-chave: Dados pessoais, contraprestação, consentimento, negócios jurídicos onerosos, objeto mediato.

Abstract

Legal transactions are increasingly celebrated with personal data as the mediate object of the business. Especially when the supply of products, content or services is 'paid' for with personal data (counter-performance). This article investigates the possible admissibility of this business model, in the light of the Portuguese jurisdiction, because of its object. In particular, it studies the consent as a voluntary limitation of personality rights and legal basis of the contract. Its challenge is to understand whether it makes sense to apply classical Civil Law to the provision of products, content or services in exchange for personal data. Moreover, it seeks to formulate questions and present possible solutions to problems related to the contractual effects of this business model, based on the assumption of its admissibility.

Keywords: Personal data, counter-performance, consent, onerous contracts, mediate object.

Siglas e abreviaturas

Ac.	Acórdão
Art(s).	Artigo(s)
B2B	*Business-to-Business*
B2C	*Business-to-Consumer*
CC	Código Civil
cf.	confronte
cons.	considerando
CRP	Constituição da República Portuguesa
Dir.	Diretiva
DL	Decreto-lei
EDPB	European Data Protection Board
EM	Estado(s) Membro(s)
ob. cit.	obra citada
p./pp.	página(s)
proc.	processo
rel.	relator

RGPD Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados
STJ Supremo Tribunal de Justiça
TFUE Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia
TJUE Tribunal de Justiça da União Europeia
UE União Europeia
v.g. *verbi gratia*, por exemplo.
Vol. volume

1. Introdução

O fornecimento de produtos, conteúdos ou serviços a troco de dados pessoais — sobre o que incide este trabalho — já é uma realidade existente. Não raras vezes o pagamento é feito com dados pessoais ao invés de uma prestação pecuniária.

É frequente que a recolha de dados pessoais seja condição exigida para que um determinado comprador possa usufruir de um bem, conteúdo ou serviço, ainda que os dados pessoais não sejam necessários para a execução do contrato. Embora muitos destes negócios se apresentem como 'gratuitos', não o são. Aliás, a sua apresentação como 'gratuitos' tem a intenção de facilitar a recolha de dados pessoais junto do seu titular. Esta realidade acontece maioritariamente em ambiente digital. Pense-se, por exemplo, na criação de uma conta numa rede social como o *Facebook* ou o *Instagram* em que o titular de dados disponibiliza os seus dados pessoais e os mesmos são utilizados para outras finalidades que não a execução do contrato (sobretudo publicitárias). Geralmente na internet são apresentadas plataformas para as quais os seus utilizadores têm apenas uma vaga noção — ou mesmo nenhuma — dos dados pessoais que são recolhidos, do que é feito após a sua recolha, inclusive se são transferidos ou mesmo vendidos a terceiros([1]). Esta realidade deve-se ao facto de os dados pessoais terem um valor económico dificilmente dimensionável pelo titular dos dados, constituindo uma verdadeira fonte de rendimento para as empresas.

O negócio jurídico é, por excelência, a manifestação da autonomia da vontade. A autonomia privada, nomeadamente a autonomia contratual reflete os atos de vontade das partes. No entanto, a utilização de dados pes-

([1]) Neste sentido veja-se Carrière-Swallow/Haksar (2019, p. 30).

soais como objeto mediato de negócios jurídicos onerosos levanta algumas dificuldades de compatibilização entre o Direito da Proteção de Dados e o Direito dos Contratos([2]). Serão válidos negócios com dados pessoais como contraprestação à luz do ordenamento jurídico português? Haverá limites à autonomia das partes quando estas decidem celebrar um negócio jurídico com dados pessoais como contraprestação? Nas páginas que se seguem procuramos perceber em que medida a legislação admite dados pessoais como objeto mediato de negócios jurídicos onerosos uma vez que, na maioria dos casos, as empresas utilizam os dados pessoais para outras finalidades que não a execução do contrato.

Começamos por uma análise conceptual do tema, recorrendo a conceitos e classificações clássicas do Direito Civil. Em seguida, estudamos a questão da licitude nos termos do RGPD([3]) e sobre a perspetiva civilística do CC. Em particular — e adiantando desde já algumas conclusões — abordamos em detalhe o consentimento, enquanto fundamento de licitude para este modelo de negócio. O objetivo é claro: averiguar de que forma a legislação vigente acolhe ou não este tipo de negócios, que já são prática comum.

Poderíamos, pois, ficar por aqui, não fosse conveniente averiguar algumas questões perante a possível admissibilidade de dados pessoais como objeto mediato de negócios jurídicos, designadamente: existe uma obrigação de indemnizar a contraparte pelos danos resultantes da retirada do consentimento? O que acontece ao contrato perante a revogação do consentimento do titular de dados? A revogação do consentimento implica a invalidade dos negócios jurídicos subsequentes?

Muito embora, no imediato, pensemos neste tipo de negócios e os seus efeitos no domínio das relações de consumo([4]), como se perceberá, a questão é mais abrangente, podendo ocorrer ou ter implicações tanto no âmbito

---

([2]) No mesmo sentido NARCISO (2019, p. 131, ss.) e WENDEHORST (2017, pp. 14-18).

([3]) Regulamento (UE) 2016/679 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 27 de Abril de 2016 (Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados).

([4]) Possivelmente, pelo facto de qualquer cidadão comum, enquanto consumidor, estar mais familiarizado com esta realidade por via das plataformas que subscreve, sites e outros conteúdos e serviços digitais a que acede diariamente. Por outro lado, não esqueçamos as recentes alterações legislativas no âmbito do direito do consumo. Mais precisamente as Dir. (UE): *a*) 2019/770 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 20 de maio de 2019, sobre certos aspetos relativos aos contratos de fornecimento de conteúdos e serviços digitais, e; *b*) 2019/771 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 20 de maio de 2019, relativa a certos aspetos dos contratos de compra e venda de bens que altera o Regulamento (UE), 2017/2394 e a Dir. 2009/22/CE e que revoga a Dir. 1999/44/CE. Entretanto estas Dir. foram transpostas para o ordenamento português pelo DL 84/2021, de 18 de Outubro. Estas Dir. foram alvo de grande discussão e divulgação.

das relações negociais B2C como B2B([5]). Além do mais, a doutrina tem dirigido a atenção exclusivamente para o estudo dos dados pessoais como contrapartida no âmbito dos contratos de fornecimento de conteúdos e serviços digitais([6]). Ambicionamos apresentar um estudo mais vasto, que supomos ser de atribuir a este modelo de negócio. Pretendemos abranger casos menos vulgares como a compra e venda de um produto a troco de dados pessoais — v.g. o caso da *Data Pro Quo* (a primeira máquina de venda automática cujos produtos são pagos com dados pessoais)([7]) ou da *Shiru Café* (a compra e venda de café a troco de dados pessoais)([8]).

Sem prescindir e não obstante os dados pessoais (relativos a pessoa singular identificada ou identificável)([9]) como os dados não pessoais (incluindo dados técnicos, financeiros, industriais e científicos)([10]) serem de particular relevância neste domínio, optámos por tratar o presente tema apenas sobre a perspetiva dos dados pessoais([11]), atenta a complexidade do tema e as limitações de espaço.

Neste trabalho não desejamos desenvolver um estudo sobre proteção de dados pessoais, apesar de se tornar inevitável a sua referência. O que se pretende é fazer uma análise do ponto de vista do Direito dos Contratos, sobretudo perceber se faz sentido aplicar o Direito clássico a novos modelos de negócio associados à ascensão da Economia de Dados (*Data Economy*)([12]).

([5]) Este tipo de negócios também se pode colocar nas relações entre particulares. No entanto, estas relações não serão objeto da nossa análise.

([6]) Entre muitos exemplos: redes sociais como o *Twitter* ou o *Snapchat*, contratos de *download* de aplicações gratuitas como o *Google Maps*, o *Spotify* ou a *Dropbox*, ou contratos de utilização de websites como o *Youtube*.

([7]) Cf. Shackleton, part of Accenture Interactive, "Data Pro Quo — The first vending machine where you pay with data", 06/05/2021. <https://www.adsoftheworld.com/campaigns/data-pro-quo>, consult. em 1/04/2022. Markteer, "E se pagasse um chocolate com os seus dados pessoais em vez de dinheiro?", 7/05/2021. <https://marketeer.sapo.pt/e-se-pagasse-um-chocolate-com-os-seus-dados-pessoais-em-vez-de-dinheiro/>, consult. em 1/04/2022.

([8]) Shiru Café powered by Enrission, Inc., <https://global.shirucafe.com/student.php>, consult. em 1/04/2022.

([9]) Art. 4.º/1 do RGPD.

([10]) Além destes, também os dados anonimizados são considerados não pessoais uma vez que lhes foram retiradas as informações que os ligavam a uma pessoa singular identificável.

([11]) Embora a atenção da doutrina e jurisprudência esteja mais voltada para o estudo dos dados pessoais, não se pode negar a relevância dos dados não pessoais no âmbito da economia de dados, nomeadamente no contexto *B2B*.

([12]) Os dados pessoais são o novo "*petróleo*" (Carrière-Swallow/Haksar, 2019, p. 1). A este propósito veja-se ainda Wiedemann (2020, pp. 1168-1181). O autor, a propósito da análise de um caso relativo à coleta de dados pessoais "*On-Facebook*" e "*Off-Facebook*", menciona que os dados pessoais têm um valor económico e que é difícil compatibilizar a Dir. 2019/770 com o RGPD.

2. Dados pessoais: objeto mediato de negócios jurídicos onerosos

2.1. Pagamento com dados pessoais (contraprestação)

Este trabalho apenas versa sobre negócios jurídicos com dados pessoais como forma de pagamento. Logo, estudamos os negócios cujo pagamento com dados pessoais é uma condição([13]) para o acesso ao produto, conteúdo ou serviço. Melhor dizendo, dados pessoais que funcionam como contraprestação([14]) são dados pessoais que são utilizados para outros fins, que não a execução do contrato e/ou o cumprimento da lei, mas sim que funcionam como uma verdadeira contrapartida ou compensação([15]) do credor.

Como referido, o titular dos dados nem sempre tem consciência de que está a dar os seus dados pessoais como contraprestação, muito menos que os seus dados pessoais representam um valor económico([16]). Estes

---

([13]) Em sentido não técnico (270.º do CC), mas em sentido corrente apenas para uma melhor compreensão do leitor. Na nossa perspetiva o 'pagamento com dados pessoais' não se enquadra no art. 270.º do CC. Entendemos que uma contraprestação não deve acumular a função de evento futuro e incerto de que dependem os efeitos do negócio. Ademais, se pensarmos num negócio convencional em dinheiro, o pagamento em dinheiro também não é considerado uma condição do negócio, mas, sim, uma contraprestação negocial.

([14]) A doutrina estrangeira usa a expressão '*data as counter-performance*'. Embora sejam escassos os textos sobre a matéria, a doutrina portuguesa adota a expressão 'dados como contraprestação', fruto da tradução literal — v.g. entre outros, Narciso (2019, pp. 129-147). Neste sentido, por uma questão de uniformização e harmonização com os demais textos académicos, optámos na maioria das vezes por esta tradução. Em todo o caso, sem querer confundir o leitor, esclareça-se o seguinte: na língua inglesa '*counter-performance*' significa contraprestação bem como contrapartida. Já a língua portuguesa distingue '*contraprestação*' de '*contrapartida*'. A primeira remete-nos para a ação e a segunda para aquilo que se recebe na ação de contraprestação. Com rigor, dados pessoais são a contrapartida (objeto mediato) e o pagamento com os mesmos é a contraprestação.

([15]) Em sentido não técnico.

([16]) Cada vez mais as informações dos utilizadores têm um valor económico. A entrada em vigor do RGPD tornou "*mais difícil a recolha lícita de dados pessoais, tendo isso aumentado o valor económico dos dados pessoais enquanto asset*" (Duarte/Guseinov, 2019, p. 107). Pode até perguntar-se: será que quanto mais finalidades servirem, maior será o valor dos dados pessoais? Serão mais valiosos aqueles dados pessoais que se incluem na categoria de dados pessoais sensíveis (9.º do RGPD)? Podemos dizer que o seu valor corresponde à receita gerada pela empresa que os processa? Sobre o tema, Navarro, *et al.* (2017, pp. 266, ss.) referem que o cálculo do valor dos dados pessoais é difícil de averiguar e depende tanto do titular como do terceiro que terá acesso aos mesmos. Entendem que o valor dos dados pessoais pode ser concreto (dependendo do contexto, nomeadamente das circunstâncias em que são recolhidos e tratados, dos seus sujeitos, do tempo de tratamento e do local) ou abstrato (depende do valor monetário dos dados pessoais, abstratamente considerados, no mercado tendo em conta uma série de metodologias de cálculo). Estes autores propõem uma série de metodologias de cálculo. Quanto ao valor abstrato apresenta as seguintes metodologias: 1. O valor económico dos dados pessoais pode ser avaliado a partir dos resultados financeiros da empresa cujo modelo de

negócios tornam-se um forte atrativo para o potencial contratante, pelo facto de serem vulgarmente anunciados como 'gratuitos'. Não só porque a alusão ao termo 'gratuito' exclui o pagamento de um preço, como também porque esta palavra está frequentemente associada à 'facilidade' e 'celeridade' na obtenção de um conteúdo ou serviço — o que é gratuito é fácil de obter. Mesmo aqueles que noutras condições não ponderariam celebrar determinado negócio consideram celebrá-lo.

É discutível se estes negócios devem ser classificados como onerosos ou gratuitos. Esta problemática tem vindo a ser particularmente debatida no âmbito dos contratos de consumo relativos a conteúdos e serviços digitais. Ainda que sem pretensões de exaustividade refira-se que, de acordo com os mais recentes textos sobre a matéria, a maioria da doutrina tem vindo a entender ser razoável o tratamento destes contratos como onerosos. Entre outros autores([17]), leia-se Madalena Narciso: *"(...) classificar dados como contraprestação vai determinar a classificação do contrato subjacente como um contrato a título oneroso e não a título gratuito"*([18]).

---

negócio se centra essencialmente nos dados pessoais; 2. O valor económico dos dados pessoais pode ser calculado em função do valor de mercado dos dados pessoais, em função dos usos e das finalidades para as quais os dados pessoais vão ser tratados; 3. O valor económico dos dados pessoais pode ser calculado em função do risco associado ao tratamento dos dados pessoais em causa e às consequências de uma falta de segurança dos mesmos; 4. O valor económico dos dados pessoais pode ser avaliado a partir da própria perceção que o titular tem sobre os seus dados pessoais e a forma como este lhes dá maior ou menor relevância.

([17]) Barbosa (2020, p.1842) aborda o tema da qualificação dos negócios cujo *"pagamento do preço é equiparado (...) à cedência de dados pessoais ao profissional prestador do serviço. (...) A questão que se impõe é saber se os dados pessoais podem ser encarados como uma nova moeda para estes efeitos"*. Para uma abordagem introdutória sobre o tema: Lohsse, *et al.* (2020, pp. 9-21). Em sentido análogo, embora exclusivamente em sede de contratos de consumo, Bedir (2018, pp. 13-20).

([18]) Cf. Narciso (2019, p. 136): *"(...) classificar dados como contraprestação vai determinar a classificação do contrato subjacente como um contrato a título oneroso e não a título gratuito. De acordo com Pais de Vasconcelos, um contrato oneroso implica um sistema de contrapartidas, sendo que '(...) a contrapartida é o correspetivo da outra prestação e é estipulada como o seu contravalor (...)'. Esta classificação, por sua vez, influencia o regime jurídico aplicável: por exemplo, por força do Artigo 939.º do Código Civil, o regime do contrato de compra e venda aplica-se mutatis mutandis a outros contratos onerosos pelos quais se alienem bens, desde que tal regime seja conforme com a natureza desse contrato. Por outro lado, se dados não forem reconhecidos como uma contrapartida contratual, então temos um contrato gratuito, 'em cujo conteúdo se estipula uma atribuição patrimonial unilateral. O regime da doação representa os traços gerais do regime aplicável a contratos gratuitos*". Em sentido contrário, leia-se Metzger (2017, p. 3). O autor entende por serviço 'gratuito' aquele que não implica um custo monetário ainda que o utilizador esteja ciente de que os dados pessoais funcionarão como contraprestação. Este autor refere que as declarações do prestador de serviços devem ser avaliadas segundo juízos de boa fé e com base no que o homem médio razoavelmente compreenderia. Mais refere que, na Alemanha, o utilizador médio está convencido de que são 'gratuitos' os bens ou serviços que processam dados pessoais para outras finalidades que não a execução do contrato ou o cumprimento da lei e que são condição *sine qua non* para o acesso ao bem ou serviço.

Conforme também explica Jorge Morais Carvalho(19), o fornecimento de um bem, conteúdo ou serviço em que os dados pessoais funcionam como contraprestação não se confunde com a oferta (gratuita) de bens ou serviços ao consumidor. O autor sublinha a necessidade do tratamento destes contratos como onerosos — posição que acompanhamos.

Não iremos tratar aqui de dados pessoais enquanto mercadoria (produto) — não é esse o nosso âmbito. Não tratamos da venda de dados pessoais, mas apenas do pagamento com os mesmos. Bem sabemos que é comum a confusão entre dados pessoais como contraprestação e dados pessoais como mercadoria. Encontram-se frequentemente expressões a propósito de negócios cujo pagamento é feito com dados pessoais como 'serviços oferecidos com base na venda de dados pessoais' (ou expressões similares) e que induzem o leitor em erro.

Ao sublinharmos a substancial diferença entre dados pessoais como produto base e dados pessoais como uma contrapartida, não rejeitamos ainda assim a existência de uma exploração económica no segundo caso, uma vez que estes dados pessoais vão servir inúmeras utilidades para o credor (v.g. entre outras, a utilização de dados pessoais para fins publicitários, treinar algoritmos ou para auxiliar no desenvolvimento de novos produtos) ou mesmo ser objeto de negócios jurídicos subsequentes.

Mais ainda: ao classificarmos os dados pessoais deste modelo de negócio como contraprestação não queremos com isto dizer que o pagamento com dados pessoais não possa representar uma perda na esfera do devedor — porque pode. Frequentemente estará em causa uma perda de privacidade na esfera jurídica do devedor e um ganho patrimonial na esfera jurídica do credor.

2.2. Dados pessoais como objeto mediato do negócio

O art. 280.º do CC (*"Requisitos do Objeto Negocial"*) refere-se ao objeto negocial em sentido amplo(20). Por sua vez, o objeto negocial pode

---

(19) Cf. Carvalho (2021, p. 62).

(20) Abrangendo, em sentido complexivo, as duas modalidades de objeto negocial: mediato e imediato. Ainda a este propósito leia-se Sousa e Silva (2018, pp. 28-32). Além de explicar a distinção entre objeto mediato e imediato, o autor esclarece a diferença entre 'coisa' e 'objeto jurídico': *"(...) conceitos que formam círculos concêntricos de raio diferente. As coisas (conceito menos abrangente) serão os objetos jurídicos transacionáveis. O objeto jurídico (conceito intermédio) é, como vimos, uma parcela da realidade sobre a qual podem recair direitos ou deveres"*.

ser entendido enquanto *a*) objeto imediato (também chamado 'conteúdo' ou 'objeto em sentido jurídico') e *b*) objeto mediato ('objeto *stricto sensu*' ou 'objeto em sentido material')([21]). O primeiro corresponde ao conjunto de efeitos jurídicos que o negócio visa produzir (direitos e obrigações). Já o segundo corresponde ao *quid*, à realidade ou, mesmo, ao bem sobre o qual recaem os efeitos do negócio. Assim, um negócio jurídico tem por objeto imediato os direitos e obrigações subjacentes aos interesses subjetivos que incidem sobre certo(s) objeto(s) mediato(s)([22]). De forma simples, no caso da compra e venda de um livro, o objeto imediato corresponde aos direitos de crédito e de propriedade, aos quais se ligam, respetivamente, a obrigação de entrega do livro e a obrigação de pagar o preço. Quanto ao objeto mediato, identificamos o livro e o dinheiro.

Seguindo esta lógica de raciocínio, pensemos numa empresa de *software* que disponibiliza uma aplicação de gestão de tarefas e projetos a troco de dados pessoais dos seus utilizadores (v.g. email, idade, género e localização). No caso concreto, os dados pessoais usados para outras finalidades que não a execução do serviço digital correspondem ao objeto mediato na medida em que neste cenário também é sobre esta realidade que incidirá o conteúdo negocial.

Nestes termos e para efeitos deste texto, entendemos que o alcance do conceito de objeto mediato cobre aquele objeto (neste caso, os dados pessoais) que, ainda que não esteja relacionado com o fim mais óbvio e que se diria principal, está relacionado com um fim ulterior diferente do principal e que constitui uma realidade sobre a qual incidem os efeitos do negócio.

2.3. Requisitos do objeto negocial

O negócio jurídico só desempenha a sua função na medida em que for válido. As condições de validade dos negócios jurídicos são:

([21]) Mota Pinto, *et al.* (2020, p. 553, ss.) preferem usar os termos "*imediato*" e "*mediato"* ou "*conteúdo"* e "*objeto stricto sensu"*. Carvalho Fernandes (2010*b*, p. 159, ss.) apresenta as três formas de designação do objeto negocial, usando maioritariamente *"objeto em sentido jurídico*" e "*objeto em sentido material"*. Dias Marques (1973, p. 64, ss.) adota a terminologia "*conteúdo"* e *"objeto stricto sensu*". Por sua vez, Menezes Cordeiro (2014, p. 537, ss.) opta por *"conteúdo*" e *"objeto*" (*stricto sensu*). Andrade (1992, p. 327, ss.) opta por "*imediato" e "mediato*" ou "*conteúdo"* e "*objeto stricto sensu"*. Almeida Costa (2006, pp. 151-153) e Hörster/Silva (2019, pp. 184-190): usam "*imediato" e "mediato*".

([22]) Sinalizando-se, assim, de forma inequívoca, que o negócio jurídico pode ter mais do que um objeto mediato.

a) a capacidade das partes,

b) a inexistência de anomalias na declaração de vontade (v.g. vícios), e

c) a idoneidade do objeto.

Discute-se a idoneidade dos dados pessoais com a função de contraprestação. Para o efeito, é necessário ver preenchidos os requisitos do objeto negocial([23]) (art. 280.º do CC):

a) possibilidade legal e não contrariedade à lei (licitude),

b) possibilidade física,

c) determinabilidade, e

d) não contrariedade à ordem pública e ausência de ofensa aos bons costumes([24]).

Estes requisitos têm que estar verificados, quer quanto à análise do objeto imediato, quer mediato. Sempre que se verificarem o objeto diz-se idóneo. Caso contrário, é nulo o negócio quando o objeto não é realizável. Resta saber se o objeto mediato do modelo de negócio em análise é ou não inidóneo e, por conseguinte, se a validade do negócio fica ou não afetada.

Ora, o objeto é legalmente impossível se for contrário à lei ou se a lei erguer um obstáculo de tal forma insuperável que o torne inviável. Quanto a este requisito (licitude) teremos adiante (ponto 3) a oportunidade de o analisar em detalhe.

A possibilidade física assenta numa lógica de que *"o que não pode ser prestado, não pode ser devido"*([25]) e *"deve ser aferida tendo em conta*

([23]) Muito embora o art. 280.º tenha como título *"Requisitos do objeto negocial*", em boa verdade este artigo apresenta as consequências da falta de idoneidade do objeto. Portanto, uma formulação dos requisitos pela negativa. Só analisando o artigo *a contrario* se retiram os mencionados requisitos. Nesta linha, veja-se Carvalho Fernandes (2010*b*., p. 159, ss.).

([24]) Embora o resultado da análise acabe por ser o mesmo, a doutrina autonomiza os requisitos de forma diferente. Carvalho Fernandes (2010*b*, p. 159, ss.) enuncia três requisitos: *a*) licitude, *b*) possibilidade e *c*) determinabilidade. Mota Pinto, *et al.* (2020, p. 331, ss.) e Dias Marques (1973, p. 65, ss.): identificam quatro requisitos: *a*) possibilidade legal e não contrariedade à lei (licitude), *b*) possibilidade física, *c*) determinabilidade e *d*) não contrariedade à ordem pública e ausência de ofensa aos bons costumes. Menezes Cordeiro (2014, p. 541, ss.) separa os requisitos em seis grupos: *a*) licitude e conformidade legal, *b*) possibilidade, *c*) determinabilidade, *d*) fraude à lei, *e*) bons costumes e *f*) ordem pública.

([25]) Cf. Menezes Cordeiro (2014, p. 544).

a situação concreta em que se apresenta e não de forma abstrata e apriorística"([26]). Assim, o objeto em estudo é suscetível de ser inidóneo, por exemplo, na situação de uma empresa que presta um serviço a troco do email *Gmail* de um utilizador que não tem conta *Gmail* criada. Tudo dependerá da situação concreta.

O objeto tem ainda que ser determinado ou determinável. Para estar verificado este pressuposto, é preciso estar identificado o tipo de dados pessoais que será alvo de tratamento. Não é determinado, nem determinável, aquele negócio que designa o seu objeto na sua generalidade, de uma forma vaga — v.g. a identificação, apenas, de dados pessoais sem os especificar. Ainda assim, tal facto não invalida que um objeto, apesar de indeterminado, surja determinável, se da vontade das partes ou da lei resultarem critérios para determinar o objeto em momento posterior ao da celebração do negócio.

Por fim, dispõe o art. 280.º/2 que *"é nulo o negócio jurídico contrário à ordem pública ou ofensivo aos bons costumes"*. Resta averiguar se este modelo de negócio pode ser contrário à ordem pública (interna) e aos bons costumes por causa do seu objeto. Geralmente, o recurso a estas duas figuras pelo legislador serve o propósito de demarcação da autonomia privada. Apesar de serem figuras distintas, tratamos delas em conjunto dada a existência de uma sobreposição entre elas([27]). Tratam-se de conceitos indeterminados([28]) cuja densificação dependerá de uma análise casuística. O caráter indeterminado destes conceitos reside precisamente na ideia de que o legislador confia ao juiz esta tarefa de densificação([29]). Neste contexto, julgamos que a não contrariedade à ordem pública e aos bons costumes está, de alguma forma, associada a um juízo de proporcionalidade. A título ilustrativo, cremos que será contrário à ordem pública e aos bons costumes a venda de uma garrafa de água a troco de dados pessoais sensíveis de saúde, apesar do consentimento prestado para o efeito. Não que, no nosso sistema jurídico, opere um regime de limitação da autonomia pri-

---

([26]) Cf. Fernandes/Proença (2014, p. 691).

([27]) Cf. Carneiro da Frada (2008, p. 260): embora distintas, estas figuras estão frequentemente associadas, apresentam *"zonas de sobreposição*" e "*a linha de fronteira entre ambas é fluída*".

([28]) Tanto que Carneiro da Frada (2008, pp. 255-267), na sua explicação sobre os mencionados conceitos, esclarece que a doutrina sobre a matéria é *"confusa"* e *"intrincada*". Não obstante, o autor acaba por recorrer também a raciocínios concêntricos e a expressões pouco técnicas como *"uma coloração mais*", "*apresenta-se antes como lugar geométrico de*", "*com estas notas de"* como forma de explicar os conceitos indeterminados. Contudo, não negamos esta inevitabilidade expositiva dada a natureza destes conceitos.

([29]) Carneiro da Frada (2008, p. 256) refere ainda que a 'ordem pública' é um conceito residual, se não, mesmo, "*última ratio no processo da realização do Direito*".

vada baseado na exigência de uma proporcionalidade das prestações(30). No entanto, tendo em conta a natureza do objeto merecedor do estatuto de direito de personalidade conjugado com a lógica de proporcionalidade em que assenta o RGPD(31), somos levados a crer que, nos negócios com dados pessoais como contraprestação, sim, a autonomia privada está limitada. Quando este tipo de negócios assenta numa manifesta desproporcionalidade das prestações, ofende a ordem pública e os bons costumes(32). Só sob este ponto de vista se revela sustentável a admissibilidade de negócios como o que aqui expomos.

Do até aqui exposto e excluindo a averiguação do requisito da licitude do objeto que será alvo da nossa atenção nas páginas que se seguem, podemos concluir que, quanto aos restantes requisitos, o objeto mediato em análise é em abstrato passível de ser idóneo, a menos que certos aspetos relativos a um caso concreto concorram para a sua inidoneidade e consequente nulidade do negócio.

3. Admissibilidade do objeto

3.1. Tendência legislativa

A venda de um produto ou a prestação de um conteúdo ou serviço a troco de dados pessoais já é prática comum, embora seja discutível a sua admissibilidade porque *"de um ponto de vista jurídico — tanto legislativo como doutrinário — não é pacífico ou claro que dados possam funcionar como contraprestação contratual"*(33). Mas julgamos que a tendência legislativa vai no sentido de acolher esta realidade(34). O esforço legislativo com vista a cobrir novas formas de negócio é de difícil realização e

---

(30) Assim, as partes são livres de celebrar um contrato de compra e venda de uma garrafa de água por 1.000€.

(31) Cf. cons. 4 do RGPD: "*O tratamento dos dados pessoais deverá ser concebido para servir as pessoas. O direito à proteção de dados pessoais não é absoluto; deve ser considerado em relação à sua função na sociedade e ser equilibrado com outros direitos fundamentais, em conformidade com o princípio da proporcionalidade*".

(32) Julgamos que este será o — ou, pelo menos, um dos — limite(s) imposto(s) pela ordem pública e pelos bons costumes.

(33) Cf. Narciso (2019, p. 133).

(34) Nas palavras de Narciso (2019, p. 130): *"A doutrina europeia diverge sobre o assunto, apesar de, recentemente, existir uma transição notória no sentido da adoção desta perspetiva*".

levanta alguns problemas de compatibilização com o regime da proteção de dados pessoais(35). Afinal, tem de existir uma harmonia legislativa. Pelo que esta harmonia e compatibilização carece de aperfeiçoamento. Julgamos que ainda há muito trabalho por fazer.

Repare-se, por exemplo, na Dir. 2019/770 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 20.05.2019, sobre certos aspetos relativos aos contratos de consumo de fornecimento de conteúdos e serviços digitais, recentemente transposta para o nosso ordenamento jurídico pelo DL 84/2021, de 18 de Outubro(36). Esta Dir. do Direito do Consumo menciona o pagamento com dados pessoais [arts. 3.º/1 e cons. 24 e 25 da Dir. 2019/770 e 3.º/3/*b*) do DL 84/2021].

Uma das críticas que podemos tecer a esta Dir. e ao posterior DL de transposição é o facto de apenas protegerem os consumidores de conteúdos e serviços digitais em caso de falta de fornecimento ou de conformidade. Conclui-se que o legislador deixou de fora do âmbito da proteção destes diplomas os consumidores de bens corpóreos(37) — v.g. casos como o da empresa *Data Pro Quo*.

Embora possamos tecer inúmeras críticas ao DL(38), a verdade é que tem havido, pelo menos, um esforço legislativo de harmonização com o regime europeu sobre a proteção de dados pessoais, que acaba por abrir portas para o acolhimento deste tipo de negócios. Um aspeto curioso, que nos leva a pensar que a pouco e pouco vão sendo dados pequenos passos no sentido de abranger este modelo de negócio, é o facto de o conceito de 'preço' ter sofrido modificações. Conforme disposto na Dir. 2019/770, *"preço"* significa: *"o dinheiro ou uma representação digital do valor que é devido pelos conteúdos ou serviços digitais*

---

(35) Sobre a difícil compatibilização entre o regime da Dir. 2019/770 e o RGPD leia-se Alves (2019).

(36) Para sermos mais precisos, a Dir. 2019/770, corresponde ao Capítulo III do DL 84/2021.

(37) Entenda-se os bens corpóreos incluindo aqueles que estão interligados a conteúdos e serviços digitais (dos quais dependem para desempenhar as suas funções). V.g. a compra e venda de bens 'inteligentes' como um telemóvel inteligente que tem a aplicação de câmara pré-instalada. Isto porque a Dir. 2019/771 tem como âmbito objetivo de aplicação os contratos de fornecimento de bens corpóreos interligados ou não a conteúdos e serviços digitais. Já a Dir. 2019/770 é direcionada para a aquisição separada de serviços e conteúdos digitais. Assim sendo, parece-nos que a proteção conferida aos consumidores que pagam com dados pessoais abrange tão só aqueles consumidores que adquirem separadamente serviços e/ou conteúdos digitais, ainda que sejam para emparelhar a um bem de *IoT*. No mesmo sentido: *"Esta estrutura sugere que dispositivos de IoT pré-instalados com conteúdos digitais não beneficiam da proteção da Dir. 2019/770 que se aplica ao conteúdo digital"* (Efroni, 2022, p. 282).

(38) A respeito dos muitos desafios que se colocam no âmbito do DL 84/2021, pode ler-se, entre outros, Passinhas (2021) e, ainda, Sousa e Silva/Cunha Pinto (2022).

fornecidos". Note-se que também o conceito de consumidor sofreu alterações no ordenamento jurídico português [art. 2.º/*g*) DL 84/2021] — o que não era expectável([39]). O conceito de consumidor([40]) deixou de fazer menção às pessoas coletivas([41]), cingindo-se a pessoas singulares. Julgamos que esta opção do DL 84/2021 não se deveu a uma transcrição servil do disposto na Dir. Somos levados a concluir que o legislador teve a real intenção de excluir as pessoas coletivas do seu âmbito de aplicação com o intuito de aproximar o conceito de consumidor ao de titular de dados pessoais.

Alerte-se que a CNPD([42]), no seu parecer sobre o projeto de DL de transposição da Dir. 2019/770, sublinhou que a menção do legislador europeu visou exclusivamente assegurar que o consumidor que faculta dados pessoais para usufruir de um conteúdo ou serviço digital passa a estar protegido por um conjunto de direitos, caso ocorra o não fornecimento dos mesmos ou falta de conformidade uma vez que é inegável que este modelo de negócio já é prática corrente([43]). Seguindo esta lógica, houve o reconhecimento da sua existência, mas não da sua admissibilidade.

Apesar de tratarmos de um mercado não especificamente regulado, autores como TASTAN([44]) entendem que esta Dir. veio abrir a "*caixa de pandora"* para a discussão da admissibilidade deste modelo de negócio — o que parece inevitável, dado o avanço tecnológico acompanhado da crescente disponibilização e circulação de dados pessoais([45]).

([39]) Cf. Carvalho (2019, pp. 70 e ss).

([40]) A propósito do conceito de 'consumidor' refira-se que na literatura estrangeira sobre o tema 'dados pessoais como contraprestação' é frequente a adoção da designação: "*non-paying consumer*" por oposição a "*paying consumer*". Um exemplo, entre muitos, veja-se: Narciso (2017).

([41]) Elucidamos para o facto da nova Dir 2019/770 ter dado margem para os EM abrangerem as pessoas coletivas no conceito de 'consumidor', a seu exclusivo critério (ao contrário do que estava anteriormente consagrado).

([42]) Cf. CNPD (2021*b*, pp. 2-4).

([43]) O mesmo esclarece Drexl (2018, pp. 63-64).

([44]) Cf. Tastan (2021, p. 6).

([45]) Neste contexto leia-se também Drechsler (2018, pp. 44-45). Aqui são traçadas algumas críticas à admissibilidade dos dados pessoais como contraprestação contratual. Em particular a autora menciona a incompatibilidade entre o RGPD e a então Proposta de Dir. 2019/770. Para esta autora, o legislador europeu foi demasiado ambicioso. Antes de fazer menção aos negócios com dados pessoais como contraprestação deveriam ter sido resolvidos os problemas relativos à proteção de dados e de compatibilização com o RGPD.

3.2. Consentimento nos termos do Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados

É sabido que todo o processamento de dados pessoais só é admissível quando verificada uma das bases de licitude de tratamento (art. 6.º ou no art. 9.º/2 do RGPD). Uma delas é precisamente o consentimento, de que aqui falaremos.

É ponto assente que, a admitir este modelo de negócio, o mesmo só poderá ser lícito através do consentimento do titular dos dados [art. 6.º/1/*a*) do RGPD]. Este é o entendimento da maioria da doutrina(46) — e que subscrevemos. No mesmo sentido veja-se ainda o parecer da CNPD(47) a propósito da proposta de lei que aprova a Lei das Comunicações Eletrónicas(48). No seu ponto 24, a CNPD esclarece que o fornecimento de dados pessoais como remuneração de um serviço corresponde a *"operações sobre dados não necessários à execução do contrato"* e, para legitimar tais operações, a base de licitude *"seria o consentimento*". Da leitura do cons. 24 da Dir. 2019/770 extraímos também a mesma conclusão.

Cumpre então analisar os requisitos do consentimento válido [art. 4.º/11, 6.º/1/*a*), 9.º/2/*a*) e 7.º do RGPD]. Nos termos do RGPD, o consentimento traduz-se numa manifestação de vontade específica, inequívoca, informada e livre do titular de dados (art. 4.º/11 do RGPD) com vista a assegurar que o mesmo está ciente do consentimento prestado e do seu alcance. Se estes requisitos não estiverem verificados, o consentimento não será juridicamente relevante, não será válido.

O caráter específico reflete-se num consentimento que serve destinatários identificados e finalidades específicas(49). Em rigor, este requisito

---

(46) Entre muitos, Metzger (2020, pp. 25-45), ainda que apenas a propósito da Dir. 2019/770. Veja-se ainda, Narciso (2019, p. 145, ss.), Alves (2019, p. 40) e Versaci (2018, p. 387, ss.). A título de curiosidade leia-se Wiedemann (2020, pp. 1168-1181) sublinhando a existência de certos casos em que é difícil definir a fronteira entre dados pessoais como contraprestação (e que, portanto, é necessário um consentimento, nos termos do art. 6.º/1/*a*) RGPD) e dados pessoais necessários para a execução do contrato (art. 6.º/1/*b*) RGPD).

(47) Cf. CNPD (2021*a*).

(48) Mais especificamente a Lei n.º 16/2022, de 16 de Agosto, que transpõe as Diretivas 98/84/CE, 2002/77/CE e (UE) 2018/1972, alterando as Leis n.º 41/2004, de 18 de Agosto, e 99/2009, de 4 de Setembro, e os Decretos-Leis n.os 151-A/2000, de 20 de Julho, e 24/2014, de 14 de Fevereiro, e revogando a Lei n.º 5/2004, de 10 de Fevereiro, e a Portaria n.º 791/98, de 22 de Setembro.

(49) O Ac. do TJUE C-40/17, (EU:C:2018:1039), *Fashion ID*, de 19-12-2018 aborda de forma exaustiva o conceito de 'finalidade' da utilização dos dados pessoais: "*Existe uma variedade semelhante de pontos de vista relativamente ao problema de saber quem tem a obrigação de informação (...) e a respeito do quê exatamente"*; cf. Bolognini, *et al.* (2016, pp. 211 e 215) explica que devemos ter "*un consenso per ogni finalitá*".

depende da observância do princípio da finalidade e do princípio de minimização dos dados([50]). Ou seja, a cada dado corresponde uma finalidade concreta. Queremos com isto dizer que as finalidades para as quais os dados pessoais vão ser processados têm que ser reveladas junto do titular. À partida não pode haver reserva de determinação nem de determinabilidade futura([51]). Tudo numa lógica de que o fornecedor não está autorizado a fazer um tratamento de dados pessoais além do tratamento especificamente consentido([52]). Por isto, segundo as orientações do EDPB([53]) devem ser solicitados tantos consentimentos quantos os responsáveis e as finalidades (consentimento granular). Exemplificando: uma aplicação de edição de fotografias pretende tratar dados pessoais como o e-mail e dados pessoais de localização para fins de publicidade comportamental e partilhar esses mesmos dados pessoais com um parceiro comercial. Para o efeito a aplicação deveria solicitar um consentimento granular, separando os consentimentos para estas duas finalidades específicas. Se assim é, coloca-se agora o problema da aplicabilidade prática deste requisito (especificidade) nestes moldes (granularidade) quando a prestação de um conteúdo ou serviço seja pago com dados pessoais (exigência para aceder ao conteúdo ou serviço). Neste ponto, voltemos ao exemplo da aplicação de fotografias, mas que, agora, funciona a troco daqueles mesmos dados pessoais que servirão aquelas mesmas finalidades. Ora, caso a aplicação venha a usar os dados pessoais para mais do que uma finalidade, geralmente a aceitação de todas as finalidades de tratamento é condição para que o utilizador possa aceder ao conteúdo, produto ou serviço — o acesso implica uma aceitação das finalidades em bloco. Normalmente neste modelo de negócio não é dada a possibilidade ao titular de, por exemplo, aceitar o tratamento de dados pessoais para fins de publicidade comportamental e não aceitar relativamente à partilha com parceiros comerciais, sem que isso implique a recusa do acesso à aplicação. Talvez estejamos na presença de um requisito do RGPD sujeito a orientações demasiado exigentes e de difícil aplicabilidade prática a casos como o que aqui estudamos.

Em segundo lugar, o consentimento tem que ser dado por meio de um *"ato positivo inequívoco"*([54]). O consentimento tem que se manifestar

---

([50]) Cf. arts. 5.º/1/*b*) e *c*) e 13.º/2/*a*) do RGPD. O RGPD assenta numa série de princípios.

([51]) Salvo casos excecionais em que a finalidade futura seja compatível com a finalidade para que os dados pessoais foram recolhidos inicialmente.

([52]) O mesmo se aplica aos terceiros abrangidos pelo consentimento prestado.

([53]) Cf. EDPB (2020, pp. 15-16).

([54]) É nossa opção fazer referência ao caráter "*inequívoco"* como requisito geral do consentimento, ao invés de "*explícito*". Julgamos que esta é a opção que melhor se aproxima da letra da lei uti-

através de um comportamento concludente sobre a vontade do titular(55). Seja através de autorização escrita, através de meios eletrónicos ou, mesmo, através de uma declaração oral. E pode observar forma expressa ou tácita. Note-se que, de acordo com o RGPD, a forma escrita não é o único meio de obter um consentimento inequívoco (art. 4.º/11 e cons. 32 RGPD)(56). Contudo, é claro que, na ausência de forma escrita, será mais difícil para o responsável provar que todas as condições aplicáveis ao consentimento válido foram satisfeitas(57). Isto porque, segundo o art. 7.º/1 do RGPD, *"o responsável pelo tratamento deve poder demonstrar que o titular dos dados deu o seu consentimento para o tratamento dos seus dados pessoais"*.

O caráter inequívoco do consentimento aliado ao caráter informado serve como garantia de que o credor transmitiu a devida informação ao titular, este estava informado e fez uma escolha consciente, o que nem

---

lizada pela versão em inglês do RGPD e que pensamos ser a intenção do legislador. Na nossa perspetiva, a versão em português dos arts. 4.º/11 *(«"Consentimento" do titular dos dados, uma manifestação de vontade, livre, específica, informada e explícita»*), 6.º/1/*a*) (*"O titular dos dados tiver dado o seu consentimento*") e 9.º/2/*a*) ("*Se o titular dos dados tiver dado o seu consentimento explícito*") leva o leitor erradamente a crer que o consentimento deve ser sempre explícito. O confronto entre o art. 9.º/2/*a*) e o art. 4.º/11 obrigar-nos-ia a concluir que o art. 9.º apresentaria uma redundância e não uma exigência adicional, uma vez que o art. 4.º/11 estabelece que o consentimento tem que ser sempre explícito para ser válido. Contudo, verificamos pela versão em inglês que o legislador europeu pretendeu distinguir "*inequívoco*" (unambiguous) de *"explícito*" (explicit) consoante o tipo de dados pessoais que estejam em causa. São conceitos próximos, mas diferentes. Na versão em inglês, o art. 4.º/11 utiliza o conceito de "*unambiguous indication*". Por sua vez, o artigo 6.º/1/*a*), "consent" apenas. Por último, o art. 9.º/2/*a*), "*explicit cosent*". Pelo que, na versão em inglês existe uma verdadeira distinção entre o consentimento para efeitos do art. 6.º/1/*a*) e do art. 9.º/2/*a*). A mesma distinção está vertida, pelo menos, na versão alemã, francesa, italiana e espanhola. Perspetiva também acompanhada por Kuner, *et al.* (2020, p. 185). Este autor refere que "*unambiguous*" é diferente de "*explicit"*. Portanto, em regra, o consentimento apenas precisa de ser claramente manifestado, refletindo um comportamento concludente da manifestação de vontade do titular. E só nos casos em que estão envolvidas categorias especiais de dados pessoais, terá que ser explícito. O último, pressupõe que a inequívoca manifestação de vontade seja assente numa manifestação separada/autónoma. Na mesma linha Zarsky (2017, p. 1012) refere que o consentimento só tem que ser explícito caso estejamos perante o tratamento de categorias especiais de dados pessoais; podem ver-se ainda breves notas neste sentido apresentadas por Menezes Cordeiro (2021, p. 92).

(55) Sobre a noção de consentimento inequívoco leia-se Kuner, *et al.* (2020, p. 184). Já, não deve ser deduzido o consentimento do silêncio do titular de dados, bem como não deve ser considerado válido um formulário de consentimento que apresente opções pré-validadas. Neste sentido Bolognini, *et al.* (2016, p. 211).

(56) Cf. Cons. 32 e 42 do RGPD; veja-se: EDPB (2020, p. 21), deixa claro que o consentimento não tem que observar forma escrita. Em sentido semelhante, Menezes Cordeiro (2021, p. 92).

(57) Cf. Art. 7.º do RGPD; Sobre o ónus da prova: Bolognini, *et. al.* (2016, p. 224). O ónus da prova está intimamente relacionado com o princípio da responsabilidade ('accountability') expresso nos arts. 5.º/2, 24.º e 30.º do RGPD.

sempre acontece. Em primeiro lugar, estas informações devem apresentar-se de forma clara, acessível e completa (arts 5.º/1/*e*), 12.º e 13.º do RGPD)([58]). Designadamente, o titular tem que estar informado sobre a identidade do responsável pelo tratamento de dados pessoais([59]), sobre o tempo de conservação dos dados pessoais([60]), os seus direitos([61]), a eventual possibilidade de terceiros terem acesso aos dados pessoais([62]), o tipo de dados pessoais em causa([63]), bem como as finalidades para que serão tratados. O dever de informar o titular de dados relativamente aos seus direitos abrange também o dever de informar que o consentimento pode ser retirado a qualquer momento sem que o titular tenha que apresentar qualquer motivo justificativo para o efeito (arts. 7.º/3 e 13.º/2 do RGPD).

A este propósito destacamos a decisão Italiana do *Consiglio di Stato* n.º 2631, de 29.03.2021([64]), pelo seu interesse, pertinência e atualidade. A questão debatida estava em saber se a descrição do serviço do *Facebook* como 'gratuito' constituía ou não uma prática comercial enganosa. O registo na rede social não pode ser feito sem a coleta e tratamento de dados pessoais do utilizador, nos quais assenta, precisamente, o modelo de negócio da gigante rede social([65]). No âmbito deste processo ficou decidido que os seus utilizadores estão a pagar o serviço com os seus dados pessoais, pelo que os seus serviços não são considerados 'gratuitos'. Segundo o *Consiglio di Stato*, o *Facebook* tem vindo a adotar práticas comerciais enganosas para com os seus utilizadores([66]), pelo que esta empresa foi condenada a pagar uma sanção pecuniária bem como a corrigir os seus termos([67]). Constatamos, portanto, que a veracidade da informação é

([58]) O ideal é que estas informações estejam permanentemente disponíveis, antes e depois de o titular dar o seu consentimento, de acordo com a forma como o consentimento foi prestado. Caso o consentimento tenha sido dado sob a forma escrita, as informações devem estar disponíveis por escrito (por exemplo, informações disponíveis num *website*, enviadas por email, ficheiro, documento em papel ou vertido na cópia do próprio contrato/termos e condições).

([59]) Cf. art. 13.º/1/*a*) do RGPD.

([60]) Cf. art. 13.º/2/*a*) do RGPD.

([61]) Cf. Capítulo III, arts. 12.º-23.º RGPD, em particular, o art. 13.º/2/*b*), *c*), *d*) RGPD.

([62]) Cf. art. 13.º/1/*e*) e *f*) do RGPD.

([63]) Cf. art. 13.º/1/*c*) do RGPD.

([64]) Cf. Ac. do Consiglio di Stato, proc. n.º 02631/2021REG.PROV.COLL, de 29-03-2021 (rel. Stefano Toschei).

([65]) Especificamente, por meio das receitas de publicidade direcionada.

([66]) Violando o RGPD, bem como a Dir. 2005/29/CE, referente às práticas comerciais desleais, no caso do utilizador também ser um consumidor (goza de uma dupla proteção).

([67]) Curiosamente, o *Facebook* argumenta que o utilizador médio não é levado ao engano pela descrição do serviço como '*gratuito*' uma vez que o utilizador do *Facebook* está consciente de que o *Facebook* angaria receitas por meio do processamento de dados pessoais para fins de publicidade dire-

um elemento a ter em consideração, em especial, no que respeita à recolha de dados pessoais como forma de pagamento de um bem, conteúdo ou serviço. Apesar de poder parecer uma constatação óbvia, para muitas empresas não o é. Nomeadamente, este requisito é lestamente ultrapassado por empresas que atuam em ambiente digital e cujos termos do serviço não refletem a configuração do site e a verdade material subjacente ao tratamento de dados pessoais que é realmente feito pelo vendedor ou prestador de serviços. Nesta medida, é recomendável que as empresas revejam periodicamente a configuração dos seus sites ou aplicações e os seus termos e condições de maneira a que os utilizadores estejam corretamente informados([68]).

Por último, o consentimento tem que ser livre e a liberdade pressupõe a possibilidade de escolha por parte do titular dos dados([69]). Aliás, o cons. 42 do RGPD refere mesmo o facto de ter que existir uma *"escolha verdadeira"*([70]). Existem várias formas de condicionar a sua liberdade([71]) — v.g. porque foi prestado sob coação ou, mesmo, se o consentimento configurar, eventualmente, um negócio usurário por estar subordinado ao tratamento de dados pessoais que, embora não sendo necessários para a execução do contrato, aparecem como tal (art. 7.º/4 do RGPD). Esta liberdade tem que estar refletida tanto no ato de prestar como no ato de revogar o consentimento. Em suma, só existe liberdade quando o ato de prestar, recusar ou retirar o consentimento não venha a produzir consequências negativas para o titular de dados([72]).

No que respeita ao direito de revogar o consentimento, existe um outro direito a ele, por vezes, associado: o direito de portabilidade dos dados pessoais do titular. O exercício do direito de revogar o consentimento pode ter lugar na sequência do exercício do direito de portabilidade

---

cionada, de tal forma que experimenta e beneficia desses mesmos anúncios personalizados. O entendimento sobre a perceção do homem médio perante este tipo de negócio varia de país para país.

([68]) A veracidade, lealdade e transparência das informações têm vindo a revelar-se uma constante preocupação para o legislador nacional e europeu — v.g. arts. 8.º/*z*) do DL 57/2008, de 26.03.2008 (sobre práticas comerciais desleais), 4.º, 5.º e 33.º do DL 24/2014, de 14.02.2014 (relativo aos contratos celebrados à distância e fora do estabelecimento comercial) e 21.º/c) do DL 7/2004, de 07.01.2004 (que regula o comércio eletrónico).

([69]) Entre muitos, veja-se Bolognini, *et. al.* (2016, p. 211): "*senza condizionamenti o vincoli*"; e Kuner, *et al.* (2020, p. 351).

([70]) Embora esta tenha sido a expressão utilizada pelo RGPD, julgamos que o mais correto teria sido que a versão portuguesa tivesse usado a expressão 'verdadeira escolha' em vez de "*escolha verdadeira*". A primeira remete-nos para uma escolha efetiva, para o ato de escolher, um ato genuíno, livre e voluntário. Já a segunda remete-nos para a veracidade dos factos escolhidos, é centrada no que se escolhe (remete-nos para um Verdadeiro ou Falso).

([71]) Com maior detalhe leia-se: Menezes Cordeiro (2021, p. 90).

([72]) Para mais informações, cf. EDPB (2020, pp. 1-39).

dos dados pessoais (art. 20.º e cons. 30 do RGPD)([73]). Este último desdobra-se em dois direitos([74]): *a*) o direito de o titular receber um conjunto([75]) de dados pessoais e/ou *b*) o direito de o titular ver um conjunto dos seus dados pessoais serem transmitidos de um responsável pelo tratamento para outro responsável([76]). Portanto, o exercício deste direito pode resultar numa revogação do consentimento anteriormente prestado a um responsável e num consentimento dado a um novo responsável pelo tratamento dos dados pessoais.

No modelo de negócio em estudo, se o devedor não aceita pagar com dados pessoais, não acede ao bem, conteúdo ou serviço. Os dados pessoais são a contrapartida e, portanto, funcionam como uma condição de acesso ao bem, conteúdo ou serviço, contrariando o disposto no art. 7.º/4 do RGPD. Daqui resulta que o titular tem que fazer uma séria ponderação entre os efeitos negativos desta forma de pagamento e a importância que dá ao bem, conteúdo ou serviço em concreto antes de contratar. O art. 7.º/4 do RGPD é bastante exigente. E as opiniões dividem-se quanto a saber se o requisito do consentimento livre (art. 7.º/4 do RGPD) é passível de ser cumprido ou se entra em contradição com o modelo de negócio que temos vindo a analisar. Será justificado questionar: a legislação estará, neste caso, a erguer um obstáculo de tal forma insuperável que torne o objeto inviável? Autores como Wendehorst([77]) são da opinião que o art. 7.º/4 do RGPD não exclui negócios assentes em dados pessoais como contrapartida([78]). Porém, a questão não é simples. De facto, quando é necessário o

---

([73]) Fazemos a ressalva de que o direito à portabilidade dos dados pessoais só é aplicável se o tratamento se basear numa necessidade para a execução do contrato ou no consentimento (o que é o caso dos negócios com dados pessoais como contraprestação) e cumulativamente se o tratamento for realizado por meios automatizados.

([74]) Para uma explicação clara sobre o direito de portabilidade atente-se as orientações do Grupo de Trabalho do Artigo 29.º para a Proteção de Dados (2017, pp. 1-23).

([75]) Por conjunto de dados pessoais entenda-se *a*) *"Dados fornecidos pelo titular dos dados de forma ativa e consciente"* (v.g. endereço postal, nome de utilizador, idade, etc.) e *b*) *"Dados observados fornecidos pelo titular dos dados"* em virtude da utilização do serviço ou do dispositivo (v.g. o histórico das pesquisas realizadas por uma pessoa, *likes*, fotografias descarregadas, *posts*, dados pessoais de tráfego e dados pessoais de localização, até mesmo aqueles que sejam recolhidos com recurso a meios de deteção de comportamentos como a utilização do rato, do teclado ou mesmo *touch screen*). Tudo isto segundo as indicações do Grupo de Trabalho do Artigo 29.º para a Proteção de Dados (2017, pp. 11-12).

([76]) "*A principal justificação para um direito de portabilidade sobre dados pessoais é a de permitir ao titular dos dados uma mudança de prestador de serviço que opere em ambiente digital sem que esse mesmo prestador o possa manter numa situação de lock-in, por força do seu controlo sobre os dados pessoais do titular*" (Duarte & Guseinov, 2019, p. 109).

([77]) Cf. Wendehorst (2017, p. 37).

([78]) Este autor aborda apenas o tema a propósito da prestação de conteúdos e serviços digitais

consentimento para o tratamento de dados pessoais como contrapartida de um bem, conteúdo ou serviço, aquele fornecimento estará sempre condicionado a esse consentimento, sendo duvidosa a liberdade daquela autorização para o tratamento de dados pessoais. É nossa opinião que uma forma de contornar este problema, seria possibilitar ao devedor uma alternativa de pagamento. Ou melhor, que seja dada a possibilidade ao devedor de escolher pagar com dados pessoais ou com uma prestação pecuniária([79]). Parece-nos que, só assim, o acesso ao bem, conteúdo ou serviço não estaria condicionado ao pagamento com dados pessoais.

Considerando alguns dos problemas de concretização prática aqui elencados e tendo em conta que o preenchimento do sentido de cada requisito assenta fundamentalmente nos considerandos e instrumentos de *soft law*([80]) que, por vezes, ampliam o sentido com que cada requisito é interpretado([81]) tornando a sua verificação extremamente exigente: parece-nos que poderia ser justificável uma certa flexibilidade na análise dos requisitos do consentimento neste tipo de negócio quando as finalidades consentidas respeitem a fins de organização empresarial da própria empresa fornecedora de produtos ou serviços — v.g. no caso de uma empresa que utilizará os dados pessoais para o desenvolvimento de um estudo de mercado. Ainda que com dúvidas, também julgamos que, no futuro, mais do que para uma solução exigente de verificação do consentimento, as atenções deveriam estar mais voltadas para a obrigação de informar os titulares dos dados, conjugada com a séria aposta na adoção de medidas de segurança adequadas e na implementação de mecanismos de vigilância e fiscalizações regulares que, quando não fossem cumpridos, gerariam *culpa in vigilando*.

Em síntese: os requisitos de validade do consentimento levantam grandes dificuldades práticas([82]). Como se compreende, quando falamos de dados pessoais como contraprestação esta dificuldade aumenta.

---

para consumo a troco de dados pessoais; Veja-se ainda Metzger (2017, p. 5). Ambos entendem que o art. 7.º/4 é flexível não excluindo a admissibilidade de negócios a troco de dados pessoais.

([79]) Em dinheiro, ou mesmo em criptomoedas (v.g. bitcoin ou ethereum). Em sentido semelhante, mas apenas propósito dos contratos de consumo de conteúdos e serviços digitais: "*Article 7(4) GDPR does not entirely preclude the business model addressed in the DCD, but where the consumer does not have a reasonable alternative (e.g. Facebook) businesses must offer also a pay-model*" (Wendehorst, 2017, p. 37). Também, Schmidt-Kessel (2020, pp. 129-163).

([80]) Nomeadamente, emitidos pelo Grupo de Trabalho 29 e o EDPB.

([81]) Cf. Menezes Cordeiro (2019*b*, pp. 175-200).

([82]) Principalmente, quando pensamos em *Big Data*. Zarsky (2017, pp. 1004 e 1011) refere mesmo a existência de uma incompatibilidade entre o GDPR e a era dos *Big Data*. Entende que o princípio da minimização do tratamento é limitador do sucesso das iniciativas de Big Data, inclusive prejudicando a sua utilidade.

3.3. Consentimento nos termos do Código Civil

3.3.1. Dados pessoais e direitos de personalidade

Não só no RGPD vemos tutelado o indivíduo, enquanto titular de dados pessoais. Basta para tanto pensar que o direito à proteção de dados pessoais e à privacidade são direitos fundamentais previstos nos arts. 16.º do TFUE, 7.º e 8.º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, bem como nos arts. 26.º e 35.º da CRP.

Já no âmbito civil, não poderíamos deixar de fazer menção aos direitos de personalidade, enquanto instituto que tutela a eficácia civil de certos direitos fundamentais (cf. arts. 70.º, ss. do CC)([83]). O direito à proteção de dados pessoais constitui, precisamente, uma manifestação da tutela dos direitos de personalidade. Desde logo, garante o respeito pela vida privada, pela não discriminação e pelo livre desenvolvimento da personalidade. Resta saber se a característica da não patrimonialidade dos direitos de personalidade, assim como o caráter intransmissível e irrenunciável, podem constituir motivo impeditivo da admissão dos dados pessoais como contraprestação.

Na nossa perspetiva, admitir um modelo de negócio no qual os dados pessoais assumem a forma de contrapartida não colide com a natureza intransmissível e irrenunciável dos direitos de personalidade([84]). Aquele que consente o pagamento com dados pessoais, e por inerência, o seu acesso a outrem, não está a ceder o uso exclusivo desses dados pessoais ao prestador de serviços. Repare-se que, no caso concreto, o titular dos dados não perde o direito a utilizar aqueles dados pessoais. Não existe uma trans-

---

([83]) Mota Pinto, *et. al.* (2020, p. 211) refere ainda: *"[o] Código Civil não disciplinou exaustivamente os direitos de personalidade. Para além do regime geral dos arts. 70.º e 71.º (bem como do art. 81.º, de que falaremos no ponto 3.3.2), limitou-se a prever alguns direitos de personalidade que poderiam suscitar particulares problemas*".

([84]) No mesmo sentido, leia-se Versaci (2018, pp. 374-386). O autor — ainda que abordando apenas os negócios celebrados em ambiente digital a troco de dados pessoais — entende que a exploração económica do direito à proteção de dados pessoais, que tem "*status*" de direito fundamental de personalidade, não deve ser considerada uma renúncia ao mesmo direito. Mais defende que o regime europeu de proteção de dados pessoais não é incompatível com uma abordagem dos dados pessoais orientada para o mercado; Ademais: "*Fará, no entanto, sentido pensar que os dados pessoais são bens com valor transacionável, aquilo que na linguagem anglo-saxónica vem conhecido por commodity. A isto não obsta o facto de os dados pessoais fazerem parte integrante de um direito de personalidade, por natureza intransmissível, inalienável e irrenunciável.*" (Barbosa, 2020, p. 1843); Veja-se também Ferreira Dias (2019, p. 21): *"A intransmissibilidade e a irrenunciabilidade dos direitos de personalidade não prejudicam a possibilidade de os seus titulares os restringirem, nomeadamente, pela via negocial. É nesse sentido que vai o art. 81.º, n.º 1 quando admite a possibilidade de «limitação voluntária» dos direitos de personalidade, desde que conforme aos princípios da ordem pública"*.

missão exclusiva, bem como não se pode falar numa renúncia a direitos de personalidade([85]). Cremos que o fornecimento de dados pessoais a troco de um produto, conteúdo ou serviço pode comportar antes uma limitação do direito à proteção de dados e à privacidade pelo seu titular (art. 81.º do CC). Para uma compreensão mais clara, atentemos a distinção feita por Pais de Vasconcelos([86]) entre titularidade, legitimidade originária e legitimidade adquirida. Acompanhando esta distinção, só há um titular do direito de personalidade. Este terá, à partida, também a legitimidade originária para dispor do direito de que é titular. Já a legitimidade de outrem (além do seu titular) será uma legitimidade adquirida para tratar os dados pessoais([87]) (mediante consentimento do titular). Este tem uma legitimidade para agir sobre *"bens de personalidade*" alheios "*sem que com isso chegue a dominá-los*"([88]). Aliás, os dados pessoais são replicáveis, duplicáveis, permitindo a sua utilização por mais do que uma pessoa (singular ou coletiva) ao mesmo tempo. Talvez seja por essa razão que o titular de dados não sente necessariamente uma perda imediata, sob a forma de uma perda de privacidade, no momento em que fornece os seus dados pessoais a outrem. Torna-se ainda mais compreensível que rejeitemos a existência de uma renúncia a um direito de personalidade quando atentamos a lógica em que assenta o RGPD. Em concreto, este diploma não funciona numa lógica de proibição do tratamento de dados pessoais. Assenta numa noção de processamento de dados pessoais de acordo com as suas bases de licitude e com a possibilidade do controlo dos dados pessoais por parte do seu titular. A possibilidade de acesso, apagamento, portabilidade, e de revogabilidade do consentimento (arts. 15.º, 17.º, 20.º e 7.º/3 do RGPD, respetivamente) são a expressão disso mesmo. Portanto, permanece sempre na esfera jurídica do titular dos dados esta dimensão do direito à proteção dos dados pessoais na forma do controlo individual do titular.

([85]) No mesmo sentido atente-se ainda Capelo de Sousa (1995, pp. 402-407): *"(...) são insuscetíveis de serem transmitidos deste para outro sujeito jurídico. (...) Com efeito, os bens jurídicos da personalidade humana física e moral constituem o ser do seu titular, pelo que são inerentes, inseparáveis e necessários à pessoa do seu titular e circunscrevem os respetivos poderes jurídicos. Assim, tais poderes não podem ser cedidos, alienados, onerados ou subrogados a favor de outrem, pois, dada aquela inseparabilidade, qualquer negócio a esse respeito seria contrário à ordem pública nos termos do art. 280.º, n.º 2, do Código Civil".*; Também Versaci, (2018, pp. 390-391) defende que o fornecimento de dados pessoais como contraprestação não configura uma situação de renúncia ao direito à proteção de dados pessoais.

([86]) Cf. Pais de Vasconcelos (2012, pp. 72-111).

([87]) Esta legitimidade adquirida tem que ser sempre específica, relativa a um ato em concreto, ao invés de geral e abstrata.

([88]) Cf. Pais de Vasconcelos (2012, p. 108).

Quanto ao caráter não patrimonial importa esclarecer que os direitos de personalidade, em si, não deixam de ter conteúdo não patrimonial (pessoal)([89]) pelo facto de estarem envolvidos neste tipo de negócios. Apesar de serem direitos não patrimoniais podem ser objeto de negócios com consequências patrimoniais([90]). Repare-se que o ganho patrimonial para o credor não é necessariamente uma perda patrimonial para o titular dos dados, porque a perda de privacidade não tem um correspondente pecuniário.

Assim, o direito à proteção de dados pessoais não se transmite, é pessoal e, ainda que o uso dos dados pessoais seja consentido a terceiros, não se transfere definitivamente e não passa a constituir um direito patrimonial pelo facto de estar envolvido no modelo de negócio em estudo.

3.3.2. Consentimento como limitação voluntária de direitos de personalidade

Posto isto, a questão em que nos deteremos neste ponto prende-se com saber de que forma o CC admite a limitação dos direitos de personalidade. A harmonia entre o RGPD e o CC começa com o paralelismo entre o titular que presta o consentimento nos termos do RGPD e aquele titular que é mencionado no CC([91]): titular de dados e o titular de direitos de personalidade (titular dos direitos à proteção de dados pessoais e privacidade)([92]). O RGPD define titular de dados, por via do art. 4.º/1, como

---

([89]) Cf. Capelo de Sousa (1995, pp. 615-619).

([90]) Aliás, Menezes Cordeiro (2007, p. 106) distingue direitos de personalidade *a*) não patrimoniais em sentido forte, *b*) não patrimoniais em sentido fraco e *c*) patrimoniais. Segundo o autor, nas duas primeiras categorias, os direitos de personalidade não podem ser permutados por uma prestação pecuniária. Os primeiros não são suscetíveis de surgir como *"objeto de negócios"*. Já os segundos, em certos casos e dentro de certas regras, podem surgir como *"objeto de negócios" ainda que, nas palavras deste autor, os negócios sejam "patrimoniais ou com algum alcance patrimonial"* — v.g. os direitos à saúde ou à integridade física, nos casos do consentimento do paciente que autoriza a utilização de um fármaco *off-label* dentro dos limites da experimentação humana. Já a terceira categoria corresponde aos direitos que são negociáveis no mercado a troco de uma prestação monetária — v.g. *"nome, imagem e fruto da actividade intelectual*". Julgamos ser na segunda categoria que se insere o direito à proteção de dados pessoais.

([91]) Esclareça-se que muito embora a redação do art. 81.º — que abordaremos especificamente nesta secção 3.3.2. — não refira expressamente a palavra 'titular'/'titular de direitos de personalidade' este é o termo usado noutros arts. da mesma secção II do CC referente aos Direitos de Personalidade (arts. 70.º, ss.), bem como se trata do termo de eleição utilizado pela doutrina e jurisprudência relativamente à matéria no âmbito do Direito Civil.

([92]) Cf. Pais de Vasconcelos (2012, p. 72).

aquela *"pessoa identificada ou identificável"* a quem os dados pessoais se referem. Já os arts. 70.º, ss. do CC não definem titular de direitos de personalidade. A simetria está refletida no conceito de 'titularidade'(93) sendo que os diplomas usam o mesmo termo jurídico.

Por outro lado, a aproximação também é clara se atentarmos a definição de *"consentimento"*(94) utilizada no RGPD. Não deixa de ser curioso que o *"consentimento"* seja definido enquanto *"manifestação de vontade"* — o que nos remete, de imediato, para o campo dos negócios jurídicos(95). O CC admite a celebração de contratos de direitos de personalidade (art. 81.º do CC)(96) ainda que seja num regime de negociabilidade limitada. A limitação dos direitos de personalidade tem que ser voluntária, dependendo, pois, da prévia autorização do seu titular, quer seja por acordo ou através de uma declaração unilateral no sentido de limitar algum(ns) direito(s). Passemos, então, à análise comparativa entre os requisitos do consentimento nos termos do CC e o consentimento disposto no RGPD.

Nas palavras de Capelo de Sousa(97), uma autorização com vista à limitação de direitos de personalidade tem que ser *"perfeitamente declarada*". Daqui resulta o seu caráter inequívoco. Em paralelo com o RGPD, vigora o princípio da liberdade de forma (arts. 217.º e 219.º do CC) da declaração de consentimento.

A maioria da doutrina(98) chama a atenção para o facto de o consentimento ter que apresentar um caráter específico, entenda-se de âmbito deli-

---

(93) Segundo Pais de Vasconcelos (2012, p. 72, ss.) a titularidade "*consiste apenas no nomen atribuído à imputação de uma posição a um sujeito, no âmbito de determinada situação jurídica. Uma pessoa é titular de uma situação jurídica quando é o sujeito da situação jurídica na qual se integra essa posição, independentemente de esta ser activa ou passiva. Ser titular é o mesmo que ser sujeito numa situação jurídica, ou ocupar uma posição jurídica. Ser titular é ter título jurídico*".

(94) Cf. 4.º/11 do RGPD.

(95) Em sentido semelhante, Menezes Cordeiro (2021, p. 90): "*Ao apresentar o consentimento como uma manifestação de vontade, o legislador reconduz este conceito ao universo dos negócios jurídicos, afastando-o dos atos jurídicos stricto sensu. Ao imputar esta classificação, o consentimento só poderá encontrar-se sujeito à dogmática civil e a todos os seus desenvolvimentos, bem como aos artigos do Código Civil relativos ao negócio jurídico"*. Para mais referências sobre a natureza do consentimento: Menezes Cordeiro (2019*a*, p. 41).

(96) Sobre o tema da celebração de contratos de direitos de personalidade leia-se Bousquet (2009). Pense-se, por exemplo, que se tem por admissível, dentro de certos limites, uma limitação voluntária do direito à integridade física como o consentimento para intervenções médicas — exemplo retirado da obra de Neto (2013, p. 77).

(97) Cf. Capelo de Sousa (1995, p. 407).

(98) Por exemplo, Pais de Vasconcelos (2012, pp. 101-110) escreve no sentido de que a legitimidade adquirida tem que ser sempre específica, relativa a um ato em concreto, a um objeto em concreto, a uma pessoa concreta e a um tempo concreto, ao invés de ser geral e abstrata.

mitado e concreto. Assim como previsto no RGPD, segundo o CC não podemos ter um consentimento ilimitado, sem especificar a finalidade e o tempo pelo qual o direito é disposto pelo seu titular. Tudo assenta na ideia de que o titular pode dispor do seu direito na medida da extensão exata da autorização que é concedida, sob pena de invalidade. Também aqui é vedada a abrangência a acontecimentos futuros associados a uma imprevisibilidade do objeto da limitação voluntária.

Capelo de Sousa(99) menciona ainda que a limitação voluntária de direitos de personalidade tem que ser *"formada esclarecida e livremente"*. Requisitos que entram em concordância com o caráter informado e livre do consentimento já anteriormente mencionados e vertidos no RGPD. Estes são os requisitos elencados pela doutrina dominante relativos à interpretação do conceito de "limitação voluntária" do art. 81.º/1 do CC.

Mas há mais: ainda a propósito do caráter livre do consentimento, repare-se que o legislador português, já desde 1966, reconhece que esta liberdade depende da livre revogabilidade do consentimento pelo titular dos direitos de personalidade(100). Deste modo, o art. 81.º/2 do CC prevê expressamente: *"A limitação voluntária, quando legal, é sempre revogável"*. Mais uma vez, trata-se de uma revogação unilateral, a todo o tempo, sem que o titular tenha que apresentar qualquer motivo justificativo nem aviso prévio para o efeito(101).

Por último, o CC estabelece um requisito adicional que tem que estar verificado, sob pena de o consentimento relativo à limitação de direitos de personalidade ser nulo: a limitação dos direitos de personalidade está sujeita aos limites da ordem pública (art. 81.º/1 do CC) e dos bons costu-

---

(99) Cf. Capelo de Sousa (1995, p. 407).

(100) Veja-se com maior detalhe o ponto 4.1 deste trabalho. Leia-se também Capelo de Sousa (1995, p. 409).

(101) Em sentido idêntico, veja-se a anotação ao art. 81.º do CC de Fernandes/Proença (2014, p. 203). Repare-se ainda que este direito de livre revogação tem algumas parecenças com o 'Direito ao arrependimento' ou 'Direito de livre resolução' (por previsão legal) e o direito de *'Termination for Convenience*' (cláusula geralmente estabelecida contratualmente). O 'Direito ao arrependimento' é um direito atribuído por lei a uma das partes, vulgarmente conhecido no âmbito do direito do consumo, nomeadamente previsto no art. 10.º DL 24/2014, de 14 de Fevereiro. Por sua vez, as cláusulas de '*Termination for Convenience*' (revogação unilateral imotivada) são frequentemente encontradas nos contratos quando as partes pretendem prever o direito de desvinculação de uma das partes sem que esta tenha de apresentar motivo justificativo. Ainda assim, o direito de revogação disposto no art. 81.º/2 do CC distingue-se destas figuras na medida em que não tem que ser exercido num determinado prazo. Exemplificando, por comparação, o 'Direito ao arrependimento' tem que ser exercido no prazo de 14 dias a contar do dia da celebração do contrato ou do dia em que o consumidor adquira a posse física do bem, nos termos do art. 10.º/1 do DL 24/2014. Relativamente às cláusulas de '*Termination for Convenience*' também é frequente que as partes estipulem um prazo de aviso prévio para o efeito.

mes (arts. 340.º/2 e 334.º do CC)([102/103]). Sobre este requisito já tivemos oportunidade de tecer algumas considerações (ponto 2.3) a propósito da exigência feita também pelo art. 280.º do CC.

Em suma: verifica-se uma afinidade entre regimes de onde se extrai que um negócio jurídico oneroso que assenta em dados pessoais como contraprestação é um negócio cuja verificação depende do consentimento para o tratamento daqueles dados pessoais que constituem o seu objeto mediato.

4. Problemas subsequentes

4.1. Efeitos da revogação do consentimento e a responsabilidade civil (por factos lícitos)

Não poderemos analisar os efeitos da revogação do consentimento sem fazermos previamente uma análise comparativa conceptual entre os arts. 7.º/3 e 13.º/2/*b*) do RGPD e o art. 81.º/2 do CC.

O CC optou pela palavra *"revogável"*. Já o RGPD menciona, antes, que o titular pode "*retirar"* o seu consentimento. Percebemos que não são usadas expressões iguais. Mas não parece que as diferenças na letra da lei tenham objetivos diferentes. Existe pelo menos proximidade de conceitos, que faz com que se unam num mesmo resultado — deixar de existir o objeto mediato de determinado negócio jurídico. O que se refletirá no apagamento dos dados pessoais([104]) ou na simples abstenção da sua utilização para outras finalidades que não a execução do contrato ou cumprimento da lei por parte do terceiro, outrora autorizado para o efeito.

([102]) Segundo Capelo de Sousa (1995, p. 530) e de acordo com a doutrina dominante, apesar da norma só fazer referência à ordem pública, devem ser considerados também os limites impostos pelos bons costumes nos termos dos arts. 340.º/2 e 334.º do CC na medida em que os bons costumes representam um critério do abuso do direito.

([103]) Cf. Ac. do Tribunal da Relação de Lisboa, proc. 8777/21.3T8LSB-7, de 14-09-2021, (rel. Luís Filipe Pires de Sousa), ainda que a propósito da limitação do direito à imagem, o Ac. explica bem quais os limites à autonomia privada impostos pela lei civil: *"O consentimento para utilização da fotografia pode ser dado tacitamente, é revogável a todo o tempo (cf. art. 81.º, n.º 2, do Código Civil), estando sujeito aos limites impostos pela ordem pública (art. 81.º, n.º 1), aos bons costumes (art. 340.º, n.º 2) e à necessidade de resultar de uma vontade livre e esclarecida".*

([104]) Isto no caso de os dados pessoais utilizados como forma de pagamento não serem simultaneamente necessários no âmbito de outras bases de licitude como a execução do contrato ou o cumprimento da lei.

A retirada do consentimento configura uma revogação unilateral imotivada sem efeitos retroativos (art. 7.º/3 do RGPD). Como explicam Sousa Pinheiro, *et al.*(105): *"(...) a retirada do consentimento não compromete a licitude do tratamento efectuado com base na sua prévia prestação"*. Neste ponto, o art. 81.º do CC segue a mesma lógica. A revogação do consentimento não produz efeitos sobre os atos que até àquele momento foram praticados com aquela autorização(106).

Impõe-se-nos, agora, outra questão: será que um titular pode renunciar à livre revogação do consentimento? Podem as partes estabelecer uma cláusula contratual com tal teor? A resposta deve ser negativa. Por um lado, tanto os arts. 7.º/3 e 13.º/2/*b*) do RGPD como o art. 81.º/2 do CC são normas imperativas, não podendo, à partida, ser afastadas por vontade das partes. Em última instância, o consentimento seria nulo por não estar cumprido o requisito da livre revogabilidade(107). Por outro lado, a existência de uma cláusula de renúncia ao direito de revogar o consentimento implicaria a renúncia a um meio de defesa, atribuído por lei, em face das atuações consentidas, ficando o titular numa posição jurídica não tutelada — aspeto de extrema relevância tendo em conta a teleologia das normas em estudo. Não esqueçamos que o legislador só aceitou a negociabilidade de direitos de personalidade com a condição desta mesma negociabilidade estar limitada pela permanente possibilidade de revogação da autorização concedida de forma a *"proteger interesses que se sobrepõem à autonomia privada"*(108). Isto é: as limitações à autonomia privada quanto à negociação de direitos de personalidade exprimem-se precisamente pela possibilidade de reversão da situação gerada. Admitindo-se — por mera hipótese de raciocínio — a situação prática aqui colocada: a última decisão passaria a estar nas mãos do terceiro autorizado, ficando o consentimento a poder ser extinto unicamente de acordo com a vontade daquele autorizado — o que configuraria uma cláusula desprovida de qualquer justa proporção contratual(109).

Aqui chegados, destacamos outra problemática em torno do art. 81.º/2 do CC. Este artigo estabelece a revogabilidade a todo o tempo, ainda que

---

(105) Cf. Sousa Pinheiro, *et al.* (2018, p. 229).

(106) No mesmo sentido, Pais de Vasconcelos (2012, pp. 206-208).

(107) Poderemos dizer que se trata de um sub-requisito, na medida em que é uma manifestação do requisito da liberdade do consentimento.

(108) Cf. Fernandes/Proença (2014, p. 201, ss.).

(109) Estes são os argumentos por nós destacados. Para um estudo mais aprofundado sobre a renúncia ao direito de revogação leia-se: Pais de Vasconcelos (2012, pp. 211 e 206-220). Este autor refere ainda que uma situação de renúncia à livre revogabilidade por parte do autorizante consubstanciaria uma situação de colisão com a ordem pública.

com a obrigação de indemnização pelos danos causados à outra parte. Trata-se de uma indemnização por factos lícitos([110]), na medida em que, nos termos da lei, reserva-se ao titular o direito de revogar o consentimento. Portanto, será questionável se os arts. 7.º/3 e 4 do RGPD (liberdade do consentimento)([111]) entram em tensão com a consequência estabelecida no art. 81.º/2 do CC. Há responsabilidade civil pelos danos causados ao autorizado com a mencionada revogação? Trata-se, de facto, de uma dificuldade de compatibilização do CC com o RGPD. Para os casos de tensão entre o Direito da UE e o direito nacional, relembramos o princípio do primado do Direito da UE([112]) bem como o art. 2.º/2 do TFUE sobre os efeitos de preemção do direito unificado da UE sobre as leis nacionais de um Estado. Em caso de conflito entre o Direito da UE e o direito nacional, os EM têm o dever de aplicar a norma da EU e desaplicar o direito nacional. Mais ainda: a competência dos EM para legislar internamente só se mantém desde que não coloque em causa a efetividade e os objetivos delineados pelo Direito da UE. Na nossa modesta opinião, julgamos defensável dizer-se que não há lugar a uma indemnização por danos da expectativa da contraparte causados pela retirada do consentimento. O art. 81.º/2 in fine do CC conflitua e contraria os objetivos do art. 7.º/3 e 4 do RGPD. Logo, ainda que com algumas dúvidas, não será desprovido de sentido entender que, segundo o princípio do primado, a parte final do art. 81.º/2, no que se refere ao direito a uma indemnização, será apenas aplicável a negócios sobre (outros) direitos de personalidade, com exclusão dos negócios sobre dados pessoais.

([110]) Caso venhamos a constatar que aquele que revoga o consentimento para tratamento dos dados pessoais tem a obrigação de indemnizar a contraparte, pensamos que esta só poderá existir por via da responsabilidade pela confiança. Isto porque o objetivo do art. 81.º/2 é garantir a reposição da situação que existiria, não fosse o estabelecimento da limitação do direito de personalidade. Portanto, julgamos que a responsabilidade por factos lícitos estabelecida no art. 81.º/2 encontra enquadramento numa lógica de responsabilidade pela confiança — terceira via da responsabilidade (diferente da responsabilidade obrigacional e da delitual). Confiança no "*contraente fiel*" na não revogação do consentimento. Não estamos no âmbito da responsabilidade contratual nem extracontratual porque sendo consequência de uma regra de revogabilidade unilateral a todo o tempo não tem qualquer correspondência com um incumprimento, ou violação de direitos, interesses ou um abuso do direito.

([111]) Entenda-se: sem consequências negativas para o titular dos dados na medida em que *"O consentimento deve ser tão fácil de retirar quanto de dar"* (art. 7.º/3 do RGPD).

([112]) Cf. Ac. do TJUE, proc. 6/64, de 15-07-1964, *Flamino Costa contra E.N.E.L.* Para uma explicação clara deste princípio: Oliveira Pais (2012, p. 39, ss.).

4.2. O que acontece ao contrato pago com dados pessoais perante a retirada do consentimento pelo titular dos dados?

Quanto à utilização dos dados para outros fins que não a execução do contrato, não há dúvida: a retirada do consentimento veda a possibilidade da utilização dos dados pessoais para o efeito. Agora, quanto às consequências contratuais, poder-se-á discutir o que acontece ao contrato pago com dados pessoais perante a retirada do consentimento pelo titular dos dados.

De facto, aquando da elaboração da Dir. 2019/770, o legislador teve a oportunidade de regular as consequências contratuais da retirada do consentimento — pelo menos dentro do seu âmbito de aplicação([113]) — mas não o fez([114]). Possivelmente, o legislador quis intencionalmente que esta matéria ficasse à consideração das leis nacionais de cada EM. Ou, então, este problema terá simplesmente escapado ao leque de possibilidades equacionadas pelo legislador ou ainda, terá pensado, eventualmente, que o problema não deveria ficar consagrado num diploma com um âmbito tão específico e limitado a contratos de fornecimento de conteúdos e serviços digitais com os consumidores. Seja como for, atrevemo-nos a apresentar problemas e possíveis construções que, ainda que colocadas em termos dubitativos, poderão ser plausíveis.

Será que o consentimento é condição de eficácia do negócio de tal forma que a sua retirada acarreta a extinção automática do contrato por insubsistência da relação contratual? De facto, se, por mera hipótese de raciocínio, admitíssemos que a retirada do consentimento consubstancia um acontecimento futuro e incerto (art. 270.º do CC), perante a sua retirada, o contrato extinguir-se-ia automaticamente. Contudo, não cremos que assim seja. Julgamos que o consentimento não é uma condição em sentido técnico, mas, antes, um requisito legal [arts. 6.º/1/*a*) do RGPD e 81.º do CC]. Tanto que, uma vez retirado, aquele que continuar a utilizar os dados pessoais comete um ilícito. Ademais, admitir uma extinção automática do contrato poderia gerar atos de aproveitamento. O titular poderia aproveitar-se desta faculdade de retirar o consentimento para por termo ao contrato, como se de um mecanismo de revogação unilateral imotivada do contrato se tratasse (*termination for convenience*). Queremos com isto

---

([113]) Âmbito B2C, exclusivamente direcionado para o fornecimento de conteúdos e serviços digitais.

([114]) Cf. Kull (2020, p. 38, ss.). A autora menciona que esta matéria foi deixada pelo legislador europeu à consideração das leis de cada EM.

dizer que, ainda que o contrato de fornecimento de um produto, conteúdo ou serviço não fosse resolúvel a qualquer momento, o titular dos dados encontraria aqui uma 'válvula de escape', sabendo que lhe bastaria retirar o consentimento para conseguir, assim, sem mais, por termo ao contrato de imediato. O que se tornaria problemático. Concretamente nas relações de consumo, até mesmo contraditório com um dos grandes objetivos traçados pelas Dir. 2019/770 e 2019/771: privilegiar soluções de manutenção do contrato ao invés da sua extinção.

Questão diferente é saber se o titular, ao revogar o consentimento, estará também a revogar unilateralmente o contrato. Isto pensando que existe uma indissociabilidade entre aquilo que é a contraprestação do contrato e o consentimento para o tratamento de dados pessoais para fins externos à execução do contrato. Julgamos que não é sustentável responder afirmativamente a esta questão. Observe-se que a revogação unilateral é um desvio ao princípio geral *pacta sunt servanda* (art. 406.º do CC) que tem apenas lugar em casos pontuais quando consagrado na lei ou por estipulação contratual das partes. Por isto, ainda que dúvidas subsistam, a revogação do consentimento não consubstancia simultaneamente um ato de revogação unilateral, pois a revogação unilateral do contrato só será admissível se as partes assim o tiverem estipulado.

Pode discutir-se, ainda, se a revogação do consentimento cria na outra parte o exercício de um direito potestativo de resolução([115]). Mais: será exigível que a contraparte cumpra a sua prestação perante a retirada do consentimento pelo titular dos dados? Para responder a esta questão tomámos como ponto de partida o art. 428.º do CC. Ora, à luz desta exceção do não cumprimento, se o titular dos dados deixa de efetuar a sua prestação([116]) — pagamento com dados pessoais — o fornecedor reserva-se o direito de optar por recusar prestar o conteúdo ou serviço. Mas repare-se que a aplicação do art. 428.º poderá não ser a mais adequada visa suspender a prestação com o objetivo de pressionar ao cumprimento e não extingui-la.

([115]) Enquanto direito potestativo de alcance extintivo. Apesar de a resolução estar tipicamente associada, no CC, à justa causa subjetiva e objetiva, também é reconhecida enquanto direito potestativo no exercício de um poder discricionário (v.g. art. 927.º do CC). Este esclarecimento deve-se ao facto de entendermos que a retirada do consentimento não constitui um incumprimento contratual mas corresponde ao exercício de um direito que é concedido ao titular por previsão legal.

([116]) Legítima e legalmente, uma vez que a retirada do consentimento é um direito que assiste ao titular. Por esta razão, excluímos desta equação a resposta ao problema assente nos arts. 798.ºss do CC, visto que se tratam de arts. direcionados para a responsabilidade por factos ilícitos, nomeadamente assente na culpa. Aproveitamos para justificar também a exclusão dos arts. 790.º a 797.º do CC visto que estes dizem respeito à impossibilidade da prestação — o que também não se verifica.

Pensamos que deve ser considerada a hipótese de o credor poder deixar de prestar o conteúdo ou serviço com justa causa, atendendo à natureza sinalagmática do contrato. Dada a indissociabilidade do consentimento com aquilo que são as prestações contratuais, a prestação do credor perde o seu fundamento e, por consequência, pode ser defensável um direito potestativo de resolução. Este pode ser um enquadramento para os casos em que os dados pessoais ainda não cumpriram o seu propósito. Isto porque, nas situações em que os dados pessoais já serviram a(s) finalidade(s) para que foram recolhidos, já não encontramos fundamento para a recusa de prestar o conteúdo ou serviço nem para o exercício de um direito potestativo de resolução — v.g. o caso de uma empresa de *software* que, além dos dados pessoais necessários para executar o contrato, recolhe dados pessoais para treinar algoritmos. No momento em que o titular revoga o seu consentimento os dados pessoais já tinham sido usados para aquele efeito. Portanto, poder-se-á dizer que, ainda que o consentimento tenha sido retirado posteriormente à celebração do contrato, o pagamento, de facto, foi feito se os dados pessoais já serviram o seu propósito — casos em que a revogação do consentimento parece não afetar a subsistência da relação contratual. Contudo, temos a noção de que, na prática, será difícil determinar e provar quando é que os dados pessoais já serviram ou não o seu propósito. Por outro lado, admitir esta tese acabaria por funcionar no que respeita a contratos de fornecimento de conteúdos e serviços que consubstanciam prestações duradouras, mas já não parece satisfatória quando falamos de prestações instantâneas, em particular se pensarmos na compra e venda de um bem perecível ou consumível em que o vendedor parece ficar numa situação desprotegida (arts. 203.º e 208.º do CC) — v.g. a venda de um chocolate a troco de dados pessoais em que o mesmo já foi consumido na altura da revogação.

4.3. Será que a revogação do consentimento implica a invalidade dos negócios jurídicos subsequentes?

Até ao momento, analisámos em detalhe este modelo de negócio no âmbito da primeira linha da cadeia de legitimação do uso. A presente análise não ficaria, porém, completa sem uma nova etapa: os negócios subsequentes da cadeia negocial. Cenários em que os dados pessoais vão ser transmitidos a terceiros([117]). Ou seja, são transmitidos a sujeitos diferentes

([117]) Terceiro em relação ao primeiro negócio celebrado ente o titular dos dados e a contraparte.

do responsável que coletou diretamente os dados pessoais junto do titular *a*) no âmbito de um segundo negócio também ele de dados pessoais como contrapartida (v.g. o caso da compra de vacinas pelo Estado de Israel à farmacêutica *Pfizer* a troco de dados pessoais de saúde dos seus cidadãos([118]); ou a frequente subscrição da versão base, aparentemente 'gratuita', dos serviços *Cloud* fornecidos pela *Dropbox* a pequenas e médias empresas que ali inserem dados pessoais dos seus clientes e que a Dropbox usa para outras finalidades que não a execução do contrato ou o cumprimento da lei([119]) ou *b*) no âmbito de um segundo negócio em que os dados pessoais funcionam como produto base (v.g. empresas como a *FloHealth* que transmitem dados pessoais sensíveis dos seus utilizadores ao *Facebook* e *Google* para efeitos de publicidade comportamental([120]); ou os conhecidos enriquecedores de dados — *Data Enrichers* — que vendem dados pessoais a outras empresas com vista a enriquecer as bases de dados pessoais destas últimas).

Abstemo-nos de apreciar a licitude destes negócios subsequentes quando os dados pessoais sejam transacionados como produto. Concentrar-nos-emos, tão só, em averiguar em que medida a retirada do consentimento, subjacente à primeira linha da cadeia negocial, afeta a validade dos negócios subsequentes (efeito dominó). Justificar-se-á a proteção do terceiro contratante de boa fé integrado na mesma cadeia de transmissões e que veja a sua posição afetada? Colherá uma aplicação analógica do art. 291.º do CC?

Respondemos negativamente a esta questão. Há uma natureza substancialmente diferente entre o consentimento e o registo. Um como requisito de licitude e outro com um fim marcadamente publicitário([121]). Em segundo lugar, o art. 291.º do CC parece estar nitidamente mais voltado para a regulação de situações que envolvam bens corpóreos e não bens incorpóreos. Em terceiro lugar, a aplicação analógica deste artigo contra-

---

([118]) RTP Notícias, por Soares, Mariana Ribeiro, «"Acordo obscuro". Israel vai fornecer dados médicos à farmacêutica Pfizer em troca de vacinas», 19/01/2021. <https://www.rtp.pt/noticias/mundo/acordo-obscuro-israel-vai-fornecer-dados-medicos-a-farmaceutica-pfizer-em-troca-de-vacinas_n1290510>, consult. em 01/05/2022.

([119]) Exemplo mencionado por Fries (2020, pp. 253-261).

([120]) Elite Pars, Law Firm News, "Flo Health Improper Data Usage", 25/10/2021. <https://elitepars.com/flo-health-improper-data-usage/>. consult em 26/08/2022; FTC — Federal Trade Commission, Business Blog, "Location, health, and other sensitive information: FTC committed to fully enforcing the law against illegal use and sharing of highly sensitive data", 11/07/2022. <https://www.ftc.gov/business-guidance/blog/2022/07/location-health-other-sensitive-information-ftc-committed-fully-enforcing-law-against-illegal-use>. Consult. em 26/08/2022.

([121]) Sobre a fé pública registal veja-se Carvalho Fernandes (2010*a*, p. 128).

riaria os termos do art. 7.º/3 do RGPD: o tratamento por um terceiro só pode ser válido na medida da extensão do consentimento e até ao momento em que o mesmo durar. Depois, o legislador pensou neste artigo para ser usado de forma excecional. Tanto que fez questão de delimitar de forma rigorosa o seu âmbito de aplicação tendo de ser observados um número considerável de requisitos([122]). Justamente para não ser alvo de uma aplicação analógica, muito menos no que respeita a direitos de personalidade. E é neste sentido que dispõe o Ac. do STJ, de 08-01-2015([123]), ao deixar claro que o art. 291.º do CC é insuscetível de aplicação analógica. No cenário em estudo, não faria sentido que prevalecesse a segurança nas transações face ao direito do titular de poder ter o controlo sobre os seus dados pessoais. Tanto aquele que nunca deu o seu consentimento, bem como aquele que o revoga posteriormente tem a legítima expectativa de que a sua escolha opere efetivamente, nunca imaginando que pudesse prevalecer uma proteção de terceiros e que os seus dados pessoais fossem usados pelo fornecedor e/ou terceiros subsequentes à primeira cadeia de legitimação do uso.

Do exposto, extrai-se que a validade de negócios subsequentes — dados pessoais endossáveis a terceiros — estará balizada pelo consentimento dado no primeiro negócio jurídico. A revogação implica, em princípio, a invalidade do(s) negócio(s) subsequente(s).

5. Conclusão

De todo o exposto extraímos como principais as seguintes conclusões:

A. Os dados pessoais são suscetíveis de serem admissíveis, enquanto objeto mediato de negócios jurídicos, funcionando como contraprestação.

B. A admissibilidade de negócios jurídicos com dados pessoais como objeto mediato depende do consentimento do titular com a

---

([122]) Sobre o art. 291.º: Vieira (2016, p. 270, ss.).

([123]) Cf. Ac. do STJ, proc. 129/11.0TCGMR.G1.S1, de 08-01-2015 (rel. João Trindade). Outro acórdão semelhante, mas muitos mais existem, veja-se: Ac. do STJ, proc. 04B3891, de 09-12-2004 (rel. Custódio Montes). Veja-se também Fernandes/Proença (2014, p. 725).

observância de todos os requisitos exigíveis pela legislação aplicável.

C. O sistema não prevê a obrigação de indemnizar a contraparte pelos danos causados com a retirada do consentimento pelo titular dos dados, ficando a primeira numa situação desprotegida.

D. A revogação do consentimento pode acarretar a extinção do contrato.

E. A revogação do consentimento tem por consequência a queda dos negócios seguintes fundados na permissão inicial de utilização dos dados pessoais.

Em linhas finais, procurámos expor algumas ideias, comparar regimes, questionar e enquadrar um tema sobre cuja análise, reflexão e estudo pouco se tem escrito. Foi nossa preocupação sustentar uma narrativa coerente e clara, ainda que existam questões por responder e outras que possivelmente se sucedam a esta exposição. Estamos convictos de que este trabalho contribui para a problematização de questões relevantes capazes de desafiar a comunidade científica.

Bibliografia citada

Alves, Maria de Almeida, "Directive on certain aspects concerning contracts for the supply of digital content and digital services & the EU data protection legal framework: are worlds colliding?", *UNIO, EU Law Journal*, Vol. 5, 2, 2019, pp. 34-42.

Andrade, Manuel A. Domingues de (1992), *Teoria Geral da Relação Jurídica, Facto Jurídico, Em Especial o Negócio Jurídico*, Vol. II, Coimbra: Editorial Almedina.

Barbosa, Mafalda Miranda, "Negócios onerosos e gratuitos: uma reflexão a propósito dos novos fenómenos de gratuitidade", *Revista de Direito Comercial*, 2020, pp.1809--1852.

Bedir, Cemre (2018), *Data as Counter-Performance: Yet another point where digital content contracts and the GDPR conflict*, Thesis, Advanced LLM in European & International Business Law, Leiden University.

Bousquet, Joana Bione (2009), *Contratos de Direitos de Personalidade*, Tese de Mestrado em Direito — ciências jurídicas, sob a orientação da Prof. Doutor José de Oliveira Ascensão. Lisboa, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa.

Bolognini, Luca/Pelino, Enrico/Bistolfi, Camilla (2016), Il Regolamento Privacy Europeo, Commentário alla Nuova Disciplina sulla Protezione dei Dati Personali, Milão: Editorial Giuffrè Editore.

Carrièr-Swallow, Yan/Haksar, Vikram, "The Economics and Implications of Data — An Integrated Perspective", *International Monetary Fund, Strategy Policy and Review Department*, N.º 19/16, 2019.

Carvalho, Jorge Morais (2021), *Manual de Direito do Consumo*, 7.ª ed., Coimbra: Editorial Almedina.

____, "Venda de Bens de Consumo e Fornecimento de Conteúdos e Serviços Digitais — As Diretivas 2019/771 e 2019/770 e o seu Impacto no Direito Português", *RED — Revista Eletrónica de Direito*, 2019, pp. 63-87.

CNPD — Comissão Nacional de Proteção de Dados, *Parecer/2021/53, sobre Proposta de Lei 83/XIV/2.ª (GOV) que aprova a Lei das Comunicações Eletrónicas*. Lisboa, 2021. (*a*)

____, *Parecer/2021/100, de 22-07-2021, sobre Proposta de Decreto-Lei n.º 1049/XXII/ /2021, que regula os direitos do consumidor na compra e venda de bens, conteúdos ou serviços digitais*. Lisboa, 2021. (*b*)

Cordeiro, A. Barreto Menezes (coord.) (2021), *Comentário ao Regulamento Geral de Proteção de Dados e à Lei n.º 58/2019*, Coimbra: Editorial Almedina.

____, (2019) — "O Consentimento do Titular dos Dados no RGPD", *in FinTech II Novos Estudos sobre Tecnologia Financeira* — Cordeiro, A. Barreto Menezes/Oliveira, Ana Perestrelo/Duarte, Diogo Pereira (coord.), Coimbra: Editorial Almedina. (*a*)

____, "A Interpretação dos Regulamentos Europeus e das Correspondentes Leis de Execução: O Caso Paradigmático do RGPD e da Lei n.º 58/2019", *Revista de Direito e Tecnologia*, V. 1, n.º 2, 2019, pp. 175-200. (*b*)

Cordeiro, António Menezes (2014), *Tratado de Direito Civil II, Parte Geral, Negócio Jurídico*, 4.ª ed., Coimbra: Editorial Almedina.

____, (2007), *Tratado de Direito Civil Português, Parte Geral,* Tomo I, 3.ª ed., Coimbra: Editorial Almedina.

Costa, Mário Júlio de Almeida (2006), *Direito da Obrigações*, 10.ª ed., Coimbra: Editorial Almedina.

Drexl, Josef, "Data Access and Control in the Era of Connected Devices", *Study on behalf of the European Consumer Organisation BEUC*, 2018, pp. 1-168.

Dias, Carlos Ferreira (2019), *A Privacidade na era da Internet das Coisas Direitos de Personalidade e Proteção de Dados*, Tese de mestrado em Direito — ciências jurídico-civilísticas, sob a orientação da Prof. Doutora Maria Raquel Guimarães. Porto, Faculdade de Direito da Universidade do Porto.

Drechsler, Laura, "Data As Counter-Performance: A New Way Forward Or A Step Back For The Fundamental Right Of Data Protection?", *in Datenschutz & LegalTech/ Data Protection & LegalTech: Digitale Ausgabe zum Tagungsband des 21. Internationalen Rechtsinformatik Symposions IRIS2018*, Vrije Universiteit Brussel, 2018, pp. 35-43.

Duarte, Diogo Pereira/Guseinov, Alexandra (2019), "O Direito de Portabilidade de Dados Pessoais", in *FinTech II Novos estudos sobre tecnologia financeira*, Coimbra, Editorial Almedina.

EDPB — European Data Protection Board, *Diretrizes 05/2020 relativas ao consentimento na aceção do Regulamento 2016/679*, Versão 1.1. Bruxelas, 2020.

Efroni, Zohar, "Location Data as Contractual Counter-Performance: A Consumer Perspective on Recent EU Legislation", *in Smart Urban Mobility. MPI Studies on Intellectual Property and Competition Law*, Vol 29. Springer, Berlin, Heidelberg, 2020, pp. 257-283.

Fernandes, Luís A. Carvalho (2010) — *Lições de Direitos Reais*, 6.ª ed. (reimpressão), Lisboa: Editorial Quid Juris. (*a*)

____, (2010) — *Teoria Geral do Direito Civil II, Fontes, Conteúdo e Garantia da Relação Jurídica*, Vol. II, 5.ª ed., Lisboa: Editorial Universidade Católica Editora. (*b*)

Fernandes, Luís Carvalho/Proença, José Brandão (coord.) (2014), *Comentário ao Código Civil, Parte Geral*, Lisboa: Editorial Universidade Católica Editora.

Frada, Manuel A. Carneiro da, "A Ordem Pública no Domínio dos Contratos", *Stvdia Ivridica, 91, Ad Honorem — 3, Boletim da Faculdade de Direito*, Universidade de Coimbra, Editorial: Coimbra Editora, 2008, p. 255-267.

Fries, Martin (2020), "Data as Counter-Performance in B2B Contracts", *in Data as Counter-Performance — Contract Law 2.0?,* col. "The Deutsche Nationalbibliothek", 1.ª ed., Germany: Editorial Nomos Verlagsgesellschaft, Hart Publishing.

GT Art. 29.º — Grupo de Trabalho do Artigo 29.º para a Proteção de Dados, *Orientações relativas ao consentimento na acepção do Regulamento (UE) 2016/679,* adotadas em 28 de novembro de 2017. Bruxelas, 2018.

____, *Orientações sobre o direito à portabilidade dos dados, 16/PT, WP 242 rev.01*, adotadas em 13 de dezembro de 2016, com a última redação revista e adotada em 5 de abril de 2017. Bruxelas, 2017.

Hörster, Heinrich Ewald/Silva, Eva Sónia Moreira da (2019), *A Parte Geral do Código Civil Português*, 2.ª ed., Coimbra: Editorial Almedina.

Kuner, Christopher/Bygrave, Lee A./Docksey, Christopher/Dreshler, Laura (2020), *The EU General Data Protection Regulation (GDPR), A Commentary*, New York: Editorial Oxford.

Kull, Irene, "Withdrawal from the Consent to Process Personal Data Provided as Counter-Performance: Contractual Consequences", *Juridiskā zinātne / Law, Faculty of Law*, University of Tartu, 13, 2020, pp. 33-49.

Lohsse, Sebastian/Schulze, Reiner/Staudenmayer, Dirk (eds.) (2020), Data as Counter-Performance — Contract Law 2.0? An Introduction, *in Data as Counter-Performance— Contract Law 2.0?,* col. "The Deutsche Nationalbibliothek", 1.ª ed., Germany: Editorial Nomos Verlagsgesellschaft, Hart Publishing.

Marques, J. Dias (1973), *Noções Elementares de Direito Civil*, 5.ª ed., Lisboa: Editorial Centro de Estudos de Direito Civil da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa.

Metzger, Axel, "Data as Counter-Performance — What Rights and Duties do Parties Have?", *Jipitec*, 8, 2017, pp. 2-8.

____, "A Market Model for Personal Data: State of Play under the New Directive on Digital Content and Digital Services" in *Data as Counter-Performance — Contract Law 2.0?*, col. "The Deutsche Nationalbibliothek", 1.ª ed., Germany: Editorial Nomos Verlagsgesellschaft, Hart Publishing.

Narciso, Madalena, "Consumer Expectations in Digital Content Contracts — An Empirical Study", *Tilburg Private Law Working Papers Series*, 1, 2017, pp. 1-29.

____, "Dados Pessoais como Contraprestação in Contratos de Consumo — Breve Reflexão", *Anuário da Nova Consumer Lab, Yearbook of the Nova Consumer Lab*, Ano 1, 2019, pp. 129-148.

Navarro, Susana Navas/López, Carlos Górriz/Clavijo, Sandra Camacho/Guillén, Santiago Robert/Marquès, Mariana Castellsi/Borge, Iván Mateo (2017), *Inteligencia Artificial, Tecnología, Derecho, Derecho Y TIC's*, Valencia, Tirant Lo Blanch.

Neto, Abílio (2013), *Código Civil Anotado*, 18.ª ed., Lisboa: Editorial Ediforum — Edições Jurídicas.

Pais, Sofia Oliveira (coord.) (2012), *Princípios de Direito da União Europeia*, 2.ª ed., Coimbra: Editorial Almedina.

Passinhas, Sandra, "O novo Regime de Compra e Venda de Bens de Consumo — exegese no novo regime legal", *Revista de Direito Comercial*, 2021, pp. 1463-1528.

Pinheiro, Alexandre de Sousa (coord.)/Coelho, Cristina Pimenta/Duarte, Tatiana/Gonçalves, Carlos Jorge/Gonçalves, Catarina Pina (2018) — *Comentário ao Regulamento Geral de Proteção de Dados*, Coimbra: Editorial Almedina.

Pinto, Carlos Alberto da Mota/Monteiro, António Pinto/Pinto, Paulo Mota (2020), *Teoria Geral do Direito Civil*, 5.ª ed., Coimbra: Editorial Gestlegal.

Schmidt-Kessel, Martin (2020), "Right to Withdraw Consent to Data Processing — The Effect on the Contract", in *Data as Counter-Performance — Contract Law 2.0?,* col. "The Deutsche Nationalbibliothek", 1.ª ed., Germany: Editorial Nomos Verlagsgesellschaft, Hart Publishing.

Silva, Nuno Sousa e/Pinto, Benedita Cunha (2022), "Internet das Coisas (IoT): alguns desafios jurídicos", *in Estudos de Direito do Consumo* — AAFDL Editora (*no prelo*).

Silva, Nuno Sousa e (2018), *Os Atos de Aproveitamento de Imateriais: Concorrência Desleal e Propriedade Intelectual*, Tese de Doutoramento em Direito, sob a orientação da Prof. Doutora Sofia Pais. Porto, Escola do Porto da Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa.

Sousa, Rabindranath V. A. Capelo (1995), *O Direito Geral de Personalidade*, Coimbra: Editorial Coimbra Editora.

Tastan, Furkan Güven (2021), *The (im)possibility of personal data as an object of contracts: An analysis of the GDPR and the Digital Content Directive*, Master's Degree Programme Law and Technology, under the supervision of Nadezhda Purtova. Tilburg, Tilburg University.

Vasconcelos, Pedro Leitão Pais de (2012), *A Autorização*, Tese de Doutoramento em Direito. Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Coimbra: Editorial Coimbra Editora.

Versaci, Giuseppe, "Personal Data and Contract Law: Challenges and Concerns about the Economic Exploitation of the Right to Data Protection", *European Review of Contract Law*, 14, 2018, pp. 374-392.

Vieira, José Alberto (2016), *Direitos Reais*, Coimbra: Editorial Almedina.

Wiedemann, Klaus, "A Matter of Choice: The German Federal Supreme Court's Interim Decision in the Abuse-of-Dominance Proceedings Bundeskartellamt v. Facebook (Case KVR 69/19)", *Springerlink, IIC — International Review of Intellectual Property and Competition Law*, 51, 2020, pp. 1168-1181.

Wendehorst, Christiane, "The Proposed Digital Content Directive and its Implications for the Data Economy", *XXXII Nordic Conference on Legal Informatics*, Universität Wien, 2017.

Zarsky, Tal. Z., "Incompatible: The GDPR in the Age of Big Data", *Seton Hall Law Review*, University of Haifa — Faculty of Law, Vol. 47, 4(2), 2017, pp. 995-1020.

Jurisprudência citada

Ac. do Tribunal da Relação de Lisboa, processo 8777/21.3T8LSB-7, de 14-09-2021, (Relator: Luís Filipe Pires de Sousa), disponível em <http://www.gde.mj.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497eec/0e71bdbb89eaa24a8025876000400276?OpenDocument>.

Ac. do STJ, proc. n.º 129/11.0TCGMR.G1.S1, de 08-01-2015 (Relator: João Trindade), disponível em <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/fe590e765f02909580257dc8003e9214?OpenDocument>.

Ac. do STJ, proc. n.º 04B3891, de 09-12-2004 (Relator: Custódio Montes), disponível em <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/55a7cf1693f749f280256f9d0044f1ee?OpenDocument>.

Ac. do Consiglio di Stato, proc. n.º 02631/2021REG.PROV.COLL, de 29-03-2021 (Relator: Stefano Toschei), disponível em <https://www.giustizia-amministrativa.it/portale/pages/istituzionale/visualizza/?nodeRef=&schema=cds&nrg=202001825&nomeFile=202102631_11.html&subDir=Provvedimenti>.

Ac. do TJUE C-40/17, (EU:C:2018:1039), Fashion ID GmbH & Co. KG contra Verbraucherzentrale NRW eV, de 19-12 — 2018, disponível em <https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=209357&pageIndex=0&doclang=PT&mode=req&dir=&occ=first&part=1>.

Websites citados

Markteer, "E se pagasse um chocolate com os seus dados pessoais em vez de dinheiro?", 07/05/2021. <https://marketeer.sapo.pt/e-se-pagasse-um-chocolate-com-os-seus-dados-pessoais-em-vez-de-dinheiro/>, consult. em 1/Abr/2022.

Dicionário Priberam, <https://dicionario.priberam.org/>, consult em 1/Abr/2022.

Elite Pars, Law Firm News, "Flo Health Improper Data Usage", 25/10/2021. <https://elitepars.com/flo-health-improper-data-usage/>. consult. em 26/Ag/2022.

FTC — Federal Trade Commission, Business Blog, "Location, health, and other sensitive information: FTC committed to fully enforcing the law against illegal use and sharing of highly sensitive data", 11/07/2022. <https://www.ftc.gov/business-guidance/blog/2022/07/location-health-other-sensitive-information-ftc-committed-fully-enforcing-law-against-illegal-use>. consult. em 26/Ag/2022.

RTP Notícias, por Soares, Mariana Ribeiro, «"Acordo obscuro". Israel vai fornecer dados médicos à farmacêutica Pfizer em troca de vacinas», 19/Jan/2021. <https://www.rtp.pt/noticias/mundo/acordo-obscuro-israel-vai-fornecer-dados-medicos-a-farmaceutica-pfizer-em-troca-de-vacinas_n1290510>, consult. em 01/Abr/2022.

Shackleton, part of Accenture Interactive, "Data Pro Quo — The first vending machine where you pay with data", 06/05/2021. <https://www.shackletongroup.com/en/works/accenture-data-pro-quo>, consult. em 1/Abr/2022.

Shiru Café powered by Enrission, Inc., <https://global.shirucafe.com/student.php>, consult. em 1/Abr/2022.

UM PRINCÍPIO QUE PODE SER UMA "ESTRADA DE TIJOLOS AMARELA" E QUATRO PEQUENAS ALTERAÇÕES:

Notas sobre as regras sancionatórias decorrentes do quase secreto RGICSF'22 (Lei n.º 23-A/2022, de 9 de dezembro)

Pelo Dr. Miguel da Câmara Machado(1/2)

Sumário:

I. Introdução e um ponto de partida infeliz. **II.** Do princípio que pode ser uma "estrada de tijolos amarelos" aos quatro "caminhantes" decorrentes das alterações ao RGICSF em matéria sancionatória. **III.** O tal princípio e as quatro alterações decorrentes das reformadas regras sancionatórias no RGICSF'22. **IV.** Notas finais e desenvolvimentos futuros. **V.** Referências bibliográficas.

I. Introdução e um ponto de partida infeliz

Estas reflexões surgiram após a surpreendente publicação, quase em segredo, da Lei n.º 23-A/2022, de 9 de dezembro (doravante, "Lei 23-

---

(1) Advogado. Assistente Convidado na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Investigador no Centro de Investigação de Direito Privado da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa.

(2) Todas as posições expressas nesta apresentação são estritamente pessoais e nenhuma vincula ou representa a posição ou entendimento de qualquer entidade com que o autor tem vindo a colaborar e pretendem ser, acima de tudo, um primeiro olhar sobre alterações legislativas que são ainda muito recentes (as alterações, e também as reflexões!), carecendo de maturação e desenvolvimentos que só a prática e aplicação das mesmas possibilitará. Agradeço aos Senhores Drs. Ana Catarina Vinagre e Francisco Luna Vaz a leitura da versão de rajada deste texto que a leitura deste diploma inspirou. Obrigado.

-A/2022"), que veio alterar o Regime Geral das Instituições de Crédito e Sociedades Financeiras (doravante "RGICSF"), aprovado inicialmente pelo Decreto-Lei n.º 298/92, de 31 de dezembro, agora na sua 61.ª versão.

Deste modo, temos uma das mais relevantes alterações a aplicar ao setor financeiro incluída num suplemento do Diário da República, publicado a meio da noite, numa sexta-feira de "ponte", prevendo-se uma *"vacatio legis"* (tempo entre a publicação e a entrada em vigor da lei) de poucas horas, uma vez que o art. 17.º prevê a entrada em vigor no dia seguinte ao da sua publicação (no sábado, 10 de dezembro!) e, no n.º 2, antecipa-se que há normas que "entrarão" em vigor no dia 22 de novembro de 2022 (já ultrapassado, aquando da publicação!).

Em primeiro lugar, há que sublinhar esta técnica de publicação e de divulgação legislativa muitíssimo infeliz. Fora do Diário da República "regular", apanhando despercebidos muitos dos seus principais destinatários, em mais uma lei "-A", como já haviam sido as alterações ao Código dos Valores Mobiliários, aprovadas pela Lei n.º 99-A/2021, de 31 de dezembro, há cerca de um ano.

Quase um mês depois da promulgação pelo Presidente da República, a 17 de novembro, do Decreto da Assembleia da República n.º 14/XV que tinha sido aprovado a 28 de outubro (o diploma que finalmente transpõe a Diretiva (UE) 2019/878, relativa ao acesso à atividade bancária e supervisão prudencial, e a Diretiva (UE) 2019/879, relativa à recuperação e resolução de instituições de crédito e empresas de investimento, alterando o RGICSF, o Código dos Valores Mobiliários e alguma legislação conexa), ficámos a "conhecer" um regime divulgado quase em segredo, desafiando pouco os académicos, intérpretes, jornalistas, advogados, juízes, ou bancários que, no final de dezembro, pouco ou nada conseguiram ler sobre aquela nova lei.

Note-se que Portugal foi o último país da UE (até o Reino Unido o fez antes do Brexit!) a transpor as Diretivas CRDV e BRRDII, tão importantes para o setor financeiro. O próprio Presidente, aquando da promulgação, criticou o Governo e Parlamento notando: *«um "indesejável compasso de espera" num processo em que Portugal era o único país em falha e já levava quase dois anos de atraso»*([3]).

Neste contexto, o Anteprojeto de CAB (Código da Atividade Bancária), apresentado pelo Banco de Portugal no final de 2020, ficou "congelado" e o "novo" RGICSF aparece-nos já iniciada a quadra natalícia, entre

---

([3]) V. a nota do Presidente da República, disponível *online* aqui: <https://www.presidencia.pt/atualidade/toda-a-atualidade/2022/11/presidente-da-republica-promulga-tres-diplomas-e-submete-outro-ao-tribunal-constitucional/>.

feriados, e quase "escondido", como outras leis aplicáveis nestes setores, designadamente as "veraneantes" leis da prevenção do branqueamento de capitais, cujos principais diplomas têm sido publicados em agosto.

Como é que os vários aplicadores do Direito no setor bancário e financeiro podem navegar no meio deste processo?

O problema da *vacatio legis*, no Direito português, não se coloca só, atualmente, nos domínios bancário e financeiro, e queremos voltar a insistir aqui que o legislador deve relembrar as boas técnicas legislativas do passado, bastando lembrar o Código Civil de 1966, que apenas entrou em vigor, parcialmente, no verão de 1967 ou o Código Penal de 1982 que apenas entrou em vigor há 30 anos, em janeiro de 1983. Dar tempo às leis para "respirarem" é necessário, para que possam produzir melhor os seus efeitos.

Todos tivemos pouco tempo para estudar, para preparar e para cumprir normas que se apresentam não ajustadas (proporcionalmente) ao mercado português, contrariamente ao que se tem feito — e bem — em outros ordenamentos jurídicos europeus, a começar pelo espanhol([4]).

([4]) Para ilustrar o diferente comportamento do legislador, basta ler os diplomas que foram aprovados e procedem à transposição de ambas as Diretivas em Espanha, desde logo (*i*) o Real Decreto-Ley 7/2021, de 27 de abril, que transpôs para o ordenamento jurídico espanhol as Diretivas em matérias como a prevenção e branqueamento de capitais, bloqueio de capitais, entidades de crédito, telecomunicações, medidas tributárias e que alterou a Ley 41/1999, de 12 de novembro, sobre sistemas de pagamentos e liquidação de valores; (*ii*) o Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julho, que alterou a Ley de Sociedades de Capital; (*iii*) a Ley 10/2014, de 26 de junho, de gestão, supervisão e solvência das instituições de crédito; a Ley 11/2015, de 18 de junho, de recuperação e resolução de entidades de crédito e empresas de de investimento; ou (*iv*) a Ley del Mercado de Valores, aprovada pelo Real Decreto Legislativo 4/2015, de 23 de outubro. Uma leitura comparada também do Real Decreto 970/2021, de 8 de novembro, que alterou o Real Decreto 1644/1997, de 31 de outubro, sobre as regras de autorização administrativa e requisitos de solvência, o Real Decreto 2660/1998, de 14 de dezembro, que regula a matéria de conversão de moeda estrangeira em estabelecimentos abertos ao público que não sejam instituições de crédito, ou do Real Decreto 84/2015, de 13 de fevereiro, que desenvolve a Lei 10/2014, de 26 de junho, sobre a organização, supervisão e solvência das instituições de crédito aponta neste sentido. Reforço esta ideia fazendo referência ao Real Decreto 1041/2021, de 23 de novembro, que procedeu à alteração do Real Decreto 2606/1996, de 20 de dezembro, sobre fundo de garantia de depósitos de entidades de crédito espanhol e ao Real Decreto 1012/2015, de 6 de novembro, que densifica a Ley 11/2015, de 18 de junho, de recuperação e resolução de instituições de crédito e sociedades de serviços de investimento, que altera o Real Decreto 2606/1996, de 20 de dezembro, sobre fundos de garantia de depósitos de entidades de crédito. Todos estes diplomas deviam ter inspirado (ou inspirar) o legislador português a melhor proteger o sistema bancário e financeiro português. Note-se que esta informação pode ser encontrada na nota técnica publicada no site da Assembleia da República referente à Proposta de Lei n.º 21/XV/1 (GOV), disponível em <https://www.parlamento.pt/>, mas, infelizmente, não parece ter sido considerada pelos nossos deputados. Podemos consultar uma análise mais esquemática das alterações introduzidas pela transposição destas Diretivas em *Recent key developments in the area of Spanish financial regulation Prepared by the Regulation and Research Department of the Spanish Confederation of Savings Banks (CECA)*, disponível em: <https://www.funcas.es/wp-content/uploads/2021/07/CECA-104.pdf>.

II. Do princípio que pode ser uma "estrada de tijolos amarelos" aos quatro "caminhantes" decorrentes das alterações ao RGICSF em matéria sancionatória.

O legislador parece, pelo menos para já, ter abandonado as suas ambiciosas regras sancionatórias (bancárias e financeiras) que constavam essencialmente dos novos arts. 646.º a 690.º, com os quais terminava o Anteprojeto de CAB. Estes artigos vinham estabelecer os regimes substantivos e adjetivos aplicáveis aos ilícitos contraordenacionais e pretendia-se que substituíssem os "velhinhos" arts. 201.º a 232.º do RGICSF, com base nos quais o Banco de Portugal tem atuado, ao longo das últimas décadas, não como *supervisor*, no sentido mais tradicional do termo, mas na vertente da supervisão que mais o aproxima de um "polícia" ou de um "tribunal", isto é, enquanto *autoridade sancionatória*.

Nestes domínios, a tendência que podemos identificar é, há largos anos, essencialmente de reforço dos poderes do Banco de Portugal, muitas vezes de forma criticável, tanto pela indeterminação e grande margem de discricionariedade conferida a um regulador que é, muitas vezes, legislador (na vertente de regulamentação para que está amplamente habilitado, desde logo pelo próprio RGICSF), executor e decisor/julgador, condenando as entidades supervisionadas a pesadas coimas (repetindo-se as situações em que são mais severas do que as multas a que se pode chegar através do Direito penal tradicional).

Assim, a Lei 23-A/2022, em matéria sancionatória, limitou-se, no fundo, a consagrar sanções para a violação das regras previstas nas já referidas Diretiva (UE) 2019/878, relativa ao acesso à atividade bancária e supervisão prudencial, e Diretiva (UE) 2019/879, relativa à recuperação e resolução de instituições de crédito e empresas de investimento, cujos prazos de transposição há muito foram ultrapassados.

No entanto, há uma alteração que gostaríamos de notar e explorar: a introdução de um *princípio da oportunidade* no Direito sancionatório bancário e financeiro português, através da introdução do novo art. 209.º-A, com a epígrafe *"Decisão de não instauração do processo"*. É esta a "estrada dos tijolos amarelos" que poderá levar-nos a um reino de Direito mais eficiente e justo, evitando processos desnecessários que, atualmente, muito consomem e desgastam regulador e regulados, Banco de Portugal, e instituições supervisionadas, com temas que não merecem o tempo despendido nestes processos.

Felizmente, existem mais pontos positivos a abordar e a "Dorothy" deste caminho de Oz é uma feliz correção, através de uma alteração ao

art. 209.º e à epígrafe do art. 210.º, que agora se passa a chamar *"Infrações graves"*, por oposição às *"Infrações especialmente graves"*, já antes previstas no art. 211.º, numa desarmonia legislativa que fazia pouco sentido.

Podemos ainda traçar outros paralelismos úteis e descrevê-los adiante: (*i*) as alterações à tão criticada alínea *m*) do art. 210.º do RGICSF serão o Espantalho sem cérebro da nossa história; (*ii*) as novas infrações introduzidas no art. 211.º serão o nosso Leão Cobarde; e (*iii*) as novas regras de comunicação à Autoridade Bancária Europeia serão o Homem-de-Lata sem coração desta história do Feiticeiro de Oz que o legislador português desenhou ao terminar os seus remates ao RGICSF no final de 2022.

Conforme terá já ficado evidente, ao contrário do que se passou com a reforma do Título XI do RGICSF em 2014 (e mesmo com as propostas constantes do Anteprojeto de CAB, que já eram muito tímidas) não houve, em 2022, verdadeiras alterações de fundo no regime sancionatório do RGICSF. Muitas das "novas regras sancionatórias" (nome proposto para esta exposição e que nos servirá como categoria geral que abrange os quatro artigos alterados — 209.º, 210.º, 211.º e 227.º-C — e o novo art. 209.º-A) representaram meramente densificações ou clarificações de regimes que já vigoravam através do RGICSF "antigo", a que agora se somam algumas regras por força da transposição de Direito europeu, mantendo-se, acima de tudo, a necessidade de desenvolver um Direito adjetivo das contraordenações que tem sido criado através da prática decisória sancionatória dos últimos anos.

Este Direito processual das contraordenações bancárias tem resultado da conjugação de três regimes: o RGICSF, o RGCO e o CPP (Regime Geral das Contraordenações e Código de Processo Penal), com muitos problemas na aplicação subsidiária e nas remissões de uns para os outros.

Neste quadro normativo, foi-se identificando, ao longo dos últimos anos, que algumas normas eram insuficientes para regular os vários atos processuais, tendo nascido uma verdadeira *"law in action"*, resultante da jurisprudência dos tribunais competentes, mas, acima de tudo, da *"jurisprudência"*, se nos é possível chamar isso à prática, atuação e decisões condenatórias do Banco de Portugal, enquanto autoridade administrativa competente para a instrução e decisão deste tipo de processos.

Estas reflexões, críticas e sugestões, nascem da mesma experiência prática de lidar com os velhos regimes, aliada às interpelações suscitadas pela leitura das propostas de novas (ou alteradas) regras, procurando-se neste texto questionar alguns aspetos das principais modificações e sugerir algumas alterações ou sublinhar pontos que nos parecem mais relevantes e exigir maior atenção, designadamente quanto a:

i) Procedimentos de caráter não sancionatório ou o "princípio da oportunidade";

ii) Infrações graves e menções às companhias financeiras e companhias financeiras mistas;

iii) Infração demasiado aberta ("norma-chapéu" ou "norma-saco");

iv) Novas infrações especialmente graves;

v) Divulgação das decisões.

III. O tal princípio e as quatro alterações decorrentes das reformadas regras sancionatórias no RGICSF'22

a) Procedimentos de caráter não sancionatório (ou a "*Decisão de não instauração do processo*")

Em vez da fórmula mais genérica que o Banco de Portugal tinha proposto em 2020:

«Em caso de infrações que, pela sua reduzida gravidade concreta e não reiteração, não coloquem em causa a estabilidade financeira ou a eficácia da supervisão, nem sejam suscetíveis de causar sérios prejuízos a terceiros, nomeadamente aos clientes bancários, pode o Banco de Portugal optar em exclusivo por procedimentos de caráter não sancionatório se a irregularidade tiver sido sanada pelo agente ou, quando não seja possível a sua sanação, tiverem sido adotadas medidas com vista à prevenção do risco de incumprimento futuro» (art. 651.º do Anteprojeto de CAB), o legislador, em 2022, apresenta-nos este novo art. 209.º-A do RGICSF:

«1 — Sem prejuízo do exercício de outros poderes administrativos, o Banco de Portugal pode informar as instituições sobre a possibilidade de correção de irregularidades de pequena gravidade concreta, ou das causas que estiveram na origem dessas irregularidades, em prazo e condições a fixar para o efeito, incluindo, se assim o entender, as medidas específicas a adotar, sempre que se verifiquem, cumulativamente, os seguintes requisitos:

a) *Os interesses legalmente tutelados não estejam lesados de forma grave e irreversível;*

b) *Tenha cessado a lesão de direitos ou interesses tutelados;*

c) *Os danos eventualmente causados por essa lesão sejam reparáveis;*

d) *A correção das irregularidades ou das suas causas realize, de forma adequada, os objetivos legais ou previne razoavelmente o risco de incumprimento futuro;*

e) *As finalidades de prevenção, geral ou especial, não sejam colocadas em causa pela não aplicação de sanções.*

2 — A instituição informa o Banco de Portugal, no prazo estabelecido, sobre as medidas concretamente adotadas para corrigir as irregularidades identificadas e a efetiva data de sanação das mesmas.

3 — O Banco de Portugal pode determinar a não instauração do processo contraordenacional quando considere verificado o disposto nos números anteriores.

4 — O Banco de Portugal divulga anualmente uma síntese da tipologia de irregularidades e fundamentos das decisões de não instauração referidas no número anterior».

Através da introdução deste novo artigo (sem paralelo no RGICSF vigente até ao final do dia 9 de dezembro de 2022), o legislador abriu a porta ao chamado *princípio da oportunidade* em matéria sancionatória-bancária, o que é de saudar (apesar de o fazer num contexto de tal aumento da discricionariedade da margem de atuação do Banco de Portugal que também poderá ser de questionar).

Em 2020, quando refletimos sobre o Anteprojeto([5]), propusemos a introdução de referências concretas a situações que transformem esta norma num verdadeiro "poder-dever". Por isso, foi com agradável surpresa que lemos esta nova versão da norma, que parece delimitar melhor a intervenção do supervisor, mantendo a lógica de *ultima ratio* e intervenção mínima do Direito penal.

No âmbito da supervisão, a preferência, sendo possível, deve ser sempre por medidas não sancionatórias, pelo que, após a entrada em vigor

---

([5]) V. o nosso texto "Primeiras inquietações e sugestões sobre as regras sancionatórias no Anteprojeto do Código da Atividade Bancária apresentado a consulta pública no final de 2020", *in Revista de Direito Financeiro e dos Mercados de Capitais*, n.º 3 (2021), Vol. 1, pp. 383-413, disponível *online* em <https://rdfmc.com/wp-content/uploads/2021/07/VO664A1.pdf>, onde fizemos algumas sugestões de melhoria que foram acolhidas, como a necessidade de um maior grau de detalhe da norma, cf. p. 390.

desta norma, a sua adoção deve ser reforçada, em vez de um processo contraordenacional como resposta a determinada situação.

Também tínhamos sugerido a eliminação da menção à "reiteração" das infrações (que não foi acolhida) e a introdução de referência a culpa diminuta do agente. Continuamos a entender que, se a gravidade for muito reduzida e a culpa do agente também (e, mais ainda, se a reiteração ocorreu antes de qualquer contacto do supervisor com o supervisionado) e estiverem preenchidos os outros critérios descritos no artigo, não se percebe porque não se há de optar, ainda assim, por procedimentos de caráter não sancionatório.

Note-se que estes cinco requisitos não devem servir como forma de "apertar a malha" ou evitar a não instauração de processos de contraordenação. Serão exemplos típicos de interesses pouco relevantes a violação de algumas regras de consumo ou publicidade, quando corrigidas de forma pronta, após interação com o supervisor; pequenas falhas operacionais ou atrasos em reportes em períodos curtos ou que sejam explicados pelos supervisionados de forma adequada ou lapsos ou gralhas na introdução desses ficheiros nos sistemas do chamado "BPNet" (a plataforma através da qual o Banco de Portugal mais comunica com as instituições).

Se este princípio for aplicado de forma correta, poderemos verdadeiramente ter a magia que não havia em Oz e um Direito sancionatório bancário mais proporcional, mais justo e mais adequado às necessidades do sistema financeiro e, assim, melhor.

b) "Infrações graves" (acertos nos n.os 5 e 6 do art. 209.º e epígrafe do art. 210.º)

*«5 — Quando se trate de **infrações graves**, a suspensão prevista no número anterior não pode ultrapassar 30 meses.*

*6 — Quando se trate de **infrações especialmente graves**, a suspensão prevista no n.º 4 não pode ultrapassar os cinco anos»* [sublinhado e negrito nossos].

Considerando que, mesmo depois das alterações de 2014, o n.º 5 do art. 209.º continuava a referir que a suspensão do prazo de prescrição mais curta (de 30 meses) se aplicava apenas às infrações que *«sejam puníveis com coima até € 1 500 000,00, tratando-se de pessoas coletivas, ou com coima até € 500 000,00, tratando-se de pessoas singulares*», sendo, assim, que se construía a categoria das "infrações graves", por oposição à das

"infrações especialmente graves", que admitiam suspensões de 5 anos, o legislador veio agora "bater os seus sapatos de cristal", abandonar a epígrafe *"Coimas"* do velho art. 210.º e harmonizar estes três artigos, simplificando o regime e sem misturar categorias e conceitos.

Sublinhamos que a oportunidade de alteração de qualquer lei deve corresponder não apenas a um esforço de se transpor Diretivas de forma quase crua e em modo de "tradutor automático", mas também a um esforço de (alguma) maturação científica. Por tal ser verdade, cabe-nos assinalar que existem sinais positivos, que devem ser elogiados, ainda que nos lembrem a grande distância em que, nestes domínios, estamos entre uma boa harmonização e articulação entre o Direito penal e o Direito das contraordenações (desde o valor das coimas/multas, aos critérios de imputação ou às regras sobre a responsabilidade pelas contraordenações ou crimes). Sentimos, nesta alteração, uma "oportunidade perdida", que talvez se possa retomar se o projeto de CAB voltar a ganhar vida.

c) A infração demasiado aberta que ainda se abre mais ("normas-chapéu" ou "normas saco"— infrações graves)

«As violações dos preceitos imperativos do presente Regime Geral e da legislação específica, incluindo a legislação da União Europeia, que rege a atividade das instituições de crédito, das sociedades financeiras, ***das companhias financeiras e das companhias financeiras mistas****, não previstas nas alíneas anteriores e no artigo seguinte, bem como dos regulamentos emitidos em cumprimento ou para execução dos referidos preceitos»* [alínea *m*) do RGISCF'22 — sublinhado e negrito correspondente à "inovação"].

O art. 210.º continua a enumerar infrações graves, mantendo e alargando (por força das Diretivas e deste "novo" conceito de companhias financeiras) a muito problemática norma sancionatória geral (ou "norma chapéu") que pune quaisquer violações de preceitos imperativos e pretende cobrir todos os casos não previstos nas alíneas anteriores do mesmo artigo ou do artigo seguinte: a alínea *m*) do RGICSF).

Conforme já tivemos oportunidade de escrever e referir anteriormente(6), esta norma coloca sempre muitos riscos de indeterminabilidade, sendo recor-

---

(6) Cf., mas, não só, o já citado "Primeiras inquietações… *cit.*, disponível *online* em <https://rdfmc.com/wp-content/uploads/2021/07/VO664A1.pdf>, p. 393.

rentes as críticas que a tomam como norma penal em branco. Algumas destas críticas têm vindo a ser rebatidas em decisões dos nossos tribunais superiores que mantiveram condenações com base nesta problemática alínea(7).

---

(7) Neste sentido, cf., por exemplo, o Acórdão n.º 115/2008 do Tribunal Constitucional (doravante, "TC") sobre uma norma incriminadora que remete parte da sua previsão para regras técnicas relativamente a construção civil — ainda assim mais delimitada do que a alínea *m*) do RGICSF — onde se afirmou que *«uma norma penal em branco só é suscetível de violar o princípio da legalidade (no sentido da exigência de lei formal expressa que contemple o tipo legal de crime) e, como seu corolário o princípio da tipicidade (no sentido da exigência de uma descrição clara e precisa do facto punível) quando a remissão feita para a norma complementar põe em causa a certeza e determinabilidade da conduta tida como ilícita, impedindo que os destinatários possam apreender os elementos essenciais do tipo de crime»*, afirmando-se, no mesmo acórdão, que *«a concretização da norma penal em branco é feita através da remissão para regras que o agente não poderá deixar de conhecer, por respeitarem ao âmbito da sua própria atividade profissional»*. Ora, seguindo este critério do Tribunal Constitucional, não deixa de nos parecer que, ainda assim, não é exigível aos "profissionais da banca" conhecerem todos e cada um dos "preceitos imperativos" do RGICSF *«e da legislação específica, incluindo a legislação da União Europeia, que rege a atividade das instituições de crédito, das sociedades financeiras, das companhias financeiras e das companhias financeiras mistas, não previstas nas alíneas anteriores e no artigo seguinte, bem como dos regulamentos emitidos em cumprimento ou para execução dos referidos preceitos»*, tal como referidos na problemática alínea *m*). Alguns autores, como Teresa Beleza e Frederico Lacerda da Costa Pinto (cf. *O Regime legal do erro e as normas penais em branco*, Coimbra: Almedina, 1999, p. 40) chegaram a defender que estas remissões tornam os regimes vigentes "mais acessíveis aos destinatários das normas" (!), por estes conhecerem melhor os regimes substantivos do que as normas incriminadoras. Esta ideia de que o princípio da tipicidade é mais fraco no Direito contraordenacional foi afirmada em decisões mais antigas do TC, como os Acórdãos n.º 730/95 ou 666/94 onde se entendeu que estas exigências se fazem sentir "em menor grau". Mais recentemente, no Acórdão n.º 41/2004, o TC afirmou que *«a Constituição não requer para o ilícito de mera ordenação social o mesmo grau de exigência que requer para os crimes»* — o que será aceitável quando haja coimas baixas, mas, parece-nos, mais dificilmente compreensível quando estejamos perante coimas com os valores a que se consegue chegar através da aplicação do RGICSF. Para terminar esta lista de jurisprudência "assustadora", quais bruxas do Este e do Oeste do Feiticeiro de Oz, podemos lembrar o Acórdão 612/2014 do TC em que se afirmou que *«não merece qualquer censura constitucional a circunstância isolada de a lei sancionadora remeter parte da sua previsão para uma fonte normativa inferior (no caso, o Regime da Portabilidade), tipificando como contraordenação o incumprimento das obrigações estabelecidas no citado diploma regulamentar. E não se afigura que a adoção de uma tal técnica remissiva comprometa as exigências de certeza e determinabilidade que a tipificação das contraordenações, por força dos princípios da segurança jurídica e da proteção da confiança (...) devem (...) respeitar»* ou o Acórdão n.º 297/16 que se refere à jurisprudência anterior do TC como "rica" na defesa de que os princípios da legalidade e da tipicidade não valem com *«"com o mesmo rigor ou "com o mesmo grau de exigência" para o ilícito de mera ordenação social», apesar de afirmar também que «valem na sua ideia essencial"»* e, adiante, afirmar que *«a Constituição impõe "exigências mínimas de determinabilidade no ilícito contraordenacional" que só se cumprem se do regime legal for passível aos destinatários saber quais são as condutas proibidas como antecipar com segurança a sanção aplicável ao correspondente comportamento ilícito»*. Podemos ler, nesta parte final, talvez um arrepiar de caminho, em 2016, e uma inversão na jurisprudência que seria de saudar, porque a extensão que é dada a alíneas como a *m*) do art. 210.º do RGICSF é, de facto, gigantesca e parece ainda permitir a violação do princípio da separação de poderes quando confere aos supervisores o poder de criarem infrações através de regulamentos que eles próprios produzem e aplicam. Talvez o "tornado" de Oz esteja para chegar ao TC e afaste ou "aperte" estas "normas-saco" como se impõe.

Parece-nos que continuamos a ter aqui um verdadeiro espantalho, que serve para "apanhar tudo", correspondendo a uma infelicíssima técnica jurídico-penal ou jurídico-sancionatória. Este "Homem-de-Palha", mantém a falta de cérebro e veremos como os tribunais o enfrentarão quando o supervisor continuar a recorrer a esta alínea para punir violações de avisos ou regulamentos que o próprio emite e executa, numa quase-absoluta violação do princípio da separação de poderes.

Tendo sido abandonada a proposta de infração prevista na alínea *jj*) do art. 658.º do CAB, em que se previa o sancionamento quando houvesse uma violação de normas em matérias de sistemas de governo, controlo interno e gestão de riscos, resta saber se o supervisor se atreverá a tentar punir, através da alínea *m*), aquilo a que não conseguiu convencer o legislador a sancionar em sede própria (e com as competências que a Constituição apenas ao Parlamento confere).

Note-se que nos deparamos, aqui, perante um ainda maior problema de indeterminação decorrente da possibilidade de se considerar quase todas as normas do RGICSF como *"normas de governo, controlo interno e gestão de riscos"*, reforçada pela remissão implícita para regulamentação setorial, como a prevista no novo Aviso n.º 3/2020, de 15 de julho, do Banco de Portugal (doravante, "Aviso n.º 3/2020") que prevê deveres de difícil compreensão, em que abundam conceitos indeterminados e que são quase "orientações" a que não pode corresponder uma tutela sancionatória tão reforçada, em termos de proporcionalidade, para além dos evidentes problemas de indeterminação que fazem desta norma uma verdadeira norma sancionatória em branco, proibida pela Constituição. Entendemos que a decisão do legislador de não acolher aquela alínea terá de ser entendida, *a contrario*, como uma restrição ao sancionamento de deveres não concretizados, previstos no Aviso n.º 3/2020.

A todas estas questões acresce o facto de, pela natureza das regras de controlo interno, haver sempre dúvidas quanto ao número de infrações a considerar (há alguns lapsos organizacionais que seguramente não merecem tutela contraordenacional).

d) Três novas infrações especialmente graves (e três ajustes na formulação de antigas infrações especialmente graves)

«t) *O incumprimento dos deveres informativos necessários à elaboração, revisão e atualização dos planos de resolução e dos planos de resolução de* ***grupo*** ***[parte final suprimida];***

u) O incumprimento do dever de notificação previsto no n.º 1 do art. ***116.º-W****, bem como a prestação de apoio financeiro intragrupo em incumprimento do disposto no n.º 7* ***do art. 116.º-X****;*

(...)

w) O incumprimento das medidas determinadas pelo Banco de Portugal para efeitos da remoção das deficiências ou dos constrangimentos à execução do plano de recuperação ou da eliminação dos constrangimentos à resolubilidade ***[parte final suprimida];***

(…)

rr) A inobservância das regras relativas à autorização das companhias financeiras e das companhias financeiras mistas;

ss) A omissão de adoção das medidas necessárias ao cumprimento, em base consolidada ou subconsolidada, dos requisitos prudenciais previstos na legislação da União Europeia relativa aos requisitos prudenciais das instituições de crédito em matéria de requisitos de fundos próprios, grandes riscos, liquidez, alavancagem ou os requisitos de fundos próprios adicionais e específicos de liquidez previstos no presente Regime Geral;

tt) O incumprimento dos requisitos de fundos próprios e créditos elegíveis» (alíneas alteradas ou inseridas no art. 211.º do RGISCF'22 — sublinhado e negrito tudo o que é introduzido através da Lei 23-A/2022).

Não há dúvida de que, com estas alterações, o legislador revela uma enorme falta de coragem que parece decorrer de ter falhado anteriormente na remissão para o art. 116.º-W na alínea *u*) deste art. 211.º, tentando, agora, não fazer remissões concretas e abrindo-se à indeterminação, pretendendo arrogar-se uma margem de discricionariedade para punir de uma forma que não é compatível com o nosso ordenamento jurídico-constitucional.

Não se percebem remissões para "requisitos de fundos próprios e créditos elegíveis" sem que se especifique que requisitos são ou onde estão previstos, não se deve aceitar uma cobarde "inversão de marcha" relativamente aos "deveres informativos necessários à elaboração, revisão e atualização dos planos de resolução e dos planos de resolução de grupo" que, até à noite de 9 de dezembro eram especificamente referidos como sendo os previstos nos arts. 116.º-J e 116.º-K, nem o mesmo tipo de supressão da remissão para os n.os 2 do art. 116.º-G e 3 e 4 do art. 116.º-P que, antes, constavam da alínea *w*).

Esta técnica revela má fé do legislador e acaba por ser a previsão potencial de novas infrações especialmente graves o que é, aceitem-nos o

pleonasmo, especialmente preocupante, criticando-se não apenas a abrangência e indeterminação, como a remissão quase *in totum* para os regimes das Diretivas, através das "preguiçosas" alíneas *ss*) e *tt*) que se limitam a remeter para as *"regras relativas à autorização das companhias financeiras e das companhias financeiras mistas"* ou para as *"medidas necessárias ao cumprimento, em base consolidada ou subconsolidada, dos requisitos prudenciais previstos na legislação da União Europeia relativa aos requisitos prudenciais das instituições de crédito em matéria de requisitos de fundos próprios, grandes riscos, liquidez, alavancagem ou os requisitos de fundos próprios adicionais e específicos de liquidez previstos no presente Regime Geral"*, mais uma vez sem especificar quais são ou onde estão previstos. Parece-nos totalmente inaceitável e injustificável como técnica e os tribunais não deverão aceitar esta indeterminabilidade, especialmente no campo das infrações especialmente (novamente, o pleonasmo) graves. Se esta indeterminação já era criticável na alínea *m*) do art. 210.º, neste caso ganha relevância maior, tendo em conta o intervalo das coimas passíveis de aqui serem aplicadas.

Adicionalmente, continuamos a sublinhar a falta de coragem e capacidade de formular estas normas como diretivas/diretrizes e de prever expressamente preocupações de proporcionalidade e adequação à dimensão e realidade das instituições que ali não estão contidas para a determinação das coimas.

***e*) Comunicação de sanções**

«O Banco de Portugal comunica à Autoridade Bancária Europeia as sanções aplicadas pela prática das infrações previstas nas alíneas a), *b*), *p*), *s*), *t*), *u*) *e v*) *do n.º 1 do art. 211.º, relativamente ao incumprimento do dever de notificação da situação de insolvência ou do risco de o ficar, e nas alíneas cc*) *a ll*), ***rr*), *ss*) *e* *tt*)** *do n.º 1 do referido artigo e pela violação das regras do Regulamento (UE) n.º 575/2013 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de junho de 2013, a situação e o resultado dos recursos das decisões que as aplicam»* (n.º 1 do art. 227.º-C do RGISCF'22 — a negrito o que é novo).

Este mecanismo de comunicação (automática) de decisões do Banco de Portugal corresponde ao que foi previsto e introduzido em 2014 no art. 227.º-C do RGICSF, que já prevê a comunicação das decisões que condenem os agentes pela prática de algumas infrações especialmente graves à Autoridade Bancária Europeia.

Para manter a ilustração que temos usado ao longo deste texto, não deixamos de recordar o Homem-de-Lata, sem coração, em que parece ter-se transformado o Banco de Portugal, feito mera marioneta de autoridades europeias, sem fazer qualquer filtragem pelas circunstâncias das infrações, limitando-se a seguir ordens de um distante "senhor europeu" que impõe diretivas e regulamentos que, em território nacional, nos limitamos a traduzir, quase cegamente, sem fazer um esforço de adaptação ao mercado nacional, às suas características, dimensões e às necessidades dos diferentes *stakeholders*.

Sublinhamos ainda que, tal como quanto ao regime previsto no art. 227.º-B do RGICSF, ao longo dos últimos anos, tem havido um esforço no sentido de não se confundir a divulgação ou a comunicação de decisões com a sanção acessória de publicação das decisões prevista no n.º 2 e na alínea *c*) do n.º 1 do art. 212.º do RGICSF.

No entanto, como já tivemos oportunidade de referir([8]), na prática isso não se verificou, sendo, repetidamente, publicadas notícias com base em condenações divulgadas por esta via e servindo as mesmas como *adverse media*, que prejudicou muitas instituições, sem que se tenha feito a devida ponderação sancionatória, obrigatória num ordenamento jurídico que rejeita condenações automáticas.

IV. Notas finais e desenvolvimentos futuros

Em jeito de remate final, parece-nos que as "novas regras sancionatórias" de 2022, foram uma oportunidade perdida de introduzir muitas das sugestões que já tinham resultado de vários dos contributos da Consulta Pública feita ao Anteprojeto de CAB (em que tivemos o gosto de participar, através do texto já citado) e correspondem a uma reforma pouco profunda do RGICSF. A única imagem de esperança é o novo art. 209.º-A, que pode ser a nossa "estrada de tijolos amarelos", retomando a imagem inicial. No entanto, não deixamos de lamentar o Espantalho que continuamos a encontrar na alínea *m*) do art. 210.º, o Leão Cobarde resultante das alterações do art. 211.º e o Homem-de-Lata que se mantém no art. 227.º-C, agora com mais umas gotinhas de óleo.

([8]) Cf., mas, não só, o já citado "Primeiras inquietações… *cit.*, disponível *online* em <https://rdfmc.com/wp-content/uploads/2021/07/VO664A1.pdf>, pp. 403-404.

Por fim, aproveitamos ainda para recordar outras matérias ou temas que seria importante abordar ou resolver, em futuras revisões do RGICSF, que abrangem problemas onde é necessário maior pormenor, como o regime das custas processuais (especialmente tendo em conta transcrições, traduções e outros incidentes, como a publicação em jornal que encarecem os processos ao Banco de Portugal e não são imputados aos arguidos), maiores clarificações quanto aos regimes de inquirição de arguidos antes da acusação ou "imputação" e a sempre, sempre, sempre problemática "norma-chapéu" ou "norma saco", decorrentes da alínea *m*) do art. 210.º do RGICSF [num estilo algo imitado pelas novinhas alíneas *rr*), *ss*) e *tt*) do art. 211.º], entre outras alterações mais específicas.

Num plano geral, identificamos ainda domínios mais vastos de evolução normativa que exigem e reclamam boa discussão e aprofundamento por parte das autoridades competentes, e também da doutrina, desde logo quanto às formas de colaboração da autoridade sancionatória:

i) com arguidos, pensando na negociação, clemência ou transação nos processos sancionatórios e no desenvolvimento do princípio da oportunidade processual (que agora é — bem — introduzido, apesar de poder ser retocado), tendo de se ponderar os efeitos perniciosos da utilização (abusiva) dos processos sumaríssimos e das situações "entre a espada e a parede" em que os arguidos ficam colocados;

ii) com o Ministério Público, refletindo sobre se será bom que se desenvolvam e prevejam mais crimes financeiros ou contraordenações e como irão estes ser tratados em áreas em que se sobrepõem responsabilidades e competências pela investigação e mesmo pela punição;

iii) com o Banco Central Europeu, a Autoridade Bancária Europeia e a nova Autoridade Europeia de Prevenção do Branqueamento de Capitais (que, entretanto, deverá ser instalada em local ainda a decidir pela União Europeia) desenvolvendo-se este especial Direito sancionatório a nível europeu, que não pode ignorar que os Direitos penal, processual penal e das contraordenações portugueses sempre tiveram riquezas e particularidades desconhecidas na Europa e em outros ordenamentos jurídicos pertencentes à cooperação supranacional nestas matérias;

iv) com outras autoridades, como a Comissão do Mercado dos Valores Mobiliários, a Autoridade de Supervisão de Seguros e Fundos

de Pensões ou a Autoridade da Concorrência, essenciais para ponderar futuros regimes sancionatórios unificados ou mesmo um "Regime Geral das Infrações Financeiras"; e

v) com quaisquer responsáveis pela aplicação e interpretação destas "regras sancionatórias", dos tribunais aos advogados que trabalhem nesta área, para que se possam fazer reformas que não se limitem a "aproveitar" a transposição de Diretivas que nos forçam a legislar, procurando aprofundar e melhorar um Direito contraordenacional bancário e Direito processual contraordenacional bancário que responda às necessidades de todos os intervenientes no mercado, das comunidades e da sociedade do futuro.

E, assim, poderemos talvez cantar, na nossa "estrada de tijolos amarelos", *"onde os cães da sociedade uivam"*, e todos os agentes atuam nos mercados — supervisores, supervisionados, clientes e outros interessados — e *"voltar ao uivo da coruja velha no bosque"* e ir *"para além da estrada de tijolos amarelos"*([9]), em que tudo funciona de forma mais harmoniosa, para o interesse de todos, para recuperar a letra da música dos anos setenta, também inspirada neste imaginário do "Feiticeiro de Oz", descrito por L. Frank Baum, a partir de 1900([10]), cujos livros ainda hoje despertam a nossa imaginação e curiosidade.

Como o escritor, os poetas e os cantores, também os juristas de hoje podem (e devem) apelar ao desenvolvimento deste princípio da oportunidade no Direito português que, se for aplicado de forma correta, poderá significar um Direito sancionatório mais adequado às necessidades do nosso sistema bancário e financeiro.

([9]) Cf. Elton John e Bernie Taupin, 1973, "Goodbye Yellow Brick Road": *«So goodbye, yellow brick road, where the dogs of society howl. You can't plant me in your penthouse. I'm going back to my plough. Back to the howling old owl in the woods, junting the horny back toad. Oh, I've finally decided my future lies… beyond the yellow brick road».*

([10]) V. L. Frank Baum, *O Feiticeiro de Oz*, (trad. Margarida Pequito), Lisboa: Relógio D'Água, 2007.

V. Referências bibliográficas

Não tendo esta apresentação referências específicas, podemos aproveitar a oportunidade para identificar algumas das fontes utilizadas para a preparação destas notas e que serão a melhor forma de aprofundar estes temas, sugerindo-se, entre outros, e desde logo:

Albuquerque, Paulo Pinto de, *Comentário do regime geral das contra-ordenações: à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, Lisboa: Universidade Católica Editora, 2011.

____, "A reforma do direito das contra-ordenações", in *Estudos de Homenagem ao Prof. Doutor Jorge Miranda*, Coimbra: Coimbra Editora, 2012, pp. 735-754.

Azevedo, Tiago Lopes de, *Lições de direito das contraordenações*, Coimbra: Almedina, 2020.

Baum, L. Frank, *O Feiticeiro de Oz*, (trad. Margarida Pequito), Lisboa: Relógio D'Água, 2007.

Bolina, Helena, "O regime dos processos de contra-ordenações dos Reguladores Independentes", *in Regulação em novos tempos, novo modelo?*, Coimbra: Almedina, 2009, pp. 737-771;

Bravo, Teresa, "Ne bis in idem e o direito das contraordenações", *in Comentário da Convenção Europeia dos Direitos Humanos e dos Protocolos Adicionais*, Lisboa: Universidade Católica Editora, 2020, pp. 2514-2545.

Brito, Teresa Quintela de, "Autoria das contra-ordenações e dos dirigentes de organizações", *in Estudos em homenagem ao Professor Doutor Jorge de Figueiredo Dias*, Coimbra, Coimbra Editora, 2009-2010, pp. 203-231.

____, "Questões de prova e modelos legais de responsabilidade contra-ordenacional e penal de entes coletivos", *in Direito da investigação criminal e da prova* Coimbra: Almedina, 2014, pp. 131-182.

Catarino, João Ricardo; e Nuno Victorino, *Direito sancionatório tributário: anotações ao regime geral*, Coimbra: Almedina, 2020.

Cordeiro, António Menezes, *Manual de Direito Bancário,* 6.ª ed., Coimbra: Almedina, 2016.

Dias, Augusto Silva, "O direito à não auto-inculpação no âmbito das contra-ordenações do Código dos Valores Mobiliários", *in Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Sérvulo Correia*, Lisboa: FDUL, 2010, pp. 13-38.

Dias, Augusto Silva; e Pereira, Rui Soares, *Sobre a Validade de Procedimentos Administrativos Prévios ao Inquérito e de Fases Administrativas — Preliminares no Processo Penal*, Coimbra: Almedina, 2018.

____, *Direito das Contra-ordenações*, Coimbra: Almedina, 2022.

Dias, Augusto Silva; e Ramos, Vânia Costa, *O direito à não auto-inculpação* (nemo tenetur se ipsum accusare) *no processo penal e contra-ordenacional português*, Coimbra: Coimbra Editora, 2009.

Dias, Jorge de Figueiredo, "O direito penal económico entre o passado e presente e futuro", *in Revista portuguesa de ciência criminal*, Coimbra, a.22, n.º 3 (Jul.-Set., 2012), pp. 521-543.

Dias, Jorge de Figueiredo; Andrade, Manuel da Costa; e Pinto, Frederico de Lacerda da Costa, *Supervisão, direito ao silêncio e legalidade da prova*, Coimbra: Almedina, 2009.

Grinover, Ada Pellegrini, "As garantias constitucionais do processo administrativo sancionatório", *in Revista do Advogado*, São Paulo, a.34 n.125, (Dez., 2014), pp.7-16.

Guedes, Cláudia Gonçalves, "A responsabilidade das pessoas coletivas em processos contraordenacionais", *in A regulação da energia em Portugal 2007-2017/Entidade Reguladora dos Serviços Energéticos*, Lisboa: ERSE, 2016, pp. 56-68.

Leite, Inês Ferreira, "A problemática qualificação das sanções revogatórias ou resolutivas", *in Revista de Direito Comercial*, 2022, pp. 1907-1940.

Lopes, Patrícia, "Segredos de negócios versus direitos de defesa do arguido nas contra-ordenações da concorrência", *in Revista de Concorrência e Regulação*, Coimbra, a.1, n.º 4 (Out.-Dez., 2010), pp. 65-107.

Machado, Miguel da Câmara, "Novas regras sancionatórias (bancárias e financeiras): a reforma do RGICSF de 2014 em matéria contraordenacional ou o despertar de um Direito processual das contraordenações bancárias e financeiras", *in Revista de Direito Civil*, Lisboa, a. 2, n.º 2, 2017, pp. 359-385.

____, "Primeiras inquietações e sugestões sobre as regras sancionatórias no Anteprojeto do Código da Atividade Bancária apresentado a consulta pública no final de 2020", *in Revista de Direito Financeiro e dos Mercados de Capitais*, n.º 3, Vol. 1, 2021, pp. 383-413.

Machado, Miguel Pedrosa, "A feitura das leis em matéria penal e de contra-ordenação: sumário e guia de um primeiro curso", *in Legislação — Cadernos de ciência de legislação*, Oeiras, n.º 15 (Jan.-Mar., 1996), pp. 47-61.

____, "O que é feito do regime geral das "contra-ordenações"?, *in Legislação — Cadernos de ciência de legislação*, Oeiras, n.º 40 (Abr.-Jun., 2005), pp. 47-64.

____, *Elementos para o estudo da legislação portuguesa sobre contra-ordenações*, Lisboa: Universidade Católica Portuguesa, 1984.

Matias, Armindo Saraiva, "Regime sancionatório em direito bancário", *in Revista da Ordem dos Advogados*, Lisboa, a.62, n.º 2 (Abr., 2002), pp. 605-619.

Meirinhos, Rui, "Reflexões sobre o direito das contraordenações: fundamentos de proximidade ao direito penal", *in Revista do CEJ*, n.º 2 (2.º Semestre), 2021, pp. 85-121.

Mendes, Paulo de Sousa, "Anotação ao Título VII do CSC", *in Código das Sociedades Comerciais Anotado*, Coimbra: Almedina, 2009, pp. 1241.

____, "A regulação financeira, o direito penal e a utilização em processo penal das provas produzidas por autoridades reguladoras financeiras", *in Anatomia do Crime — Revista de Ciências Jurídico-Criminais*, Lisboa, n.º 1 (jan.-jun., 2015), pp. 129-150.

____, "O dever de colaboração e as garantias de defesa no processo sancionatório especial por práticas restritivas da concorrência", *in Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Sérvulo Correia*, Lisboa: FDUL, 2010, pp. 45-63.

Monte, Mário Ferreira, "As sanções nos crimes e nas contraordenações: tão iguais e tão diferentes… reflexões à margem do acórdão de fixação de jurisprudência de 26-09-2018", *in Homenagem ao Professor Doutor Germano Marques da Silva*, Lisboa: Universidade Católica Editora, 2020, pp. 1913-1934.

____, "A *reformatio in pejus* no processo de contra-ordenações", *in Estudos dedicados ao Professor Doutor Nuno José Espinosa Gomes da Silva*, Lisboa: Universidade Católica Editora, 2013, pp. 421-452.

____, "O «efeito meramente devolutivo» da impugnação da decisão condenatória por contraordenação", *in Homenagem ao Professor Doutor Germano Marques da Silva*, 2.º Vol., Lisboa: Universidade Católica Editora, 2020. pp. 1439-1473.

Pereira, Rui, "Estado de direito e proibições de prova no processo contraordenacional", *in Liberdade, sempre!: homenagem a Jorge Carlos de Almeida Fonseca por ocasião dos seus 70 anos*, Praia: Livraria Pedro Cardoso, 2020, pp. 1013-1029.

Pinto, Ana Rita Babo, e Carvalho, Marlene Teixeira de, "À procura do direito constitucional e administrativo (esquecidos) no novo regime jurídico das contraordenações económicas", *in Revista de Direito Administrativo*, n.º 11 (Maio.-Ago.), 2021, pp. 65-71.

Pinto, Frederico de Lacerda da Costa, "Acesso de particulares a processos de contra-ordenação arquivados: um estudo sobre o sentido e os limites da aplicação subsidiária do Direito Processual Penal ao processo de contra-ordenação", *in Estudos em homenagem à Professora Doutora Isabel de Magalhães Collaço*, Vol. 2, Coimbra: Almedina, 2002, pp. 601-624.

____, "Crimes no sistema financeiro: o mapa legal e a adequação da tutela penal", *in Infrações económicas e financeiras/Economic and financial offences: estudos de criminologia e direito = criminology and law studies*, Coimbra: Coimbra Editora, 2013, pp. 479-492.

____, "Direito de audição e direito de defesa em processo de contraordenação: conteúdo, alcance e conformidade constitucional", *in Revista portuguesa de ciência criminal*, Coimbra, a. 23, n.º 1 (Jan.-Mar., 2013), pp. 63-121.

____, "A proibição de *reformato in peius* e o processo de contraordenação", *in Cadernos do Mercado de Valores Mobiliários*, Lisboa, n.º 51, Vol. 2 (ago., 2015), pp. 137-158.

____, "Tendências e ruturas na evolução do direito penal económico", *in Católica Law Review*, Lisboa, Vol. 1, n.º 3 (Nov. 2017), pp. 91-113.

____, "As garantias do Estado de direito e a evolução do direito de mera ordenação social", *in Scientia Ivridica*, Braga, T. 66, n. 344, (Mai-Ago., 2017), pp. 243-262.

____, "A arquitetura do Estado de direito e a expansão do sistema sancionatório", *in Estudos Projeto ETHOS: corrupção e criminalidade económico-financeira*, Lisboa: Procuradoria-Geral da República, 2018: pp. 35-49.

____, "Processo contra-ordenacional", *in Comentário da Convenção Europeia dos Direitos Humanos e dos Protocolos Adicionais*, Lisboa: Universidade Católica Editora, 2019, 2. Vol., pp. 1220-1227.

____, "Os crimes contra o mercado: âmbito material e significado político-criminal após a reforma de 2017", *in Direito dos valores mobiliários e dos mercados de capitais: Angola, Brasil e Portugal*, Coimbra: Almedina, 2019, pp. 537-569.

Rego, Lopes do, "Alguns problemas constitucionais do direito das contra-ordenações", *in Questões laborais*, Coimbra, a. 8, n.º 17 (2001), pp. 12-25.

Rodrigues, Álvaro Gomes, "As consequências jurídicas do crime nos delitos antieconómicos", *in Direito e justiça*, Lisboa, Vol. 13, T. 2, 1999, pp. 217-255.

Rodrigues, Anabela Miranda, *O direito penal europeu emergente*, Coimbra: Coimbra Editora, 2008.

Roque, Miguel Prata, "O direito sancionatório público enquanto bissetriz (imperfeita) entre o direito penal e o direito administrativo: a pretexto de alguma jurisprudência constitucional", *in Revista de Concorrência e Regulação*, Coimbra, a.4, n.os 14-15 (Abr.-Set., 2013), pp. 105-173.

Sánchez Gervilla, Antonio, *Fundamentos del derecho sancionador tributario*, Valência: Tirant lo Blanch, 2020.

Sanhudo, José Menezes, "O dolo e a sua prova no direito das contra-ordenações: considerações críticas em torno da jurisprudência nacional", *in Revista do Ministério Público*, a. 41, n.º 163, (Jul.-Set. 2020), pp. 175-201.

Saraiva, Rute, *Direito dos mercados financeiros: apontamentos*, 2.ª ed., Lisboa: AAFDL, 2018.

Silva, Fátima Reis, "Um olhar "comercial" sobre o direito contra-ordenacional", *in Julgar*, Lisboa, n.º 8 (Maio-Ago., 2009), pp. 102-117.

Silva, Paula Costa e, "As autoridades independentes: alguns aspectos da regulação económica numa perspectiva jurídica", *in O direito*, Lisboa, a.138, n.º 3, 2006, pp. 541-569.

Silva, Sandra Oliveira e, "Estrutura processual, competência decisória e garantias no direito contraordenacional: propostas de iure condendo no domínio das "grandes contraordenações", *in Revista do Ministério Público*, a. 41, n.º 161 (Jan.-Mar.), 2020, pp. 57-75.

Sousa, Ricardo Oliveira, "A comunicabilidade da prova obtida em direito processual penal para o processo contraordenacional", *in Revista de Concorrência e Regulação*, Coimbra, a.3, n.º 9 (Jan.-Mar. 2012), pp. 275-292.

Torrão, Fernando, "Responsabilidade penal das instituições bancárias e dos respetivos gestores", *in V Congresso de direito penal e de processo penal: memórias*, Coimbra: Almedina, 2016.

Seguimos, e recomendam-se ainda, como ponto de partida, as seguintes obras coletivas, com vários artigos relevantes nestas matérias:

AA.VV., *Direito penal económico e europeu: textos doutrinários*, (coord. Eduardo Correia, *et. al.*), Coimbra: Coimbra Editora, 1998.

AA.VV., *Direito sancionatório das autoridades reguladoras*, (coord. Maria Fernanda Palma *et. al.*), Coimbra: Coimbra Editora, 2009.

AA.VV., *Regulação em Portugal: novos tempos, novo modelo*, (coord. Eduardo Paz Ferreira, *et. al.*), Coimbra: Almedina, 2009.

AA.VV., *Comentário das Leis Penais Extravagantes* (org. Paulo Pinto de Albuquerque), Lisboa: Universidade Católica Editora, 2010 (Vol. I), 2011 (Vol. II).

AA.VV., *Infracções Económicas e Financeiras: Estudos de Economia e Direito,* (coord. José Neves da Cruz, *et. al.*), Coimbra: Coimbra Editora, 2013.

AA.VV., *I Congresso de Direito Bancário*, (coord. L. Miguel Pestana de Vasconcelos), Coimbra: Almedina, 2015.

AA.VV., *Estudos sobre Law Enforcement, Compliance e Direito Penal,* (coord. Maria Fernanda Palma, *et. al.*), 2.ª ed., Coimbra: Coimbra Editora, 2018.

AA.VV., *Novos Estudos sobre Law Enforcement, Compliance e Direito Penal,* (coord. Maria Fernanda Palma, *et. al.*), Coimbra: Coimbra Editora, 2020.

AA.VV., *Corrupção em Portugal: avaliação legislativa e propostas de reforma*, (org. Paulo Pinto de Albuquerque, *et. al.*): Lisboa: Universidade Católica Editora, 2021.

PROPOSTA(S) PARA UM NOVO CÓDIGO DO DIREITO DE AUTOR(*)

Pelo Prof. Doutor Nuno Sousa e Silva

Sumário:

1. Introdução. 2. Considerações Estruturais. 2.1. Legislação extravagante. **2.2.** Condensação e desdobramento. **2.3.** Uniformidade conceptual e linguística. **2.4.** Sistema externo. **3. Propostas substantivas. 3.1.** Objeto (obra). **3.2.** Titularidade e autoria. **3.3.** Direito morais. **3.4.** Direitos patrimoniais. **3.5.** Exercício. **3.6.** Limites e exceções. **3.7.** Direitos conexos. **3.8.** Tutela e disposições finais. **4. Conclusão.**

1. Introdução

Em 1973 Luiz Francisco Rebello publicou "Visita Guiada ao Mundo do Direito de Autor"([1]). Nesse texto, de cariz introdutório, o Autor explorava o edifício do Código de Direito de Autor então vigente (aprovado pelo diploma de 27 de Maio de 1966).

Em 1985 esse edifício foi substituído por um outro, o atualmente vigente Código do Direito de Autor e dos Direitos Conexos (aprovado pelo DL n.º 63/85, de 14 de Março, doravante CDADC)([2]). Acontece que o

---

(*) Este trabalho destina-se aos Estudos em Homenagem a Luiz Francisco Rebello nos cem anos do seu nascimento. São devidos agradecimentos a Tito Rendas e Pedro Sousa e Silva. Os erros são exclusivamente imputáveis ao autor.

([1]) Publicada pelo Instituto da Conferência do Conselho Distrital do Porto da Ordem dos Advogados. Luiz Rebello cultivou intensamente o Direito de Autor em Portugal, tendo escrito, i.a., *Uma Introdução ao Direito de Autor* (SPA, Publicações Dom Quixote 1994), e um Código Anotado, cuja última (terceira) edição foi publicada em 2002 pela Âncora Editora.

([2]) Dando nota desta evolução legislativa veja-se Rebello (1973) p. 16, ss. Ascensão (1992) p. 17, ss.; Rebello (1994) p. 29, ss. Sá e Mello (2020) p. 39-48 e Leitão (2021) p. 31, ss.

novo edifício tem sofrido alterações, algumas mesmo de gosto duvidoso, tendo-se transformado numa combinação *kitsch* de vários elementos, revelando-se especialmente difícil de percorrer e carecendo até de peças importantes, ameaçando a segurança da estrutura e dos seus habitantes(3).

Por outras palavras: é necessário reformar ou substituir o CDADC por uma legislação bem organizada e atualizada face às exigências e necessidades do tempo presente. Nesse sentido e no contexto de uma homenagem a Luiz Rebello, pareceu-me oportuno apresentar, em diálogo com os textos do homenageado, uma modesta reflexão sobre a necessária reforma do CDADC.

Apesar de se perder algum património doutrinal com a aprovação de um novo Código, o atual estado do CDADC justifica uma reforma aprofundada(4). Creio que o caminho passará necessariamente pela aprovação de um novo Código embora, a meu ver, uma parte substancial das normas do atual CDADC possam ser mantidas.

2. Considerações Estruturais

Um código deve ter uma organização lógica, agrupar as regras mais importantes de um determinado ramo de Direito (**2.1.**) e ser facilmente percetível pelos participantes no tráfego jurídico, destinatários da regulação(5). Em comparação com o atual CDADC haverá vantagem na condensação de alguns artigos: um bom código não deve ter mais artigos do que o razoavelmente necessário, procurando facilitar a compreensão e evitar repetições ou afirmações óbvias. Por outro lado, artigos demasiado longos também aumentam a dificuldade de leitura, justificando-se, nalguns casos, um desdobramento (**2.2**.) Além disso, uniformidade conceptual e termino-

---

(3) Diga-se que já "nasceu torto". Dietz (1992) p. 13 fala em "notória imperfeição". Sobre o complexo processo de aprovação e revisão do Código em 1985 cf., além das referências da nota anterior, Rebello (1986) p. 151, ss.

(4) Akester (2020) pp. 258-259 ("esta manta de retalhos que rege o direito de autor dificulta uma interpretação clara e coesa do quadro normativo jusautoral, que já de si tutela matéria complexa"); Rocha (2009) p. 795 ("… nesta, como noutras matérias, o Código deveria ser revisto quanto antes."). No contexto do projeto de transposição das Diretivas 2019/789 e 2019/790 Moura Vicente, *et al.* (2021) pp. 178-179 sublinhando a necessidade de revisão do CDADC e falando em "oportunidade perdida".

(5) Sobre a codificação, com abundantes reflexões e referências, veja-se Guichard (2012) pp. 88-127.

lógica, associada a maior rigor linguístico, evitando ambiguidades, contribuirá para melhorar a qualidade da legislação (**2.3.**). Por fim, o arranjo sistemático das matérias, a estrutura do Código, será uma das questões mais importantes a resolver (**2.4.**). Passemos, assim, à abordagem destes quatro aspetos(6).

2.1. Legislação extravagante

Além do CDADC, existe hoje importante legislação extravagante em matéria de Direito de Autor e Direitos conexos:

- Lei n.º 26/2015, de 14 de Abril que regula as **entidades de gestão coletiva** do direito de autor e dos direitos conexos;
- DL n.º 143/2014, de 26 de Setembro — **Regulamento de Registo de Obras Literárias e Artísticas**;
- DL 122/2000, de 4 de Julho — Proteção jurídica das **bases de dados**;
- Lei n.º 62/98, de 1 de Setembro — Lei da **Cópia Privada**;
- DL 334/97, de 27 de Novembro que transpôs a Directiva n.º 93/98/CEE, do Conselho, de 29 de Outubro, relativa à harmonização do **prazo de protecção** dos direitos de autor e de certos direitos conexos, alterando o CDADC(7);
- DL 333/97, de 27 de Novembro, que transpôs a Directiva n.º 93/83/CEE, do Conselho, de 27 de Setembro de 1993, relativa à coordenação de determinadas disposições em matéria de direito de autor e direitos conexos aplicáveis à **radiodifusão por satélite e à retransmissão por cabo**;
- DL 332/97, de 27 de Novembro que transpôs para a ordem jurídica interna a Directiva n.º 92/100/CEE, do Conselho, de 19 de Novembro de 1992, relativa ao **direito de aluguer, ao direito de comodato** e a certos direitos conexos ao direito de autor em matéria de propriedade intelectual;

---

(6) A generalidade das normas citadas neste texto sem outra indicação pertence ao CDADC.

(7) Mas mantendo, no seu art. 3.º e fora do CDADC, a norma mais importante sobre a contagem dos prazos de caducidade ("A caducidade só opera após o dia 1 de Janeiro do ano seguinte àquele em que o prazo se completar").

- DL 252/94, de 20 de Outubro, **regime de protecção jurídica dos programas de computador**;
- DL 150/82 de 29 de Abril atribui ao **Ministério da Cultura** e Coordenação Científica e defesa da integridade e genuinidade das obras intelectuais caídas no domínio público.

Numa perspetiva de manter a codificação tão relevante quanto possível, realizando o seu verdadeiro propósito, a maior parte destes diplomas deveria ser revogada e integrada num novo código.

Nesse sentido, o conteúdo do regime das bases de dados (DL 122/2000), dos Decretos-Leis 334/97, 333/97 e 332/97 bem como do regime dos programas de computador (DL 252/94) passariam a constar de um novo código([8]).

Em contrapartida, atento o grau de detalhe e/ou a sua natureza regulamentar, a Lei relativa às entidades de gestão coletiva, a Lei da cópia privada e o Regulamento de Registo (a manter-se)([9]) conservariam o seu caráter autónomo, sem prejuízo de poderem sofrer melhoramentos([10]).

Por último, o regime do DL 150/82 de 29 de Abril, que se limita a seis artigos (quatro dos quais substantivos), repetindo no art. 1.º o que já consta do art. 57.º CDADC, deveria ser materialmente revisto e condensado num ou dois artigos de um novo código([11]).

2.2. Condensação e desdobramento

Há algumas secções do CDADC com artigos que merecem ser fundidos. É manifestamente o caso na disciplina do contrato de edição (arts. 83.º a 106.º)([12]). Assim, o texto do art. 85.º facilmente seria um número 2 do

---

([8]) Aliás, o atual art. 36.º do CDADC refere-se à duração do direito de autor sobre programas de computador.

([9]) Concordamos com Sá e Mello (2020) p. 538 quanto à inutilidade de um registo, o que deveria determinar a revogação do DL 143/2014 e das normas do CDADC que o preveem.

([10]) Veja-se Ascensão (2014) pp. 191-195 e Sá e Mello (2015), ambos muito críticos do DL n.º 143/2014. Sobre as últimas alterações à Lei 26/2015, em sentido elogioso, *vide* Rendas (2017) pp. 23-35.

([11]) Diga-se que a tutela penal prevista no art. 4.º desse diploma não parece adequada e que o disposto no art. 2.º contraria a própria noção de domínio público. Igualmente crítico deste diploma veja-se Ascensão (1992) pp. 349-350.

([12]) Dietz (1992) p. 168 assinala repetidas vezes o número surpreendente de artigos do nosso código relativos a contratos em especial.

art. 83.º e a exigibilidade de pagamento (art. 92.º) um número adicional do art. 91.º (retribuição). O art. 93.º sobre atualização ortográfica no contrato de edição poderia ser fundido com o art. 95.º relativo a modificações. A correção de provas (art. 94.º) poderia ser tratada conjuntamente com a impressão (art. 98.º) e a identificação do autor (art. 97.º) deveria ser elencada como mais uma das obrigações do editor (art. 90.º). Na mesma linha, outros artigos do Código seriam facilmente convertidos num simples número de um outro artigo. É designadamente o caso do art. 58.º ("reprodução da obra «ne varietur»"), que poderia ser um n.º 4 do art. 59.º ou dos arts. 213.º e 214.º ou 52.º e 53.º que poderiam ser fundidos. Em contrapartida, não parece haver motivo para a existência de dois números no art. 215.º.

Poder-se-á questionar a utilidade de manter a separação entre a representação cénica (arts. 107.º, ss.) e recitação e execução (arts. 121.º a 123.º). Nos dois casos trata-se da atividade de artistas intérpretes ou executantes perante uma plateia e as normas próprias da recitação e execução (arts. 122.º e 123.º) fazem igualmente sentido para a representação cénica(13).

Por outro lado, sabemos que o contrato de edição é o regime regra e, por isso, subsidiário para os restantes tipos contratuais previstos no CDADC (como resulta dos arts. 139.º, 147.º, 156.º e 172.º) podendo justificar-se transferir algumas dessas regras para uma parte geral.

Certas normas, como os arts. 20.º, 23.º, 72.º, 78.º, 112.º, 118.º, 159.º, 163.º, 170.º, 175.º, 177.º, 211.º-B ou 213.º repetem regras gerais ou são vazias de sentido, devendo provavelmente ser suprimidas(14).

O art. 143.º relativo ao direito de fiscalizar os estabelecimentos de prensagem e duplicação de fonogramas, além de ser em parte obsoleto, parece estar coberto pelo art. 86.º/7 (aplicável, por remissão, a outros contratos de exploração) e pelas medidas contempladas nos arts. 210.º-A e 210.º-F. A previsão do art. 166.º relativa à alienação do negativo nas fotografias também parece largamente inútil face à realidade contemporânea(15).

Um exercício de condensação permitirá libertar espaço para outras secções que merecem desdobramento. O atual art. 75.º sobre utilizações livres ocupa facilmente uma página A4. O seu número 2 inclui dezanove

---

(13) O tratamento unitário é, aliás, o mais comum numa perspetiva comparativa.

(14) Já escrevia Ascensão (1992) p. 582, a propósito do art. 177.º, "é uma proposição oca, das muitas que juncam o Direito de Autor, destinada a aclamar os autores". Apesar de serem inúteis, essas normas não são inócuas, desde logo por gerarem mais dúvidas do que aquelas que esclarecem.

(15) Além disso o sentido desta norma é controverso. Para alguns está em causa uma verdadeira transmissão do direito de autor, para outros apenas uma licença (cf. Sá e Mello (2020) p. 113). Adicionalmente não é claro se a norma é aplicável no contexto digital (a meu ver a resposta deve ser negativa).

alíneas, apesar de não ser taxativo, visto que o art. 81.º prevê outras utilizações livres. Dever-se-á procurar outros critérios de agrupamento das utilizações livres, nomeadamente a partir dos requisitos do art. 76.º do CDADC([16]). Pode haver igual vantagem em desdobrar o art. 68.º, organizando a matéria dos direitos patrimoniais a partir de cada uma das principais faculdades abrangidas (reprodução, execução pública, colocação à disposição, distribuição e transformação) e reorganizar a seção dos direitos conexos com base no tipo de direito conexo em causa.

2.3. Uniformidade conceptual e linguística

Alguns erros e gralhas, tais como as designações invertidas entre os arts. 195.º e 196.º CDADC ("usurpação" em lugar de "contrafação" e vice-versa) ou a data referida na primeira fase do preâmbulo ("1927" quando deveria ser "1972"), estão identificadas e deverão ser corrigidas.

Pode também apontar-se que no CDADC coexistem as grafias do acordo ortográfico de 1990 e de 1945. Por exemplo, a palavra "objeto" surge com a nova grafia nos arts. 26.º-A, 183.º e 210.º-I, mas está grafada "objecto" no preâmbulo e nos arts. 3.º, 4.º, 7.º, 42.º, 43.º, 45.º, 47.º, 67.º, 85.º, 89.º, 104.º, 144.º, 150.º, 164.º, 176.º, 196.º e 215.º.

Existem formulações linguísticas que poderiam ser aperfeiçoadas — v.g. no art. 126.º/2 ("O produtor deve como tal ser identificado no filme"). ficaria melhor "O produtor deve ser identificado como tal no filme". No art. 54.º/11 dever-se-á agora falar em "Estados-Membros da União Europeia" em vez de países comunitários([17]). A definição de local público (art. 149.º/3) poderia ser melhorada. Será também útil rever as epígrafes dos diversos artigos, tornando-as mais claras e, assim, úteis ao intérprete-aplicador.

No caso particular dos arts. 195.º e 196.º o sentido linguístico normal da palavra usurpação corresponde a "utilizar, como sendo criação ou prestação sua," obra ou prestação alheia (aquilo que o CDADC, erradamente,

---

([16]) Em N. Sousa e Silva (2020) p. 252 propus que algumas utilizações livres fossem agrupadas p. ex. em função dos sujeitos que as podem invocar (instituições culturais, arquivos, bibliotecas). Outro ponto passa pela distinção entre utilizações (totalmente) livres e utilizações remuneradas (art. 76.º/1/*b*), *c*) e *d*) CDADC). Ascensão (1992) pp. 217 divide-as com base nas finalidades, mas o legislador poderá ajudar o intérprete-aplicador através da sistematização.

([17]) Com o Tratado de Lisboa de 2007 (entrada em vigor em 2009) desapareceram definitivamente as comunidades, sobrevivendo apenas a Comunidade Europeia da Energia Atómica (Euratom).

designa contrafação, como acima ficou referido). Para evitar confusões causadas pela alteração preconizada pode ser mais avisado abandonar os termos "contrafação" e "usurpação" utilizando-se porventura outros tais como "apropriação", "pirataria" ou "plágio"([18]).

A utilização de determinadas noções no atual CDADC gera confusão ou é inconsistente. Por exemplo, existe compreensível dificuldade em distinguir videogramas, filmes e obras cinematográficas([19]). Seria bom tratar estas noções conjuntamente, esclarecendo à partida o seu sentido([20]). Outra alternativa passa pela adoção de conceitos mais amplos como de obra audiovisual ou obra multimédia([21]).

Na mesma linha, o CDADC poderia evitar ambiguidade, reservando a noção de autor para o criador intelectual, titular dos direitos morais, e empregar a expressão titular para designar o sujeito que detém os direitos patrimoniais, revogando-se o art. 27.º/3([22]). Também a noção de transmissão é utilizada em dois sentidos [referindo-se à transmissão radiofónica (e.g. art. 127.º) ou à cedência de direitos — art. 44.º], sendo que no art. 183.º-A se usa "cessão" e "transferência"([23]). O mesmo acontece com "autorização", que tanto se refere a licença como a consentimento([24]).

([18]) Sendo que estes termos têm significado doutrinal e lastro ideológico. Por isso, reconhece-se a existência de dificuldades na adoção de qualquer um deles. Sobre a noção de pirataria cf. Dias Pereira (2011) p. 125, ss. Sobre a noção de plágio *vide* Sá e Mello (2020) pp. 220-253.

([19]) A designação "filme" ocorre 11 vezes (arts. 126.º a 129.º, 134.º, 171.º, 183.º), "videograma" surge 47 vezes e "cinematográfica" (ou cinematográficas) 50 vezes. A isto junta-se a noção de obra audiovisual. Esta confusão esteve no centro da ação de incumprimento C-61/05, *Comissão contra Portugal* (EU:C:2006:467). Tendo em conta a dificuldade da matéria há legisladores, como o alemão, que preferem tratar este tema numa seção autónoma. Sobre isto escreve Ascensão (1992) p. 512: "a lei, equivocamente, usa um luxo de qualificações que se sobrepõem." e, a este propósito, fala numa "grande infelicidade que obscurece o sistema legal" (pp. 137-138).

([20]) Videograma designa um registo de imagens (art. 176.º/5). Filme, definido no art. 183.º/5 como "uma obra cinematográfica ou audiovisual e toda e qualquer sequência de imagens em movimento, acompanhadas ou não de som". A noção de filme inclui quer uma obra protegida por direito de autor, por ser original (obra cinematográfica), quer o videograma que, não sendo obra cinematográfica poderá conter um registo desta. Parece que a obra audiovisual é um conceito mais amplo, que inclui o de obra cinematográfica e obra radiodifundida.

([21]) Rebello (1994) p. 114 propunha substituir a noção de obra radiodifundida (art. 21.º CDADC) pela de obra audiovisual "englobando nesta a obra cinematográfica". Sobre o tema veja-se a tese de doutoramento de Guerra (2018) e ainda Rocha (1996).

([22]) Vieira (2020), pp. 111-112 conclui, a propósito do art. 27.º, "Este é mais um passo em que o défice técnico da lei portuguesa faz surgir um problema que não tem nenhuma razão de ser".

([23]) No art. 100.º utiliza-se a epígrafe "transmissão" e no texto do artigo fala-se em "transferência" e no art. 17.º/3 usa-se "cederam" tendo em vista a transmissão. Rebello (1994) p. 134 propunha "alienação" como o termo mais correto.

([24]) Bessa (2012) pp. 1168-1169. Compare-se os arts. 45.º/2 (autorização como consentimento) e 41.º (autorização como licença).

Por vezes não existe cuidado em distinguir o conteúdo patrimonial do direito de autor do direito de autor como um todo, gerando algumas dúvidas e incongruências. É assim, nomeadamente, nos arts. 45.º, 46.º e 57.º sobre oneração do direito de autor(25). Na verdade, todo o capítulo IV relativo à duração fala da caducidade do direito de autor, o que, numa aproximação mais literal, parece contradizer o disposto nos arts. 56.º e 57.º. A não ser que se afaste o caráter perpétuo do direito moral, o que seria de aplaudir, dever-se-á antes falar de caducidade do direito patrimonial(26). Além disso, como sublinha José Alberto Vieira(27) o legislador utiliza quatro expressões diferentes para se referir à mesma realidade — "direitos patrimoniais", "conteúdo patrimonial", "utilização da obra" e "direito de autor".

Apesar de ser um termo que se generalizou na doutrina, o CDADC só se refere a licença e a licenciamento uma vez (arts. 111.º e 75.º/2/o) respetivamente), utilizando antes "autorização"(28). Creio que atenta a ambiguidade da expressão "autorização", o legislador deveria passar a referir-se antes a licença. Na mesma linha, pese embora a expressão "limitações e exceções" se ter generalizada na doutrina e na legislação europeia(29), o legislador nacional prefere o termo "utilizações livres". Não obstante, no art. 189.º/3, porventura por distração, utiliza essa designação.

Há uma discussão doutrinal sobre a adequação da designação "direitos morais", preferindo-se geralmente a expressão "direitos pessoais do autor"(30). Apesar disso, pela tradição que a designação tem, sobretudo numa perspetiva comparada, não sou favorável a uma alteração.

Por último creio que certas expressões, que não correspondem a noções comuns no direito português — p. ex. "embargos e turbações" (art. 89.º/4), "retribuições previstas no presente código" (art. 167.º/2) ou "recurso, com efeito suspensivo, para a Relação, que *resolverá* em definitivo" (art. 53.º/2) —, deveriam ser substituídas.

---

(25) Rebello (1994) p. 145.

(26) Como assinala Dias Pereira (2008) pp. 479-480 a perpetuidade do direito moral é essencialmente uma ficção "talvez decorrente de um jusnaturalismo não liberto da questão metafísica da imortalidade da alma".

(27) Vieira (2020) p. 258.

(28) Ascensão (1992) p. 385 questiona a existência de uma verdadeira equivalência entre licença e autorização. O Autor retoma o tema em Ascensão (2011) pp. 93-112.

(29) Art. 5.º Diretiva 2001/29, arts. 3.º a 7.º Dir. 2019/790.

(30) Ascensão (1992) pp. 166-167 e Vieira (2020), pp. 214-215. A legislação francesa utiliza direitos morais, a lei alemã direitos de personalidade do autor, e a legislação italiana combina-as falando em "diritti sull'opera a difesa della personalità dell'autore (Diritto morale dell'autore)".

2.4. Sistema externo

A forma como se organiza um código exprime, naturalmente, determinadas conceções sobre o Direito de Autor([31]). O CDADC tem 249 artigos, divididos em 6 títulos, com uma subdivisão em capítulos e secções. É a seguinte:

TÍTULO I — Da obra protegida e do direito de autor
CAPÍTULO I — Da obra protegida
CAPÍTULO II — Do direito de autor
SECÇÃO I — Do conteúdo do direito de autor
SECÇÃO II — Da atribuição do direito de autor
CAPÍTULO III — Do autor e do nome literário ou artístico
CAPÍTULO IV — Da duração
CAPÍTULO V — Da transmissão e oneração do conteúdo patrimonial do direito de autor
CAPÍTULO VI — Dos direitos morais
CAPÍTULO VII — Do regime internacional
TÍTULO II — Da utilização da obra
CAPÍTULO I — Disposições gerais
SECÇÃO I — Das modalidades de utilização
SECÇÃO II — Da gestão do direito de autor
CAPÍTULO II — Da utilização livre e permitida
SECÇÃO I — Da utilização livre
SECÇÃO II — Da utilização permitida
CAPÍTULO III — Das utilizações em especial
SECÇÃO I — Da edição
SECÇÃO III — Da recitação e da execução
SECÇÃO IV — Das obras cinematográficas

([31]) Assim, pode assinalar-se que a visão do legislador português foi no sentido da rejeição da natureza autoral dos programas de computador e das bases de dados, optando por tratar a matéria em legislação extravagante. Por outro lado, a inserção sistemática do direito de sequência indicia uma conceção dualista ou pluralista.

SECÇÃO V — Da fixação fonográfica e videográfica

SECÇÃO VI — Da radiodifusão e outros processos destinados à reprodução dos sinais, dos sons e das imagens

SECÇÃO VII — Da criação de artes plásticas, gráficas e aplicadas

SECÇÃO VIII — Da obra fotográfica

SECÇÃO IX — Da tradução e outras transformações

SECÇÃO X — Dos jornais e outras publicações periódicas

TÍTULO III — Dos direitos conexos

TÍTULO IV — Da violação e defesa do direito de autor e dos direitos conexos

TÍTULO V — Do registo

TÍTULO VI — Protecção das medidas de carácter tecnológico e das informações para a gestão electrónica dos direitos

Subjaz a esta estrutura uma divisão entre estática e dinâmica, entre a concessão de direitos e o seu exercício. No entanto, não parece que essa divisão seja a mais lógica ou coerente. Por exemplo, a transmissão e oneração (essencialmente regras contratuais) estariam mais naturalmente colocadas no Título II "Da utilização da Obra"([32]). As regras dos contratos em especial estão incluídas nas utilizações em especial, em conjunto com outras regras especiais para determinadas categorias de obras (obras fotográficas, obras de artes plásticas, gráficas e aplicadas, jornais e outras publicações periódicas), agrupando-se normas com lógicas marcadamente distintas([33]).

Além das questões de estrutura, existem normas deslocadas, como o art. 39.º, que não lida com duração do direito de autor, o art. 69.º, que estaria mais bem colocado na seção dos direitos morais, e o art. 61.º, que deveria estar junto das normas relativas à penhora([34]).

Na verdade, de uma perspetiva comparativa, o nosso CDADC surge como um documento pouco organizado([35]).

([32]) Falando precisamente numa "parte geral do direito contratual de autor" veja-se Bessa (2012) p. 1137, que assinala "a forma algo descuidada e, quiçá, diletante com que o legislador nacional tratou a parte geral do dos negócios de direito de autor" (p. 1138).

([33]) Dietz (1992) p. 15 (que alude à impressionante quantidade de normas "que não corresponde, de forma alguma, a elevada qualidade"). Também assim Bessa (2012) pp. 1138-1139.

([34]) Rebello (1994) pp. 103 ("… art. 69.º, notoriamente deslocado") e 117 (propondo a colocação do artigo no capítulo dos direitos morais).

([35]) Assinale-se que a transposição das Diretivas 2019/789 e 2019/790 comprometeu a coerência sistemática de certas legislações.

Vejamos([36]).

A lei **alemã**([37]) está dividida em cinco partes: 1. Direito de Autor, 2. direitos conexos, 3. Previsões especiais para filmes, 4. Previsões comuns a direito de autor e direitos conexos, e 5. Âmbito de aplicação, direito transitório e disposições finais.

Na primeira parte, relativa ao direito de autor, depois de um artigo único sobre a finalidade da lei (§1), trata-se da obra (§2-§6), da autoria (§7-10), do conteúdo do direito de autor (§11-27), incluindo direitos morais (§10-12), direitos económicos (§15-23) e "outros direitos" (aluguer, comodato e sequência), do direito de autor no tráfego jurídico (§28--44), isto é, essencialmente transmissão([38]), oneração e licenças de direito de autor, limites e exceções (§44a-63a), da duração (§64-69) e da proteção de programas de computador (§69a-69g).

A segunda parte (§70-87k) aborda a disciplina dos diferentes direitos conexos em especial — publicação de obras inéditas e de obras científicas (correspondente ao art. 39.º CDADC), fotografias não originais, artistas--intérpretes, produtor de fonogramas, organismos de radiodifusão, fabricante de bases de dados e publicações de imprensa.

A terceira parte (§88-95) aborda regras contratuais no contexto de produção cinematográfica e o direito conexo para filmes e a quarta parte enuncia regras comuns ao direito de autor e direitos conexos, focando-se essencialmente nas medidas de proteção e gestão de direitos (§95*a*-96), tutela civil (§97-105), tutela penal e contraordenacional (§106-111) e aspetos processuais (§112-119). A quinta e última parte contém regras sobre o âmbito de aplicação territorial da lei (§120-128), aplicação da lei no tempo (§129-137r) e disposições finais (§138-143). Deve ainda assinalar-se que na Alemanha a gestão coletiva e o contrato de edição são tratados em leis avulsas, respetivamente a *Verwertungsgesellschaftengesetz* e a *Verlagsgesetz*.

A Ley de Propiedad Intelectual **espanhola**([39]) restrita ao Direito de Autor em sentido amplo, está divida em quatro livros: dos direitos de

---

([36]) A lei inglesa (Copyright, Designs and Patents Act 1988) e a a lei norte-americana (Title 17 of the United States Code) obedecem a uma lógica marcadamente diferente (de *copyright*) e não constituem pares comparativos interessantes para os propósitos deste texto.

([37]) Urheberrechtsgesetz — Gesetz über Urheberrecht und verwandte Schutzrechte de 9 de Setembro de 1965, revista pela última vez em Junho de 2021. O legislador alemão optou por transpor o art. 17.º da Diretiva 2019/790 numa lei autónoma: Gesetz über die urheberrechtliche Verantwortlichkeit von Diensteanbietern für das Teilen von Online-Inhalten, de 31 de Maio de 2021. Para um comentário a esta lei veja-se Dreier/Shculze (2022) pp. 2249-2399.

([38]) No Direito Alemão a transmissão de direito de autor só é possível *mortis causa* (§29 UhrG). No entanto, os direitos de utilização (*Nutzungrechte*) são transmissíveis (§34 UhrG).

([39]) Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, revista pela última vez em novembro de 2021.

autor, de outros direitos e da proteção *sui generis* das bases de dados (ou seja, direitos conexos), da proteção dos direitos reconhecidos por esta lei, e do âmbito territorial de aplicação da lei.

O primeiro livro trata, no título I, de disposições gerais (fato gerador, conteúdo, caraterísticas e definição de divulgação e publicação). Segue-se o título II "sujeito, objeto e conteúdo", abordando os sujeitos([40]), as obras, e o conteúdo, dividido em direito moral (primeira seção deste terceiro capítulo), direitos de exploração (isto é, direitos patrimoniais) e outros direitos (direito de sequência([41]) e direito de compensação na cópia privada). O título terceiro trata da duração e limites (incluindo aqui obras órfãs). Curiosamente o título IV prevê apenas um artigo (41) sobre o domínio público. O título V aborda a transmissão de direitos (o que, na conceção do legislador espanhol, inclui também as licenças), incluindo contratos em especial, o Título VI diz respeito a obras cinematográfica e demais obras audiovisuais e o Título VII aos programas de computador.

O livro segundo, sobre direitos conexos, trata imediatamente das diferentes categorias (artistas-intérpretes ou executantes, produtores de fonogramas, produtores de gravações audiovisuais, organismos de radiodifusão, meras fotografias, determinadas produções editoriais) e, antes de abordar o direito *sui generis* sobre bases de dados, inclui uma remissão geral de integração do regime dos direitos conexos (art. 132).

O livro terceiro lida com meios de tutela, registo([42]), gestão coletiva, proteção de medidas tecnológicas de proteção e informação para gestão de direitos e o quarto livro estabelece os critérios de conexão que determinam a aplicação da lei espanhola.

Em **França** a propriedade intelectual é tratada num único *Code de la propriété intellectuelle*, com uma parte legislativa e uma parte regulamentar([43]). A parte legislativa divide-se em três: propriedade literária e artística, propriedade industrial e disposições relativas aos territórios ultramarinos.

A matéria do direito de autor em sentido amplo (propriedade literária e artística) está repartida por três livros: direito de autor, direitos conexos, disposições gerais relativas ao direito de autor, direitos conexos e direito dos produtores de bases de dados. As regras de direito de autor começam

---

([40]) No caso do direito de autor parece-me que esta é uma inversão lógica: só teremos autor com a produção de uma obra. Por isso saber se estamos perante uma obra é um passo prévio a determinar se existe um autor.

([41]) A colocação sistemática do direito de sequência varia — a legislação francesa incluiu-o nos direitos patrimoniais.

([42]) Uma norma interessante é o art. 146.º que alude à possível utilização dos símbolos © e (P).

([43]) Aprovado pela lei de 1 de Julho de 1992, revisto pela última vez em junho de 2022.

com o primeiro título "Objeto do direito de autor", divido em natureza do direito de autor (cinco artigos com princípios fundamentais e o âmbito de aplicação internacional), obra e titulares do direito. O segundo título "direitos dos autores" trata dos direitos morais, direitos patrimoniais e duração. O terceiro título "exploração dos direitos" tem nove capítulos, o primeiro sobre disposições gerais, seguindo-se contratos em especial (2.º), direito de comodato (3.º), exploração informática de livros indisponíveis (4.º), obras órfãs (5.º), pesquisa e referência de obras de arte plásticas, gráficas ou fotográficas (6.º), serviços de partilha de conteúdos em linha (7.º)([44]), exploração de certas obras indisponíveis (8.º) e utilizações de obras de arte visual no contexto de atividades de investigação e ensino superior (9.º).

O segundo livro, sobre direitos conexos, tem um único título tratando da parte geral no primeiro capítulo e dos direitos de cada um dos titulares nos capítulos subsequentes([45]). O terceiro livro sobre disposições gerais trata da cópia privada, gestão coletiva (em grande detalhe)([46]), meios de tutela civil e penal, incluindo medidas técnicas de proteção e de informação e, no quarto e último título, o direito do produtor de bases de dados.

A lei **italiana**([47]) está dividida em 12 títulos: disposições sobre direito de autor (I), direitos conexos (II), direitos do produtor de bases de dados (II*bis*), medidas técnicas de proteção (II*ter*), utilização de conteúdos por prestadores de serviços online (II*quater*)([48]), utilização de obras fora de comércio (II*quinquies*), disposições comuns (III), *diritto demaniale* (IV)([49]), entidades de direito público para aplicação do direito de autor (V), âmbito de aplicação da lei (VI), comité consultivo permanente para o direito de autor (VII) e disposições gerais, transitórias e finais (VIII).

A matéria do direito de autor é tratada pela seguinte ordem: obra, sujeitos, conteúdo e duração (começando pelo direitos patrimoniais, seguindo-se os direitos morais e depois a duração), "regras especiais sobre

---

([44]) Trata-se da transposição do art. 17.º da Diretiva 2019/790.

([45]) A meu ver corretamente, o legislador francês incluiu o direito do editor de imprensa (art. 15.º Dir. 2019/790) no catálogo dos direitos conexos.

([46]) O Legislador francês, como o legislador espanhol, transpôs a Diretiva 2014/26 para a sua lei de Direito de Autor. O legislador português optou pela Lei n.º 26/2015, de 14 de Abril. Na Alemanha a matéria da gestão coletiva de direito de autor e direitos conexos também é tratada em lei separada, a *Verwertungsgesellschaftengesetz* (de 2016).

([47]) Legge sul diritto d'autore (L. 633/1941), revista pela última vez em novembro de 2021.

([48]) Trata-se da transposição do art. 17.º da Diretiva 2019/790.

([49]) Revogado desde 1996. Estava em causa uma previsão de domínio público remunerado. Para uma explicação do sentido do termo veja-se Rebello (1994) pp. 194-195. Sobre o sistema cf. Marzetti (2019) pp. 343-351.

direitos de exploração económica de certas categorias de obras" (incluindo obras dramático musicais, obras coletivas, revistas e jornais, obras cinematográficas, obras radiodifundidas, programas de computador e bases de dados) e exceções e limites (incluindo-se aí o tema das obras órfãs).

Os direitos conexos são abordados individualmente. Ao contrário do que é habitual o legislador italiano não começa pelos artistas-intérpretes, mas antes pelos produtores de fonogramas. As disposições comuns (III) tratam do registo, transmissão de direitos de utilização (normas gerais, transmissão *mortis causa*, contratos em especial — edição, representação e execução — retirada de obras do comércio([50]) e direito de sequência), meios de tutela (civil e penal).

Na **Suíça** a Lei de Direito de Autor([51]) está dividida em nove títulos: (1) objeto (com apenas um artigo), (2) direito de autor (com 6 capítulos, tratando da obra, do autor, do âmbito, da transmissão de direitos e penhora, das restrições ao direito de autor e da duração), (3) direitos conexos, (3*a*) medidas técnicas de proteção e de informação, (3*b*) prestadores de serviço de partilha de conteúdos em linha([52]), (4) gestão coletiva, (5) meios de tutela, (5*a*) tratamento de dados pessoais no âmbito judicial e (6) disposições finais.

A lei dos direitos autorais **brasileira**([53]) começa pela Título I "disposições preliminares", com disposições sobre o objeto da lei, âmbito de aplicação internacional, princípio da interpretação restritiva dos negócios sobre direitos autorais e definições. Segue-se o Título II "das obras intelectuais", que aborda o objeto, a autoria e o registo. O Título III "dos direitos do autor", trata dos direitos morais, dos direitos patrimoniais e respetiva duração, das limitações aos direitos autorais e da sua transferência. O Título IV "da Utilização de Obras Intelectuais e dos Fonogramas" começa pela edição, seguindo-se a comunicação ao público([54]), utilizações de obra de arte plástica, de obra de arte fotográfica, do fonograma, da obra audiovisual, de bases de dados e de obra coletiva. No título V trata-se dos direitos conexos, no título VI da gestão coletiva e no título VII das sanções civis associadas à violação do direito de autor.

([50]) A meu ver faz mais sentido colocar estas normas no âmbito dos direitos morais.

([51]) Loi fédérale sur le droit d'auteur et les droits voisins, de 9 outubro 1992, alterada pela última vez em janeiro de 2022.

([52]) Transposição do art. 17.º da Diretiva 2019/790.

([53]) Lei N.º 9.610, de 19 de Fevereiro de 1998.

([54]) A edição é regulada como tipo contratual, mas a comunicação ao público como faculdade patrimonial, o que parece pôr em causa a coerência desta organização sistemática.

Curiosamente a lei **cabo-verdiana** dos direitos de autor([55]), apesar de ter grandes semelhanças estruturais com o CDADC português, apresenta algumas especificidades interessantes. Começa com uma parte geral "objeto e definições" (arts. 1.º a 6.º), utiliza "titularidade" em vez de "atribuição de direito de autor"([56]), trata do tema do registo na sequência da titularidade (arts. 23.º e 24.º), seguindo-se a duração (e neste contexto inclui a norma da contagem do prazo). Inclui o regime das licenças voluntárias (art. 74.º) ao lado das utilizações livres (art. 75.º) e trata conjuntamente a representação e execução (arts. 90.º, ss.).

Esta panorâmica pelas leis de alguns ordenamentos permite colher inspiração para uma ordenação mais coerente das matérias a tratar. Apresentamos *infra*, depois das propostas substantivas e em jeito de conclusão (**4.**), uma possível estrutura de um novo código.

3. Propostas substantivas

Há algumas deficiências do CDADC já identificadas pela doutrina, relativamente às quais existe um relativo consenso preconizando a respetiva correção. Paralelamente, existem também algumas questões controversas que, pela sua importância prática, deverão ser resolvidas pelo legislador, a fim de ultrapassar a incerteza jurídica que as rodeia.

Por outro lado, é importante reconhecer o papel do Tribunal de Justiça como "legislador provisório" no contexto da evolução do direito de autor europeu([57]), vertendo no direito positivo soluções já estabilizadas ao nível jurisprudencial.

Sem pretensão de exaustividade deixo aqui sugestões de intervenções substantivas que me parecem úteis e, nalguns casos, muito necessárias.

([55]) Decreto-Legislativo n.º 1/2009 de 27 de Abril

([56]) E prevê que as obras do folclore cabo-verdiano pertencem ao Estado (art. 16.º), sendo a respetiva duração ilimitada (art. 33.º).

([57]) Expressão de Jotzo (2017) pp. 447-470.

3.1. Objeto (obra)

A noção de obra tem vindo a sofrer consideráveis desenvolvimentos fruto de uma intervenção harmonizadora do Tribunal de Justiça iniciada no acórdão C-5/08, *Infopaq*([58]).

Face à jurisprudência europeia da última década os requisitos para que uma criação literária ou artística([59]) possa gozar de direito de autor podem ser sintetizados em: (*i*) exteriorização([60]), (*ii*) originalidade, no sentido de constituir uma criação intelectual do próprio autor, e (*iii*) objeto identificável([61]). O art. 1.º/1 CDADC deveria ser atualizado para referir expressamente estes dois últimos requisitos([62]). O disposto no art. 12.º CDADC — ausência de formalidades — ficaria mais bem arrumado no primeiro capítulo. Na linha de jurisprudência recente, poder-se-á acrescentar menção de que o caráter funcional de uma obra não afasta a proteção jusautoral([63]).

Poder-se-á equacionar a introdução de novas categorias de obras ou adotar posição sobre a respetiva classificação — como acontece com as obras audiovisuais, os videojogos ou a chamada obra multimédia([64]). Esta classificação é relevante para determinar qual o regime aplicável, designadamente em termos de titularidade([65]). Por outro lado, seguindo a sugestão

---

([58]) Para uma discussão veja-se Mendes (2021), pp. 41-73, N. Sousa e Silva (2019) pp. 133-156; P. Sousa e Silva (2017) p. 147, ss. e Rosati (2013). Rejeitando a existência de um conceito europeu de obra protegida cf. Vieira (2020), pp. 44-45.

([59]) Como explica Rebello (1994) p. 63 a obra científica é uma modalidade da obra literária. Nesse sentido também fará sentido suprimir a referência ao domínio científico no art. 1.º/1. Sá e Mello (2020) p. 99 faz igual sugestão.

([60]) Rebello (1994) p. 81, ss.

([61]) C-310/17, *Levola Hengelo* (EU:C:2018:899), §40-42, concluindo "não existe possibilidade de identificação precisa e objetiva no que se refere ao sabor de um produto alimentar." Vieira (2020), pp. 42-43 coloca esse problema ao nível da exigência de uma expressão e da ausência de expressão num perfume ou num sabor. Sobre tema *vide* também Dias Pereira (2008) p. 384, ss.

([62]) Os por vezes chamados requisitos negativos constam já do art. 2.º/1. Sá e Mello (2020) p. 100 propõe o seguinte texto "considera-se obra intelectual, objeto de direito de autor, a criação de um bem imaterial segundo expressão formal literária, artística ou audiovisual, ou outra a que a lei venha a reconhecer esse estatuto criativo".

([63]) Veja-se o acórdão C-833/18, *Brompton* (EU:C:2020:461). Pode contrapor-se que isso resulta já, i.a., da proteção de obras de artes aplicadas [art. 2.º/1/*i*)].

([64]) Crítico da referência às obras videográficas e fonográficas, sublinha que "a verdadeira categoria é a das obras audiovisuais" cf. Ascensão (1992) p. 80, ss. Dietz (1992) p. 29 apontava as especiais dificuldades geradas pela noção de obra fonográfica. Veja-se também Vieira (2020), pp. 103-108 e 606, ss., que divide a obra audiovisual em filme, programas televisivos e jogos de vídeo e de computador. Esta sistematização parece-me fácil de compreender e merecedora de consagração legal.

([65]) Cf. Rebello (2002*a*) pp. 202-203 sublinhando a inconveniência de não se aplicar um regime unitário à obra multimédia.

de Oliveira Ascensão(66), fará sentido remover a referência à encenação no art. 2.º/1/*c*), evitando confusões que essa menção poderá gerar. A menção aos lemas ou divisas "se se revestirem de originalidade" [art. 2.º/1/*m*)] não parece ser necessária — a originalidade é um requisito geral e as lemas e divisas serão, quando protegidos, obras literárias. Na mesma linha, creio que a referência à paródia, no art. 2.º/1/*n*) também se encontra deslocada. Na verdade, a paródia será uma obra literária, musical ou audiovisual cuja licitude deve decorrer da previsão de uma utilização livre(67). Além disso, a paródia tanto pode ser uma obra "autónoma" como uma obra derivada.

A epígrafe do atual art. 3.º "Obras equiparadas a originais" deverá ser substituída por "obras derivadas"(68). Essa matéria poderá ser tratada conjuntamente com o disposto no art. 169.º.

Poder-se-ia também alterar a colocação sistemática dos arts. 4.º e 5.º referentes à proteção dos títulos de obras e publicações periódicas, que não constitui direito de autor e cujo registo está previsto no art. 214.º(69). Na mesma linha, o disposto no art. 6.º, definindo obra publicada e obra divulgada, ficaria melhor numa seção relativa a definições.

O art. 7.º/1 deveria conter outra alínea com menção expressa à exclusão das decisões judiciais e dos textos legislativos e regulamentares. Como sugere Ascensão(70), o n.º 2 do art. 7.º deve mencionar também a alínea *b*). Creio igualmente que o n.º 4 do art. 7.º deve ser eliminado — as fontes que poderão impor reserva de divulgação, nomeadamente a disciplina dos segredos comerciais, do sigilo profissional ou do segredo de justiça já farão esse equilíbrio de interesses, que é estranho ao Direito de Autor.

As normas relativas às condições para a tutela jusautoral de fotografias (art. 164.º), bases de dados (art. 1.º/2 e 4.º do DL 122/2000) e programas de computador (art. 1.º/3 e 2.º do DL 252/94)(71) deveriam ser colocadas nesta seção.

---

(66) Ascensão (1992) pp. 79-80. Acrescente-se que o art. 2.º/1 da Convenção de Berna, que é a fonte desta enumeração do art. 2.º CDADC, não se refere à encenação. Em sentido aparentemente favorável à referência cf. Rebello (2002) p. 34. Note-se que a encenação, quando original, constituirá uma obra derivada da obra teatral.

(67) Assim Dias Pereira (2008) p. 542. Em sentido aparentemente diferente *vide* Ascensão (1992) pp. 103-104.

(68) Rebello (2002) p. 38. Sublinhe-se, aliás, que a noção de "obras equiparadas a originais" não volta a ser usada no CDADC. Sobre a obra derivada *vide* Vieira (2020), p. 162, ss.

(69) N. Sousa e Silva (2016) p. 396, ss. (com adicionais referências, demonstrando que a opinião dominante coloca o regime do título da obra no âmbito dos sinais distintivos).

(70) Ascensão (1992) p. 119.

(71) Justificar-se-á codificar a jurisprudência europeia (C-406/10, SAS (EU:C:2012:259)) que já esclareceu que apenas será protegido como programa de computador o código fonte e o código objeto.

3.2. Titularidade e autoria

Apesar de serem dois aspetos distintos: a autoria resulta de um apuramento fatual, saber quem é que é o criador intelectual(72), a titularidade resulta de uma atribuição jurídica, parece haver vantagem em tratar conjuntamente os dois temas(73). Desde logo porque o ponto de partida nesta matéria é o princípio da autoria: salvo disposição especial o titular é o criador intelectual (art. 11.º CDADC)(74).

A livre disponibilidade dos direitos patrimoniais, que resulta dos arts. 11.º *in fine*, 13.º e 14.º/1, poderia ser enunciado uma única vez e deveria esclarecer-se a forma exigida (preferencialmente escrita simples) para se convencionar a atribuição da titularidade dos direitos patrimoniais nessas situações (encomenda, financiamento, prestação de serviços e contrato de trabalho).

Podemos ponderar se a solução prevista no art. 14.º/2 (em caso de encomenda ou relação de trabalho o direito de autor pertence ao criador intelectual) corresponde à expetativa da generalidade dos operadores económicos, mas atenta à sua tradição em Portugal, não creio que faça sentido alterá-la. No entanto, a matéria deveria ser mais claramente regulada num artigo autónomo combinando o disposto nos arts. 13.º, 14.º e 15.º (conviria também esclarecer se no art. 15.º está em causa uma transmissão parcial ou uma licença)(75). Ligado a isto será importante determinar se nestes casos os direitos morais subsistem e, em caso afirmativo, na esfera de quem(76).

O legislador deverá também resolver a questão da qualificação das obras fotográficas criadas pelo fotojornalista, determinando se valerá o regime da obra fotográfica ou da obra jornalística(77). Na verdade, existem

---

(72) Por isso, alterando-se a nomenclatura para distinguir entre autor como criador intelectual e titular dos direitos patrimoniais, não vejo motivo para manter a ressalva inicial do art. 27.º/1 CDADC.

(73) Leitão (2021) p. 107 "a titularidade do direito de autor está intimamente ligada à determinação jurídica de autor".

(74) Com uma perspetiva comparativa em matéria de titularidade e autoria *vide* N. Sousa e Silva (2014) pp. 29-39. Defendendo uma visão radical do princípio da autoria cf. Dias Pereira (2008) p. 436.

(75) Sobre o tema veja-se Sá e Mello (2008) *passim*, concluindo p. 576, ss. pela transmissão parcial. Resolvido este tema poder-se-á determinar se o art. 14.º/4 é ou não redundante face ao art. 49.º.

(76) Ascensão (1992) p. 195 e Leitão (2021) pp. 120-121 sustentam que nestes casos não há direito moral. Em sentido contrário veja-se Vieira (2020), p. 432, Sá e Mello (2020) p. 355 e Dias Pereira (2008) p. 439. Creio que a resposta deve ser no sentido da sua manutenção na esfera do criador intelectual, ou seja, concordo com esta última posição.

(77) Como sublinha Rouxinol (2014) p. 69 não se deve confundir o "a feição criativa da fotografia e trabalhos afins com o seu valor jornalístico ou documental". Em geral, as fotografias jornalísticas poderão gozar de tutela jusautoral.

algumas normas sobre titularidade (arts. 165.º, 166.º, 168.º, 173.º e 174.º e art. 29.º do Código da Publicidade)([78]) que deveriam ser incluídas nesta seção.

A "regulação" da obra compósita prevista no art. 20.º nada acrescenta às regras gerais, recomendando-se a sua remoção([79]). Na mesma linha fará sentido remover o disposto no art. 23.º. Também não se vê a utilidade do disposto no art. 21.º, pelo que se recomenda a respetiva revogação ou alteração. Em contrapartida, será particularmente importante esclarecer em que medida é que, no caso de coautoria, valerão as regras da compropriedade do Código Civil ou as regras da boa-fé([80]).

O legislador poderá tomar igualmente posição quanto a saber se existem direitos morais nas obras coletivas([81]).

3.3. Direito morais

Apesar de a doutrina e a jurisprudência reconhecerem a existência de um direito ao inédito, este não está explicitamente consagrado no CDADC, recebendo apenas uma menção indireta no art. 50.º CDADC([82]). Haverá vantagem em referir-se expressamente esse direito e regulá-lo.

([78]) O art. 29.º/2 do Código da Publicidade dispõe: "Os direitos de carácter patrimonial sobre a criação publicitária presumem-se, salvo convenção em contrário, cedidos em exclusivo ao seu criador intelectual.". Trata-se de uma norma de interpretação difícil (Rebello (1994) p. 129 "redação imperfeitíssima"), que deve ser revogada (ou revista e incluída) com a aprovação de um novo Código. Na mesma linha cf. Sá e Mello (2020) pp. 412-415.

([79]) Até porque o CDADC também não regula as obras coligadas. Dias Pereira (2008) p. 441 parece propor a regulação da conexão de obras.

([80]) Como escrevia Rebello (1994) p. 112: "A contradição entre [o art. 18.º/1 CDADC] e a remissão do art. 17.º-1 para as regras da compropriedade é flagrante. Aliás, tem de reconhecer-se que a redacção do artigo 18º-1 é extremamente infeliz.". Mais tarde, Rebello (2002) p. 62 matizou a sua posição propondo uma interpretação restritiva do art. 18.º/1, resolvendo assim a "aparente contradição". Dando nota da discussão cf. Leitão (2021) p. 115 nota 196. Propondo uma conjugação entre as duas disposições *vide* Vieira (2020), pp. 150-155 e, na mesma linha, Sá e Mello (2020) pp. 74-81.

([81]) Veja-se Sá e Mello (2020) pp. 138-140 (favorável) e Ascensão (1992) pp. 126-127 (contra a concessão de direitos pessoais a pessoas coletivas).

([82]) Dietz (1992) p. 71 e Vieira (2020) p. 221. Na jurisprudência cf. Ac. TRL 2.V.2017 (p. 348/16.2YHLSB.L1-1, rel. Manuel Marques). Leitão (2021) p. 153 refere que este direito está também previsto no art. 6.º. Sá e Mello (2020) p. 141 explica que este direito "é obviamente o pressuposto de todos os outros direitos pessoais". Poder-se-á contrapor que a publicação é antes um direito patrimonial, não se justificando a respetiva consagração nos direitos morais. Parece ser a perspetiva de Leitão (2021) p. 130, na linha de Ascensão (1992) p. 157. Rebello (1994) p. 159, ss. considera que a designação é redutora, não estando em causa apenas a primeira divulgação, mas todas as que se seguirem,

Seria igualmente importante definir os limites do direito de retirada, nomeadamente o fato de este não se aplicar às obras de arquitetura ou de exemplar único([83]) e de não poder ser exercido pelos sucessores do autor([84]). O art. 114.º deveria ser incluído nesta seção uma vez que lida precisamente com um caso especial do exercício do direito de retirada([85]).

O direito de integridade também tem suscitado dúvidas e debates([86]). A jurisprudência já reconheceu que o direito de integridade permite exigir a destruição da obra desvirtuada([87]). Não é, no entanto, claro se o autor tem o direito discricionário e geral de aceder à obra, de a modificar ou mesmo de a destruir nos casos em que não haja uma razão atendível([88]). Creio que numa revisão do Código a manutenção das normas sobre direitos morais tais como estão, eventualmente associada à remoção da palavra "designadamente" do art. 9.º/3, reforçará a resposta negativa a essa questão([89]).

Por outro lado, é importante explicitar que o direito do autor se opor à destruição da obra mencionado no art. 56.º/1 diz, mais corretamente, respeito à destruição do exemplar único de obras de artes plásticas([90]). Outra alternativa passará pela supressão desse direito([91]).

Será importante esclarecer a que título é que é devida a indemnização por perdas e danos prevista no art. 60.º/2 ou, melhor ainda, remover essa

---

reconhecendo a ligação intensa com a faculdade patrimonial de publicação. Pessoalmente não sou partidário da respetiva autonomização, pois creio que essa faceta pessoal é consumida pela faculdade patrimonial de publicação. Até porque, como sublinha Rebello (1994) p. 161 "o cordão umbilical" que une a obra ao criador é assegurado pelo direito de retirada. Nas palavras de Ascensão (1992) p. 174 "O direito de retirada é o reverso do direito ao inédito".

([83]) Leitão (2021) p. 154.

([84]) Rebello (1994) p. 162.

([85]) Sá e Mello (2020) p. 147.

([86]) Rebello (1994) p. 165.

([87]) Ac. TRL 4.IX.2004 (p. 5451/2003-6, rel. Isabel Pereira) — estava em causa um quadro de Fernando Calhau que havia sido repintado. Esta possibilidade é aliás mencionada no art. 202.º/1 CDADC.

([88]) A meu ver a resposta deve ser negativa e o Código não dá nenhuma indicação textual que faça supor uma resposta positiva. Em sentido contrário cf. Rebello (1994) pp. 166 e 177 e, menos categórico quanto à modificação, mas admitindo o direito de acesso, Leitão (2021) pp. 161-163. Rejeitando o direito de modificação cf. Vieira (2020), pp. 240-242. Sá e Mello (2020) pp. 158-159 admite a existência do direito à modificação, mas rejeita a existência de um direito de acesso (ainda que favoreça a sua consagração *de iure condendo*).

([89]) No sentido da tipicidade legal dos direitos morais e da ausência de um direito de acesso cf. Ascensão (1992) p. 169. Rejeitando a tipicidade e admitindo a existência de um direito limitado de acesso *vide* Vieira (2020), pp. 247-248 e Rebello (2002) p. 50.

([90]) Ascensão (1992) pp. 184-185 que propõe "reduzir a asneira por meio de interpretação".

([91]) Ascensão (1992) p. 350 fala em "desvario" e conclui "todo o sistema carece de ser revisto com urgência".

referência à indemnização por perdas e danos, que será garantida nos termos gerais([92]).

Como já se assinalou o art. 69.º deveria estar colocado na seção dos direitos morais.

3.4. Direitos patrimoniais

Em matéria de direitos patrimoniais, a técnica no direito de autor português passa pela formulação de um direito geral de aproveitamento/exploração económica da obra (arts. 9.º/2, 67.º e 68.º/1 CDADC), seguindo-se uma enumeração exemplificativa (art. 68.º/2). Nesse sentido, à primeira vista poderia parecer desnecessário definir em detalhe os contornos de cada faculdade patrimonial (tal como a reprodução, comunicação ao público, colocação à disposição, execução pública ou distribuição). No entanto, tendo em conta o desenvolvimento do direito de autor europeu, parece-me importante dedicar um artigo autónomo a cada uma das principais faculdades incluídas no direito patrimonial de autor([93]).

Esta será uma forma de acabar com a enumeração do n.º 2 do art. 68.º, cujo critério de organização não é claro([94]). Neste domínio justifica-se refletir e sintetizar a jurisprudência europeia em alguns aspetos já

([92]) Com uma perspetiva bastante ampla dessa indemnização *vide* Rebello (1994) p. 173. Em sentido, mais restrito, com o qual concordo, cf. Leitão (2021) p. 161 e Ascensão (1992) p. 187.

([93]) Na verdade, podemos mesmo questionar se o sistema de *numerus apertus* é adequado e reflete a realidade do atual direito de autor no contexto europeu. Se o TJ afirma que uma determinada utilização da obra — tal como uma atividade de preparação de uma radiodifusão [C-325/14, *SBS Belgium* (EU:C:2015:764)] ou um certo tipo de hiperligação [C-466/12, *Svenson* (EU:C:2014:76)] — não constitui comunicação ao público, não parece que se possa incluir essa atividade no direito geral de fruição económica da obra. Uma questão análoga foi discutida no caso C-279/13, *C More* (EU:C:2015:199) e aí o tribunal concluiu (§37) que "o artigo 3.°, n.° 2, da Diretiva 2001/29 deve ser interpretado no sentido de que não se opõe a uma legislação nacional que alarga o direito exclusivo dos organismos de radiodifusão referidos no mesmo artigo 3.°, n.° 2, alínea *d*), relativamente a atos de comunicação ao público que possam constituir transmissões de encontros desportivos realizadas em direto através da Internet, como os que estão em causa no processo principal, desde que tal alargamento não afete a proteção do direito de autor". Apesar disso, não me parece que o nosso sistema, sem taxatividade, seja contrário ao direito europeu. Discutindo o problema e propondo a "tipicidade das faculdades instrumentais" *vide* Ascensão (1992) pp. 209-210.

([94]) Ascensão (1992) p. 206 "um rol sem nenhum critério"; Vieira (2020) p. 266 "uma certa desarrumação"; Dias Pereira (2008) p. 492 "falta de arrumação (…) *gurgite vasto* de possíveis utilizações"; Dietz (1992) p. 87 "algo desconcertante (…) e nem sempre totalmente feliz", assinalando ainda "uma certa insegurança terminológica, que nasce da falta de sistemática da enumeração" do art. 68.º (p. 98).

sedimentada, nomeadamente em matéria de distribuição, comunicação ao público e colocação à disposição, bem como acrescentar algumas menções a formas de exploração digital([95]). De igual modo, o conteúdo do DL 332/ /97, de 27 de Novembro deverá passar para o Código. Em resultado da reorganização das normas sobre as faculdades patrimoniais, a regra sobre esgotamento (atualmente art. 68.º/5) podia ser tornada mais percetível e, na linha da jurisprudência europeia, esclarecer-se quais os seus limites.

Pela sua importância pedagógica, poder-se-ia passar o conteúdo do art. 108.º/1 CDADC (irrelevância da natureza lucrativa, pública ou privada do contexto em que a obra é utilizada) para o art. 67.º ou 68.º.

Creio que, apesar de o direito de sequência ser inalienável, não deixa de ser um direito patrimonial, o qual deve ser incluído nesta secção do Código.

3.5. Exercício

A meu ver, a matéria do exercício do Direito de Autor (transmissão, oneração e licenças), com especial destaque para os negócios jurídicos, em geral e em especial, deveria se tratada sistematicamente depois do regime do Direito de Autor (objeto imediato desse exercício). Seria igualmente útil enunciar o princípio da destinação (art. 68.º/3) e da autonomia (art. 68.º/4) na seção dos negócios jurídicos em geral([96]). Também fará sentido estabelecer. expressamente e de forma geral, o princípio da interpretação funcional (de inspiração alemã — *Zweckübertragungslehre*), que consta atualmente do art. 11.º/3 do DL 252/94([97]).

Neste contexto é urgente revogar a obsoleta exigência de escritura pública para transmissão total de direito de autor (art. 44.º CDADC) e clarificar o tema das formalidades, prenhe de debates e dúvidas indesejá-

---

([95]) Por exemplo, refletindo a jurisprudência C-174/15, *VOB* (EU:C:2016:856), de acordo com a qual não pode haver *aluguer* de objectos digitais, mas nada impede o *comodato público* de cópias digitais. Nessa linha, creio que se deve suprimir a palavra "material" das referências a suporte nos arts. 141.º, 176.º e 181.º. Sublinhando a necessidade de regulação do *simulcasting* e *webcasting* veja-se Casimiro (2016) pp. 200-203. Propondo seguir a tipologia das Diretivas europeia *vide* Dias Pereira (2008) p. 494, ss.

([96]) Dietz (1992) p. 167 assinala que esses artigos "pertencem sistematicamente à parte geral do direito contratual de autor". Na mesma linha vai Bessa (2012) pp. 1146-1147.

([97]) Veja-se Bessa (2012) pp. 1156-1159, Sá e Mello (2020) pp. 165-166 e Ascensão (1992) pp. 432-434. Tenho mais reticências em admitir o princípio da interpretação restritiva que Bessa (2012) pp. 1159-1160 propõe.

veis([98]). Em geral, creio que, tirando no caso da transmissão total ou relativa a obras futuras, não se justificará algo mais solene que a forma escrita([99]).

A matéria das onerações requer igualmente uma intervenção. Como assinalava Luiz Rebello([100]) "do ponto de vista técnico a formulação e sistematização [dos arts. 45.º, 46.º, 47.º e 50.º] deixa bastante a desejar (…) Estipulam-se regras óbvias, de uma evidente redundância". Na linha das propostas de Luiz Rebello, fará sentido agrupar o conteúdo dos arts. 45.º/1, 46.º/1 e 47.º/1 numa única disposição([101]). O disposto no art. 45.º/2 e 46.º/2 deverá ser revogado e o conteúdo do art. 50.º (sobre penhora de obras inéditas e incompletas) deve aparecer na sequência do arresto e penhora comuns (art. 47.º). Também me parece que o disposto no art. 61.º sobre direitos morais em caso de penhora ficaria mais bem colocado nesta seção.

Poderá justificar-se a previsão expressa da renúncia ao direito de autor como uma forma de exercício da autonomia privada, sugerindo-se a respetiva introdução numa alínea *c*) do art. 40.º([102]).

Como já assinalei, a regulação dos contratos em especial deve ser condensada.

3.6. Limites e exceções

O primeiro grande limite ao direito de autor é a sua duração([103]). A meu ver os prazos de caducidade dos direitos patrimoniais (atualmente arts. 31.º a 38.º) ficariam bem colocados numa seção relativa a limites e

---

([98]) Rocha (2009) pp. 769-795 e Dias Pereira (2008) pp. 447-452. Discute-se, entre outras coisas, qual a forma exigida para a convenção em contrário dos arts. 13.º e 14.º, se as exigência de forma são *ad probationem* ou *ad substantiam* e se isso é diferente para a transmissão total (art. 44.º), parcial e oneração (art. 43.º/2), e para a autorização (art. 41.º/2). Não é também claro se as formalidades se aplicam aos contratos sobre direitos conexos. Bessa (2012) p. 1167 dá ainda nota que a referência a reconhecimento notarial de assinaturas (art. 43.º/2) já não faz sentido à luz do Código do Notariado.

([99]) Rocha (2009) p. 775 ("o CDADC parece-nos excessivamente formal"). Ascensão (1992) p. 424 manifesta-se mesmo favorável à liberdade forma exceto no caso da transmissão total e definitiva.

([100]) Rebello (1994) p. 145.

([101]) Por exemplo "Os direitos patrimoniais do autor podem ser dados em penhor, objeto de penhora, arresto ou usufruto legal ou voluntário".

([102]) Leitão (2021) p. 199; Ascensão (1992) p. 413.

([103]) Dias Pereira (2008) p. 596, ss. parece ir no mesmo sentido. Em sentido contrário Ascensão (1992) p. 212 entende que falar da duração como um limite parte da conceção de um direito de autor tendencialmente perpétuo. O Autor também se opõe à classificação das utilizações livres como exceções (p. 216). Vieira (2020) p. 362 prefere falar em conteúdo negativo e limites gerais. Sobre a discussão terminológica, veja-se Rendas (2021) p. 62, ss.

exceções. Como explicado por Luiz Rebello([104]), o art. 51.º deveria estar igualmente inserido na seção relativa à duração.

Por motivos de clareza sugiro que as licenças não voluntárias sejam revistas e agrupadas. Nalguns casos, como o do art. 191.º, será importante confirmar se faz sentido a respetiva manutenção([105]). Poder-se-á também querer prever e regular as licenças alargadas, mas creio que estas ficarão mais bem colocadas na seção relativa à gestão coletiva.

As obras órfãs também deveriam ser tratadas nesta seção e de forma conjunta([106]).

A matéria das utilizações livres poderá ser reorganizada. Justifica-se dedicar um artigo autónomo à cópia privada e exceção reprográfica e outro às utilizações livres exclusivas de instituições sem fins lucrativos. Será também boa altura para esclarecer que o disposto no art. 75.º/5 (nulidade das cláusulas contratuais que limitem utilizações livres) é princípio geral, igualmente aplicável a outras utilizações que não as previstas naquele artigo, nomeadamente o uso privado [art. 81.º/*b*)] e no caso dos direitos conexos([107]). E para corrigir a diferença, subtil, mas importante, entre bibliotecas, arquivos e museus públicos (tal como consta do art. 75.º/2/e) CDADC) e bibliotecas, arquivos e museus "acessíveis ao público" [como prevê o art. 5.º/2/*c*) da Diretiva 2001/29]([108]).

Tal como proposto *supra* no contexto dos direitos patrimoniais, também aqui fará sentido codificar alguma jurisprudência europeia. Nessa linha Tito Rendas sugere([109]): esclarecer que a cópia privada não se aplica quando a fonte da cópia é ilícita, que a fixação efémera (prevista no art. 187.º) pode ser feita por terceiros em nome do organismo de radiodifusão e que a citação inclui a referência a ficheiros por meio de hiperligações.

([104]) Rebello (1994) p. 146.

([105]) Este artigo não parece ter sido efetivamente implementado pelo Ministério da Cultura, uma vez que não se conhece tabela de taxas/caução aplicável. Aparentemente o que acontece neste momento é antes a concessão de uma licença alargada (presumindo-se, informalmente e sem fundamento legal, que as sociedades de gestão representam todos os titulares).

([106]) Atualmente o tema está nos arts. 26.º-A, 26.º-B e 75.º/2/*u*).

([107]) Na verdade, do ponto de vista lógico, não faz muito sentido que o art. 81.º não surja imediatamente a seguir aos arts. 75.º e 76.º. Como assinala Vieira (2020) pp. 364-365 o âmbito do art. 75.º/2/*a*) é coincidente com o do art. 81.º/b) não se justificando a duplicação.

([108]) Veja-se ainda o considerando 40 da Diretiva Infosoc. Mesmo que esta redação não seja alterada, a correção interpretativa impõe-se.

([109]) Rendas (2021) p. 271.

3.7. Direitos conexos

Faria sentido reorganizar a regulação dos direitos conexos, tratando as categorias específicas de titulares e concluindo com disposições comuns.

Tal como explicado em textos anteriores([110]), o regime dos direitos conexos do CDADC tem várias deficiências. Retomando sugestões que já formulei noutro contexto, seria aconselhável:

— consagrar com contornos claros ou, alternativa que prefiro, excluir a existência de um "direito ao espectáculo" através de norma que adote expressamente o princípio do *numerus clausus* de direitos conexos;

— alterar a epígrafe do art. 183.º-A para "extensão da duração" e reorganizar essa norma;

— eliminar a exigência de formalidades do art. 185.º/1;

— independentemente da manutenção do actual art. 185.º, remover a referência a esse artigo na enumeração do art. 205.º/2;

— alterar a inserção sistemática do actual art. 39.º, colocando-o na secção relativa aos direitos conexos;

— esclarecer o conteúdo da protecção dos dois direitos conexos previstos no art. 39.º;

— resolver a contradição entre os arts. 39.º e 78.º do CDADC, revogando este último;

— suprimir o art. 189.º/2 ou, caso se sustente uma interpretação que lhe dê significado operativo, autonomizá-lo num artigo tornando claro esse significado;

— transformar o art. 193.º num n.º 4 do actual art. 190.º;

— consagrar no CDADC o direito de distribuição para os artistas-intérpretes e para os organismos de radiodifusão, ou seja, mover o conteúdo do art. 7.º do DL n.º 332/97, de 27 de Novembro para o CDADC;

— alterar a definição de "distribuição" do art. 176.º/8 removendo a referência a "quantidade significativa" ou, melhor ainda, remover essa definição;

([110]) N. Sousa e Silva (2016) pp. 355-445 e N. Sousa e Silva (2017) pp. 103-148. A proposta de alterar a lei da cópia privada, removendo o editor da lista dos beneficiários das respetivas receitas é agora incompatível com o art. 16.º da Diretiva 2019/790.

— incluir na definição de organismo de radiodifusão do art. 176.º/9 a referência, que consta actualmente do art. 187.º/2, à exclusão dos distribuidores de cabo que se limitem a efectuar a retransmissão;

— harmonizar o art. 68.º/2/*f*) com o art. 6.º do DL 332/97, de forma a esclarecer se o direito de comodato público dos autores é um direito exclusivo ou de remuneração;

— retirar das alíneas *b*) e *c*) do n.º 1 do art. 178.º a expressão "sem o seu consentimento";

— remover a expressão "em suporte material" da alínea *b*) do n.º 1 do art. 178.º;

— remover a referência à execução pública de fonogramas do art. 184.º n.º 2;

— fundir o art. 189.º/1/*f*) com o art. 189.º/3;

— acrescentar ao art. 183.º/1 uma nova alínea que mencione expressamente a duração do direito do produtor de fonogramas: 50 anos, com possibilidade extensão para 70 anos no caso de lícita publicação ou comunicação ao público (tal como consta do art. 3.º/2 da Directiva 2006/115/CE);

— como consequência deste acrescento, tornar inequívoca a aplicabilidade da regra da reciprocidade material do art. 37.º (*ex vi* art. 183.º/6) aos direitos conexos dos produtores de fonogramas;

— esclarecer qual a duração dos direitos morais dos artistas-intérpretes;

— excluir expressamente a figura do plágio de prestação, acrescentando uma alínea ao art. 196.º/4;

— acrescentar uma referência aos artistas-intérpretes no art. 202.º.

3.8. Tutela e disposições finais

Além das designações invertidas de "usurpação" e "contrafação", que importa corrigir, fará mais sentido que os tipos criminais (atualmente arts. 195.º, 196.º, 198.º e 199.º) sejam apresentados de forma seguida e só depois seja enunciada a moldura penal, que lhes é comum([111]). Será tam-

([111]) Neste momento, a moldura penal consta do art. 197.º com remissões dois artigos "para trás" e dois artigos "para a frente".

bém importante alterar o art. 200.º, abandonando a natureza pública dos crimes. Estamos perante a violação de direitos livremente disponíveis, devendo estes crimes depender de queixa (e permitindo-se a respetiva desistência, facilitando a desejável celebração de acordos em caso de litígios judiciais, à imagem do que sucede com os direitos de propriedade industrial)([112]). O texto do artigo 195.º/3 deverá ser corrigido para abranger também os titulares de direitos conexos([113]) e o art. 196.º deve passar a referir "utilização" em vez de reprodução([114]).

Em função das alterações que venham a ser feitas poderá ser necessário rever o catálogo contraordenacional do art. 205.º.

Poder-se-á ponderar se o art. 209.º relativo a medidas cautelares administrativas não se deve estender igualmente aos titulares de direitos conexos uma vez que, pelo menos de um ponto de vista literal, só se aplica aos titulares de direito de autor.

O previsto no art. 210.º ficaria porventura mais bem colocado como um número do art. 29.º. Poder-se-á igualmente ponderar se o conteúdo do art. 216.º não deveria ser transferido para aí. Na mesma linha, o art. 210.º-L, que define escala comercial, deveria constar antes dos artigos que utilizam essa noção [i.e. art. 210.º-A/2, 210.º-F/2/*a*) e 210.º-H/1].

Será igualmente importante suprimir o n.º 6 do art. 211.º, que resulta de uma errada transposição da Diretiva 2004/48([115]).

Na linha de Sá e Mello([116]) creio que a existência de um registo não se justifica. Por isso, idealmente dever-se-iam suprimir os arts. 213.º a 216.º e revogar o DL143/2014. Caso se decida manter o registo, sugere-se substituir, no art. 215.º/1, "estão sujeitos a registo", que pode dar a impressão de obrigatoriedade desse registo, por "podem ser registados".

O art. 221.º/4 remete para legislação revogada, devendo ser corrigido. Na mesma linha o art. 229.º ainda se refere à arbitragem de direitos indisponíveis, utilizando um critério diferente do da LAV, pelo que deveria ser atualizado([117]).

([112]) Assinale-se que é válida a celebração de um acordo de licença com eficácia retroativa, o que, em qualquer caso, tornará a conduta lícita. Os juristas podem viajar no tempo…

([113]) Ramalho (2012) p. 222.

([114]) Ramalho (2012) p. 224: "o facto de o art. 196.º fazer referência ao conceito técnico de "reprodução" significa que a contrafacção implica sempre a criação de um ou mais exemplares, os quais virão a ser sujeitos ao regime das obras contrafeitas, nos termos dos arts. 199.º e 200.º, pelo que, sempre que a conduta perpetrada não se traduza na produção de um exemplar contrafeito (como será geralmente o caso quando estivermos no âmbito da Sociedade da Informação), apenas haverá lugar à aplicação do disposto no art. 198.º al. *a*) e não ao 196.º".

([115]) P. Sousa e Silva/N. Sousa Silva (2022) pp. 90-91 e 96.

([116]) Sá e Mello (2020) p. 538.

([117]) Fidalgo (2017) p. 185.

4. Conclusão

Na sequência das alterações propostas neste texto (designadamente resultante da introdução das matérias constantes de legislação avulsa no Código), sugiro a seguinte estrutura para um novo Código (indicam-se entre parêntesis os artigos do CDADC que caberiam em cada secção)([118]):

1. Âmbito e objeto
- 1.1. Âmbito de aplicação (arts. 63.º-66.º, 190.º e 194.º, arts. 4.º e 5.º DL 333/97, arts. 2.º e 3.º DL 122/2000)
- 1.2. Princípios gerais (algumas normas como os arts. 1.º/2, 9.º, 10.º, 12.º, 56.º, 67.º e 213.º poderão fazer sentido aqui, poder-se-á igualmente enunciar princípios ou estabelecer definições legais, como as que constam do art. 6.º, 82.º-A e 176.º)([119])

2. Direito de Autor
- 2.1. Obra (arts. 1.º-8.º, 10.º, 12.º, 164.º)
- 2.2. Titularidade e autoria
  - 2.2.1. Autoria (arts. 26.º, 27.º-29.º, 210.º)
  - 2.2.2. Titularidade (arts. 11.º, 13.º-25.º, 165.º, 166.º, 168.º, 173.º, 174.º, art. 29.º do Código da Publicidade)
- 2.3. Conteúdo (art. 9.º)
  - 2.3.1. Direitos morais (arts. 56.º-60.º, 62.º, 69.º, 70.º, 114.º, 161.º, 167.º, DL 150/82)
  - 2.3.2. Direitos patrimoniais (arts. 54.º, 67.º, 68.º, 157.º, DL 332/97)
- 2.4. Exercício dos direitos patrimoniais([120])
  - 2.4.1. Em geral (arts. 30.º, 40.º-50.º, 55.º, 61.º, 159.º, 160.º, 162.º, 163.º)
  - 2.4.2. Em especial
    - 2.4.2.1. Edição (arts. 83.º-106.º, 175.º)
    - 2.4.2.2. Representação, recitação e execução (arts. 107.º-113.º, 115.º-123.º)

([118]) Sendo que sugiro a revogação dos arts. 20.º, 21.º, 23.º, 72.º, 78.º, 112.º, 118.º, 143.º, 159.º, 163.º, 170.º, 175.º, 177.º, 211.º-B e 213.º a 216.º

([119]) Rebello (1994) pp. 205, ss., a propósito das modalidades de utilização e exploração da obra, enuncia os seguintes princípios: *a*) exclusividade, *b*) liberdade, *c*) autonomia ou especialidade, *d*) exclusão do uso privado, *e*) onerosidade e *f*) irrelevância do fim lucrativo.

([120]) Esta matéria é regulada aqui e aplicável aos direitos conexos por via do atual art. 192.º CDADC. Dever-se-ia prever norma remissiva equivalente.

2.4.2.3. Produção fonográfica e audiovisual (arts. 124.º-140.º, 141.º-143.º, 145.º-148.º)
2.4.2.4. Radiodifusão e transmissão por satélite e por cabo (arts. 149.º, 151.º-156.º e DL 333/97)
2.4.2.5. Reprodução, transformação e outras modificações (arts. 169.º-172.º)
2.4.3. Gestão coletiva (arts. 72.º-74.º)
2.5. Limites e exceções
2.5.1. Duração dos direitos patrimoniais (arts. 31.º-38.º, 51.º, DL 334/97, DL 150/82)
2.5.2. Obras órfãs (arts. 26.º-A, 26.º-B e 75.º/2/u))
2.5.3. Licenças não voluntárias (arts. 52.º, 53.º, 71.º, 82.º-A, 82.º-C, 144.º, 150.º, 191.º)
2.5.4. Utilizações livres (arts. 75.º-82.º)

3. Direitos Conexos([121])
3.1. Artistas-intérpretes
3.2. Produtores de fonogramas
3.3. Produtores de videogramas
3.4. Organismos de radiodifusão
3.5. Publicações (art. 39.º)([122])
3.6. Produtores de bases de dados (parte do DL 122/2000 referente ao direito *sui generis* do fabricante de bases de dados)([123])
3.7. Disposições comuns (art. 192.º)

4. Disposições comuns
4.1. Registo (arts. 213.º-216.º, sendo que idealmente o registo não existiria)
4.2. Tutela penal (arts. 195.º-202.º)
4.3. Tutela contraordenacional (arts. 204.º a 209.º)
4.4. Tutela civil (arts. 203.º, 210.º-A a 212.º e 229.º)
4.5. Medidas técnicas de proteção e informações de gestão eletrónica de direitos (arts. 217.º-228.º)

([121]) Esta secção pressupõe uma alteração mais profunda de sistematização, daí a ausência de referência direta aos arts. 176.º a 194.º.

([122]) Poderá fazer sentido incluir aqui também a transposição do art. 15.º da Diretiva 2019/790.

([123]) As regras relativas ao direito de autor sobre bases de dados deveriam ser incluídas nas secções respetivas na medida em que se desviem do regime geral.

As normas do DL 252/94 e do DL 122/200 deveriam ser refletidas nos vários pontos do CDADC, devendo ter-se por ultrapassada a discussão sobre a existência ou não de uma ficção relativa à natureza literária dos programas informáticos([124]).

Na data em que este texto é escrito, Agosto de 2022, verifica-se que o CDADC ainda aguarda alteração com vista à transposição das Diretivas 2019/ /789 e 2019/790([125]). Transformando "um problema numa oportunidade", poder-se-ia aproveitar este atraso para rever o articulado do código, à luz deste e de outros contributos que a doutrina portuguesa tem vindo a avançar, sem ter merecido até agora a atenção do legislador.

([124]) Nesse sentido, Rebello (2002) p. 36 e, já em 1983, numa comunicação à Academia das Ciências. Discutido exaustivamente o assunto e concluindo nesse sentido cf. Vieira (2005). Na mesma linha vai Dias Pereira (2008) p. 408, ss.

([125]) O prazo de transposição expirou no dia 7 de Junho de 2021.

Bibliografia

Akester, Patricia (2020) *Procura-se: Coragem política para reformar o Código de Direito de Autor e Direitos Conexos in* Revista da Ordem dos Advogados pp. 257-274.

Ascensão, Oliveira (1992) *Direito de Autor*, Coimbra Editora.

____ (2011) *A «Licença» no Direito Intelectual*, *in* AAVV, *Contratos de Direito de Autor e de Direito Industrial*, Almedina, pp. 93-112.

____ (2014) *Mudanças legislativas no âmbito do Direito Autoral*, in Revista de Direito Intelectual, n.º 2 (2014) pp. 191-209.

Bessa, Tiago (2012) *Direito Contratual de Autor e Licenças Voluntárias de Exploração da Obra in* Revista da Ordem dos Advogados pp. 1129-1246.

Casimiro, Sofia de Vasconcelos (2016) *A Convergência dos Meios de Comunicação e o Direito de Autor: Tempos de Mudança,* in Revista de Direito Intelectual, n.º 1 (2016) pp. 179-203.

Dias Pereira, Alexandre (2008), *Direitos de Autor e Liberdade de Informação*, Almedina

____ (2011), *Pirataria e Cópia Privada*, *in* AA.VV, *Direito da Sociedade da informação*, Vol. IX, Coimbra Editora.

Dietz, Adolf (1992), *El Derecho de autor em España y Portugal*, Ministerio da Cultura.

Dreier, Thomas /Schulze, Gernot (2022) *Urheberrechtsgesetz: Kommentar*, 7.ª ed., C. H. Beck.

Fidalo, Vitor Palmela (2017), *A Arbitragem Voluntária e a Propriedade Intelectual*, in Revista de Direito Intelectual, n.º 1 (2017) pp. 157-197.

Guerra, Ana Isabel (2020) *Da Obra Audiovisual: Questões de Qualificação e de Proteção*, 5 livros.

Guichard, Raul (2012) *Tópicos sobre técnicas legislativas*, *in* <https://sites.google.com/site/textosderaulguichard/>.

Jotzo, Florian (2017) *Der EuGH als Interimsnormgeber im digitalen Urheberrecht,* in Zeitschrift für geistiges Eigentum (ZGE/IPJ) (2017) pp. 447-470.

Leitão, Luis Menezes (2021) *Direito de Autor*, 4.ª ed., Almedina.

Marzetti, Maximiliano (2019) *Paying for works in the public domain? The "domaine public payant" in the 21st century* GRUR-Int pp. 343-351.

Mendes, Manuel Oehen (2021), *A obra enquanto objecto do Direito de Autor*, *in* Revista de Direito Intelectual n.º 1 (2021) pp. 41-73.

Moura Vicente, Dário/J. P. Remédio Marques/Nuno Sousa e Silva/Sofia De Vasconcelos Casimiro (2021) *Nótula sobre as Propostas de Lei N.os 113/XIV E 114/XIV em Matéria de Direito de Autor e Direitos Conexos no Mercado Único Digital* Revista de Direito Intelectual 2/2021 pp. 177-197*.

Ramalho, David Silva (2012) *Tutela penal dos direitos de autor e dos direitos conexos na sociedade da informação in* Revista da Ordem dos Advogados pp. 179-245.

Rendas, Tito (2017) *As alterações à (nova) lei da gestão colectiva dos direitos de autor e dos direitos conexos (Decreto-Lei n.º 100/2017, de 23 de agosto)*, *in* Revista de Direito Intelectual, n.º2 (2017) pp. 23-35.

Rendas, Tito (2021) *Exceptions in EU Copyright Law: In Search of a Balance Between Flexibility and Legal Certainty*, Wolters Kluwer.

Rebello, Luiz (1973) *Visita Guiada ao Mundo do Direito de Autor*, Ordem dos Advogados — Conselho Distrital do Porto.

____ (1986) *Nouvelles Du Portugal/News From Portugal*, in Revue internationale du droit d'auteur p. 154, ss.

____ (1994) *Uma Introdução ao Direito de Autor*, SPA, Publicações Dom Quixote.

____ (2002) *Código de Direito de Autor e Dos Direitos Conexos Anotado*, Âncora Editora.

____ (2002*a*) *Informação sobre Direitos*, *in* AAVV, *Direito da Sociedade da Informação*, Vol. III, Coimbra Editora.

Rocha, Victória (1996) *Multimédia e direito de autor: alguns problemas*. in Actas de Derecho industrial y Derecho de Autor pp. 175-218.

____ (2009) Q*uestões de Forma nos Contratos de exploração de Direitos de Autor e Direitos Conexos em Portuga*l, in AAVV *Estudos em Homenagem ao prof. Doutor Manuel Henrique Mesquita*, Vol. II, Coimbra Editora, pp. 769-795.

Rosati, Eleonora (2013), *Originality in EU Copyright. Full Harmonization through Case Law*, Edward Elgar.

Rouxinol, Milena (2014) *A Vinculação Autoral do Trabalhador Jornalista*, Coimbra Editora.

Sá e Mello, Alberto (2008) *Contrato de Direito de Autor*, Almedina.

____ (2015) *O registo de obras literárias e artísticas — o novo regime em 2015*, Revista de Direito Intelectual n.º 2 (2015) pp. 7-20.

____ (2020) *Manual de Direito de Autor e de Direito Conexos*, 4.ª ed., Almedina.

Sousa e Silva, Nuno (2014) *The ownership problems of overlaps in European Intellectual Property*, Nomos Verlag.

____ (2016) *Direitos conexos (ao direito de autor) in* Revista da Ordem dos Advogados pp. 355-445.

____ (2017) *Algumas questões (controversas) e outras tanta sugestões a propósito do regime nacional dos direitos conexos in* Revista de Direito Intelectual 1/2017 pp. 103-148.

____ (2019) *The boundaries of EU copyright law: Cheese, jeans and a military report in the Court of Justice in* Market and Competition Law Review, Vol III n.º 1 pp. 133--156.

____ (2020) S*ubsídios para a transposição da Diretiva 2019/790 in* Revista de Direito Intelectual 1/2020 pp. 245-272.

Sousa e Silva, Pedro/Sousa e Silva, Nuno (2022), *A Responsabilidade Civil no Direito Intelectual* in AAVV, *Propriedade Intelectual, Contratação e Sociedade da Informação: Estudos Jurídicos em Homenagem a Manuel Oehen Mendes*, Almedina, pp. 49-96.

Sousa e Silva, Pedro (2017) *A Protecção Jurídica do Design*, Almedina.

Vieira, José Alberto (2005) *A Protecção dos Programas de Computador pelo Direito de Autor,* Lex.

Vieira, José Alberto (2020) *Direito de Autor: Dogmática Básica*, Almedina.

DA DIMENSÃO CONSTITUCIONAL DOS ACORDOS DE FINANCIAMENTO *("LITIGATION FUNDING AGREEMENTS")* DE AÇÕES POPULARES INDEMNIZATÓRIAS: UM PROBLEMA DE ABUSO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

Pelo Prof. Doutor Paulo Otero(*)

Sumário:

§1.º Introdução. §2.º Do exercício inadmissível de posições jurídicas: o abuso de direitos fundamentais: *A*) Colocação do problema: ideias preliminares; *B*) O exercício inadmissível de posições jurídicas: o abuso do direito em geral; *C*) Idem: o exercício abusivo de direitos fundamentais; *D*) *Idem:* abuso de direitos fundamentais e abuso de Constituição. **§3.º Acordos de financiamento de ações populares indemnizatórias:** *A*) Razão de ordem; *B*) "Litigation funding agreement" em ações populares indemnizatórias e direito de acesso aos tribunais; *C*) "Litigation funding agreement" em ações populares indemnizatórias e liberdade contratual; *D*) Síntese; *E*) Excurso: a projeção processual do abuso do direito substantivo. **§4.º Conclusões.**

§1.º Introdução

1.1. Importa ter presente, em primeiro lugar, que apenas nos iremos debruçar sobre a admissibilidade de utilização dos acordos de financiamento de contencioso no âmbito das ações populares indemnizatórias. Fica excluída de análise, por um lado, a discussão em torno da admissibi-

(*) Professor Catedrático da Universidade de Lisboa.

lidade genérica de recurso a *litigation funding agreement* em todas os restantes tipos de ações(1) e face aos demais tipos de ação popular(2) — o presente estudo centra-se na utilização de tais contratos de financiamento exclusivamente no domínio de ações populares indemnizatórias.

1.2. Em segundo lugar, a discussão sobre a admissibilidade jurídica de utilização de acordos de financiamento de contencioso relativamente a ações populares indemnizatórias vai fazer-se numa perspetiva constitucional, procurando ter presentes as seguintes coordenadas de investigação:

i) Vamos tomar como referência de estudo as situações de ações populares indemnizatórias desencadeadas por associações de consumidores, visando a tutela judicial de interesses difusos;

ii) Excluídas de reflexão e análise ficam as situações semelhantes de exercício de ação popular indemnizatória contra entidades públicas e/ou seus titulares, envolvendo pedidos indemnizatórios que se mostram suscetíveis de repercutir sobre o erário público — o estudo a efetuar circunscreve-se a casos de ação popular indemnizatória entre duas entidades privadas.

1.3. O estudo a desenvolver, nos termos delimitados do respetivo objeto, vai obedecer à seguinte sequência de análise:

a) Começaremos por abordar o problema do exercício inadmissível de posições jurídicas, designadamente de índole jusfundamental;

b) Habilitados com as ilações do capítulo anterior, poderemos discutir a constitucionalidade dos acordos de financiamento de contencioso face a ações populares indemnizatórias desencadeadas por associações de consumidores;

---

(1) Sobre os contratos de financiamento de contencioso, ao nível da doutrina nacional, cf. António Pinto Leite, *Third-Party Funding as a joint venture and not as a mere finance agreement: the independence and impartiality of the arbitrators*, *in VII Congresso do Centro de Arbitragem Comercial: Intervenções*, Coimbra, 2014, p. 105, ss.; Duarte Gorjão Henriques, *Third Party Funding ou o Financiamento de Litígios por Terceiros em Portugal*, *in Revista da Ordem dos Advogados*, 2015, p. 673, ss.; Duarte Henriques/Joana Albuquerque, *Portugal*, *in The third-party litigation funding law review*, London, 2017, p. 112, ss.; Nuno Alexandre Pires Sal.P.Ico, *A operacionalidade do* private enforcement *do direito da concorrência — dissuasão, ações coletivas e* third-party litigation funding, *in Revista da Concorrência e regulação*, 2021, p. 103, ss.; Miguel Sousa Ferro, *Ações populares cíveis em Portugal*, *in Revista de Direito Comercial*, 2022, em especial, p. 436, ss. (*in* <www.revistadedireitocomercial.com>); Paula Costa e Silva/Nuno Tiago Trigo Reis, *Private Enforcement e Tutela Coletiva*, Coimbra, 2022, p. 71, ss.

(2) Para uma síntese de possíveis tipos de ação popular, cf. Paulo Otero, *A acção popular: configuração e valor no actual direito português*, *in Revista da Ordem dos Advogados*, 1999, p. 876, ss.

c) Encerraremos a investigação, apresentando uma breve síntese das principais conclusões alcançadas.

§2.º Do exercício inadmissível de posições jurídicas: o abuso de direitos fundamentais

A) Colocação do problema: ideias preliminares

2.1. Num juízo *prima facie*, à luz de uma perspetiva constitucional superficial, podemos extrair duas ideias preliminares:

i) *Primeira ideia preliminar* — uma associação de consumidores pode, nos termos do art. 52.º, n.º 3, da Constituição, exercer o direito de ação popular, designadamente para efeitos indemnizatórios dos lesados em causa:
— Trata-se de uma solução com acolhimento infraconstitucional na Lei n.º 83/95, de 31 de agosto (Lei do Direito de Participação Procedimental e da Ação Popular), reforçada pelo art. 19.º da Lei n.º 23/2018, de 5 de junho, designada de Lei do Direito a Indemnização por Infração do Direito da Concorrência (= Lei do *Private Enforcement* da Concorrência)([3]);
— Consubstancia uma forma específica do direito de acesso aos tribunais([4]): o direito de ação popular traduz uma modalidade mais alargada — em termos de legitimidade([5]) — da garantia de uma tutela jurisdicional efetiva contra atuações inválidas e/ou lesivas de interesses substantivos da coletividade;

ii) *Segunda ideia preliminar* — a autonomia da vontade permite, segundo um princípio geral de liberdade negocial e de estipulação entre sujeitos de direito, falando-se em "liberdade contratual"([6]) — à luz de um modelo constitucional que garante a ini-

---

([3]) Cf. Paula Costa e Silva/Nuno Tiago Trigo Reis, *Private Enforcement e Tutela Coletiva*, p. 27, ss.

([4]) Cf. Paulo Otero, *A acção popular: configuração e valor no actual direito português*, p. 871, ss.

([5]) Sobre o tema, cf., por todos, Miguel Teixeira de Sousa, *A Legitimidade Popular na Tutela dos Interesses Difusos*, Lisboa, 2003, em especial, p. 107, ss.

([6]) Neste último sentido, cf. Joaquim de Sousa Ribeiro, *O Problema do Contrato — As cláusulas contratuais gerais e o princípio da liberdade contratual*, Coimbra, 1999, p. 21, ss.

ciativa económica privada, o direito de propriedade privada e a existência de um setor privado dos meios de produção —, a celebração de acordos de financiamento de contencioso, habilitando, por exemplo, que associações de consumidores possam desencadear ações populares.

Será que o direito fundamental de ação popular, por um lado, e a tutela constitucional da autonomia da vontade alicerçada num modelo económico de matriz privada, por outro, fundamentam a admissibilidade de negócios jurídicos financeiros visando a utilização dos tribunais para gerarem indemnizações lucrativas para os financiadores de tais litígios?

Em que medida, por outras palavras, a utilização de um *litigation funder*, através da celebração de um contrato de financiamento de contencioso de ações populares indemnizatórias, cruzando a iniciativa económica privada e o exercício do direito de acesso aos tribunais, se mostra constitucionalmente admissível?

Eis o que cumpre averiguar ao longo da presente investigação.

B) O exercício inadmissível de posições jurídicas: o abuso do direito em geral

2.2. Se não há direitos absolutos(7), igualmente os direitos fundamentais (enquanto espécie do género) "não são absolutos, nem ilimitados"(8) — nem o respeito pela inviolabilidade da vida humana, desde logo à luz da tutela constitucional da legítima defesa, se pode ter como um direito fundamental absoluto, antes sofre a concorrência limitativa decorrente de outras pretensões igualmente fundadas na inviolabilidade da vida humana(9).

---

(7) Neste sentido, cf. C. Aubry/C. Rau, *Cours de Droit Civil Français*, VI, 5.ª ed., Paris, 1920, p. 341, nota; Marcel Planiol/Georges Ripert, *Traité Élémentaire de Droit Civil*, II, 11.ª ed., Paris, 1931, p. 313; G. Baudry-Lacantinerie/L. Barde, *Traité Théorique et Pratique de Droit Civil — Des Obligations*, IV, 3.ª ed., Paris, 1908, p. 539; Mariano d'Amelio, *Abuso del diritto*, *in Novissimo Digesto Italiano*, I-1, Torino, 1974, p. 95; José de Oliveira Ascensão, *Direito Civil — Teoria Geral*, III, Coimbra, 2002, p. 265.

(8) Cf. José Carlos Vieira de Andrade, *Os Direito Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, 2.ª ed., Coimbra, 2001, p. 275.

(9) Cf. Paulo Otero, *Legalidade e Administração Pública: o sentido da vinculação administrativa à juridicidade*, Coimbra, 2003, pp. 254-255; *idem*, *Instituições Políticas e Constitucionais*, I, Coimbra, 2007, pp. 575-576.

A titularidade e o conteúdo de um direito fundamental (ou, em geral, de qualquer direito subjetivo) não permite todo ou qualquer tipo de exercício dessa posição jurídica ativa: nem todo o exercício de direitos de que se é titular se pode ter como admissível, legítimo ou válido, tal como nem todo o conteúdo de um direito habilita qualquer modo de ser factualmente exercido — o conteúdo de uma posição jurídica não se deve confundir com o seu exercício(10).

O conteúdo dos direitos, por um lado, e as formas (= termos = modos) de exercício de tais direitos, por outro lado, são duas realidades jurídicas distintas: o conteúdo de um direito pode ser perfeitamente válido ou lícito, verificando-se, todavia, que o seu exercício se mostra inadmissível, sendo certo que, sob o ponto de vista lógico, o controlo do conteúdo goza de prioridade sobre o controlo do exercício(11) — só faz sentido discutir a admissibilidade do exercício de direitos cujo conteúdo se mostre conforme à ordem jurídica.

Há, neste último contexto, relativamente a todos os direitos (e demais posições jurídicas)(12) formas de exercício admissível e, em sentido contrário, formas de exercício inadmissível: o exercício inadmissível de direitos pode consubstanciar uma situação de abuso do direito(13), verificando-se que essa inadmissibilidade (ou esse exercício abusivo) pode resultar de um extravasar os limites fixados expressa ou implicitamente pela ordem jurídica(14).

2.3. Como já tivemos oportunidade de escrever(15), existe abuso do direito sempre que se utiliza uma instituição jurídica visando a prossecução de fins estranhos, alheios ou contrários aos que motivam ou justificaram a sua criação — no abuso do direito há uma forma indevida de exercício de posições jurídicas, uma vez que são exercidas em sentido manifestamente contrário ao Direito.

---

(10) Neste último sentido, a propósito da liberdade contratual, num raciocínio passível, porém, de ser alargado a todas as posições jurídicas subjetivas, desde logo jusfundamentais, cf. Joaquim de Sousa Ribeiro, *O Problema do Contrato*, em especial, p. 544.

(11) Neste último sentido, cf. Joaquim de Sousa Ribeiro, *O Problema do Contrato*, p. 545, nota n.º 737.

(12) Cf. António Menezes Cordeiro, *Tratado de Direito Civil Português*, I, Tomo 4.º, Coimbra, 2005, pp. 372-373; *idem*, *Litigância de Má-Fé, Abuso do Direito de Ação e Culpa "In Agendo"*, 3.ª ed., Coimbra, 2014, p. 134.

(13) Para um recorte da génese jurisprudencial francesa da figura do abuso de direito, cf. Marcel Planiol/Georges Ripert, *Traité Élémentaire de Droit Civil*, II, p. 315, ss.

(14) Sublinhando que o verdadeiro problema do abuso do direito reside nos casos em que os limites não se encontram fixados pela lei, cf. Mariano d'Amelio, *Abuso del diritto*, p. 96.

(15) Cf. Paulo Otero, *Direito do Procedimento Administrativo*, I, Coimbra, 2016, p. 211.

Ocorre aqui, por via do abuso do direito, uma conduta de facto que extravasa o programa normativo subjacente à posição jurídica exercida: a norma que confere essa posição jurídica não protege essa forma concreta e factual de exercício da posição jurídica em causa — há uma violação dos limites ou do âmbito de proteção da norma que prevê a posição jurídica, sendo, por isso mesmo, antijurídico o seu exercício abusivo.

No abuso do direito verifica-se que uma determinada realidade jurídica é usada para a realização de fins que não tem por propósito proteger([16]), numa desconformidade com a teleologia do respetivo fundamento([17]), situação que se poderá reconduzir conceitualmente ao desvio de poder em Direito Administrativo([18]):

i) Nos casos de abuso do direito usa-se uma realidade jurídica para alcançar um propósito manifestamente alheio ou patentemente contrário à função social, ao fim ou escopo que justifica que essa mesma realidade tenha sido concebida — instrumentaliza-se indevidamente e em termos factuais, à luz de um juízo de proporcionalidade, uma posição jurídica para prosseguir uma finalidade alheia ao propósito legal ou à "intenção normativa que materialmente fundamenta e constitui"([19]) a realidade jurídica em causa;

ii) Observando "a intencionalidade específica prosseguida no exercício" de uma posição jurídica([20]), regista-se que o motivo principalmente determinante da sua utilização não coincide com o fim para o qual essa mesma realidade foi criada pela ordem jurí-

---

([16]) Cf. Paulo Otero, *Direito do Procedimento Administrativo*, I, p. 212.

([17]) Cf. Mafalda Miranda Barbosa, *Lições de Teoria Geral do Direito Civil*, Coimbra, 2021, p. 234.

([18]) Cf. José de Oliveira Ascensão, *Direito Civil — Teoria Geral*, III, p. 277. No sentido de que o desvio de poder é uma doutrina paralela ou homologa ao abuso de direito, cf. Fezas Vital, *Direito Administrativo Português. De harmonia com as prelecções do Excelentíssimo Senhor Doutor Domingos Fézàs Vital, ao curso do 2.º ano jurídico de 1929-1930* (lições coligidas por Afonso Leite de Sampaio, Alberto Lopes Madeira e Eduardo Martins Manso), Coimbra, 1930, p. 198; José Carlos Martins Moreira, *Direito Administrativo* (lições coligidas por Araújo Barros e Carlos Grilo), Coimbra, 1939, pp. 280-281, nota n.º 2; Armando Marques Guedes, *Direito Administrativo*, policop., AAFDL, Lisboa, 1955, p. 314; *idem*, *Direito Administrativo*, policop., AAFDL, Lisboa, 1957, p. 388. Ainda sobre o tema, numa ótica juscivilistica, cf. Marcel Planiol/Georges Ripert, *Traité Élémentaire de Droit Civil*, II, p. 313, nota. Desenvolvendo, em sentido diferente, o recorte conceitual do abuso de direito face ao desvio de poder, cf. Fernando A. Cunha de Sá, *Abuso do Direito*, Lisboa, 1973, p. 536, ss.; Jorge M. Coutinho de Abreu, *Do Abuso de Direito*, Coimbra, 1983, p. 79, ss.

([19]) Expressão de António Castanheira Neves, *Questão-de Facto — Questão-de-Direito ou o Problema Metodológico da Juridicidade (Ensaio de uma reposição crítica)*, I, Coimbra, 1967, p. 524.

([20]) Expressão de Davide Messinetti, *Abuso del diritto*, *in Enciclopedia del Diritto*, aggiornamento II, Milano, 1998, p. 4.

dica — o seu exercício subverte, em termos ostensivos, a função social ou económico-social que serviu de fim justificativo da respetiva existência dentro do sistema jurídico;

iii) O exercício abusivo de uma posição jurídica encontra-se fora do programa normativo subjacente à sua criação e, por isso, excluído do âmbito de proteção da norma em causa, seja esse âmbito definido expressamente ou, tendo presente uma inevitável interpretação sistemática ditada pelo princípio da unidade da ordem jurídica, em termos implícitos.

Não obstante o abuso do direito ser aplicável a toda a ordem jurídica([21]), assumindo-se como um problema de teoria geral([22]) e funcionando como verdadeira cláusula residual limitativa de condutas([23]) ou princípio geral([24]), sem necessidade até de consagração legislativa([25]), circunscreveremos a análise ao abuso de posições jurídicas reconduzíveis aos direitos subjetivos e, dentro destes, aos direitos fundamentais.

2.4. Num primeiro momento, à luz de uma conceção oriunda do Direito Romano([26]) e acolhida pelo Direito medieval([27]), quem exerce uma posição jurídica que lhe pertence não age com dolo([28]) e, por princípio, não causa dano a terceiro([29]/[30]).

([21]) Cf. José de Oliveira Ascensão, *Direito Civil — Teoria Geral*, III, p. 277.

([22]) Cf. Salvatorre Romano, *Abuso del diritto (Diritto attuale)*, *in Enciclopedia del Diritto*, I, Milano, 1958, p. 166.

([23]) Cf. Paulo Otero, *Direito do Procedimento Administrativo*, I, p. 211.

([24]) Neste sentido cf. Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 655/99, processo n.º 306/95, de 7 de dezembro de 1999, *in* TC > Jurisprudência > Acordãos > Acórdão 655/1999 (<tribunalconstitucional.pt>).

([25]) Cf. Ludwig Raiser, *Das Recht der allgemeinen Geschäftsbedingungen*, Hamburg, 1935, p. 282; António Castanheira Neves, *Questão-de Facto — Questão-de-Direito ou o Problema Metodológico da Juridicidade*, p. 529; António Menezes Cordeiro, *Da Boa Fé no Direito Civil*, II, Coimbra, 1984, p. 704.

([26]) Sobre a ausência de uma noção de abuso de direito no Direito Romano, sem prejuízo de manifestações pontuais de situações reconduzíveis ao conceito de abuso de direito, cf. Guiseppe Grosso, *Abuso del diritto (Diritto Romano)*, *in Enciclopedia del Diritto*, I, Milano, 1958, p. 161, ss.; António Menezes Cordeiro, *Da Boa Fé no Direito Civil*, II, p. 672, ss.; *idem*, *Tratado de Direito Civil Português*, I, Tomo 4.º, p. 248, ss.

([27]) Cf. Ugo Gualazzini, *Abuso del diritto (Diritto Intermedio)*, *in Enciclopedia del Diritto*, I, Milano, 1958, p. 163, ss.

([28]) Cf. D.50.17.55.

([29]) Cf. D.50.17.151.; Sete Partidas, Part. 7.º, Tít. 34, Lei 14.ª.

([30]) Cf. G. Baudry-Lacantinerie/L. Barde, *Traité Théorique et Pratique de Droit Civil — Des Obligations*, IV, p. 537.

Na segunda metade do século XIX, sem embargo de afloramentos históricos anteriores, formou-se a ideia de que o uso de um direito pode envolver uma situação abusiva, desde que não comporte para o seu autor qualquer utilidade ou revele mesmo uma malícia geradora de danos face a terceiros — "aquele que, de entre uma pluralidade de maneiras de exercer o direito, escolhe aquela que pode ser prejudicial, deve indemnizar pelos prejuízos que cause"(31).

Começou a diferenciar-se, deste modo, entre o uso e o abuso de um direito, salientando-se que os direitos não são conferidos para a satisfação de meros caprichos ou de más paixões: "o abuso do direito já não é um direito"(32).

Surge, num contexto histórico ainda de mundividência individualista(33), a ideia de que o exercício de um direito não é expressão de um total arbítrio do seu titular, antes o abuso do direito traduz um exercício anormal de um direito, uma vez que se revela contrário ao respetivo fim ou destino económico e social: haverá, num tal cenário, uma reprovação da consciência pública aos termos de exercício do direito em causa(34).

Ou, numa formulação mais genérica, a jurisprudência francesa constrói o abuso do direito tendo por base três situações possíveis(35):

— O propósito de prejudicar terceiros ou, em geral, a ausência de utilidade do ato praticado;

— O exercício em violação dos fins que presidem à sua atribuição;

— A existência de uma falta que torna o exercício do direito inadmissível.

A elaboração jurisprudencial e doutrinal francesa da teoria do abuso do direito influenciou o art. 281.º do Código Civil grego(36) (e outras soluções legislativas estrangeiras)(37) e, por ambas as vias, ajudaram a formular o art. 334.º do Código Civil português de 1966(38) — *"é ilegítimo o*

---

(31) Cf. F. Laurent, *Principes de Droit Civil Français*, XX, 3.ª ed., Bruxelles/Paris, 1878, p. 427.

(32) Cf. F. Laurent, *Principes de Droit Civil Français*, XX, p. 428.

(33) Cf. Mafalda Miranda Barbosa, *Lições de Teoria Geral do Direito Civil*, p. 221.

(34) Neste sentido, fazendo uma síntese da doutrina, cf. G. Baudry-Lacantinerie/L. Barde, *Traité Théorique et Pratique de Droit Civil — Des Obligations*, IV, p. 540.

(35) Cf. Louis Josserand, *De L'Esprit des Droits et leur Relativité — Theorie dite de l'abus des droits*, Paris, 1927, p. 341, ss.

(36) Sobre este assunto, cf. António Menezes Cordeiro, *Da Boa Fé no Direito Civil*, II, p. 711, ss; *idem*, *Tratado de Direito Civil Português*, I, Tomo 4.º, p. 260, ss.

(37) Cf. Mariano d'Amelio, *Abuso del diritto*, p. 96.

(38) Contestando os termos como se encontra plasmado o abuso de direito no art. 334.º do

exercício de um direito, quando o titular exceda manifestamente os limites impostos pela boa fé, pelos bons costumes ou pelo fim social ou económico desse direito".

Nas palavras do Supremo Tribunal de Justiça, o "exercício de um direito só poderá taxar-se de abusivo quando exceda manifesta, clamorosa e intoleravelmente os limites impostos pela boa fé, pelos bons costumes e pelo fim social ou económico do direito, ou, o mesmo é dizer, quando esse direito seja exercido em termos clamorosamente ofensivos da justiça ou do sentimento jurídico socialmente dominante"([39]).

2.5. No abuso do direito existe um exercício disfuncional de determinada posição jurídica([40]) e que, por isso, toma ilícito esse exercício: se os direitos têm uma função pessoal e social([41]), haverá um exercício abusivo de tais posições jurídicas subjetivas se, ultrapassando os limites de razoabilidade ou proporcionalidade, ocorrer uma violação (que seja excessiva e manifesta)([42]) de tais fins pessoais ou sociais e económicos subjacentes ao direito em causa — nas ilustrativas palavras de Pedro Pais de Vasconcelos, "o exercício do direito será abusivo quando seja contrário e esse fim económico e social que, conjuntamente com o fim pessoal, preenche a sua função"([43]).

Num sentido terminológico diferente, apesar de partir da ideia de fim, escopo ou função pessoal e sócio-económica, pode falar-se, tendo por base a doutrina alemã, em "abuso de direito institucional", se envolver condutas abusivas através da utilização do direito objetivo, e em "abuso de direito individual", se estiver em causa um direito subjetivo([44]).

Código Civil, cf. José de Oliveira Ascensão, *O «abuso de direito» e o art. 334.º do Código Civil: uma recepção transviada*, *in Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Marcello Caetano — No Centenário do seu Nascimento*, I, Coimbra, 2006, p. 607, ss.

([39]) Cf. Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 30 de outubro de 2003, processo 03B3125, *in Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça* (<dgsi.pt>).

([40]) Num sentido crítico à ideia de disfuncionalidade jurídica, cf. António Menezes Cordeiro, *Da Boa Fé no Direito Civil*, II, p. 880, ss.

([41]) Neste sentido e para mais desenvolvimentos, cf. José de Oliveira Ascensão, *Direito Civil — Teoria Geral*, III, p. 268, ss.; Pedro Pais de Vasconcelos, *Teoria Geral do Direito Civil*, 3.ª ed., Coimbra, 2005, p. 652, ss. Em sentido contrário, negando essa função social e económica, cf. António Menezes Cordeiro, *Da Boa Fé no Direito Civil*, II, p. 1230, ss. Igualmente em sentido crítico, cf. Davide Messinetti, *Abuso del diritto*, p. 5, ss.

([42]) Justificando a necessidade de ser manifesta ou excessiva, em nome da autonomia privada limitar a intervenção pública no controlo do exercício de direitos, cf. José de Oliveira Ascensão, *Direito Civil — Teoria Geral*, III, p. 277.

([43]) Cf. Pedro Pais de Vasconcelos, *Teoria Geral do Direito Civil*, p. 663.

([44]) Cf. Josef Esser/Eike Schmidt, *Schuldrecht*, I, 6.ª ed., Heidelberg 1984, p. 149, ss.

Na realidade, os direitos subjetivos — incluindo os direitos fundamentais —, além de satisfazerem propósitos ou fins egoístas do seu próprio titular, uma vez que todos vivemos em sociedade, à luz de um modelo constitucional de Estado vinculado a promover o bem-estar social(45), têm sempre uma função social ou, se se pretender, uma determinada utilidade económico-social: a função social ou económico-social constitui "um limite intrínseco, imanente a todo o direito subjetivo"(46).

A função social ou económico-social dos direitos traduz um limite aferível no momento concreto da aplicação do direito(47) e é a propósito do exercício do direito que se pode avaliar se o mesmo é ou não abusivo: é a partir do exercício factual de um direito ou liberdade que se afere se esse exercício de facto integra (ou não) o âmbito de proteção definido pela norma que o institui ou consagra — se não integra, haverá abuso do direito.

Num outro sentido, o abuso do direito não comporta qualquer negação da titularidade do direito, pois "se não há direito não pode haver abuso"(48): o abuso do direito apenas traduz uma situação de exercício inadmissível do direito por quem é seu titular(49) — o abuso do direito consubstancia uma delimitação do "âmbito o seu exercício lícito"(50), permitindo descortinar se estamos ou não diante da utilização de uma posição jurídica dentro dos seus limites intrínsecos.

Na situação abusiva, o sujeito é titular do direito, apenas não o pode exercer nos termos em que o fez(51): o abuso do direito revela uma atuação anormal ou desequilibrada do seu titular, em termos de intensidade ou de execução, traduzindo um exercício inadmissível de uma posição jurídica — o abuso do direito consiste num agir disfuncional ou desproporcionado de uma posição jurídica subjetiva dentro do contexto global do sistema jurídico(52).

---

(45) Especificamente sobre a cláusula constitucional de bem-estar social, cf. Paulo Otero, *Instituições Políticas e Constitucionais*, I, p. 333, ss.; *idem*, *Direito Constitucional Português*, I, Coimbra, 2010, p. 100, ss.

(46) Cf. José de Oliveira Ascensão, *Direito Civil — Teoria Geral*, III, p. 271.

(47) Cf. José de Oliveira Ascensão, *Direito Civil — Teoria Geral*, III, p. 271, ss.

(48) Cf. Pedro Pais de Vasconcelos, *Teoria Geral do Direito Civil*, p. 668.

(49) Em sentido contrário, considerando que em casos de abuso do direito existe uma situação em que o titular do direito já se encontra a agir sem direito, uma vez que "o direito cessa onde o abuso começa", cf. Marcel Planiol/Georges Ripert, *Traité Élémentaire de Droit Civil*, II, pp. 312-313. Entendendo que nos casos de abuso do direito há apenas "o exercício de um *direito aparente*", cf. António Castanheira Neves, *Questão-de Facto — Questão-de-Direito ou o Problema Metodológico da Juridicidade*, p. 526.

(50) Cf. Pedro Pais de Vasconcelos, *Teoria Geral do Direito Civil*, p. 669.

(51) Cf. José de Oliveira Ascensão, *Direito Civil — Teoria Geral*, III, p. 282.

(52) Sublinhando esse referencial da totalidade dos valores e princípios fundamentais da ordem jurídica na base do abuso de direito, cf. Ludwig Raiser, *Das Recht der allgemeinen Geschäftsbedingungen*, p. 282.

A jurisprudência portuguesa entende até que o abuso do direito é de conhecimento oficioso, independentemente de ter sido suscitado pelas partes, numa derrogação do princípio do dispositivo, observando-se que um tribunal de recurso pode conhecer uma tal situação, sem que o tribunal recorrido tenha apreciado a questão do abuso do direito([53]).

C) *Idem:* o exercício abusivo de direitos fundamentais

2.6. Uma forma de exercício inadmissível de direitos fundamentais consiste no abuso do direito — o exercício abusivo de direitos fundamentais revela uma atuação contrária ao âmbito de proteção do direito resultante do respetivo programa normativo.

O conteúdo ou o âmbito de cada direito fundamental não depende do arbítrio do seu titular, antes se tem de recortar, por via interpretativa, em termos abstratos ou face a casos concretos, das respetivas normas constitucionais de criação: a extensão de cada direito fundamental revela-se ou extrai-se do âmbito de proteção da norma constitucional que consagra o direito em causa([54]) — esse âmbito de proteção da norma consubstancia o programa normativo ou o domínio protegido do direito.

Existem, por conseguinte, formas admissíveis e formas inadmissíveis de exercício de direitos fundamentais, consoante estejam em causa condutas incluídas ou excluídas do âmbito do programa ou domínio de proteção da norma constitucional que consagra determinado direito fundamental:

i) O exercício abusivo de direitos fundamentais, enquanto forma de exercício inadmissível, expressa uma situação de facto que se situa fora do referido programa normativo ou domínio protegido pelo preceito constitucional referente ao direito em questão;

ii) O domínio de proteção da norma jusfundamental encontra-se delimitado negativamente pelos limites ao exercício do direito em causa, resultem esses limites expressamente da própria norma que cria o direito ou sejam elas extraíveis implicitamente, à luz do princípio da unidade do sistema jurídico, de outras normas([55]).

([53]) Neste sentido, indicando as decisões judiciais portuguesas, cf. Pedro Pais de Vasconcelos, *Teoria Geral do Direito Civil*, p. 669 e nota n.º 611.

([54]) Cf. José Carlos Vieira de Andrade, *Os Direito Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, p. 275, ss.

([55]) Neste último sentido, falando em "outras normas avulsas do sistema jurídico", cf. Carlos Alberto da Mota Pinto, *Cessão da Posição Contratual*, Coimbra, 1970, p. 312.

A proibição do abuso do direito consubstancia, neste último contexto, um limite imanente implícito em todos os direitos fundamentais(56), havendo mesmo quem fale numa "espécie de anexo não escrito das normas de direitos fundamentais"(57), determinando um condicionamento ao exercício de todos os direitos e liberdades fundamentais.

2.7. Os limites imanentes implícitos dos direitos fundamentais(58), excluindo formas inadmissíveis do exercício de direitos fundamentais, abrangem três distintas situações de disfuncionalidade integráveis no conceito de exercício abusivo de direitos fundamentais:

i) O exercício em sentido contrário ou alheio ao fim normativo que levou à consagração normativa do próprio direito em questão ou à função social (e/ou económica) que esse direito deve prosseguir — pode falar-se aqui em funcionalização do direito e, em termos patológicos, em "alteração da função"(59) ou "desvio de exercício"(60);

ii) A lesão do conteúdo essencial de um outro direito fundamental titulado por terceiro(61), aqui se incluindo, designadamente, o *animus nocendi*(62), desde formas maliciosas ou mal-intencionadas, chicaneiras ou emulativas de exercício do direito;

iii) A contrariedade intolerável de valores nucleares da comunidade ou de princípios estruturantes da ordem constitucional(63), visando deles extrair vantagens ou utilidades alheias a tais valores ou princípios basilares.

---

(56) Em geral, qualificando o abuso do direito como um limite material imanente, cf. António Castanheira Neves, *Questão-de Facto — Questão-de-Direito ou o Problema Metodológico da Juridicidade*, p. 526.

(57) Cf. Jorge Reis Novais, *As Restrições aos Direitos Fundamentais não Expressamente Autorizadas pela Constituição*, Coimbra, 2003, p. 498.

(58) Para uma crítica a diferentes formulações de limites imanentes aos direitos fundamentais, cf. Gomes Canotilho, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 6.ª ed., Coimbra, 2002, p. 1263, ss.

(59) Cf. Salvatorre Romano, *Abuso del diritto*, p. 167, ss., em especial, pp. 168-169.

(60) Usando esta expressão, apesar de se afastar da inerente conceção, cf. Jorge Reis Novais, *As Restrições aos Direitos Fundamentais não Expressamente Autorizadas pela Constituição*, p. 495.

(61) Cf. Hans-Ullrich Gallwas, *Missbrauch von Grundrechten*, München, 1961, pp. 45, ss., 54, ss. e 66, ss.

(62) Cf. Davide Messinetti, *Abuso del diritto*, p. 4.

(63) Cf. Hans-Ullrich Gallwas, *Missbrauch von Grundrechten*, p. 45, ss., 88, ss. e 105, ss.; José Carlos Vieira de Andrade, *Os Direito Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, p. 287.

O abuso de direitos fundamentais envolve, em suma, uma violação do postulado constitucional que determina que os direitos fundamentais devem ser exercidos em conformidade com o seu espírito e não em sentido contrário a esse mesmo espírito(64).

2.8. Independentemente das conceções em torno da natureza do abuso do direito, por via da teoria interna e da teoria externa dos limites ao conteúdo dos direitos(65), ou das críticas à abrangência da fórmula do abuso do direito, a verdade é que a ideia de limites imanentes implícitos aos direitos fundamentais — e, deste modo, a conceptualização do abuso de direitos fundamentais — decorre ainda de uma interpretação ponderativa sobre o âmbito de proteção da norma jusfundamental, numa determinação exata do alcance ou extensão do respetivo programa normativo, em confronto face a normas expressas ou implícitas que excluem o abuso.

Metodologicamente, o abuso do direito envolve, num primeiro momento ou num juízo *prima facie*(66), a inclusão de determinada conduta de facto no âmbito aparente de proteção de uma norma jusfundamental(67), mas, num segundo momento, por via de uma interpretação e valoração(68), haverá que determinar, face à concreta situação de disfuncionalidade em causa, se essa conduta de facto se encontra verdadeiramente sob a alçada do âmbito efetivo de proteção da norma jusfundamental — tudo se resume a um procedimento de ponderação das realidades jurídicas e factuais em causa, naturalmente à luz de postulados de proporcionalidade e de justiça(69).

---

(64) Cf. Konrad Hesse, *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, 20.ª ed., Heidelberg, 1995, p. 296.

(65) Cf. Wolfgang Siebert, *Verwirkung und Unzulässigkeit der Rechtsausübung*, Marburg, 1934, p. 85, ss. Em Portugal, cf., por todos, António Menezes Cordeiro, *Tratado de Direito Civil Português*, I, Tomo 4.º, p. 351, ss.

(66) Sobre a valia de um juízo *prima facie*, num contexto de ponderação, em relação a situações subjetivas, cf. Miguel Teixeira de Sousa, *Introdução ao Direito*, Coimbra, 2012, p. 276, ss.

(67) Falando, neste domínio, em "liberdade de facto", cf. Salvatorre Romano, *Abuso del diritto*, p. 167.

(68) Sublinhado a relevância aqui dos designados "standards de valoração" (v.g., boa-fé, lealdade, solidariedade, correção das relações privadas, diligência e normalidade da conduta), cf. Davide Messinetti, *Abuso del diritto*, pp. 8, ss.

(69) Para um sublinhar da configuração do abuso como critério de injustiça, cf. Davide Messinetti, *Abuso del diritto*, p. 15, ss. Falando, neste último sentido, em controlo de "clamorosa e intolerável injustiça do resultado a que se chegaria, aplicando a norma em que a hipótese concreta se subsume", cf. Carlos Alberto da Mota Pinto, *Geral do Direito Civil*, 3.ª ed., 4.ª reimp., Coimbra, 1985, p. 52, nota n.º 1. Configurando o abuso do direito como num "instituto de equidade", cf. Miguel Nogueira de Brito, *Introdução ao Estudo do Direito*, 2.ª ed., Lisboa, 2018, p. 317. Para uma crítica à

Numa linguagem metódica diversa, pode dizer-se que no abuso do direito há o apelo a uma juridicidade que, ultrapassando a mera validade formal e legal, procura um "fundamento axiológico-normativo"([70]): o comportamento abusivo reconduz-se ao "exercício de um *direito aparente*: trata-se de um comportamento que exibe a forma, a aparência de um direito que na verdade não existe"([71]), sendo por via ponderativa que, atendendo à factualidade existente, se alcança essa ilação material.

Como refere o Supremo Tribunal de Justiça, em acórdão de 24 de fevereiro de 2022, "o preenchimento da cláusula geral que constitui o abuso do direito depende da ponderação casuística feita pelo tribunal em função do circunstancialismo fáctico dado como provado no caso concreto"([72]).

O abuso do direito surge, segundo a jurisprudência do Tribunal Constitucional([73]), como verdadeira cláusula geral de segundo grau: o abuso do direito permite, nas palavras da doutrina, um controlo ou sindicância "sobre os resultados da direta aplicação de outras normas"([74]), funcionando como "«válvula de segurança» do sistema"([75]).

A proibição de abuso de direitos fundamentais, traduzindo uma cláusula geral limitativa do exercício de todos os direitos fundamentais, expressa uma norma implícita da Constituição que, ante situações concretas de exercício inadmissível de direitos fundamentais, gera um reajuste aclarativo da amplitude do âmbito de proteção que subjaz ao programa normativo que alicerça esse direito fundamental: o exercício abusivo de um direito fundamental representa um extravasar dos limites do direito fundamental em causa e, por isso mesmo, carece de proteção dentro dos parâmetros do respetivo programa normativo.

---

corrente doutrinal que situa o abuso do direito no plano da equidade ou da "estrita moralidade", cf. António Castanheira Neves, *Questão-de Facto — Questão-de-Direito ou o Problema Metodológico da Juridicidade*, p. 518, ss.

([70]) Cf. António Castanheira Neves, *Questão-de Facto — Questão-de-Direito ou o Problema Metodológico da Juridicidade*, p. 528.

([71]) Cf. António Castanheira Neves, *Questão-de Facto — Questão-de-Direito ou o Problema Metodológico da Juridicidade*, p. 526.

([72]) Cf. Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 24 de fevereiro de 2022, processo 11/13.6TCFUN.L2.S1, *in Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça* (<dgsi.pt>).

([73]) Cf. Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 655/99, *cit.* No mesmo sentido, qualificando o abuso de direito como "válvula de segurança", cf. Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 17 de novembro de 2021, processo 1920/18.1T8LRA-H.C1.S1, *in Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça (dgsi.pt)*.

([74]) Cf. Carlos Alberto da Mota Pinto, *Cessão da Posição Contratual*, p. 312. Em sentido semelhante, cf. *idem*, *Teoria Geral do Direito Civil*, pp. 51-52 e 64.

([75]) Cf. Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 655/99, *cit.*

D) *Idem:* abuso de direitos fundamentais e abuso de Constituição

2.9. Se o exercício abusivo de um direito fundamental sai do âmbito de proteção da respetiva norma jusfundamental, a verdade é que o abuso de direitos fundamentais se reconduz, em última análise, a uma modalidade de abuso de Constituição — a normatividade constitucional é usada para prosseguir um exercício inadmissível de posições jurídicas jusfundamentais.

O conceito de abuso de Constituição mostra-se, porém, mais amplo.

Como já tivemos oportunidade de escrever([76]), não se revela admissível a utilização das normas da Constituição para destruir a própria ordem de valores nuclear da Constituição: servir-se da democracia para destruir a democracia é sempre um ato ilícito e, nesta medida, constitucionalmente intolerável, reconduzindo-se a um exercício inadmissível de posições jurídicas que, envolvendo atores do poder político, traduz um abuso de Constituição.

A História ilustra que os movimentos totalitários do início do século XX "usaram e abusaram das liberdades democráticas com o objetivo de as suprimir"([77]). As palavras de Joseph Goebbels, pronunciadas em 1928, mostram-se ilustrativas do problema que aqui está em causa: o seu partido iria para o parlamento para "paralisar o espírito de Weimar com o seu próprio apoio", acrescentando de forma expressiva que "vamos como inimigos! Como o lobo sobre o rebanho de ovelhas, assim é como vamos"([78]).

Há, num tal contexto, uma utilização ou um exercício abusivo da democracia que conduz ao próprio abuso da Constituição: o uso abusivo das normas constitucionais representa uma forma de abuso de direito.

O problema equacionado encontra, curiosamente, uma flagrante analogia com aquilo que se passa com a Declaração Universal dos Direitos do Homem, com a Convenção Europeia dos Direitos do Homem e a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia: será que as normas destes diplomas jusfundamentais podem ser interpretadas no sentido de reconhecer direitos, habilitar comportamentos ou envolver a prática de atos destinados a destruir os direitos ou as liberdades objeto de reconhecimento em tais textos?

([76]) Cf. Paulo Otero, *A Democracia Totalitária*, Cascais, 2001, p. 269, ss.

([77]) Cf. Hannah Arendt, *O Sistema Totalitário*, Lisboa, 1978, p. 400.

([78]) Neste sentido, cf. Hubert Schrübbers, *Organisation und Aufgabe des Verfassungsschutzes in der Bundesrepublik Deutschland*, *in Verfassungsschutz — Beiträge aus Wissenschaft und Praxis*, ed. Bundesministerium des Innern, Köln, 1966, p. 65.

É a resposta em sentido negativo à questão formulada que se encontra expressamente prevista no art. 30.º da Declaração Universal, no art. 17.º da Convenção Europeia e no art. 54.º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia: nenhuma norma de tais textos pode ser interpretada em termos de reconhecer qualquer direito, comportamento ou ato destinado a destruir os direitos ou as liberdades que aí se encontram consagrados — aliás, as referidas normas da Convenção Europeia e da Carta da União Europeia têm como epigrafe "proibição do abuso de direito".

Esta mesma conceção, reproduzida nos mencionados textos de Direito Internacional e Europeu(79), mostra-se integralmente aplicável ao texto constitucional interno: tal como não se podem utilizar os direitos e as liberdades fundamentais para destruir esses mesmos direitos e liberdades fundamentais, ninguém pode utilizar a Constituição para destruir a própria Constituição ou servir-se da democracia para destruir a democracia.

Nunca se mostra admissível, por conseguinte, interpretar qualquer preceito da Lei Fundamental para dele extrair um direito ou uma habilitação que justifique a prática de atos ou a adoção de comportamentos lesivos ou visando destruir os valores basilares do ordenamento constitucional.

Nas sugestivas palavras do Tribunal Constitucional Alemão, "os inimigos da Constituição não podem lesar ou destruir o ordenamento constitucional ou a existência do Estado, invocando liberdades que a Lei Fundamental garante e protege"(80).

Os comportamentos que se servem da Constituição ou da democracia para destruir a própria Constituição ou a democracia, envolvendo uma forma de exercício inadmissível de posições jurídicas, traduzem um verdadeiro "abuso de Constituição" ou "abuso de democracia": a liberdade consagrada numa Constituição nunca pode significar, por força da proibição do abuso do direito, uma habilitação de autodestruição ou autossacrifício da ordem constitucional.

A proibição de abuso de direito consubstancia, deste modo, um princípio implícito em todos os textos constitucionais, sendo, ele próprio, um princípio constitucional não escrito que decorre adstritamente do programa normativo de cada norma da Constituição: esgotada a interpretação conforme e terminadas as ponderações adequadas, a Constituição não pode, à luz de um postulado de coerência do sistema jurídico, proteger condutas atentatórias das normas, valores ou bens constitucionalmente protegidos — se o fizesse, a Constituição entraria em autorrutura.

---

(79) Em sentido semelhante, sem prejuízo de terem um propósito diferente, cf. arts. 24.º e 25.º do Pacto Internacional sobre os Direitos Económicos, Sociais e Culturais.

(80) Cf. BVerfGE, 30, 1, (19-20).

2.10. Num contexto de enquadramento dogmático diverso, envolvendo em primeira linha os próprios particulares, igualmente o exercício inadmissível de direitos fundamentais, desde que reconduzível a uma conduta abusiva, convoca a temática do abuso de Constituição.

A vinculação das entidades privadas às normas constitucionais referentes a direitos, liberdades e garantias — assim como a direitos de natureza análoga —, gerando uma horizontalização da força normativa dos direitos fundamentais no âmbito das relações jurídico-privadas, exclui do seu âmbito de proteção situações de exercício abusivo de tais direitos fundamentais.

As normas constitucionais que conferem direitos fundamentais não habilitam toda e qualquer forma de exercício dos respetivos direitos, liberdades e garantias: as entidades privadas no seu relacionamento ente si (assim como as entidades públicas face aos particulares, por maioria de razão) não gozam de arbitrariedade ou de um grau de autonomia que lhe permita criar um espaço ajurídico em matéria de exercício de direitos, liberdades e garantias, antes se encontram vinculadas a respeitar os respetivos limites imanentes implícitos — o exercício inadmissível de posições jurídicas jusfundamentais entre privados, envolvendo uma conduta abusiva, traduz um abuso de Constituição.

Mais: o exercício abusivo de um direito fundamental, acabando por violar o âmbito de proteção da respetiva norma constitucional, traduzindo uma atuação jurídica a descoberto de título normativo válido, envolve atos cujos efeitos jurídicos estão feridos de inconstitucionalidade teleológica ou finalística([81]) — a norma jusfundamental foi usada para prosseguir finalidades alheias ao conteúdo ou ao âmbito de proteção do direito fundamental em causa.

Pode dizer-se, neste último sentido, que o abuso de direitos fundamentais assenta ou pressupõe uma leitura (interpretativa e/ou aplicativa) inconstitucional da norma jusfundamental em causa, isto é, da norma da Constituição que instituiu o concreto direito fundamental objeto de um exercício inadmissível ou abusivo — compreende-se, por estar em causa a violação ou a fixação do sentido interpretativo de uma norma constitucional, que os tribunais possam (e devam) proceder à sua sindicância (v. *supra*, n.º 2.5.)([82]).

([81]) Sobre o conceito em causa, cf. Paulo Otero, *Direito Constitucional Português*, II, Coimbra, 2010, p. 435.

([82]) Admitindo a sindicabilidade constitucional de uma interpretação aplicativa em concreto do art. 334.º do Código Civil, referente ao abuso do direito, cf. Declaração de voto do Juiz-Conselheiro

§3.º Acordos de financiamento de ações populares indemnizatórias

A) Razão de ordem

3.1. Como se referiu (v. *supra*, n.º 2.1.), numa análise *prima facie*, a celebração de um contrato de financiamento de contencioso, visando que uma associação de consumidores desencadeie uma ação popular indemnizatória, fundamenta-se em dois alicerces constitucionais: (*i*) a liberdade contratual, enquanto manifestação da autonomia privada, e (*ii*) o direito de acesso aos tribunais, categoria genérica da qual a ação popular é uma espécie.

Sucede, porém, tal como o estudo desenvolvido permitiu observar, que a circunstância de uma determinada conduta factual se incluir aparentemente no âmbito de normas jusfundamentais não significa, num momento analítico posterior, à luz de uma ponderação balizada pelos princípios da proporcionalidade e da justiça, que nos encontremos diante de um exercício admissível de uma tal posição jurídica e, por isso, que essa conduta integre o âmbito efetivo de proteção da(s) norma(s) jusfundamental(is) em causa (v. *supra*, n.º 2.8.).

Com efeito, um exercício abusivo de uma posição jurídica jusfundamental, em violação dos seus limites imanentes (expressos ou implícitos), uma vez que situa essa conduta fora do âmbito do programa normativo ou domínio protegido pela norma constitucional referente ao direito em questão (v. *supra*, n.º 2.6.), reconduz-se a uma situação ilícita de abuso do direito fundamental (v. *supra*, n.º 2.7.) e, por essa via, ao abuso da Constituição (v. *supra*, n.º 2.10.).

Será que a utilização de um contrato de financiamento de contencioso, enquanto expressão da liberdade contratual, permitindo uma associação de consumidores instaurar, segundo o direito de acesso aos tribunais, uma ação popular indemnizatória, traduz um exercício abusivo dos direitos fundamentais em causa?

Alberto Tavares da Costa, *in* Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 655/99, *cit.* Excluindo, num diferente cenário factual e argumentativo, o controlo da aplicação em concreto do art. 334.º do Código Civil, cf. Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 655/99, *cit.*; Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 246/2000, processo n.º 259/99, de 12 de abril de 200, *in TC > Jurisprudência > Acordãos > Acórdão 246/2000* (<tribunalconstitucional.pt>); Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 532/2004, processo n.º 161/04, de 15 de julho 2004, *in TC > Jurisprudência > Acordãos > Acórdão 532/2004* (<tribunal constitucional.pt>); Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 664/2013, processo n.º 389/13, de 8 de outubro de 2013, *in TC > Jurisprudência > Acordãos > Acórdão 664/2013* (<tribunalconstitucional.pt>); Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 694/2020, processo n.º 343/2020, de 26 de novembro de 2020, *in TC > Jurisprudência > Acordãos > Acórdão 694/2020* (<tribunalconstitucional.pt>).

É o que cumpre averiguar, analisando, separadamente, a situação de cada uma destas posições jusfundamentais.

B) "*Litigation funding agreement*" em ações populares indemnizatórias e direito de acesso aos tribunais

3.2. Não deixa de ser curioso que, historicamente, a autonomização conceitual da ideia de abuso do direito, durante o século XIX, envolva condutas factuais de exercício inadmissível do direito de acesso aos tribunais, sem embargo de nunca o problema ter sido equacionado e analisado à luz da temática do abuso de direitos fundamentais e do inerente abuso da Constituição.

O autor que primeiro se debruçou sobre o tema do abuso do direito, cunhando a própria expressão "*abu d'un droit*"([83]), depois de expressar que "o agir em justiça (…) é, sem dúvida, um direito sagrado"([84]), indica-nos que o seu exercício pode causar danos, desde logo, em situações de "téméraires plaideurs", sempre que ocorre um exercício de má-fé do direito de ação, se existe um puro propósito ou espírito de vexar ou ferir o demandado([85]):

i) A jurisprudência francesa e belga da primeira metade do século XIX ilustra, através de diversos casos, esse exercício abusivo do direito de ação judicial como fonte de responsabilidade civil do demandante;

ii) Há mesmo notícia de que, já no século XVI, Francisco I, rei de França, emitiu uma ordenança, em 1539, sobre responsabilidade pelos prejuízos decorrentes de ações temerárias.

Em síntese, a História regista a íntima ligação que a génese conceptual do abuso do direito tem com o exercício da ação judicial — trata-se, afinal, numa linguagem moderna, de um problema de abuso do direito fundamental de acesso aos tribunais([86]).

3.3. Mostra-se juridicamente importante analisar, neste contexto de abuso do direito fundamental de acesso aos tribunais, se a utilização dos

---

([83]) Cf. F. Laurent, *Principes de Droit Civil Français*, XX, p. 428.

([84]) Cf. F. Laurent, *Principes de Droit Civil Français*, XX, p. 429.

([85]) Cf. F. Laurent, *Principes de Droit Civil Français*, XX, p. 429, ss.

([86]) Especificamente sobre o exercício abusivo do direito de ação popular, cf. Miguel Teixeira de Sousa, *A Legitimidade Popular na Tutela dos Interesses Difusos*, p. 255, ss.

"*litigation funding agreements*" em ações populares indemnizatórias consubstancia um exercício abusivo do direito de acesso aos tribunais.

Na realidade, os acordos de financiamento de contencioso em ações populares de natureza indemnizatória, sem prejuízo de se poder dizer que visam promover ou ampliar a implementação do exercício do direito de acesso à justiça por parte de quem o não conseguiria fazer sem esse suporte financeiro, o certo é que, atendendo à estrutura prestacional do vínculo contratual, permitem observar o seguinte:

i) A renumeração do financiador, assentando num *sucess fee*, determina que o escopo principal do contrato de financiamento seja a obtenção de um lucro, assumindo-se como verdadeiro contrato comercial, neste caso unilateralmente comercial, sujeito à lei comercial([87]):
   — O propósito do contrato de financiamento é, por via do sucesso da ação judicial a desencadear e ante uma renumeração a obter em função do sucesso indemnizatório, o enriquecimento de uma das partes, contando com a colaboração e execução da outra;
   — O lucro é o propósito central e imediato da intervenção do financiador, servindo-se da ação popular indemnizatória como mero instrumento comercial — o ator popular é, neste último sentido, coautor e executante da atuação comercial do financiador;
   — O propósito direto, imediato e central do contrato de financiamento nada tem que ver com a realização ou o acesso à justiça, antes expressa uma pura lógica mercantilista de utilização da instituição judicial;

ii) Sabendo-se que o ator popular age sempre no interesse geral da coletividade ou da comunidade a que pertence e se encontra inserido([88]),

---

([87]) Na realidade, o ator popular não terá um propósito comercial ou lucrativo ao celebrar o "*litigation funding agreement*", sem prejuízo de se tornar um colaborador ou exequente do propósito do financiador, sendo todo o vínculo contratual regulado, todavia, nos termos do art. 99.º do Código Comercial, pelo regime da lei comercial. Sobre o conceito e o regime dos atos mistos comerciais, cf. José de Oliveira Ascensão, *Direito Comercial*, I, policop., Lisboa, 1988, p. 93, ss.; Jorge Coutinho de Abreu, *Curso de Direito Comercial*, I, reimp., Coimbra, 199, pp. 75-76; António Menezes Cordeiro, *Direito Comercial*, 3.ª ed., Coimbra, 2012, pp. 223-224; Paulo Olavo Cunha, *Lições de Direito Comercial*, Coimbra, 2010, pp. 49-50; Pedro Pais de Vasconcelos, *Direito Comercial*, I, Coimbra, 2011, p. 72, ss. e 142, ss.; José Engrácia Antunes, *Direito dos Contratos Comerciais*, Coimbra, 2014, pp. 46-47.

([88]) Cf. Paulo Otero, *A acção popular: configuração e valor no actual direito português*, p. 872.

numa atuação tendencialmente altruísta(89), verifica-se que o contrato de investimento investe o financiado (e ator popular) na prossecução do interesse lucrativo do financiador:

— Subverte-se, deste modo, por via do contrato de financiamento, a função institucional e constitucional do ator popular e da ação popular;

— O ator popular como que é obnubilado ou transfigurado em mero executante do contrato de financiamento, agindo em defesa dos interesses lucrativos do financiador;

— A ação popular indemnizatória deixa de ter como motivo principalmente determinante o interesse da coletividade, altruisticamente prosseguido pelo autor popular, para passar a visar a satisfação dos interesses lucrativos do investimento feito pelo financiador;

iii) Simultaneamente, o financiado (e futuro ator popular), além de ser associado e executante da estratégia de investimento de risco do financiador, acorda, nos termos do *success fee* constante do contrato de financiamento, em dispor de uma parte da eventual indemnização a obter, em nome dos consumidores lesados, a favor do financiador:

— O ator popular dispõe, deste modo, de um valor que, sendo atribuído aos lesados, acaba por ser contratualizado a favor de um terceiro não lesado;

— Ou, visto de ângulo diferente, o financiado dispõe de um eventual bem alheio, se a ação indemnizatória for procedente, sem que os lesados beneficiem da totalidade do valor da indemnização e sem que tenham habilitado a disposição desse seu direito de crédito indemnizatório.

Não obstante a projeção de tais situações em sede de liberdade contratual (v. *infra*, n.os 3.7. e 3.8.), centremos a nossa atenção, neste momento, nos reflexos da utilização dos "*litigation funding agreements*" em sede de direito de acesso aos tribunais.

3.4. A natureza comercial do contrato de financiamento de ações populares indemnizatórias acaba por conduzir a uma mercantilização ou

---

(89) Cf. Miguel Teixeira de Sousa, *A Legitimidade Popular na Tutela dos Interesses Difusos*, p. 226, ss.

comercialização do próprio direito de acesso aos tribunais (v. *supra*, n.º 3.3.), sabendo-se que a ação popular é, por natureza, a expressão de uma solidariedade de interesses comuns aos membros de uma comunidade(90):

i) Um direito de participação política, tal como se configura a ação popular pela Constituição(91), é usado e subvertido, através de tais contratos de financiamento de ações indemnizatórias, em instrumento de prossecução de fins de natureza económico-lucrativa pela entidade financiadora, totalmente alheios ao recorte constitucional e histórico da instituição em causa;

ii) A mercantilização do direito de ação popular, num claro desvio de poder dos respetivos propósitos constitucionais, configura uma forma de exercício inadmissível deste direito fundamental — os contratos de financiamento de ações populares indemnizatórias revelam-se desconformes com a ordem de valores da Constituição.

Vejamos melhor o desenvolvimento deste entendimento.

3.4.1. A jurisprudência alemã, numa decisão do Supremo Tribunal Federal, de 13 de setembro de 2018, sublinha que tais contratos de financiamento de ações indemnizatórias se reconduzem a um exercício inadmissível de direitos, atendendo a que a força motriz ou o motivo determinante da ação serve propósitos diversos da sua razão de ser, numa situação de abuso do direito: o propósito imediato de tais vínculos envolve a intervenção de um terceiro que, prendendo lucrar economicamente com a possibilidade de ser desencadeada a ação judicial, acaba por prosseguir interesses e objetivos que não são dignos de proteção legal(92).

Em igual sentido, a decisão do Supremo Tribunal Federal alemão, de 9 de maio de 2019, confirma esse mesmo entendimento: uma ação indemnizatória desencadeada por uma associação de consumidores, envolvendo um contrato de financiamento de contencioso que confere ao financiador uma parte do lucro líquido que venha a ser obtido, contraria a proi-

---

(90) Neste último sentido, cf. Paulo Otero, *A acção popular: configuração e valor no actual direito português*, p. 872.

(91) Cf. Gomes Canotilho/Vital Moreira, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, II, 4.ª ed., Coimbra, 2007, p. 693.

(92) Cf. BGH, de 13 de setembro de 2018, processo n.º I ZR 26/17, *in Urteil des I. Zivilsenats vom 13.9.2018 — I ZR 26/17 —* (<bundesgerichtshof.de>).

bição de exercício inadmissível de direitos, traduzindo um caso de abuso do direito(93).

A natureza do abuso do direito como cláusula geral e válvula de segurança do sistema jurídico, sem necessidade de expressa consagração legal (v. *supra*, n.os 2.3. e 2.8.), sendo até dotada de valia paramétrica constitucional (v. *supra*, n.os 2.8. e 2.10.), torna o raciocínio da jurisprudência alemã integralmente transponível para a ordem jurídica portuguesa.

3.4.2. Numa perspetiva político-constitucional, tais contratos de financiamento do contencioso de ações populares indemnizatórias, tendo como razão de ser ou propósito nuclear o lucro da entidade financiadora, consubstanciam a expressão de uma visão mercantilista, própria de um neoliberalismo capitalista de assalto ao poder judicial, servindo-se dele para, dentro de uma lógica de risco inerente a um investimento financeiro privado, obter lucros:

i) O exercício da ação popular indemnizatória serve de mero instrumento lucrativo por parte de um financiador, transformada que está a ação judicial em objeto de um negócio de natureza comercial, em claro sentido contrário à natureza e à função constitucional do direito de ação popular (v. *supra*, n.º 3.4.):
   — Existe aqui algo de semelhante a uma situação de desvio de poder na utilização do instituto da ação popular (v. *supra*, n.º 2.3.): o motivo principalmente determinante da ação deixa de ser a defesa de interesses comuns da coletividade ou dos seus membros lesados, tal como corresponde à sua razão de ser, passando antes o lucro do financiador a tornar-se no escopo do contrato de financiamento e, por essa via, da ação indemnizatória (v. *supra*, n.º 3.3.);
   — Atenta-se, deste modo, contra a função social e institucional da ação popular, tal como a Constituição a configura, num exercício factual totalmente alheio ao programa normativo subjacente ao art. 52.º, n.º 3, da Constituição;

ii) Ocorre, por via de tais contratos de financiamento de ações populares indemnizatórias, uma mercantilização ou comercialização do acesso aos tribunais:

---

(93) Cf. BGH, de 9 de maio de 2019, processo n.º I ZR 205/17, *in Urteil des I. Zivilsenats vom 9.5.2019 — I ZR 205/17 —* (<bundesgerichtshof.de>).

— O desencadear de uma ação judicial indemnizatória passa a ser, através dos "*litigation funding agreements*", a manifestação prestacional de um interesse lucrativo do financiador que é protagonizado pelo ator popular (v. *supra*, n.º 3.3.);
— Existe aqui um exercício do direito de acesso aos tribunais em sentido contrário ao espírito deste direito fundamental (v. *supra*, n.º 2.7.) e em clara violação da própria função social da garantia de acesso à justiça (v. *supra*, n.º 2.5.) — os tribunais não existem para satisfazer propósitos de financiadores privados que desenvolvem uma atividade lucrativa de investimento em ações judiciais indemnizatórias;

iii) Regista-se que o desenvolvimento da atividade dos tribunais, enquanto órgãos de soberania, se reconduz, nestes casos, a mero objeto de atos comerciais de investimento no setor da justiça, num evidente desrespeito pela própria função social e dignidade constitucional dos tribunais:
— O lucro torna-se, em si e por si, o motivo principalmente determinante deste tipo de acesso contratual aos tribunais: em vez da justiça, o móbil é o comércio;
— O direito de ação é instrumentalizado a fins de natureza patrimonial ou lucrativa, sendo esse o propósito subjacente aos "*litigation funding agreements*" — há aqui, neste sentido, uma litigância abusiva;

iv) O exercício da atividade jurisdicional passa a ser objeto de um determinado contrato de investimento entre privados, observando-se que os "*litigation funding agreements*" destinados a financiar ações populares indemnizatórias comportam, por tudo isto, um abuso do direito de acesso à justiça:
— Há aqui um verdadeiro desvio de exercício do direito de ação popular, por natureza altruísta e desinteressado (v. *supra*, n.º 3.3.), subvertendo-se o sentido e a função do próprio poder judicial;
— Não pode uma tal forma de exercício do direito de ação popular encontrar proteção normativa no âmbito do art. 52.º, n.º 3, da Constituição: a utilização de "*litigation funding agreements*" para financiar ações populares indemnizatórias encontra-se fora do programa normativo do referido dispositivo constitucional;

v) Por tudo isto, qualquer lei que, por hipótese académica, viesse admitir contratos de financiamento de ações populares indemni-

> zatórias deverá ter-se por inconstitucional: não se encontra na margem de liberdade conformadora do legislador a mercantilização do exercício da função jurisdicional ou do acesso aos tribunais, nem subverter o papel social e a dignidade institucional do poder judicial e dos órgãos de soberania — neste caso, dos tribunais —, uma vez que estamos aqui diante de um espaço de reserva de Constituição e, por consequência, excluído da intervenção dispositiva pelo legislador.

3.4.3. Verifica-se, neste contexto argumentativo, que, nos termos de uma jurisprudência firme do nosso Tribunal Constitucional, o direito de acesso aos tribunais encontra-se pautado pelo seguinte princípio geral: *"evitar a instrumentalização do direito de ação para fins exclusivamente patrimoniais"*(94).

Ora, esse evitar a instrumentalização do direito de ação popular a *"fins exclusivamente patrimoniais"*, segundo a jurisprudência do Tribunal Constitucional, só pode conduzir à inconstitucionalidade de qualquer norma habilitando a utilização dos contratos de financiamento de ações indemnizatórias, sobretudo servindo-se da amplitude da legitimidade do autor nas ações populares: a utilização dos "*litigation funding agreements*" em ações populares indemnizatórias traduz um exemplo típico de "instrumentalização do direito de ação para fins exclusivamente patrimoniais".

A exclusão da admissibilidade da utilização dos "*litigation funding agreements*" em ações populares indemnizatórias, por via da figura do abuso do direito, permite comprovar, tal como a própria jurisprudência constitucional reconhece, que o abuso do direito constitui um princípio geral que funciona como "válvula de segurança do sistema" (v. *supra*, n.º 2.8.).

3.4.4. Nem se invoque, em sentido contrário à ilicitude dos "*litigation funding agreements*" em ações populares indemnizatórias, o postulado da máxima efetividade das normas sobre direitos fundamentais, visando admitir no âmbito de proteção do art. 52.º, n.º 3, da Constituição a validade dos contratos de financiamento de tais ações judiciais indemnizatórias:

---

(94) Neste sentido, a propósito da justificação da existência de um prazo para a instauração de ações judiciais, cf. Acórdão n.º 394/2019, processo n.º 471/2017, de 3 de julho de 2019, *in TC > Jurisprudência > Acordãos > Acórdão 394/2019* (<tribunalconstitucional.pt>).

i) Por um lado, o âmbito de operatividade do princípio da máxima efetividade das normas jusfundamentais só começa quando não há uma situação de exercício inadmissível do direito fundamental em causa:
   — O abuso do direito exclui ou impede a máxima efetividade do direito de acesso aos tribunais ou do direito de ação popular;
   — O exercício inadmissível de um direito fundamental não se encontra dentro do âmbito de proteção da norma jusfundamental (v. *supra*, n.º 2.8.), ocorrendo aqui uma delimitação negativa do campo aplicativo do princípio da máxima efetividade do direito fundamental;
   — Deste modo, onde há abuso não há máxima efetividade, onde existe máxima efetividade não pode existir exercício abusivo do direito fundamental;

ii) Por outro lado, as situações de abuso do direito justificam até uma contração interpretativa e aplicativa do âmbito de proteção da norma jusfundamental, nos termos de juízo ponderativo pautado pelos postulados da proporcionalidade e da justiça (v. *supra*, n.º 2.8.), pois nenhuma norma do sistema jurídico pode, à luz da unidade de todos os valores constitucionais, integrar dentro do respetivo programa normativo situações factuais de exercício disfuncional e abusivo de um pretenso direito fundamental *prima facie*;

iii) Por último, o intérprete deverá sempre fazer uma interpretação das disposições legais que consagram a admissibilidade de ações populares indemnizatórias — desde logo, a Lei da Ação Popular (Lei n.º 83/95) e o art. 19.º da Lei do *Private Enforcement* da Concorrência (Lei n.º 23/2018) — no sentido de excluir a utilização de contratos de financiamento sujeitos a *success fee*, sob pena de, ante um exercício inadmissível da referida posição jusfundamental, ocorrer um abuso da Constituição (v. *supra*, n.os 2.9. e 2.10.), gerador de uma interpretação inconstitucional das referidas normas de direito ordinário.

3.5. Não deixa de ser revelante, até à luz de um princípio de interpretação do direito interno em conformidade ao Direito da União Europeia, que a própria União Europeia, por diversas vezes, em várias recomendações, tenha relacionado o financiamento por terceiros de ações de

tutela coletiva de natureza indemnizatória com a preocupação de evitar a litigância abusiva:

i) A Resolução do Parlamento Europeu, de 2 de fevereiro de 2012, sobre "Rumo a uma abordagem europeia coerente sobre a ação coletiva", num propósito expresso de evitar a utilização abusiva da ação coletiva, fala na "impossibilidade de financiamento por terceiros", salientando-se que "os regimes jurídicos dos Estados-Membros não contemplam, regra geral, o recurso ao financiamento por terceiros", justificando-se, por isso, que "a Comissão não deve estabelecer condições ou orientações sobre o financiamento dos pedidos de indemnização" (n.º 20)([95]);

ii) A Comunicação da Comissão Europeia, de 11 de junho de 2013, "Rumo a um quadro jurídico horizontal europeu para a tutela coletiva", salienta o inconveniente da "litigância abusiva" (n.º 2.2.2), registando-se a afirmação expressa de que "o financiamento direto por terceiro de ações coletivas é considerado um potencial fator conducente à litigância abusiva" (n.º 3.9.1.), num cenário de reconhecimento de pluralidade de soluções entre os Estados-Membros e a necessidade, em caso de admissibilidade, de sujeitar esse financiamento a condições (*idem*)([96]);

iii) A Recomendação da Comissão Europeia, de 11 de junho de 2013, sobre os "Princípios comuns que devem reger os mecanismos de tutela coletiva inibitórios e indemnizatórios dos Estados-Membros aplicáveis às violações de direitos garantidos pelo direito da União"([97]), salienta que uma das finalidades é "evitar a litigância abusiva" (n.º 1)([98]):

— Compreende-se, neste contexto, que se exija que o autor das ações tenha suficiente capacidade financeira [n.º 3, alínea *c*)] e declare ao tribunal a origem dos fundos de financiamento da ação (n.º 14), sem prejuízo de admitir que, em caso de

---

([95]) Cf. *Jornal Oficial da União Europeia*, de 20 de agosto de 2013, *in Rumo a uma abordagem europeia coerente sobre a ação coletiva* (<europa.eu>).

([96]) Cf. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52013DC0401&from=pt>.

([97]) Cf. Ralf Deutlmoser, *Die Büchse der Pandora: Kollektiver Rechtsschutz in Europa, in Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, 2013, p. 652, ss.

([98]) Cf. *Jornal Oficial da União Europeia*, de 26 de julho de 2013, *in Recomendação da Comissão, de 11 de junho de 2013, sobre os princípios comuns que devem reger os mecanismos de tutela coletiva inibitórios e indemnizatórios dos Estados-Membros aplicáveis às violações de direitos garantidos pelo direito da União* (<europa.eu>).

financiamento por terceiro, o tribunal possa suspender a instância, verificadas certas circunstâncias (n.º 15), além de definir um conjunto de práticas interditas que os Estados-Membros devem consagrar (n.º 16);

— Estabelece mesmo, a título de princípio geral, a proibição de "basear a remuneração paga ao financiador ou a taxa de juro por este cobrada no montante do pagamento obtido ou da indemnização atribuída" (n.º 32).

Em suma, o Direito da União Europeia, num firme propósito de evitar a litigância abusiva(99), não consagra qualquer postura genérica de admissibilidade de financiamento por terceiro de ações coletivas de natureza indemnizatória, antes revela sérias cautelas destinadas a evitar uma utilização abusiva do direito de acesso aos tribunais e de subversão do próprio sentido e função de tais ações indemnizatórias.

Não é possível extrair do Direito da União Europeia qualquer princípio de interpretação do direito nacional no sentido de ser reconhecida a admissibilidade de contratos de financiamento de ações populares indemnizatórias, antes a ausência de lei nacional a prever e a regular as condições da sua utilização deve ser entendida, à luz da Recomendação da Comissão Europeia, de 11 de junho de 2013, como proibindo cláusulas remuneratórias do financiador através de *success fee* proveniente do valor da indemnização reconhecida aos lesados(100).

E uma tal conclusão mostra particular importância na interpretação da Lei da Ação Popular (Lei n.º 83/95, de 31 de agosto) e do art. 19.º da Lei do *Private Enforcement* da Concorrência (Lei n.º 23/2018, de 5 de junho).

3.6. Observa-se, num outro sentido, que o direito de acesso à justiça não foi consagrado pela Constituição para que terceiros ao processo possam obter vantagens patrimoniais, exercendo uma atividade comercial que, por via da utilização dos tribunais, transformam os processos judiciais de natureza indemnizatória em instrumento de lucro, numa disfuncionalidade centrada em dois parâmetros (v. *supra*, n.º 2.7.):

---

(99) Trata-se, de algum modo, de evitar a situação norte-americana, cf., especificamente sobre esta última experiência, Elizabeth Korchin/Patrick Dempsey/Eric Blinderman, *The Third Party Litigation Funding Law Review: USA*, de 22 de novembro de 2021, *in* The Third Party Litigation Funding Law Review — The Law Reviews.

(100) Sobre uma possível proposta de regulamento da União Europeia sobre o financiamento de litígios por terceiros, cf. Adrian Cordina, *The time is ripe? Proposed regulation of third party litigation funding in the Eurpean Union*, *in* <https://conflitsflaws.net/2021>.

i) Os contratos de financiamento de ações populares indemnizatórias, tendo como motivo principalmente determinante a prossecução de um fim alheio ao direito de acesso à justiça, comportam uma habilitação para um exercício inadmissível deste direito fundamental e uma forma abusiva ou disfuncional de utilização do Poder judicial:
   — Os tribunais não existem para que a sua atividade seja transformada, por via de contratos de financiamento de ações indemnizatórias, em negócios comerciais de investimento de risco;
   — O direito de acesso à justiça não pode ser instrumentalizado à prossecução imediata de fins exclusivamente patrimoniais (v. *supra*, n.º 3.4.3.), nem servir de meio para o enriquecimento do financiador que é um terceiro no processo (v. *supra*, n.º 3.4.1.);

ii) O Poder judicial e o inerente exercício da função jurisdicional são utilizados, através de tais contratos privados de financiamento de ações populares indemnizatórias, como instrumentos contrários à dignidade e ao prestígio dos tribunais como órgãos de soberania:
   — A mercantilização da justiça indemnizatória torna a justiça menos justa ou menos nobre;
   — Atinge-se intoleravelmente o prestígio da função jurisdicional e, deste modo, lesa-se uma base estruturante da Constituição.

Aqui reside, em suma, o alicerce do abuso do direito fundamental de acesso à justiça — no caso, do direito de ação popular indemnizatória — e a própria utilização inadmissível do Poder Judicial, tendo como resultado o abuso de Constituição.

Em suma, não obstante a utilização de um contrato de financiamento de contencioso de ações populares indemnizatórias possa ser, *prima facie*, compatível com o direito de acesso aos tribunais (v. *supra*, n.os 2.1.e 3.1.), a verdade é que o seu exercício em concreto, nos termos em que se consubstancia num exercício inadmissível de um tal direito fundamental, por atentar contra o fim, o espírito e quadro político-axiológico de referência, traduz uma situação de abuso de direito fundamental e de Constituição — esse exercício abusivo encontra-se fora do programa normativo ou do âmbito de proteção do respetivo preceito jusfundamental.

C) "*Litigation funding agreement*" em ações populares indemnizatórias e liberdade contratual

3.7. Sabemos já que, num juízo *prima facie*, a liberdade contratual — enquanto manifestação da autonomia da vontade ancorada nas normas jusfundamentais que garantem a iniciativa económica privada, o direito de propriedade privada e a existência de um setor privado dos meios de produção — habilita a celebração de acordos de financiamento de contencioso, designadamente para efeito de serem desencadeadas ações populares indemnizatórias (v. *supra*, n.º 2.1.).

A doutrina portuguesa tem trabalhado já, sob a influência do pensamento germânico, as limitações à liberdade contratual, desde logo os limites imanentes que alicerçam o abuso da liberdade contratual(101), aprofundando, em especial, a dogmática do abuso da liberdade de conformação, num quadro de abuso do poder negocial, tendo por base um princípio nuclear: a autonomia contratual não é ilimitada, uma vez que não compreende a "deturpação da sua funcionalidade própria, a vigência geral de critérios de uma justa conformação dos interesses"(102).

A ausência de uma liberdade contratual irrestrita determina, ante contratos de financiamento de contencioso, atendendo ao seu propósito mercantilista ou comercial (v. *supra*, n.º 3.3.), a insusceptibilidade de, por se situarem fora do âmbito de proteção do art. 52.º, n.º 3, da Constituição (v. *supra*, n.º 3.4.2.), serem utilizados para financiar ações populares indemnizatórias:

i) A circunstância de se estar diante de uma conduta contratual que comporta um exercício abusivo do direito de acesso aos tribunais — e, em termos específicos, do direito fundamental de ação popular — (v. *supra*, n.os 3.4. e 3.6.), diz-nos que deparamos com um vínculo contratual contrário à lei — o abuso do direito expressa sempre uma conduta violadora da juridicidade (v. *supra*, n.º 2.8.);

ii) Trata-se, aliás, de contratos contrários à lei constitucional (v. *supra*, n.º 3.6.), pois consubstanciam um abuso de um direito fundamental e, simultaneamente, da Constituição (v. *supra*, n.os 2.9. e 2.10.);

iii) Por serem violadores de lei, tais contratos são nulos(103), sendo essa nulidade de conhecimento oficioso pelos tribunais(104).

---

(101) Cf. Joaquim de Sousa Ribeiro, *O Problema do Contrato*, p. 517, ss.
(102) Cf. Joaquim de Sousa Ribeiro, *O Problema do Contrato*, p. 521.
(103) Cf. Código Civil, arts. 280.º, n.º 1, e 294.º.
(104) Cf. Código Civil, art. 286.º.

3.8. Num outro sentido, a circunstância de a entidade financiada (e futuro autor da ação popular indemnizatória) dispor, por via do contrato de financiamento do contencioso, de uma parte da indemnização que venha a ser atribuída aos consumidores lesados a favor do financiador (v. *supra*, n.º 3.3.), merece sérias observações de incidência jurídico-constitucional:

i) Em primeiro lugar, o futuro ator popular assume um compromisso ante o financiador, através do contrato de financiamento, que, fazendo-o remunerar por uma parcela (mais ou menos substancial) do eventual montante a receber pela procedência da ação indemnizatória, como se ele fosse o titular desse direito de crédito, sabendo-se que este último, a existir e a ser reconhecido pelo tribunal, pertence aos lesados:
   — A titularidade do direito de crédito indemnizatório não pertence ao ator popular, antes reside nos lesados, de modo que o financiado dispõe, por via do *sucess fee* a favor do financiador, de uma parte desse direito de crédito como se fosse seu titular;
   — Independentemente de o financiado estar a produzir um enriquecimento do financiador, numa afetação de um montante indemnizatório alheio a favor de quem não é lesado, gerando um exercício abusivo do direito de ação popular (v. *supra*, n.os 3.4. e 3.6.), a verdade é que se encontra também a lesar um direito de conteúdo patrimonial dos lesados, amputando-lhes uma parcela da indemnização que lhes venha a ser atribuída;
   — Sem habilitação legal para o fazer, uma vez que não existe lei que permita uma tal intervenção dispositiva do ator popular (e do financiador) sobre a esfera patrimonial dos lesados, ocorre aqui, através do *sucess fee* previsto no contrato de financiamento a favor do financiador e retirado do montante indemnizatório atribuído aos lesados, uma conduta ablativa do direito de propriedade privada destes últimos;
   — O contrato de financiamento consubstancia, se a ação indemnizatória for julgada procedente e determinar o pagamento de um *sucess fee* ao financiador, a violação do direito de propriedade privada dos lesados — estamos diante de um vínculo lesivo de terceiros;
   — O contrato de financiamento de contencioso no âmbito de ações indemnizatórias traduz, em síntese, uma violação da garantia constitucional da propriedade privada dos lesados;

ii) Em segundo lugar, uma vez que não existe norma legal a permitir que o financiado (e o financiador) disponha(m), por via do *sucess fee* a favor do financiador, de uma parte do direito de crédito indemnizatório que venha a ser reconhecido aos lesados, numa clara violação do direito fundamental de propriedade destes últimos, deparamos com um exercício abusivo da liberdade contratual:
   — O contrato de financiamento de ações populares indemnizatórias consubstancia o exercício inadmissível da liberdade contratual do financiado e do financiador, uma vez que, dispondo de parte de um direito de crédito alheio, lesa o conteúdo essencial de um direito fundamental titulado por terceiro [v. *supra*, n.º 2.7., (*ii*)];
   — Não existe aqui, por conseguinte, qualquer liberdade contratual ou autonomia da vontade privada que, ante o silêncio da lei face à exclusão da validade dos "*litigation funding agreements*", deva ser interpretado como significando a sua admissibilidade jurídica no âmbito de ações populares indemnizatórias: a circunstância de lesar um direito fundamental de terceiros determina que nos encontremos diante de um exercício abusivo e, por isso, inadmissível da liberdade contratual;
   — Funcionando o abuso do direito como cláusula geral ou princípio implícito não escrito que circunscreve o âmbito de proteção de cada norma jusfundamental([105]), a liberdade contratual nunca pode compreender formas de exercício que envolvam lesão do direito de propriedade de terceiros: a ausência de lei aqui só pode ser um significado — a proibição de contratos de financiamento de ações populares indemnizatórias cuja remuneração do financiador se baseie num *sucess fee* retirado do montante indemnizatório atribuído aos lesados;

iii) Em terceiro lugar, a celebração de contratos de financiamento de ações populares indemnizatórias, se *prima facie* se poderia alicerçar na liberdade de iniciativa económica privada do financiador (v. *supra*, n.os 2.1. e 3.7.), o certo é que, atendendo à respetiva arquitetura remuneratória do próprio financiador, uma vez que envolve uma lesão de direitos de conteúdo patrimonial pri-

([105]) Cf. v. *supra*, n.os 2.3., 2.8., 2.9. e 2.10.

vado dos lesados e um exercício inadmissível da liberdade contratual, acaba por, reflexamente ou em termos sucessivos, comportar um abuso da liberdade de iniciativa económica privada:

— A iniciativa económica privada não se pode exercer se dela resultar a disposição de bens de terceiros sem habilitação legal para o efeito: tal como a venda de bens alheios é nula([106]), igualmente a afetação (parcial ou total) do eventual montante indemnizatório do direito de crédito dos lesados a favor do financiador não poderá deixar de ser igualmente nula, ante a ausência de habilitação legal ou dos próprios para esse efeito;

— A arquitetura nuclear dos "*litigation funding agreements*", centrando-se na remuneração do financiador através de um *sucess fee* proveniente da indemnização auferida pelos lesados, não pode deixar de ser, ante situações de ação popular indemnizatória e perante a ausência de qualquer lei habilitante, juridicamente inadmissível na ordem jurídica portuguesa;

— Não existe aqui, diante da violação de parâmetros constitucionais de exercício dos direitos e liberdades fundamentais em termos inadmissíveis, qualquer relevância operativa do princípio da máxima efetividade das normas jusfundamentais (v. *supra*, n.º 3.4.4.): não há máxima efetividade de direitos fundamentais em situações de exercício abusivo ou violador do núcleo essencial de direitos fundamentais de terceiros;

— Nem se pode invocar, em sentido defensor da admissibilidade na ordem jurídica portuguesa dos "*litigation funding agreements*", os exemplos do direito comparado, fazendo quase uma interpretação do direito nacional em conformidade ao direito britânico ou ao direito norte-americano: a Constituição portuguesa encerra um elenco de direitos fundamentais sem paralelo com os textos constitucionais anglo-saxónicos e a cláusula do abuso do direito funciona como limite geral ou "válvula de segurança do sistema" (v. *supra*, n.º 2.8.).

Todas estas razões permitem concluir, em síntese, que os contratos de financiamento de ações populares indemnizatórias, atendendo ao seu modelo arquitetónico de remuneração do financiador, mostram-se contrá-

---

([106]) Cf. Código Civil, art. 892.º.

rios à lei — especialmente contrários a normas jusfundamentais de natureza constitucional — e, nos termos do princípio geral resultante do Código Civil, enfermam de nulidade(107), devendo esta invalidade ser conhecida pelos tribunais oficiosamente(108).

Confirma-se, igualmente por esta linha argumentativa, a nulidade dos contratos de financiamento de ações populares indemnizatórias anteriormente referida (v. *supra*, n.º 3.7.).

D) Síntese

3.9. O estudo até agora realizado permite extrair as três seguintes principais ilações sobre os "*litigation funding agreements*" de ações populares indemnizatórias:

i) *Primeira ilação* — os contratos de financiamento de ações populares indemnizatórias, envolvendo o pagamento ao financiador de um *success fee* proveniente do valor da indemnização reconhecida aos lesados, só num juízo *prima facie* se podem mostrar conformes ao ordenamento jurídico português (v. *supra*, n.os 2.1., 3.1. e 3.7.);

ii) *Segunda ilação* — tais contratos de financiamento revelam um exercício abusivo dos direitos de acesso aos tribunais e de ação popular (v. *supra*, n.os 3.4. e 3.6.), assim como da liberdade contratual e, por essa via, do direito e liberdade de iniciativa económica privada, além de comportarem uma violação do direito de propriedade privada dos lesados que venham a receber uma indemnização (v. *supra*, n.º 3.8.);

iii) *Terceira ilação* — o abuso de direito, neste caso um abuso de posições jurídicas jusfundamentais garantidas pela Constituição, conduz a que os contratos de financiamento sejam contrários a lei constitucional e, nos termos do princípio geral do Código Civil(109), se devam considerar nulos (v. *supra*, n.os 3.7. e 3.8.).

---

(107) Cf. Código Civil, arts. 280.º, n.º 1, e 294.º.
(108) Cf. Código Civil, art. 286.º.
(109) Cf. Código Civil, artigos 280.º, n.º 1, e 294.º.

E) Excurso: a projeção processual do abuso do direito substantivo

3.10. Tal como sucede relativamente a todas as posições jurídicas subjetivas, pois não há direitos sem limites (v. *supra*, n.º 2.2.), igualmente o direito de ação judicial não é absoluto, nem o seu exercício arbitrário, encontrando-se limitado, desde logo, pela cláusula geral do abuso do direito([110]): o exercício inadmissível do direito de ação, envolvendo a sua disfuncionalidade, traduz a expressão de um ilícito.

Haverá abuso do direito de ação sempre que, nas palavras do Supremo Tribunal de Justiça, "as razões que presidem ao exercício desse direito e os fins concretamente prosseguidos por essa via exorbitem manifestamente o fundamento axiológico em que o ordenamento jurídico substantivamente assentou quando entendeu conferir-lhe tal possibilidade de atuação judicial"([111]).

Sucede, no entanto, que o abuso do direito de ação poderá ter na sua base duas diferentes ordens de razões:

i) Pode haver abuso do direito de ação decorrente de puras razões de índole adjetiva (v.g., o exercício do direito de ação apenas com propósitos de vexar ou prejudicar o réu, sem qualquer utilidade para o autor, reconduzindo-se a puras situações emulativas)([112]) — sendo possível aqui falar-se em abuso do direito de ação originário ou próprio;

ii) Mas pode também o abuso do direito de ação alicerçar-se em razões de natureza substantiva que, visando obter uma tutela judicial, contaminam a jusante o exercício do direito de ação, tornando-o abusivo (v.g., um menor que, dolosamente, se faz passar por maior, vem depois desencadear uma ação pedindo a anulabilidade do ato) — haverá aqui, agora, um abuso do direito de ação em termos sucessivos ou derivados.

Neste último domínio, a jurisprudência do Supremo Tribunal de Justiça tem adotado uma postura em que confirma as decisões recorridas que,

---

([110]) Neste sentido, cf. Fernando A. Cunha de Sá, *Abuso do Direito*, p. 143; António Menezes Cordeiro, *Litigância de Má-Fé, Abuso do Direito de Ação e Culpa "In Agendo"*, p. 37, ss. e 139, ss.; Paula Costa e Silva, *A Litigância de Má-Fé*, Coimbra, 2008, p. 368, ss. e 618, ss.

([111]) Cf. Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 22 de fevereiro de 2022, processo 116/ /16.1T8OLH.LE1.S1, *in Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça* (<dgsi.pt>).

([112]) Cf. António Menezes Cordeiro, *Litigância de Má-Fé, Abuso do Direito de Ação e Culpa "In Agendo"*, pp. 90-91.

tendo por fundamento um exercício abusivo de uma posição jurídica substantiva, conduzem à improcedência da ação(113), partindo do princípio de que "as consequências jurídicas do exercício abusivo do direito podem ser da mais variada ordem, posto que o resultado ilegítimo a que levaria esse exercício fique neutralizado"(114).

E, num sentido complementar, a jurisprudência tem entendido que igualmente o abuso do direito é de conhecimento oficioso(115), sem prejuízo de considerar que, "não tendo o mesmo sido invocado pelas partes, o tribunal apenas dele deve conhecer quando o mesmo se afigure manifesto, ou seja, quando as circunstâncias do caso apontem claramente no sentido da sua verificação"(116).

§4.º Conclusões

4.1. Uma vez que não há direitos fundamentais absolutos, podem existir, tendo presentes os limites fixados expressa ou implicitamente pela ordem jurídica, formas de exercício admissível e formas de exercício inadmissível de posições jurídicas jusfundamentais: o exercício abusivo de direitos fundamentais consubstancia uma conduta de facto que extravasa o programa normativo subjacente à posição jurídica exercida, num agir fora do âmbito de proteção da norma jusfundamental.

4.2. O exercício abusivo de um direito fundamental revela uma atuação disfuncional ou desequilibrada do seu titular, em termos de intensidade ou de execução, traduzindo um exercício inadmissível de uma posição jurídica: o abuso do direito fundamental pode decorrer de um exercício (*i*) em sentido contrá-

---

(113) Cf. Paula Costa e Silva, *A Litigância de Má-Fé*, p. 369.

(114) Cf. Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 9 de março de 2021, processo 11863/16.3T8PNF.P1.S1, *in Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça* (<dgsi.pt>).

(115) Cf. Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 4 de abril de 2002, processo n.º 02B749, *in Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça* (<dgsi.pt>); Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 28 de fevereiro de 2019, processo n.º 2069/14.1T8PRT.P1.S1, *in Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça* (<dgsi.pt>); Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 17 de novembro de 2020, processo n.º 306/15.4T8AVR-A.P1.S2, *in Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça* (<dgsi.pt>);

(116) Cf. Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 17 de novembro de 2020, processo n.º 306/15.4T8AVR-A.P1.S2, *cit.*

rio ao fim justificativo do direito ou à sua função social, (*ii*) em termos fortemente lesivos de uma posição subjetiva jusfundamental de terceiro ou (*iii*) envolvendo a violação grave de valores nucleares da comunidade ou de princípios estruturantes da ordem constitucional.

4.3. A circunstância de uma certa conduta factual se incluir *prima facie* ou aparentemente no âmbito material de uma norma jusfundamental não significa, à luz de uma ponderação balizada pelos princípios da proporcionalidade e da justiça, tomando como referência outros padrões normativos do sistema jurídico, que nos encontremos diante de um exercício admissível de um tal direito fundamental.

4.4. A proibição de abuso de direitos fundamentais, traduzindo uma cláusula geral limitativa do exercício de todos os direitos fundamentais, expressa uma norma implícita da Constituição que, ante situações concretas de exercício inadmissível de direitos fundamentais, gera um reajuste aclarativo da amplitude do âmbito de proteção jusfundamental que subjaz ao programa normativo que alicerça esse direito fundamental.

4.5. O abuso de direitos fundamentais reconduz-se a uma modalidade de abuso da Constituição: o exercício abusivo de um direito fundamental envolve sempre a utilização indevida de uma norma jusfundamental para prosseguir finalidades alheias ao conteúdo ou ao âmbito de proteção do direito fundamental em causa.

4.6. Tendo a conceptualização do abuso do direito surgido em torno da utilização indevida do acesso aos tribunais, segundo a doutrina e a jurisprudência do século XIX, verifica-se que a utilização dos "*litigation funding agreements*" em ações populares indemnizatórias consubstancia, à luz do vigente ordenamento jurídico-constitucional português, uma forma de exercício abusivo do direito de acesso aos tribunais.

4.7. Com efeito, se, num juízo *prima facie*, a utilização de um contrato de financiamento de contencioso de ações populares indemnizatórias possa ser compatível com os direitos de acesso aos tribunais e de ação popular, a verdade é que o seu exercício em concreto, nos termos em que se consubstancia num exercício inadmissível de tais direitos fundamentais, por

atentar contra o fim, o espírito e o quadro político-axiológico de referência, traduz uma situação de abuso de direito fundamental e de Constituição, encontrando-se fora do programa normativo ou do âmbito de proteção dos respetivos preceitos constitucionais.

4.8. Por um lado, a natureza comercial do contrato de financiamento de ações populares indemnizatórias conduz a uma mercantilização ou comercialização do direito de acesso aos tribunais: o exercício da ação popular indemnizatória serve de mero instrumento lucrativo por parte de um financiador, transformada que está a ação judicial em objeto de um negócio lucrativo, em claro sentido contrário à natureza e à função constitucional do direito de ação popular.

4.9. Por outro lado, através de tais contratos de financiamento de ações indemnizatórias, o desenvolvimento da atividade jurisdicional dos tribunais, enquanto órgãos de soberania, reconduz-se a mero objeto de atos comerciais de investimento privado no setor da justiça, num evidente desrespeito pela própria função social e dignidade constitucional dos tribunais e, por isso, em abuso do direito de acesso à justiça.

4.10. Por último, esses contratos de financiamento de ações populares indemnizatórias, tendo como motivo principalmente determinante a prossecução de um fim alheio ao direito de acesso à justiça, comportam uma forma abusiva ou disfuncional de utilização do Poder judicial: há aqui, por via de tais contratos, um exercício da função jurisdicional em sentido atentatório da dignidade e do prestígio dos tribunais como órgãos de soberania.

4.11. A própria jurisprudência do Tribunal Constitucional, excluindo a instrumentalização do direito de ação popular a "*fins exclusivamente patrimoniais"*, conduzirá à inconstitucionalidade de qualquer eventual norma legal habilitando a utilização dos contratos de financiamento de ações populares indemnizatórias, verificando-se, por outro lado, que o postulado da máxima efetividade das normas sobre direitos fundamentais nunca poderá ser usado ante situações de exercício abusivo do direito de ação popular.

4.12. Nem se mostra possível extrair do Direito da União Europeia qualquer princípio de interpretação do direito nacional no sen-

tido de ser reconhecida a admissibilidade de contratos de financiamento de ações populares indemnizatórias: a ausência de lei nacional deve ser entendida, à luz da Recomendação da Comissão Europeia, de 11 de junho de 2013, como proibindo cláusulas remuneratórias do financiador através de um *success fee* proveniente do valor da indemnização reconhecida aos lesados — assim devem ser interpretadas as normas nacionais que consagram o direito de ação popular indemnizatória.

4.13. Numa perspetiva diversa, se a liberdade contratual, enquanto manifestação da autonomia da vontade ancorada em normas jusfundamentais, habilita, num juízo *prima facie*, a celebração de acordos de financiamento de contencioso, designadamente para efeito de serem desencadeadas ações populares indemnizatórias, o certo é que não há uma liberdade contratual ilimitada ou irrestrita.

4.14. Desde logo, ante contratos de financiamento de contencioso de ações populares indemnizatórias com claros propósitos mercantilistas ou comerciais, situados fora do âmbito de proteção do art. 52.º, n.º 3, da Constituição, observamos uma conduta contratual que comporta um exercício abusivo dos direitos de acesso aos tribunais e de ação popular, reconduzível a um vínculo contratual contrário à lei e, por isso, ferido de nulidade.

4.15. Além disso, a circunstância de a entidade financiada (e futuro autor da ação popular indemnizatória) dispor, por via do contrato de financiamento do contencioso, de uma parte da indemnização que venha a ser atribuída aos lesados a favor do financiador, mostra-se atentatória de um direito de conteúdo patrimonial dos lesados, amputando-lhes uma parcela da indemnização a que venham a receber: o contrato de financiamento consubstancia, se a ação indemnizatória for julgada procedente e determinar o pagamento de um *sucess fee* ao financiador, a violação do direito de propriedade privada dos lesados.

4.16. Neste último sentido, uma vez que o contrato de financiamento dispõe de parte de um direito de crédito alheio, lesando o conteúdo essencial de um direito fundamental titulado por terceiro, existe aqui um exercício abusivo da liberdade contratual por parte do financiado e do financiador: a arquitetura remuneratória do financiador comporta um abuso da liberdade de ini-

ciativa económica privada, mostrando-se, por isso, o contrato contrário à lei, sendo, uma vez mais, nulo.

4.17. O direito de ação também poderá ser objeto de um exercício abusivo, sendo possível recortar-se um abuso de direito de ação em sentido próprio ou originário, se alicerçado em puras razões adjetivas, e, em sentido diferente, um abuso do direito de ação derivado ou sucessivo, se fundado em razões de natureza substantiva que se projetam numa pretensão de tutela judicial.

4.18. Se uma ação judicial indemnizatória traduzir um exercício abusivo do direito de ação popular, a sua neutralização deve efetuar-se por uma decisão judicial de improcedência, sabendo-se que, segundo a jurisprudência do Supremo Tribunal de Justiça, o abuso do direito é de conhecimento oficioso pelo juiz.

A PROPOSTA DE LEI N.º 47/XV/1.ª E A CRIAÇÃO DE DUAS NOVAS CONTRIBUIÇÕES DE SOLIDARIEDADE TEMPORÁRIA *(WINDFALL PROFIT TAX)* OBRIGATÓRIAS

Pelos Prof. Doutor Rogério M. Fernandes Ferreira
e Dr. Pedro José Santos

Sumário:

A) Introdução. **B)** As causas. **C)** A posição da Comissão Europeia. **D)** O caso da Itália. **E)** O caso da Espanha. **F)** O caso do Reino Unido. **G)** O caso da Hungria. **H)** O caso da Grécia. **I)** O caso da Roménia. **J)** Outros países europeus. **K)** O Regulamento (UE) 2022/1854 do Conselho. **L)** A Contribuição de Solidariedade Temporária Obrigatória prevista no Regulamento (UE) 2022/1854. **M)** A Proposta de Lei N.º 47/ /XV/1.ª e os novos *Windfall Taxes* portugueses. **N)** As regras gerais. **O)** A nova CST Energia, em especial. **P)** A nova CST Distribuição Alimentar, em especial. **Considerações finais.**

Sumário

Depois de muito se falar sobre a possibilidade de criação, em Portugal, de impostos sobre lucros extraordinários ou inesperados e de ter sido aprovado o Regulamento (UE) 2022/1854 do Conselho, de 6 de outubro de 2022, Portugal avança, agora, definitivamente com a criação deste tipo de imposto(s), através da Proposta de Lei n.º 47/XV/1.ª, aprovada em reunião do Conselho de Ministros.

A) Introdução

1. Em Portugal, há já algum tempo, e por toda a Europa também, está na ordem do dia a introdução de novos impostos sobre os lucros, ditos "extraordinários" ou "inesperados", das empresas, comumente chamados de *windfall (profit) taxes*. em tradução livre: "impostos caídos do céu.

O que estabelece o **Regulamento (UE) 2022/1854 do Conselho de 6 de outubro de 2022**?

O que é a contribuição de solidariedade temporária obrigatória?

Como estão a pensar e a agir os outros países da Europa?

E Portugal?

O que estabelece a nova **Proposta de Lei n.º 47/XV/1.ª**, agora aprovada em reunião de Conselho de Ministros?

Em que se traduzem a nova CST Energia e a nova CST Distribuição Alimentar?

O que são, concretamente?

B) As causas

2. Depois dos efeitos provocados pela COVID19 no mercado mundial, a guerra na Ucrânia — pelo impacto que tem em vários setores de mercado, nomeadamente o petrolífero e o energético — contribuiu, decisivamente, para uma inflação mundial com reflexo generalizado na subida dos preços dos bens de consumo e da energia, em especial gás e petróleo.

Em ambos os casos, a situação global terá permitido a diversas empresas, de alguns setores, a obtenção de lucros inesperadamente altos, especialmente, mas não só, onde estes resultam mais diretamente do aumento nos preços da energia e da alimentação.

Simultaneamente, a subida dos preços tem, naturalmente, suscitado dificuldades acrescidas às famílias e às empresas.

3. Assim, e com o alegado propósito do financiamento das políticas anti-inflacionistas e da mitigação dos efeitos da inflação nas famílias e nas empresas, começou a ser considerada a introdução de novos impostos

sobre os ditos lucros extraordinários ou inesperados, especialmente direcionados para os setores económicos onde esses lucros sejam mais evidentes e acentuados.

Inicialmente, foram apontados como sujeitos deste tipo de impostos os incluídos nos setores petrolífero e energético, mas, entretanto, também banca, distribuição e outros setores começaram a ser falados, também aqui em Portugal.

C) A Posição da Comissão Europeia

4. No início de março de 2022, a Comissão Europeia emitiu uma Comunicação **[COM (2022) 108 final]** e pronunciou-se, no sentido de que poderiam ser adotadas pelos Estados-Membros medidas em matéria de auxílios estatais a fim de possibilitar o apoio às empresas e aos setores gravemente afetados pela evolução geopolítica.

E, para financiar essas medidas de emergência, a Comissão Europeia antecipou que os Estados-Membros poderiam ponderar a adoção de medidas fiscais temporárias sobre lucros inesperados. Concretamente, a Comissão Europeia indicou que os Estados-Membros poderiam, a título excecional, vir a aprovar medidas fiscais que visem captar algumas receitas de certos produtores de eletricidade, tendo em vista a sua redistribuição pelos consumidores finais de eletricidade.

5. Dentro destas indicações, a Comissão esclareceu, ainda, que essas medidas não deveriam ser retroativas e serviriam apenas para recuperar uma parte dos lucros (extraordinários) efetivamente realizados. E indicou, também, que a duração das medidas deveria ser limitada e associada a uma situação de crise específica.

E dentro deste contexto, vários países europeus implementaram, ou anunciaram vir a implementar, w*indfall profit taxes*, adotando modelos distintos e abrangendo diversos setores de atividade, para lá do energético.

D) O caso da Itália

6. A Itália introduziu um imposto sobre os lucros extraordinários ou inesperados, logo em março de 2022, tendo começado por tributar tais

ganhos a uma taxa de 25% e que deveria ser paga em 30 de junho e em 30 de novembro de 2022.

Fundamentalmente, foram aqui considerados lucros extraordinários ou inesperados os que resultem, no período entre 1 de outubro de 2021 e 30 abril de 2022, de um aumento das margens de lucro acima de 10% e superior a 5 milhões de euros, por comparação com o período entre 1 de outubro de 2020 e 30 de abril de 2022.

Este imposto recai sobre os setores da produção, venda e revenda de eletricidade, gás metano, gás natural e produtos petrolíferos.

7. O **Governo italiano aprovou, agora**, e mais recentemente, o aumento da taxa deste imposto de 25% para 35% e prorrogou, já, também, o período de sua aplicação até, pelo menos, julho de 2023, aguardando estas medidas a aprovação pelo Parlamento.

E) O caso da Espanha

8. Em Espanha, e logo em setembro de 2021, foi imposto, a fornecedores de energia, o pagamento ao sistema elétrico espanhol de um montante proporcional ao aumento dos ganhos obtidos como resultado da incorporação do preço do gás natural nos preços da eletricidade.

Espanha propôs, mesmo, entretanto, introduzir um novo imposto sobre os lucros extraordinários ou inesperados, correspondente a 1,2% dos lucros das companhias do setor energético com uma faturação acima de mil milhões de euros, tendo por referência o ano de 2019. E, de igual forma, propôs-se aplicar uma taxa especial de 4,8% sobre as margens e comissões das entidades financeiras.

9. Em ambos os casos, foi expressamente prevista a proibição de repercussão do imposto aos consumidores, sob pena de poder ser aplicada uma sanção correspondente a 150% do montante repercutido.

Tal imposto recai sobre os anos de 2022 e de 2023 e deverá ser pago em setembro do ano seguinte, com um adiantamento de 50% em fevereiro do mesmo ano.

F) O caso do Reino Unido

10. O Reino Unido optou, para já, por aplicar o imposto sobre os lucros extraordinários ou inesperados, apenas, ao sector de extração de petróleo e de gás, mas antecipou-se um alargamento ao setor energético.

O imposto corresponde a uma taxa de 25% sobre os lucros destas empresas que acresce à taxa geral de 40%, já aplicável.

Os lucros das empresas deste setor têm, porém, um regime de apuramento dos lucros específico e está prevista a possibilidade de dedução de até 91,25% do imposto sobre os lucros extraordinários ou inesperados em função do reinvestimento dos lucros no setor de petróleo e gás do Reino Unido.

Tal imposto, especial, deverá manter-se em vigor até que o Governo britânico considere que os preços do petróleo e gás voltaram a níveis historicamente normais, e foi inicialmente previsto que expiraria em dezembro de 2025.

11. Não obstante, **o Governo britânico alargou já a vigência deste imposto até ao final de 2028**. E de igual forma, **o Governo britânico pondera, também, aumentar a taxa do imposto de 25% para 35%**.

G) O caso da Hungria

12. A Hungria aplica já impostos sobre os lucros extraordinários ou inesperados a diversos setores de atividade, incluindo a banca e a energia, mas, também, às telecomunicações, ao retalho e às companhias aéreas, prevendo regimes diferentes para cada setor.

O sector bancário, designadamente, deverá pagar uma taxa extraordinária sobre os resultados de 10%, em 2022, e de 8%, em 2023.

As telecomunicações e o retalho vêm, assim, aplicadas taxas especiais progressivas de, até, 7% e 4,1%, respetivamente, em função dos resultados acima de um milhão de florins. E as companhias aéreas deverão também pagar uma taxa por cada passageiro.

H) O caso da Grécia

13. A Grécia também introduziu, em maio de 2022, um imposto sobre os lucros extraordinários ou inesperados, para já aplicável, apenas, às empresas produtoras de eletricidade.

Neste caso, os lucros considerados excessivos serão apurados por referência ao preço do MWh e a taxa aplicável é de 90%.

I) O caso da Roménia

14. A Roménia aplicará, para já, o seu novo imposto sobre os lucros extraordinários ou inesperados também, apenas, ao setor energético.

O imposto consiste numa taxa de 80% aplicável aos lucros considerados excessivos, também por referência ao preço do MWh.

Previsivelmente, este imposto será temporário e deverá manter-se em vigor até 31 de março de 2023.

J) Outros países europeus

15. Alemanha, França, Áustria, Irlanda e Bélgica não avançaram, ainda, com tais impostos sobre lucros extraordinários ou inesperados.

A Alemanha e a França parecem, aliás, ser os países onde estes impostos conhecem menos adesão por parte dos governos em funções, não existindo propostas concretas para a sua criação.

Por seu lado, a Áustria, a Irlanda e a Bélgica estudam, também, a implementação desses impostos sobre lucros extraordinários ou inesperados para empresas do setor energético, em termos semelhantes aos que estão em vigor noutros países.

Sucede, porém, que, entretanto, foi aprovado o **Regulamento (UE) 2022/1854 do Conselho, de 6 de outubro de 2022**.

K) O Regulamento (UE) 2022/1854 do Conselho

(*i*) O âmbito e a natureza

16. A **Comissão Europeia anunciou**, em setembro de 2022, a apresentação de uma **proposta de criação de uma nova contribuição solidária temporária**, de 33%, sobre os lucros das empresas do setor de energia que, em 2022, tenham registado ganhos que ficaram 20% acima da média dos três anos anteriores.

Posteriormente, em outubro de 2022, foi aprovado o **Regulamento (UE) 2022/1854 do Conselho, de 6 de outubro de 2022**, precisamente relativo a uma intervenção de emergência para fazer face aos elevados preços da energia.

17. O **Regulamento** propõe-se fazer face ao aumento acentuado dos preços da eletricidade e às suas repercussões nas famílias e na indústria, adiantando que, se forem adotadas medidas nacionais descoordenadas, estas poderão afetar o funcionamento do mercado interno da energia, pondo em perigo a segurança do aprovisionamento e conduzindo a novos aumentos de preços nos Estados-Membros mais afetados pela crise.

Pressuposto deste Regulamento é, também, que a solidariedade entre Estados-Membros, mediante a adoção de um limite máximo para as receitas de mercado a nível da União, gerará receitas que permitirão aos Estados-Membros financiar medidas de apoio aos clientes finais de eletricidade, como as famílias, as pequenas e médias empresas (PME) e em outros setores com utilização intensiva de energia, preservando, ao mesmo tempo, os preços nos mercados da União e o comércio transfronteiras.

O citado Regulamento visa, assim, (*i*) reduzir o consumo de eletricidade, (*ii*) introduzir um limite máximo para as receitas de mercado de determinados produtores, (*iii*) habilitar os Estados-Membros a aplicarem medidas de intervenção pública de fixação de preços relativamente ao fornecimento de eletricidade e (*iv*) estabelecer regras com vista a uma contribuição obrigatória de solidariedade temporária.

18. Neste âmbito, o **Regulamento (UE) 2022/1854** procede à introdução de uma nova "contribuição solidária" que é aplicável às empresas e aos estabelecimentos permanentes da União com atividades nos seguintes setores:

— petróleo bruto;

— gás natural;

— carvão; e

— refinação.

(*ii*) A redução do consumo bruto de eletricidade

19. O **Regulamento** em causa estabelece, assim, a redução do consumo bruto mensal total de eletricidade em 10 % em comparação com a média do consumo bruto de eletricidade no período compreendido entre 1 de novembro e 31 de março dos cinco anos consecutivos anteriores.

E esta redução do consumo bruto de eletricidade durante as horas de ponta não pode ser inferior a 5%, por hora e em média.

(*iii*) O limite máximo para as receitas de mercado

20. O **Regulamento (UE) 2022/1854** estabelece, também, um limite máximo para as receitas de mercado obtidas com a venda de eletricidade produzida a partir das seguintes fontes:

— energia eólica;

— energia solar (térmica e fotovoltaica);

— energia geotérmica;

— energia hidroelétrica sem reservatório;

— combustíveis biomássicos (sólidos ou gasosos), excluindo o biometano;

— resíduos;

— energia nuclear;

— lenhite;

— produtos à base de petróleo bruto; e

— turfa.

As receitas de mercado obtidas por estes produtores devem ser limitadas a 180 EUR, no máximo, por MWh de eletricidade produzida.

(*iv*) Outras medidas (nacionais) de resposta à crise

21. O **Regulamento (UE) 2022/1854** prevê, ainda, a possibilidade de os Estados-Membros adotarem medidas adicionais, designadamente, manter ou introduzir medidas que limitem ainda mais as receitas dos produtores, incluindo a possibilidade de diferenciar entre tecnologias, bem como as receitas de mercado de outros participantes no mercado, incluindo os que operam no comércio de eletricidade, a partir das indicadas fontes ou de outras.

E permite, paralelamente, que estas medidas adicionais recaiam sobre outras unidades de energia hidroelétrica, nomeadamente de barragem, sujeitando-as a um limite máximo para as receitas de mercado, ou manter ou introduzir medidas que limitem ainda mais as suas receitas de mercado, incluindo a possibilidade de diferenciar entre tecnologias.

22. Estas medidas adicionais ficam, porém, subordinadas aos seguintes princípios:

— devem ser proporcionadas e não discriminatórias;

— não podem comprometem os sinais de investimento;

— devem assegurar que os custos de investimento e de exploração sejam cobertos;

— não podem distorcer o funcionamento dos mercados grossistas de eletricidade e, em especial, não podem afetar a ordem de mérito nem a formação dos preços no mercado grossista; e

— devem ser compatíveis com o direito da União.

(*v*) As medidas aplicáveis ao mercado retalhista

23. O Regulamento (UE) 2022/1854 prevê, por outro lado, a possibilidade de **extensão temporária das medidas de intervenção pública de fixação dos preços da eletricidade às PME**, bem como a **possibilidade de os Estados-Membros fixarem, a título excecional e temporário, um preço de fornecimento da eletricidade abaixo do custo**, desde que estejam preenchidas todas as seguintes condições:

— a medida abrange uma quantidade limitada de consumo e mantém um incentivo à redução da procura;

— não haja discriminação entre fornecedores;

— os fornecedores sejam compensados pelo fornecimento abaixo do custo; e

— todos os fornecedores sejam elegíveis para apresentar ofertas ao preço de fornecimento da eletricidade abaixo do custo na mesma base.

(*vi*) Os setores do petróleo bruto, gás natural, carvão e refinação

24. Para os setores do petróleo bruto, do gás natural, do carvão e da refinação **o Regulamento (UE) 2022/1854 prevê uma medida especial**, centrada numa nova "contribuição de solidariedade temporária obrigatória" e que deve recair sobre os "lucros excedentários" gerados por empresas e estabelecimentos permanentes da União com atividades nos indicados setores.

(*vii*) O período de vigência

25. O Regulamento **entrou em vigor no passado dia 7 de outubro de 2022 e é, por natureza, obrigatório e diretamente aplicável em todos os Estados-Membros** até 31 de dezembro de 2023.

No entanto, este regulamento não é exequível por si mesmo, necessitando de ser implementado pelos Estados-Membros.

26. Além disso, prevê datas e períodos de vigência, específicos, para algumas medidas.

Assim, **ficou expressamente estabelecido que**:

— a redução do consumo bruto de eletricidade durante as horas de ponta é aplicável de 1 de dezembro de 2022 a 31 de março de 2023;

— as medidas para alcançar a redução da procura e distribuição das receitas excedentárias vigoram a partir de 1 de dezembro de 2022; e que

— o limite máximo para as receitas de mercado aos produtores de eletricidade e outras medidas nacionais de resposta à crise são aplicáveis entre 1 de dezembro de 2022 e 30 de junho de 2023.

L) A Contribuição de Solidariedade Temporária Obrigatória prevista no Regulamento (UE) 2022/1854

(*i*) Obrigatoriedade

27. O **Regulamento (EU) 2022/1854** é taxativo ao referir que a contribuição de solidariedade temporária é **obrigatória** para os Estados-Membros, exceto se os mesmos tiverem já aprovado medidas nacionais equivalentes.

Neste caso, os Estados-Membros devem assegurar que tais medidas nacionais equivalentes aprovadas tenham objetivos semelhantes aos da contribuição de solidariedade temporária e que estão sujeitas a regras semelhantes às regras que regem esta contribuição, nos termos do regulamento, e que geram receitas de valor comparável, ou superior, ao valor estimado das receitas provenientes da contribuição de solidariedade.

(*ii*) A incidência subjetiva

28. Esta contribuição de solidariedade temporária obrigatória é aplicável a empresas e a estabelecimentos permanentes da União, incluindo os que fazem parte de um grupo consolidado exclusivamente para efeitos fiscais, com atividades nos seguintes setores:

— petróleo bruto;

— gás natural;

— carvão; e

— refinação.

(*iii*) A incidência objetiva

29. A nova contribuição de solidariedade deve ser **calculada** sobre os lucros tributáveis, determinados em conformidade com as regras fiscais nacionais, no exercício fiscal de 2022 e/ou no exercício fiscal de 2023 e durante a totalidade dos mesmos, que se situem acima do correspondente a um aumento de 20 % dos lucros tributáveis médios, determinados em conformidade com as regras fiscais nacionais, nos quatro exercícios fiscais com início em ou após 1 de janeiro de 2018.

30. O **Regulamento** prevê, também, que, se a média dos lucros tributáveis nesses quatro exercícios fiscais for negativa, os lucros tributáveis médios devem ser iguais a zero para efeitos do cálculo da contribuição de solidariedade temporária.

(*iv*) A taxa

31. A **taxa aplicável** para o cálculo da contribuição de solidariedade temporária deve ascender a, pelo menos, 33 % da base de cálculo e acresce aos impostos e taxas normais aplicáveis, em conformidade com o direito de cada Estado-Membro.

(*v*) A consignação de receita

32. O **Regulamento (UE) 2022/1854** estabelece, expressamente, que as receitas da contribuição de solidariedade temporária **devem ser utilizadas pelos Estados-Membros de forma a produzir efeitos atempadamente para qualquer dos seguintes fins**:

— apoio financeiro aos clientes finais de energia, em especial as famílias vulneráveis, a fim de atenuar os efeitos dos preços elevados da energia, de modo focalizado;apoio financeiro para reduzir o consumo de energia, por exemplo através de leilões ou de regimes de concurso para a redução da procura, reduzindo os custos de aquisição de energia dos clientes finais de energia para determinados volumes de consumo, promovendo investimentos por parte dos clientes finais de energia em energias renováveis, investimentos estruturais em eficiência energética ou outras tecnologias de descarbonização; e

— apoio financeiro para empresas de setores com utilização intensiva de energia, desde que estejam subordinadas a investimentos em energias renováveis, eficiência energética ou outras tecnologias de descarbonização;

— apoio financeiro para desenvolver a autonomia energética, em especial investimentos em consonância com as metas do plano REPowerEU, estabelecido no Plano REPowerEU e na Ação Europeia Conjunta REPowerEU, como projetos com uma dimensão transfronteiras.

33. Num espírito de "solidariedade" entre Estados-Membros, estes podem, ainda, afetar uma parte das receitas da contribuição de solidariedade temporária obrigatória ao financiamento comum de medidas destinadas a reduzir os efeitos prejudiciais da crise energética, incluindo o apoio à proteção do emprego e à requalificação e melhoria das competências da mão de obra, ou a promoção de investimentos na eficiência energética e nas energias renováveis, incluindo no âmbito de projetos transfronteiras e do Mecanismo de financiamento da energia renovável da União previsto no **Regulamento (UE) 2018/1999 do Parlamento Europeu e do Conselho**, relativo à Governação da União da Energia e da Ação Climática.

Salienta-se, aqui, a expressa referência do Regulamento para a **produção de efeitos "atempados**", induzindo que as medidas devem ter caráter direto e imediato, e sem dilações temporais.

34. De igual modo, este **Regulamento (UE) 2022/1854** estabelece, também taxativamente, que as medidas devem ser **(*i*) claramente definidas, (*ii*) transparentes, (*iii*) proporcionadas, (*iv*) não discriminatórias e (*v*) verificáveis**.

(*vi*) A entrada em vigor

35. O **Regulamento (UE) 2022/1854**, como atrás se disse, entrou já em vigor no dia 7 de outubro de 2022 e é obrigatório e diretamente aplicável, dada a sua natureza, nos Estados-Membros.

Sem prescindir, verifica-se, também, que este regulamento não é exequível por si mesmo. As medidas adotadas pelo Regulamento carecem de implementação por parte dos Estados-Membros, razão pela qual ficou estabelecido que os Estados-Membros devem adotar e publicar as medidas que concretizem a contribuição de solidariedade temporária obrigatória, impreterivelmente, até 31 de dezembro de 2022.

(*vii*) A vigência

36. O Regulamento (UE) 2022/1854 estabelece, igualmente, que a contribuição de solidariedade obrigatória é excecional e estritamente temporária.

E, por isto mesmo, ficou expressamente definido que a contribuição de solidariedade deverá aplicar-se, apenas, aos exercícios fiscais de 2022 e/ou 2023.

M) A Proposta de Lei n.º 47/XV/1.ª e os novos *Windfall Taxes* portugueses

37. O Governo português anunciou, publicamente, que Portugal apoiaria estas medidas e participou, ativamente, nos trabalhos da Comissão Europeia e antecipou que iria criar uma contribuição solidária de 33% sobre os lucros das empresas do setor de energia que, em 2022, registaram ganhos que ficaram 20% acima da média dos três anos anteriores.

Na apresentação da **Proposta de Lei do Orçamento do Estado para 2023 (OE 2023)**, o ministro das finanças confirmou, mesmo, que iria introduzir a nova contribuição, seguindo a "decisão a nível europeu" e avançando que teria um "regime próprio" e que a mesma entraria em vigor antes do OE para 2023.

A "decisão a nível europeu" a que alude o Governo era respeitante a esse Regulamento (UE) 2022/1854 do Conselho, de 6 de outubro de 2022, que veio criar a referida contribuição de solidariedade temporária e obrigatória.

Como se já viu também, o regulamento é, em si mesmo, obrigatório e diretamente aplicável em Portugal e a contribuição de solidariedade temporária e obrigatória deverá ser implementada, pelo Governo, até 31 de dezembro de 2022.

38. É nesta sequência, então, que o Governo apresentou a **Proposta de Lei n.º 47/XV/1.ª**, que regula a aplicação de uma contribuição de solidariedade temporária sobre o setor da energia (a CST Energia) e uma outra sobre o setor da distribuição alimentar (a CST Distribuição Alimentar).

N) As regras gerais

(*i*) O objeto

39. A **Proposta de Lei n.º 47/XV/1.ª** tem por objeto a criação e a regulamentação, afinal, de duas contribuições de solidariedade temporária:

— a CST Energia — contribuição de solidariedade temporária sobre o setor da energia; e

— a CST Distribuição Alimentar — contribuição de solidariedade temporária sobre o setor da distribuição alimentar.

A **Proposta de Lei n.º 47/XV/1.ª**, assume, expressamente, que a CST Energia consubstancia «*uma intervenção de emergência para fazer face aos elevados preços da energia*», enquanto que a CST Distribuição Alimentar se propõe «*fazer face ao fenómeno inflacionista*».

40. Verifica-se, assim, desde logo, que a **Proposta de Lei n.º 47/ /XV/1.ª**, do Governo, vai além do referido Regulamento (UE) 2022/1854 do Conselho, de 6 de outubro de 2022, onde se prevê, apenas, a criação de uma contribuição de solidariedade temporária obrigatória aplicável, como vimos, aos seguintes setores da energia:

— petróleo bruto;

— gás natural;

— carvão; e

— refinação.

(*ii*) A vigência

41. É proposto que ambas as contribuições sejam temporárias e apenas sejam aplicáveis aos lucros considerados extraordinários nos períodos de tributação, para efeitos do IRC, que se iniciem nos anos de 2022 e 2023.

(*iii*) A liquidação

42. As contribuições previstas deverão ser liquidadas pelo sujeito passivo, ainda que isento, através de declaração de modelo oficial que deverá ser aprovado por portaria do membro do governo responsável pela área governativa das finanças.

Estabelece-se, também, que os sujeitos passivos devem proceder à liquidação da contribuição de forma individual e autónoma, mesmo quando lhes seja aplicável o regime especial de tributação dos grupos de sociedades.

A declaração deve ser enviada à Administração tributária, por transmissão eletrónica de dados, até ao dia 20, independentemente de esse dia ser útil ou não útil, do 9.º mês seguinte à data do termo do período de tributação a que respeita.

43. A (auto)liquidação pode ser corrigida pela Administração tributária, nos prazos gerais, caso sejam verificados erros, omissões ou alterações que determinem a exigência de um valor de contribuição superior ao liquidado.

De igual forma, prevê-se que, na falta de liquidação da contribuição nos termos dos números anteriores, a mesma poderá ser efetuada (oficiosamente) pela Administração tributária com base nos elementos de que esta disponha.

(*iv*) O pagamento

44. As contribuições previstas deverão ser liquidadas pelo sujeito passivo, ainda que isento, através de declaração de modelo oficial a aprovar por portaria do membro do governo responsável pela área governativa das finanças.

(*v*) A (não) dedutibilidade

45. Em harmonia com o Regulamento (UE) 2022/1854 do Conselho, de 6 de outubro de 2022, as contribuições previstas na **Proposta de Lei n.º 47/XV/1.ª** não são dedutíveis para efeitos de determinação do lucro tributável em IRC, mesmo quando contabilizadas como gastos do período de tributação.

(*vi*) A consignação

46. A **Proposta de Lei n.º 47/XV/1.ª** prevê, expressamente, como devem ser afetadas as receitas das contribuições agora criadas.

— Assim, a receita obtida com a CST Energia deve ser afeta, por despacho dos ministros das finanças e da energia, a, pelo menos, um dos seguintes fins:

— medidas de apoio financeiro aos clientes finais de energia, em especial as famílias vulneráveis, a fim de atenuar os efeitos dos preços elevados da energia, de modo focalizado;

— medidas de apoio financeiro para ajudar a reduzir o consumo de energia, por exemplo através de leilões ou de regimes de concurso para a redução da procura, reduzindo os custos de aquisição de energia dos clientes finais de energia para determinados volumes de consumo, promovendo investimentos por parte dos clientes finais de energia em energias renováveis, investimentos estruturais em eficiência energética ou outras tecnologias de descarbonização;

— medidas de apoio financeiro para apoiar as empresas de setores com utilização intensiva de energia, desde que estejam subordinadas a investimentos em energias renováveis, eficiência energética ou outras tecnologias de descarbonização;

— medidas de apoio financeiro para desenvolver a autonomia energética, em especial investimentos em consonância com as metas do plano REPowerEU, estabelecido no Plano REPowerEU e na Ação Europeia Conjunta REPowerEU.

47. Por seu lado, a receita obtida com a CST Distribuição Alimentar deve ser afeta, por despacho dos ministros das finanças e da energia, a, pelo menos, um dos seguintes fins:

— ações de apoio ao aumento de encargos com bens alimentares a favor da população mais vulnerável, designadamente através de entidades do setor social;

— medidas para garantir a execução da política de defesa do consumidor com o objetivo de assegurar um elevado nível de proteção ao mesmo, por via do Fundo do Consumidor;

— medidas de apoio financeiro a micro e pequenas empresas de comércio, serviços e restauração que sejam particularmente afetadas pelo aumento dos custos de funcionamento e da inflação e pela diminuição da procura, através da afetação parcial da receita ao Fundo de Modernização do Comércio para este efeito;

— medidas de apoio à qualificação dos profissionais afetos a micro e pequenas empresas de comércio, serviços e restauração, para aumentar a resiliência destas empresas, através da afetação par-

cial da receita ao Fundo de Modernização do Comércio para este efeito.

O) A nova CST Energia, em especial

(*i*) A incidência subjetiva

48. A incidência subjetiva da CST Energia acompanha o Regulamento (UE) 2022/1854 do Conselho, de 6 de outubro de 2022, e é aplicável aos sujeitos passivos de IRC residentes que exerçam, a título principal, uma atividade de natureza comercial, industrial ou agrícola, bem como aos sujeitos passivos de IRC não residentes com estabelecimento permanente em território português, que desenvolvem atividades nos seguintes setores:

— petróleo bruto;

— gás natural;

— carvão; e

— refinação.

Para este efeito, é proposto que se entenda que os sujeitos passivos desenvolvem atividades nos setores de petróleo bruto, do gás natural, do carvão e da refinação quando geram pelo menos 37,5 % do seu volume de negócios em atividades económicas dos setores da extração, mineração, refinação de petróleo ou fabricação de produtos de coqueria, consoante referido no Regulamento (CE) 1893/2006 do Parlamento Europeu e do Conselho.

Noutro âmbito, é expressamente previsto que se considere que um sujeito passivo de IRC não residente possui um estabelecimento permanente em território português quando exerça, no todo ou em parte, a sua atividade através de uma instalação fixa localizada em território português e os lucros que lhe sejam imputáveis se encontrem sujeitos a IRC.

(*ii*) A incidência objetiva

49. A CST Energia deverá ser aplicável aos lucros considerados excedentários nos períodos de tributação para efeitos do IRC que se iniciem nos anos de 2022 e 2023, em conformidade com o previsto no Regulamento (UE) 2022/1854.

Para este efeito, é proposto que sejam considerados lucros excedentários a parte dos lucros tributáveis, dos períodos de tributação de 2022 e 2023, que excedam o correspondente a 20% de aumento em relação à média dos lucros tributáveis nos quatro períodos de tributação com início nos anos de 2018 a 2021, também em conformidade com o previsto no Regulamento (UE) 2022/1854.

Mas a **Proposta de Lei n.º 47/XV/1.ª** prevê, também, que, nos casos em que a média dos lucros tributáveis daqueles quatro períodos de tributação seja negativa, considera-se que essa média é igual a zero, incidindo a CST Energia sobre a totalidade do lucro tributável.

50. Prevê-se, ainda, que no caso de sujeitos passivos aos quais seja aplicável o regime especial de tributação dos grupos de sociedades, o lucro tributável relevante é o apurado por cada sujeito passivo na sua declaração de rendimentos.

51. A proposta prevê, por último, regimes especiais aplicáveis aos casos de cisão e de fusão de sociedades.

Assim, no caso de se ter verificado uma operação de cisão durante os períodos de tributação relevantes, o lucro tributável a considerar, relativamente aos períodos anteriores à cisão, deve ser a parte proporcional, atento o valor de mercado dos patrimónios destacados, correspondente ao sujeito passivo cindido.

Por seu lado, no caso de se ter verificado uma operação de fusão durante os períodos de tributação relevantes, o lucro tributável a considerar, relativamente aos períodos anteriores à fusão, deve ser a soma algébrica dos lucros tributáveis correspondentes aos sujeitos passivos objeto de fusão.

(*iii*) A taxa aplicável

52. Está previsto que a taxa da CST Energia seja de 33% e que recaia sobre os lucros considerados excedentários nos termos, já, indicados anteriormente.

P) A nova CST Distribuição Alimentar, em especial

(*i*) A incidência subjetiva

53. De acordo com a **Proposta de Lei n.º 47/XV/1.ª**, a CST Distribuição Alimentar será aplicável aos sujeitos passivos de IRC residentes que exerçam, a título principal, uma atividade de natureza comercial, industrial ou agrícola, bem como aos sujeitos passivos de IRC não residentes com estabelecimento permanente em território português, que explorem estabelecimentos de comércio alimentar de produtos de origem animal e vegetal, frescos ou congelados, transformados ou crus, a granel ou pré-embalados.

Prevê-se, igualmente, que, para efeitos da **Proposta de Lei n.º 47/XV/1.ª** entende-se por «Estabelecimento de comércio alimentar» o local no qual se exerce uma atividade de comércio enquadrada num dos códigos de atividade económica (CAE), a definir por portaria dos ministros das finanças e da economia, que compreenda o comércio a retalho alimentar ou com predominância de produtos alimentares, identificando-se, neste último caso, algum grau de subjetividade evitável e indesejado.

(*ii*) As isenções subjetivas

54. A **Proposta de Lei n.º 47/XV/1.ª** prevê que fiquem isentos da CST Distribuição Alimentar os sujeitos passivos cuja atividade de comércio a retalho alimentar ou com predominância de produtos alimentares tenha, no período de tributação a que se refere a contribuição (2022 ou 2023), natureza acessória, o que se considera verificado quando não represente mais de 25 % do volume de negócios anual total.

(*iii*) As não sujeições

55. Prevê-se que fiquem excluídos da CST Distribuição Alimentar os sujeitos passivos que se qualifiquem, no período de tributação da contribuição (2022 ou 2023), como micro ou pequena empresa, nos termos do **Decreto-Lei n.º 372/2007, de 6 de novembro**, na sua redação atual.

(*iv*) A incidência objetiva

56. A CST Distribuição Alimentar deverá vir a ser aplicável aos lucros considerados excedentários nos períodos de tributação para efeitos do IRC que se iniciem nos anos de 2022 e 2023.

Para este efeito, e à semelhança da TSE Energia, é proposto que sejam considerados lucros excedentários a parte dos lucros tributáveis, dos períodos de tributação de 2022 e 2023, que excedam o correspondente a 20% de aumento em relação à média dos lucros tributáveis nos quatro períodos de tributação com início nos anos de 2018 a 2021.

Também aqui se prevê que, nos casos em que a média dos lucros tributáveis daqueles quatro períodos de tributação, considera-se que essa média é igual a zero, incidindo a CST Distribuição Alimentar sobre a totalidade do lucro tributável dos anos de 2022 e 2023.

De igual forma, prevê-se, também, que, no caso de sujeitos passivos aos quais seja aplicável o regime especial de tributação dos grupos de sociedades, o lucro tributável relevante seja o apurado por cada sujeito passivo na sua declaração de rendimentos.

57. Também neste caso se preveem os mesmos regimes especiais aplicáveis aos casos de cisão e de fusão de sociedades.

Assim, no caso de se ter verificado uma operação de cisão durante os períodos de tributação relevantes, o lucro tributável a considerar, relativamente aos períodos anteriores à cisão, deve ser a parte proporcional, atento o valor de mercado dos patrimónios destacados, correspondente ao sujeito passivo cindido.

Por seu lado, no caso de se ter verificado uma operação de fusão durante os períodos de tributação relevantes, o lucro tributável a considerar, relativamente aos períodos anteriores à fusão, deve ser a soma algébrica dos lucros tributáveis correspondentes aos sujeitos passivos objeto de fusão.

(*v*) A taxa aplicável

58. Está previsto que a taxa da CST Distribuição Alimentar seja de 33% e recaia sobre os lucros considerados excedentários apurados nos termos indicados no ponto anterior.

Considerações finais

59. Portugal propõe-se, pois, implementar, muito em breve, as duas referidas novas contribuições sobre os lucros ditos excedentários, não obstante o Primeiro-Ministro ter anteriormente declarado que a situação portuguesa não era comparável à de outros países devido à carga fiscal elevada sobre as empresas.

De facto, os principais setores de atividade que estão, agora, noutros países europeus, a ser sujeitos a impostos sobre lucros extraordinários ou inesperados encontram-se, já, em Portugal submetidos a algumas contribuições financeiras setoriais extraordinárias, com alguns anos, e que oneram a normal tributação sobre os lucros em sede de IRC, ainda que com base de incidência diversa.

60. No caso do setor da energia, é já exigida em Portugal a **contribuição extraordinária sobre o setor energético**, desde 2014.

Por seu lado, o setor alimentar está, já, sujeito **à taxa de segurança alimentar "mais"**, desde 2012.

Mas, para além destes, existem, ainda, em Portugal, a **contribuição sobre o setor bancário**, desde 2011, o **adicional de solidariedade sobre o setor bancário**, desde 2020, a **contribuição extraordinária sobre a indústria farmacêutica**, desde 2015, ou a **contribuição extraordinária sobre os fornecedores da indústria de dispositivos médicos do serviço nacional de saúde**, desde 2021.

E em vias de criação está, ainda, agora (de novo) e para 2023, uma **contribuição especial para a conservação dos recursos florestais**.

Não é possível saber, porém, qual a concreta receita gerada por cada uma destas contribuições, já que não se encontram devidamente discriminadas na Lei do Orçamento do Estado, o que viola, por seu lado, portanto, normas e princípios constitucionais e de orçamentação das receitas públicas, com consequências que os Tribunais não têm tido, ainda, a coragem de assumir (neste sentido Maria de Oliveira Martins, **Jornal Expresso**).

61. Ora, todas estas "contribuições" acrescem, como referido, à normal tributação sobre os lucros, em sede de IRC, a que as empresas portuguesas que atuam nestes setores estão, também, submetidas, nomeadamente do setor energético e do setor alimentar.

A verdade é que parece ser possível identificar coincidência de objetivos pretendidos pela CESE e pela CST Energia, tendo presente os critérios de afetação da receita apontados na Proposta de Lei n.º 47/XV/1.ª e

que a CESE visa, designadamente, o financiamento de políticas sociais e ambientais do setor energético.

E aqui, como se viu, o Regulamento parece não permitir a coexistência de múltiplas contribuições, se forem equivalentes nos seus objetivos e gerarem receita de valor comparável ou superior.

Por seu lado, e apesar da CST Distribuição Alimentar não estar abrangida pelo Regulamento (EU) 2022/1854 do Conselho, identificam-se, também aqui, potenciais coincidências nos objetivos a prosseguir relacionados com a defesa dos consumidores.

Mas, o certo é, também, que, em Portugal, o imposto ("normal") sobre os lucros, o IRC, neste momento, já incide (mais do que proporcionalmente) sobre lucros "excessivos" ou, como lhes chama, agora, a Proposta de Lei n.º 47/XV/1.ª, "excedentários", na justa medida em que há a acrescer-lhe uma derrama estadual que implica taxas adicionais (à taxa normal de 21%), de 3%, de 7% e de 9%, consoante o "escalão", a que acresce, em alguns municípios, a derrama municipal, até 1,5% — o que sobe a taxa global do imposto para (em termos "grosseiros") 31,5%, a final (tornando-o progressivo).

62. É possível identificar, porém, alguns outros constrangimentos para a concretização destes novos impostos sobre os lucros em Portugal.

Desde logo, haverá que ter presente e acautelar o princípio da igualdade, o que exigirá uma justificação, pública e objetiva, para taxar, de novo, determinadas empresas (e não taxar as demais). Aliás, esta questão é especialmente pertinente quando existem outros setores económicos que obtiveram e continuam a obter lucros (também eles) extraordinários ou inesperados, como sucede, atualmente, com o setor do armamento e da defesa, ou como sucedeu (e poderá vir a suceder, de novo, no inverno…) com o setor da saúde, especialmente o relativo a produtos de proteção e desinfeção (contra a COVID), o que, como veremos, justificará questões de outra natureza, relativas às ajudas do estado.

63. Esta justificação, pública e objetiva, que se impõe, poderá, porém, estar facilitada quando o imposto é temporário, de natureza extraordinária e solidária e quando é introduzido por um Regulamento Europeu. Mas a verdade é que, analisada a Proposta de Lei n.º 47/XV/1.ª não se identificam razões objetivas para comprimir o princípio da igualdade da tributação, especialmente no que se refere ao setor alimentar, relativamente ao qual, aliás, a Proposta de Lei n.º 47/XV/1.ª se implica "*num esforço de solidariedade adicional*", possivelmente referindo-se, mesmo, **à taxa de segurança alimentar "mais"**.

64. Além disso, a verdade é que, em Portugal, como é bem de ver, os impostos extraordinários tendem a perpetuar-se, como sucede precisamente com as outras contribuições financeiras sectoriais, como a própria CESE e essa taxa de segurança alimentar "mais".

Há, por isso, o fundado receio que este possa vir a ser, também, o caso destes novos impostos — à semelhança, aliás, do que se vê, já, em Itália e em Inglaterra, onde, como se viu, os prazos de aplicação dos *windfall taxes* foram, já, alargados para 2023 e 2028, respetivamente.

65. Haverá, igualmente, que se ter presente a necessidade de harmonização da nova CST Energia com a legislação europeia, nomeadamente a **Diretiva Tributação da Energia**, o que poderá, também, não ser simples.

66. Tal como haverá, ainda, questões de auxílios do Estado, que a própria Comissão Europeia já ressalvou e que devem ser salvaguardadas. E não só porque há empresas que podem sair "beneficiadas" por não estarem sujeitas aos novos tributos, enquanto outras ficarão submetidas à nova contribuição, mas, também, porque os próprios auxílios do Estado podem revelar-se algo perversos ao transferir empresas "beneficiárias" para o âmbito de aplicação destes novos impostos sobre lucros extraordinários ou inesperados sendo. neste âmbito, a Proposta de Lei n.º 47/XV/1.ª absolutamente omissa.

67. O certo é que a revisão constitucional de 1997, de alguma forma, passou a prever este terceiro género de tributos — as contribuições financeiras sectoriais — e a doutrina e a jurisprudência têm vindo a entender que estes novos "impostos" não estão, afinal, sujeitos aos princípios e regras geralmente aplicáveis aos (outros) impostos, mesmo que tenham a natureza de prestações coativas e sejam unilaterais.

Não obstante, já o Professor Sousa Franco ensinava, nas décadas de 60 a 90, que este tipo de contribuições — então chamadas "parafiscais" — podiam ter regime e natureza distintos dos dos impostos. No entanto, quando tais tributos (ditos parafiscais) assumissem a natureza de (verdadeiros) impostos e fossem, assim, prestações coativas e unilaterais, estariam sujeitos às mesmas regras — se impostos, às regras dos impostos, se taxas, às regras das taxas (ou no mais que fossem) —, mas sem que se admitisse um *tertium genus*, ora excluído das garantias constitucionais tipicamente inerentes aos impostos e conquistadas ao longo de décadas.

A nova doutrina e a nova jurisprudência, (pós 1997) têm, portanto, libertado o legislador destes constrangimentos. Mas nada garante, também, que assim continuem, especialmente se estivermos perante contribuições (impostos) que são aplicáveis a sectores que já estão, presentemente, sujeitos a outras contribuições, financeiras, sectoriais, ou outras, ditas, também elas, temporárias, excecionais e extraordinárias.

Mais ainda, a própria Proposta de Lei n.º 47/XV/1.ª trata estas novas contribuições como verdadeiros impostos sobre os lucros, quer na sua natureza, como na sua forma de liquidação.

68. De igual modo, a Constituição não permite a criação de impostos retroativos, como sucede, visivelmente, neste mesmo caso, em alguns outros países europeus (vg. Itália), onde os impostos sobre tais lucros, extraordinários, inesperados, estão a apresentar natureza retroativa.

E o certo é que, da análise do Regulamento e, agora, desta Proposta de Lei, identificam-se, também neste campo, dificuldades, várias, já que a contribuição terá por base, também, margens apuradas pelas empresas antes da perspetivada entrada em vigor das novas contribuições em causa.

69. Por outro lado, o Tribunal Constitucional vem entendendo que *«o legislador da revisão constitucional de 1997 (...) apenas pretendeu consagrar a proibição da retroatividade autêntica, ou própria, da lei fiscal, abrangendo apenas os casos em que o facto tributário que a lei nova pretende regular já tenha produzido todos os seus efeitos ao abrigo da lei antiga, excluindo do seu âmbito aplicativo as situações de retrospetividade ou de retroatividade imprópria, ou seja, aquelas situações em que a lei é aplicada a factos passados mas cujos efeitos ainda perduram no presente»*.

Ora, neste particular, o Tribunal Constitucional tem entendido que quando estão em causa impostos (complexos e) de formação sucessiva (como é o caso do IRC), o facto tributário só se verifica no final do ano, pelo que a aplicação desde 1 de janeiro deste ano — e, portanto, a lucro já auferido —, pode não apresentar, à partida, problemas de retroatividade autêntica ou inautêntica, mas, quando muito, de mera retrospetividade, que tem sido admitida pelo Tribunal Constitucional, a não ser que viole, de forma flagrante, o princípio Constitucional da segurança.

70. Haverá que definir, por último, muito precisa e objetivamente, em que termos é que se pode considerar tal lucro como "excessivo", para justificar tal tributação "extraordinária", o que o regulamento e a Proposta de Lei n.º 47/XV/1.ª já promovem por referência aos anos de 2018 a 2021.

Neste âmbito, apresenta-se, porém, muito discutível, que nos casos em que a média dos lucros tributáveis relativa aos quatro períodos de tributação for negativa — i.é, em que os sujeitos passivos tenham apresentado prejuízos —, se considere que a média, para apuramento dos lucros excedentários, é igual a zero, incidindo a contribuição sobre a totalidade do lucro tributável referente aos períodos de tributação com início em 2022 e 2023.

Isto significa que estes sujeitos passivos poderão ficar sujeitos a uma tributação dos lucros superior a 60%, a que acresce a taxa de IRS de 28%, em caso de distribuição aos sócios.

Assim, certamente se suscitarão, ainda, questões sobre os limites da criação, pelos governos, de impostos e novas contribuições, mormente sobre determinados setores de atividade, já que, em abstrato, o Estado poderá criar tantos e tão sucessivos tributos que tal resulta numa tributação verdadeiramente confiscatória.

71. Tal qual se encontram estruturadas estas, novas, contribuições de solidariedade, previstas na Proposta de Lei n.º 47/XV/1.ª, parece, pois, que se virá a estar perante (mais uma) situação suscetível de aumentar a litigância fiscal, o que pode determinar, mesmo, que o Estado venha a ser obrigado, pelos Tribunais, a devolver aos contribuintes o valor destas, novas, contribuições.

72. Certo é que, como ensina Friedman, a inflação é a única forma de o estado aumentar os impostos sem a intervenção do legislador. Mas, na verdade, o Estado (Português e outros) está, também, a obter receitas adicionais "excessivas" em função dessa inflação: as mesmas taxas de imposto sobre valores superiores, porque inflacionados, resultam em (muito) mais receita de imposto.

E tal como nos ensina já, também, em França Philippe Bullet, os governos deveriam ser constitucionalmente obrigados a promover a indexação da inflação anual aos impostos, nomeadamente no que respeita às deduções e aos escalões, e quer em sede de IRS, como de IRC, parecendo insuficiente o que, neste aspeto, é previsto na proposta de Lei do Orçamento do Estado para 2023 (OE 2023).

73. Por outro lado, e de acordo com as **declarações do ministro do Ambiente e da Ação Climática**, confirmadas na proposta de Lei do Orçamento do Estado para 2023 (OE 2023), não está previsto que o Governo altere a Contribuição Extraordinária sobre o Setor Energético (CESE). Ou seja, ambas as contribuições vigorarão, ao que parece, em simultâneo e

não são dedutíveis, nem entre si, nem no IRC. O ministro do Ambiente adiantou, mesmo, que "não há substituição de taxas, temos de ver como todos estes dois impostos combinam" — remetendo para o Ministério das Finanças —, mas a verdade é que a Proposta de Lei n.º 47/XV/1.ª não faz qualquer referência, nem à CESE, nem à taxa de segurança alimentar "mais".

74. Neste âmbito, é de salientar que, se é verdade que o Regulamento (UE) 2022/1854 do Conselho prevê, expressamente que a nova contribuição acresce aos impostos e taxas normais aplicáveis em conformidade com o direito de um Estado-Membro, prevê, também, que assim poderá não ser no caso em que, como se viu, os Estados-Membros aplicam, já, contribuições equivalentes.

Restava saber o que, para este efeito, o Governo iria entender por "impostos e taxas normais", e se aqui enquadraria as contribuições financeiras setoriais extraordinárias, como a CESE, já que esta é, alegadamente, extraordinária e temporária (e não "normal"). E parece, mesmo, que o Governo pretende que os sujeitos passivos do sector da energia e do setor alimentar estejam sujeitos, simultaneamente, à CESE e à taxa de segurança alimentar "mais" e, bem assim, às novas contribuições de solidariedade temporária.

***

Sob este tema e os seus problemas poderão ver também, de partida, o podcast *Money Money Money* em **Expresso | Portugal precisa de *windfall taxes*?**(*)

Lisboa, 25 de novembro de 2022

Rogério M. Fernandes Ferreira
Pedro José Santos

(*) Foi já, entretanto, publicada a Lei n.º 24-B/2022, de 30 de dezembro, que acompanha integralmente a Proposta de Lei n.º 47/XV/1.ª, tendo, apenas, sido aprovada uma proposta de alteração que retira do âmbito da exclusão da CST Distribuição Alimentar as micro ou pequenas empresas sujeitas ao regime especial de tributação dos grupos de sociedades do IRC e em que o volume de negócios do grupo de sociedades por referência ao período de tributação em causa seja superior a € 100.000.000.

ALIENAÇÃO PARENTAL À LUZ DA JURISPRUDÊNCIA DO TEDH

PARENTAL ALIENATION UNDER THE ECHR JURISPRUDENCE

Pela Doutora Sandra Inês Feitor([1])

Sumário:

Introdução. Alienação Parental — um somatório de perdas irreparáveis. A alienação parental na jurisprudência portuguesa. Alienação Parental sob o enfoque do TEDH. As obrigações positivas dos Estados-membros à luz do art. 8.º da CEDH. A recusa da criança à convivência familiar sob a perspectiva do TEDH em contexto de alienação parental. Conclusões.

Resumo: a alienação parental é um tema controverso que tem ganho expansão sobretudo através da jurisprudência como reflexo de situações de privação injustificada da convivência familiar acompanhadas da triangulação da criança no seio do conflito parental. A convivência familiar constitui um direito fundamental reciproco contemplado no art. 8.º da CEDH, sendo relevante compreender a forma como o TEDH tem interpretado e aplicado a Convenção a este tipo de situações.

Abstract: parental alienation is a controversial issue that has gained expansion mainly through jurisprudence as a reflection of situations of unjustified deprivation of family life accompanied by the triangulation of the child within the parental conflict. Family coexistence is a fundamental reciprocal right contemplated in article 8 of the

---

([1]) Advogada. Doutora em Direito com tese sobre alienação parental. Mestre em Direito com tese sobre alienação parental. Docente convidada em aulas de pós-graduações da Faculdade de Direito de Lisboa, aulas pontuais na Universidade Europeia e Módulo «síndrome de alienação parental» do curso da Jurisnova da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa. Mediadora Familiar ICFML. Membro da Direcção em 2022-2023 do International Council on Shared Parenting no comité de ciência e comité europeu.

ECHR, and it is important to understand how the ECtHR has interpreted and applied the Convention to this type of situation.

Palavras-chave: alienação parental; conflito familiar; divórcio; convivência familiar, direitos da criança.

Key words: parental alienation; family conflict; divorce; family life, children's rights.

Introdução

A alienação parental, não obstante ser um tema controverso e sem consenso na comunidade jurídico-científica, ganha expressão e relevo nos nossos tribunais diante de casos de elevado conflito familiar, envolvendo privações injustificadas da convivência familiar com a triangulação da criança no conflito dos adultos, conforme conjugação dos art. 1887.º-A e 1906.º, n.º 5 do CC. Sendo crescente o relevo do tema a partir do momento que, a par de uma crescente transformação da representação dos papeis parentais(2), a criança passa a ser titular de direitos autónomos, e de outro lado, a convivência familiar é reconhecida como um direito fundamental recíproco(3) (art. 36.º, n.os 5 e 6 da CRP) correlacionado com outros como o livre desenvolvimento da personalidade (art. 26.º da CRP e 70.º, n.º 1 do CC) e da realização pessoal no seio familiar(4) (art. 67.º, n.º 1 da CRP), todos assentes no princípio basilar da dignidade humana (art. 1.º da CRP), quer na legislação nacional, quer europeia e internacional (art. 8.º da CEDH, art. 9.º da CDC, art. 7.º e 24.º da CDFUE). E, embora não seja um direito absoluto a ser perseguido a qualquer custo, dado que situações concretas e dentro dos limites da lei podem ditar a sua restrição ou suprimento, trata-se, além do mais, de um direito de personalidade da criança, enquanto direito subjectivo.

---

(2) Marinho, Sofia Pappámikail da Costa, *Paternidades de Hoje*, dissertação de Doutoramento em Ciências Sociais, Sociologia Geral, Universidade de Lisboa, Lisboa, 2011, p. 102.

(3) Maumousseau e Washington c. França, n.º 39388/05 , julgamento de 06/12/2007, disponível na URL: <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-83823>; Soares de Melo c. Portugal, queixa 72850/14, julgamento de 16/02/2016, disponível na URL: <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-162118>.

(4) Canotilho, Jorge Gomes; Moreira, Vital, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Vol. I, Coimbra Editora, 4.ª ed. revista, Coimbra, 2014, p. 857.

A criança é para o direito e sociedade, não mais um objecto sobre o qual versam direitos, mas um verdadeiro sujeito de direitos, encarada como um ser autónomo que, embora incapaz de exercício de direitos *per si*, é titular de todos os direitos existentes na ordem jurídica(5), decorrente, antes de mais, da Declaração dos Direitos da Criança proclamada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 20 de Novembro de 1959, seguida da Convenção sobre os Direitos da Criança, aprovada pela ONU em 1989, ratificada por Portugal em 12/09/90. A pessoa — *e a criança é pessoa* — constrói-se no seu agir, personaliza-se e constitui a sua personalidade, constrói-se em relação com os outros(6), sendo o respeito pela sua autonomia um valor incondicional, de se autodeterminar, de racionalizar e, portanto dotado de dignidade em permanente desenvolvimento, inacabado(7) e em construção(8). Assim, "o desenvolvimento é um processo gradual e que perdurará a vida toda, o sujeito sempre estará absorvendo e interpretando os estímulos do ambiente"(9). De modo que, é nesse essência de interacções da criança, em especial no seio familiar, que constrói o seu ser e se define enquanto sujeito. Levando a que o afecto seja concebido como princípio jurídico assente na dignidade humana e promotor da realização pessoal dos integrantes do sistema familiar e prossecução do livre desenvolvimento da personalidade em todas as suas potencialidades(10) do *ser*(11).

A convivência familiar constitui a parte pessoalíssima do direito da família embutida numa dicotomia público-privada do direito da família que, sustentado na protecção dos direitos da criança, impõe a ingerência do Estado na regulação das relações pessoais familiares(12) enquanto forma de constituição de vínculos e afectos estruturantes da própria natureza dessas

---

(5) AAVV, *Tutela do Superior Interesse da Criança*, Tomo I, Centro de Estudos Judiciários, Formação Contínua, pp. 3-4, [em linha], Lisboa, 2014, disponível na URL: <http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/familia/Tutela_Civel_Superior_Interesse_Crianca_TomoI.pdf>.

(6) Magalhães, V., Ser Pessoa, o Caminho de uma Definição, *in Bioética*, [coord. Luis Archer, Jorge Biscais, Walter Osswald, Editora Verbo, Lisboa, 1996, pp. 63-64.

(7) Kant, Emmanuele, *Crítica da Razão Prática*, Editora Acropolis, Brasil, (sem ano), p.

(8) Beauchamp, Tom; Childress, James, *Principles of Biomedical Ethics*, Oxford University Press, England, 2001, pp. 57-70.

(9) Nogueira, Jefferson M., *Considerações Sobre o Desenvolvimento Infantil*, in *Psicologia.pt*, Portugal 2020 [em linha], disponível na URL: <https://www.psicologia.pt/artigos/textos/A1383.pdf>.

(10) Canotilho, Gomes; Moreira, Vital, *Constituição da República Anotada*, Vol. I, 4.ª ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2014, p. 870.

(11) Fermentão, Cleide Aparecida; Lopes, Sarila Hali, *O Dever da Prestação de Afecto na Filiação como Consequência da Tutela Jurídica da Afectividade*, [em linha] disponível na URL: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=ddcbe25988981920>.

(12) Canotilho, Gomes; Moreira, Vital, *Constituição da República Anotada*, Vol. I, 4.ª ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2014, p. 870.

mesmas relações estruturantes do desenvolvimento e formação da personalidade do individuo. De modo que, salvo situações excepcionalíssimas, sujeitas a reserva de lei, deve ser assegurada a garantia da convivência familiar, não sendo legítima a arbitrária e unilateral privação da convivência familiar. A respeito, salienta o Acórdão do TC n.º 193/2006(13) "desta valorização da família e dos laços de convivência dos seus membros uma justificação objetiva fundada em razões de ordem social e, simultaneamente, o reconhecimento da sua importância subjetiva, enquanto condição para o desenvolvimento da personalidade dos respetivos membros, pais e filhos. Daí constituir um corolário natural a tutela subjetiva dos membros da família, seja quanto à constituição desta, seja no respeitante à sua preservação". Em sentido semelhante, pronuncia-se o Acórdão do TC n.º 416/2011(14), "sem prejuízo de se extrair dos n.os 5 e 6 do art. 36.º da Constituição uma protecção constitucional directa dos pais, surgindo estes como titulares de posições jurídicas subjectivas […], a protecção constitucional da família e da filiação caracteriza-se, essencialmente, por uma dimensão objectiva, consistente em preservar a unidade familiar e a relação entre pais e filhos". Explicando que este direito subjectivo da convivência familiar é essencial à prossecução da realização pessoal dos integrantes familiares, pois "o direito à convivência entre os membros da família é uma projeção subjetiva da tutela da unidade da família, condição indispensável à realização pessoal dos seus membros: dos pais, como pais; dos filhos em relação aos pais, como filhos; e dos próprios filhos nas relações entre si, como irmãos". Também o Acórdão do TC n.º 62/2017(15) explica que a garantia constitucional decorrente da conjugação dos art. 67.º n.º 1 e 36.º n.os 5 e 6, além do art. 69.º da CRP, é precisamente a de que a privação da convivência familiar depende de decisão judicial, não podendo ser arbitrária "não constitui apenas um direito subjetivo dos próprios pais a não serem separados dos seus filhos, mas também um direito subjetivo dos filhos a não serem separados dos respetivos pais. Eventuais restrições aos mesmos direitos apenas serão possíveis mediante decisão judicial, nos casos especialmente previstos por lei e verificados os pressupostos expressamente previstos na Constituição". Ora, o que caracteriza a conduta alienante é, essencialmente, a

(13) Processo n.º 919/15, 2.ª Secção, Rel. Cons. Pedro Machete, disponível na URL: <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20160193.html>.

(14) Processo n.º 753/2010, 3.ª Secção, Rel. Cons. Maria Lúcia Amaral, disponível na URL: <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20110416.html>.

(15) Processo n.º 605/2016, 1.ª Secção, Rel. Cons. José António Teles Pereira, disponível na URL: <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20170062.html>.

busca por uma relação de exclusividade da relação com exclusão do outro progenitor levando a privações injustificadas da convivência familiar, comprometendo o melhor interesse da criança e a prossecução dos seus direitos.

Alienação Parental — *um somatório de perdas irreparáveis*

A alienação parental consiste numa conduta de busca pela exclusividade da relação e afetos com a criança, interferindo na sua formação psicológica e na imagem parental que a criança tem do outro progenitor, assim, interferindo na manutenção e estabelecimento dos laços e afetos securizantes([16]), podendo ainda definir-se como "uma condição na qual a criança se alia ao alienador e rejeita o outro progenitor sem justificação válida"([17]).

Tendencialmente a conduta alienante caracteriza-se por dois tipos de comportamento: de um lado dirigido diretamente ao progenitor que se pretende afastar impedindo, dificultando ou boicotando a convivência e contatos com a criança; de outro lado, agindo diretamente sobre a criança impondo conflitos de lealdade (assumir uma postura de submissão ao que o alienador determina, temendo desobedecer ou desagradar, criando uma situação de dependência e submissão)([18]), expondo a criança a verbalizações e expectativas que terá de corresponder, induzindo falsas memórias, induzindo sentimento de culpa pelo afeto nutrido e incentivando a recusa da convivência([19/20]), transmitindo imagem de insegurança, diabolizando a outra figura parental, denegrindo, ou mesmo substituindo ou eliminando a

---

([16]) Feitor, Sandra Inês, *Alienação Parental sob a perspectiva do Novo Regime Geral do Processo Tutelar Cível*, Chiado Editora, Lisboa, 2018, p.

([17]) Harman, Jennifer; Bernet, William; Harman, Joseph, *Parental Alienation: The Blossoming of a Field of Study, in Current Directions*, *in* Psychological Science February 2019, [em linha], disponível na URL: <https://www.researchgate.net/publication/331417402_Parental_Alienation_The_Blossoming_of_a_Field_of_Study>.

([18]) Trindade, Jorge, Realidades Que A Justiça Insiste Em Não Ver, *in Incesto e alienação parental,* coord. Maria Berenice Dias, Revista dos Tribunais Editora, São Paulo, Brasil, 2007, p. 114.

([19]) Vasconcelos, Ana, Alienação Parental E Consequências Na Saúde Mental Da Criança — Interdisciplinaridade Na Ligação Da Pedopsiquiatria Com O Tribunal De Família E Criança, *in O Fenómeno "Alienação Parental" — Mito(S) E Realidade(S)*, Centro de Estudos Judiciários, 2018, pp. 61-73, [em linha], disponível na URL: <http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/familia/eb_AlienacaoParental2018.pdf>.

([20]) Feitor, Sandra Inês, *Alienação Parental sob a perspectiva do regime geral do processo tutelar cível*, Chiado Editora, Lisboa, 2018, p.

figura parental([21/22]), passando a criança a assumir uma postura em que *amar um é trair o outro*([23]). Conduta que pode assumir-se mais velada ou expressa desenvolvendo-se em escalada, progredindo dos aspetos simbólicos para os mais graves([24/25]), surgindo muitas vezes a criança como o "sintoma do conflito parental"([26]). De modo que consoante a reiteração e intensidade da conduta alienante poderá potenciar danos ao nível da intersubjetividade da criança, e, no limite, causar danos de âmbito neurológico como decorrência de *stress* tóxico([27]). O *stress* tóxico que é o ambiente disfuncional([28]), significa, segundo a evidência científica, que os adventos stressantes e traumáticos, quando assumam carácter prolongado no tempo, levam a uma produção de adrenalina e cortisol no cérebro da criança([29/30]). Essa produção, quando

---

([21]) Baker, Amy J., *Adult Children of Parental Alienation Syndrome: breaking the ties that bind*, Norton & Company, Inc., New York, USA, 2007, pp. 43-61

([22]) Molinari, Fernanda; Trindade, Jorge, Alienação Parental: Psicodinâmica de uma Constelação Perigosa, *in Incesto e Alienação Parental*, [coord. Maria Berenice Dias], Revista dos Tribunais Editora, 4.ª ed., São Paulo, Brasil, pp. 295-318.

([23]) Trindade, Jorge, Realidades Que A Justiça Insiste Em Não Ver, *in Incesto e alienação parental,* coord. Maria Berenice Dias, Revista dos Tribunais Editora, São Paulo, Brasil, 2007, p. 114.

([24]) Entre muitos outros, por exemplo, Lowenstein, Ludwing F., *Signs of Parental Alienation and how to counteract its* effects, [em linha], 2005, disponível na URL: <http://www.parental-alienation.info/publications/24-sigofparalisynandhowtocouitseff.htm>; Darnall, Douglas, *Symptoms of Parental Alienation*, [em linha], 1997, disponível na URL: <http://www.parentalalienation.org/articles/symptoms-parental-alienation.html>; Ribeiro, Maria Saldanha, Amor de Pai: Divórcio, falso assédio e poder paternal, Livros d'Hoje, Lisboa, Portugal, 2007, pp. 63-69; Waldron, Kenneth H.; Joanis, David E., Understanding and Collaboratively Treating Parental Alienation Syndrome, in *American Journal of Family Law*, Vol. 10, USA, 1996, pp. 121-133; Kruk, Edward, Parental Alienation as a Form of Emotional Child Abuse: Current State of Knowledge and Future Directions for Research, in *Family Science Review*, Volume 22, Issue 4, USA, 2018, pp. 141-164; Baker, A. J. L.; Darnall, D., Behaviors and strategies of parental alienation: A survey of parental experiences, *in Journal of Divorce & Remarriage*, 45, USA, 2006, pp. 97-124; Woodall, Karen; Woodall, Nick, Understanding Parental Alienation: Learning To Cope, Helping To Heal, Charles C. Thomas Publisher, Lda., USA, 2017, pp. 16-18; Bernet, William; Lorandos, Demosthenes, Parental Alienation — Science and Law, Charles C. Thomas Publisher, Lda., USA, 2020, p. 285.

([25]) Baker, Amy J., *Adult Children of Parental Alienation Syndrome: breaking the ties that bind*, Norton & Company, Inc., New York, USA, 2007, pp. 64-81.

([26]) Duarte, Lenita Pacheco, *A Angústia das Crianças diante os desenlaces Parentais*, Lumen Juris Editora, Rio de Janeiro, Brasil, 2013, p. 46.

([27]) AAVV, *Excessive Stress Disrupt the Architetcure of the Devepoling Brain*, Harvard University Publish, National Scientific Council on the Developing Brain, Center of Developing Child, Harvard University, 2014, [em linha], disponível na URL <https://developingchild.harvard.edu/wp-content/uploads/2005/05/Stress_Disrupts_Architecture_Developing_Brain-1.pdf>.

([28]) Disponível na URL: <https://www.youtube.com/watch?v=rVwFkcOZHJw>.

([29]) ICD-11, *Classificação Internacional de Doenças*, Revisão de 18 de Junho 2018, disponível na URL: <https://icd.who.int/dev11/l-m/en#/http://id.who.int/icd/entity/547677013>.

([30]) Disponível na URL: <https://www.youtube.com/watch?v=bwpcn8sRtqg&feature=youtu.be&fbclid=IwAR10xdEo4P5iQzgFb2zM_Sm51RsnUmCH9Nf-xRbbykRuhbHBE7qq0mb1RVQ>.

permanente e contínua torna-se prejudicial porque provoca um encurtamento do hipocampo. O hipocampo está presente em ambos os hemisférios do cérebro localizado no lobo frontal e é responsável pela criação de novas memórias, memórias de longo prazo, mas também gestão e controlo das emoções([31]). A consequência desta alteração química da estrutura neural do cérebro altera, consequentemente, a forma como a pessoa se vê a si própria e encara o seu papel no mundo. Ou seja, o autoconceito.

Levando ainda a danos na estrutura do hipotálamo e da amígdala, que gerem a parte emocional do cérebro([32]). Tais danos e alterações químicas na estrutura do cérebro condicionam o estímulo e a capacidade de resposta à adversidade e o controlo da mesma([33]), podendo levar a situações de depressão infantil e transtornos de ansiedade.

O impacto na intersubjetividade da criança pode manifestar-se de diversas formas, nomeadamente através de sintomatologia psicossomática([34]) — *a diferença entre o sintoma da criança e a criança sintoma, em que no primeiro é diagnosticado um mal-estar médico, ao passo que no segundo a sintomatologia que a criança apresenta não traz associado qualquer diagnóstico, consistindo na forma de o corpo exteriorizar o que a mente não consegue elaborar* — podendo ocorrer a diversos níveis([35]/[36]):

— A nível fisiológico:

i) padrões de alimentação;

ii) do sono;

([31]) AAVV, *Excessive Stress Disrupt the Architetcure of the Devepoling Brain*, Harvard University Publish, National Scientific Council on the Developing Brain, Center of Developing Child, Harvard University, 2014, [em linha], disponível na URL <https://developingchild.harvard.edu/wp-content/uploads/2005/05/Stress_Disrupts_Architecture_Developing_Brain-1.pdf>.

([32]) AAVV, *Toxic Stress, Behavioral Health and the Next Major Era in Public Health*, Mental Health America, USA, 2017, [em linha], disponível na URL: <https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pubmed/26963181>.

([33]) AAVV, *The Science of Early Childhood Development*, Harvard University Publish, National Scientific Council on the Developing Brain, Center of Developing Child, Harvard University, 2007, [em linha], disponível na URL: <https://developingchild.harvard.edu/resources/the-science-of-early-childhood-development-closing-the-gap-between-what-we-know-and-what-we-do/>.

([34]) Duarte, Lenita Pacheco, O que se Espera com a Guarda Compartilhada nos Casos de Alienação Parental: Fragmentos da Clínica com uma Criança, *in Revista Digital Lusobrasileira Alienação Parental*, 4.ª ed., Ago.-Nov. 2014, pp. 128-153, [em linha], disponível na URL: <https://revistaalienacaopa.wixsite.com/revista/publicacoes>.

([35]) Souza, Raquel Pacheco Ribeiro de, *Síndrome de Alienação Parental e Narcisismo*, Universidade Federal do Estado de Minas Gerais — FAFICH — Faculdade de Filosofia e Ciências Humanas, Belo Horizonte, Brasil, 2009, p.

([36]) Duarte, Lenita Pacheco, *A Guarda dos Filhos na Família em Conflito*, Lumen Juris, 4.ª ed., Rio de Janeiro, Brasil, 2014, p. 2.

iii) controlo de esfíncteres;

iv) incontinência urinária;

v) doenças psicossomáticas (psicossomático consiste na projeção no organismo de sintomas de doenças ou outros males; com origem em distúrbios emocionais ou questões psicológicas/emocionais recalcadas).

— A nível académico:

i) da atenção;

ii) e da concentração.

— A nível social:

i) Aumento dos comportamentos de revolta;

ii) das condutas agressivas;

iii) diminuição do controlo dos impulsos;

iv) ansiedade;

v) nervosismo;

vi) dificuldades de relacionamentos.

— A nível psicológico:

i) problemas relativamente ao desenvolvimento do autoconceito;

ii) e da autoestima;

iii) fugas da realidade;

iv) fragilidade emocional.

— A longo prazo:

i) sintomas depressivos;

ii) depressão;

iii) perturbações de personalidade;

iv) transtornos de identidade;

v) comportamento hostil;

vi) desorganização mental;

vii) por vezes, suicídio.

Bem como:

i) tendência para o alcoolismo;

ii) e uso de drogas.

Podendo ainda desenvolver diversos transtornos comportamentais no âmbito cognitivo, com atrasos no desenvolvimento da linguagem ou alterações da memória e défice de atenção, baixa autoestima e sentimentos de inferioridade; a nível afetivo com choro incontrolado, vergonha, culpa, timidez; a nível comportamental social com perda da capacidade de brincar e interagir com outros, isolando-se, ou ao invés com comportamento desviante ou antissocial; bem como a possibilidade de agitação, hiperatividade, ansiedade, depressão, mudanças súbitas de comportamento e humor, desenvolvimento de neuroses ou deformações ao nível da personalidade([37]).

De modo que, tem sido considerado pela literatura científica como uma forma de abuso emocional ou maltrato da criança, desde logo, a GARI-PA no âmbito do Guia de *Global Action for research Integrity in Parental Alienation*([38]) refere que de acordo com a mais recente literatura científica "Estudos de revisão sistemática confirmam maior prevalência de psicopatologia, baixos níveis de bem-estar, repetição de padrões na vida adulta"([39]), acrescentando ser consensual que se trata de uma forma de abuso sobre a criança([40]). Refere Jennifer Harmann que "*a alienação parental é uma condição na qual a criança se alia ao alienador e rejeita o outro progenitor sem justificação válida*"([41]), assim como Edward Kruk descreve "os elementos centrais da alienação parental como uma forma de abuso infantil e violência familiar, e uma forma específica e complexa de

---

([37]) Reis, Victor José Oliveira, As Crianças e Jovens em Risco — Contributos para a organização de critérios de avaliação de factores de risco, Tese de Doutoramento em Psicologia Clínica, apresentada à Universidade de Coimbra, Coimbra, 2009, p. 100.

([38]) AAVV, *Statement of the Global Action for Integrity in Parental Alienation*, coord. Alejandro Mendonza e William Bernet, GARI-PA, México, 2022, p. 27, disponível na URL: <https://garipa.org/wp-content/uploads/2022/03/Statement-GARIPA.pdf>.

([39]) Ames, 2021; Herrera, 2020; Lee-Maturana, 2018 & 2021; Marqués, 2020; Miralles, 2021; Mendoza-Amaro, 2020; Portilla-Saavedra, 2021; Templer, 2016; Baker, 2011*a*, 2011*b*, 2013, 2015 & 2016; Ben-Ami, 2012; Bernet, 2015; Rowen, 2019; Verrocchio, 2015, 2016 & 2019; Bagshaw, 2007; Baker, 2005, 2006a & 2006b; Bentley, 2019; Buckley, 2010; Dunne, 1994; Finzi-Dottan,2012; Godbout, 2012.

([40]) Bernet, 2010; Gomide, 2016; Harman, 2016; Loredo, 2010 & 2011; Salles, 2012; Summers, 2006; von Boch-Galhau, 2018; Warshak, 2015*a* & 2015*b*.

([41]) Harman, Jennifer; Bernet, William; Harman, Joseph, *Parental Alienation: The Blossoming of a Field of Study*, *in Current Directions*, *in* Psychological Science, February 2019, [em linha], disponível na URL: <https://www.researchgate.net/publication/331417402_Parental_Alienation_The_Blossoming_of_a_Field_of_Study>.

agressão humana hostil (impensada e não planejada) ou instrumental (premeditada e destinada a prejudicar)"(42). Traduzindo-se as condutas alienantes numa forma de maltrato psicológico para a criança pelo impacto da reiteração das condutas e do poder coercitivo a que está sujeita provoca na intersubjetividade da criança(43). Eduardo Sá, que afirma "*representam, inevitavelmente, maus-tratos. (...) privação dum direito fundamental que fissura, com danos (potencialmente) irreparáveis"*(44). No mesmo sentido Ana Vasconcelos aponta que "*criança rejeita, mas deve ser compreendida como uma estratégia de sobrevivência afetiva que adota para resistir a um clima familiar mortífero para a sua saúde mental*"(45). Explicam Aglaé Tedesco e António José Fialho que diante das dinâmicas do comportamento alienante e a forma como isso interfere na regulação emocional da criança e nas suas dinâmicas familiares "a alienação parental é (…) uma forma específica de abuso emocional"(46). Sandra Baccara explica que a alienação parental "dificulta a diferenciação entre a criança e genitores, e com isso estes possam desenvolver de forma saudável sua identidade psicossocial"(47), acrescen-

---

(42) Kruk, Edward, Parental Alienation as Child Abuse and Family Violence — A form of emotional aggression and intimate terrorism, 2019, disponível na URL: <https://www.psychologytoday.com/us/blog/co-parenting-after-divorce/201901/parental-alienation-child-abuse-and-family-violence>; Kruk, E. (2018). "Parental Alienation as a Form of Emotional Child Abuse: The Current State of Knowledge and Directions for Future Research," *Family Science Review, 22* (4), 141-164; Harman, J., Kruk, E. & Hines, D. (2018). "Parental Alienating Behaviors: An Unacknowledged Form of Family Violence," *Psychological Bulletin, 144* (12), 1275-1299; von Boch-Galhau, W. (2018). "Parental Alienation (Syndrome) — A serious form of psychological child abuse," *Mental Health and Family Medicine, 13*, 725-739.

(43) Kruk, Edward, Parental Alienation as Child Abuse and Family Violence — A form of emotional aggression and intimate terrorism, 2019, disponível na URL: <https://www.psychologytoday.com/us/blog/co-parenting-after-divorce/201901/parental-alienation-child-abuse-and-family-violence>; Kruk, E. (2018). "Parental Alienation as a Form of Emotional Child Abuse: The Current State of Knowledge and Directions for Future Research", *Family Science Review, 22* (4), 141-164; Harman, J., Kruk, E. & Hines, D. (2018). "Parental Alienating Behaviors: An Unacknowledged Form of Family Violence," *Psychological Bulletin*, 144 (12), 1275-1299; von Boch-Galhau, W. (2018). "Parental Alienation (Syndrome) — A serious form of psychological child abuse," *Mental Health and Family Medicine*, 13, 725-739.

(44) Sá, Eduardo, *Alienação Parental*, Abril de 2011, Almedina, p. 138.

(45) Vasconcelos, Ana, Alienação Parental E Consequências Na Saúde Mental Da Criança — Interdisciplinaridade Na Ligação Da Pedopsiquiatria Com O Tribunal De Família E Criança, *in O Fenómeno "Alienação Parental" — Mito(S) E Realidade(S)*, Ebook Centro de Estudos Judiciários, 2018, pp. 61-73, [em linha], disponível na URL: <O Fenómeno "Alienação Parental" — Mito(s) e Realidade(s) (justica.gov.pt)>.

(46) Tedesco, Aglaé, Fialho, António, Alienação Parental — Quando o amor dá lugar ao ódio, in *Revista do CEJ — Centro de Estudos Judiciário*s, XV, Lisboa, pp. 137-189,

(47) Baccara, Sandra, Família aos pedaços …, *in Alienação Parental VI Congresso Nacional e IV Congresso Internacional*, [coord. Murilo Andrade e Rodrigo Ricardo], Editora Poesias Escolhidas, Belo Horizonte, Brasil, 2017, pp. 158-165.

tando Rodrigo da Cunha que a alienação parental representa a "objectificação do sujeito para transformá-lo em veículo de ódio (…) que trás consigo graves consequências sócio emocionais aos filhos"([48]). Portanto, assumindo a conduta alienante e o potencial impacto na intersubjectividade da criança um exercício tóxico da parentalidade e, consequentemente, um somatório de perdas irreparáveis, em especial para a criança.

A alienação Parental na jurisprudência portuguesa

A jurisprudência portuguesa tem-se debruçado sobre diversos casos de alienação, embora nem todos especificados, mas nalguns refere expressamente a terminologia como por exemplo, o Ac. do TRP, de 09/07/2014([49]), referindo que a alienação parental enquanto realidade social constitui um abuso moral e mau trato à criança, não obstante não ser um tema isento de controvérsia "afigura-se que estamos na presença de algo com efetiva existência, de um fenómeno social que existe e obedece a um certo padrão de comportamento que se deixa tipificar, sendo suscetível de ser estudado, como tem sido, e devidamente conceitualizado. Por outras palavras, não estamos perante uma ficção".

Em sentido semelhante o Ac. do TRE, de 11/04/2012([50]), altera a residência fundamentando não estar em condições de corresponder ao interesse do filho "a mãe que num processo de alienação parental proíbe/ /impede todo e qualquer contato da criança com o seu progenitor, denegrindo a sua imagem perante ela e terceiros, imputando-lhe comportamentos agressivos e de abusos sexuais, afastados em sede de averiguação própria". Também o Ac. do TRG, de 08.05.2015([51]), refere-se à alienação parental, aduzindo a falta de validade científica e foco de controvérsia, consiste numa disfunção do vínculo afetivo por interferência negativa do

---

([48]) Pereira, Rodrigo da Cunha, Alienação Parental: Uma Inversão da relação Sujeito e objecto, *in Incesto e Alienação Parental*, [coord. Maria Berenice Dias], Editora Revista dos Tribunais, 4.ª ed., Belo Horizonte, Brasil, 2017, pp. 71-85.

([49]) Des. Rel. Alberto Ruço, proc. n.º 1020/12.8TBVRL.P1, disponível na URL: <http://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/56a6e7121657f91e80257cda00381fdf/c7eabcdb5ab87fdf80257d1d00326e02?OpenDocument&Highlight=0,aliena%C3%A7%C3%A3o,parental>.

([50]) Rel. Maria Alexandra M. Santos, disponível em <www.dgsi.pt>.

([51]) Des. Rel. Isabel Silva, proc. n.º 508/05.1TMBRG-A.G1, Disponível na URL: <http://www.dgsi.pt/jtrg.nsf/86c25a698e4e7cb7802579ec004d3832/ee9cf87a483e0bb480257f1100595b57?OpenDocument&Highlight=0%2CALIENA%C3%87%C3%83O%2CPARENTAL&fbclid=IwAR2x-zZ0Qwead8daLoUI4RBZNvONiQx7cETiARqrc0ExUm65qq9pbdJo0rM>.

outro progenitor "cremos de todos conhecida, em situações de divórcio ou não, a "campanha denegritória" adotada por um dos pais em relação ao outro, como forma de conseguir a preferência do filho (…) que "consiste na transformação de um vínculo positivo num negativo (amor em ódio)". No mesmo sentido por exemplo o Ac. TRE, de 25/06/2015([52]), refere que "afastar, sem fundamento a criança do pai significa que a mãe não está a saber exercer as suas funções. Objetivamente é mau trato permitir que um filho seja afastado do pai sem razão que o justifique". Também o Ac. do TRL, de 22/10/2013([53]) "sendo apenas uma construção sociológica para abarcar determinados comportamentos dos progenitores. Ora, a conduta da recorrente ao longo de todo o processo vai muito mais longe do que obter uma relação preferencial com a filha, pois pretende patentemente impedir que o requerido tenha qualquer contacto com a menor". De outra senda o Ac. do TRC, de 28/04/2010([54]), denomina a alienação parental como uma relação de exclusividade "será pois a criação de uma relação de caráter exclusivo entre a criança e um dos progenitores, com o objetivo de banir o outro, sendo que uma criança totalmente alienada, neste contexto, é a criança que não quer ter qualquer tipo de contacto com um dos progenitores e que expressa apenas sentimentos negativos". Assim como o Ac. do TRL, de 26/01/2010([55]), "configura-se o designado Síndrome de Alienação Parental, como um distúrbio que surge principalmente no contexto das disputas pela guarda e confiança da criança, caracterizado por um conjunto de sintomas resultantes do processo (alienação parental) pelo o qual um progenitor transforma a consciência do seu filho, com o objetivo de impedir, obstaculizar ou destruir os vínculos da criança com o outro progenitor". Mais recente, o Acórdão do TRL de 15/12/2020 faz alusão expressa

---

([52]) Des. Rel. Francisco xavier, proc. n.º 960/11.6TMFAR.E1, disponível na URL: <http://www.dgsi.pt/jtre.nsf/134973db04f39bf2802579bf005f080b/555f58c8d1fe2c7a80257ef500355692?OpenDocument&Highlight=0%2CALIENA%C3%87%C3%83O%2CPARENTAL&fbclid=IwAR0WbW5CyTDSZDvGqLfd_1qNtFUTf4oY9-i0s-rjn_Hj1jT7kHLoEPd_-P4>.

([53]) Des. Rel. Gouveia Barros, proc. n.º 2450/07.2TMLSB.L1-7, disponível na URL: <http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497eec/0302f4961e897a4980257c5f00773965?OpenDocument&Highlight=0,aliena%C3%A7%C3%A3o,parental>.

([54]) Des. Rel. Alberto Mira, proc. n.º 13/07.1GACTB.C1, disponível na URL: <http://www.dgsi.pt/jtrc.nsf/c3fb530030ea1c61802568d9005cd5bb/8e319f1ea693d61f8025772a0039dbb1?OpenDocument&Highlight=0%2Calberto%2Cmira%2Caliena%C3%A7%C3%A3o%2Cparental&fbclid=IwAR2GauSQ8vJZJb0_fAsXDFq3OqWQzwAuBYa7pbzCLb7B5QuplOG7ITWctHo>.

([55]) Des. Rel. Ana Resende, proc. n.º 1625/05.3TMSNT-C.L1-7, disponível na URL: <http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497eec/9510293a13ca4ab3802576d3004430db?OpenDocument&Highlight=0%2Cana%2Cresende%2Caliena%C3%A7%C3%A3o%2Cparental&fbclid=IwAR2DAb_rXXtqxuD9mTBySreeAgoPIqNl58_Mw_QIltRSNKrlrhOXPqrAFdE>.

à alienação parental revogando a sentença recorrida e fixando regime de residência alternada referindo que entre os argumentos que favorecem a fixação da residência alternada, entre outros, a mesma reduz o risco e a incidência da "alienação parental"; mantém relações familiares semelhantes às do momento pré-divórcio, porque os relacionamentos com o pai e a mãe se aproximam dos da família intacta; os conflitos de lealdade que os jovens mostram tendem a desparecer com a organização dos tempos em família e a igual importância dos pais na vida dos mais novos". O Acórdão do TRE de 14/07/2021([56]) pronunciou-se no sentido de indeferir o recurso sobre o pedido de realização de perícia para averiguação de conduta alienante que a mãe imputava ao pai da criança, dado que a mãe e avó maternas foram condenadas a pena suspensa por violência doméstica contra a criança dado levarem-na repetidamente a urgências hospitalares com o fito de imputar abusos sexuais ao pai que não tinham ocorrido.

Alienação Parental sob o enfoque do TEDH

O TEDH não tem sido alheio à temática alienação parental e tem reconhecido o fenómeno, como por exemplo, ECHR de 02/02/2016 (N.TS. and Others v. Georgia) n.º 71776/12([57]), o pai das crianças tinha sido condenado por consumo de estupefacientes e posteriormente a mãe morreu, ficando órfãos e passando a residir com os avós e tios maternos, vindo mais tarde o pai a reclamar a guarda dos filhos. O TEDH entendeu ainda que embora a convivência familiar seja um direito fundamental reciproco, não é um direito absoluto "o gozo mútuo entre pais e filhos da companhia um do outro constitui um elemento fundamental da vida familiar (…) não consideraram adequadamente um fato importante: as crianças repudiavam o pai". Sendo relevante para o TEDH o facto de em vários relatórios periciais ser referida a "atitude negativa da família materna em relação a G.B. foi um fator na formação do relacionamento dos meninos com o pai. Mas, qualquer que seja o papel manipulador desempenhado pela família

([56]) Des. Rel. Manuel Bargado, processo n.º 678/09.0TMSTB-P.E1, disponível na URL: <http://www.dgsi.pt/jtre.nsf/134973db04f39bf2802579bf005f080b/8ff58ad18534b88a802587220066062e?OpenDocument&Highlight=0,aliena%C3%A7%C3%A3o,parental>.

([57]) Disponível na URL: <https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22fulltext%22:[%2271776/12%22],%22sort%22:[%22appnoyear%20Ascending,appnocode%20Ascending%22],%22documentcollectionid2%22:[%22GRANDCHAMBER%22,%22CHAMBER%22],%22itemid%22:[%22001-189355%22]}>.

materna, as provas perante os tribunais domésticos sobre a atitude hostil dos filhos em relação ao pai eram inequívocas". Pois que, as crianças manifestavam encontrar-se sob o ascendente psicológico dos seus cuidadores, e, por isso desvinculando-se afectivamente da figura paterna e repudiando-o. Dado o afastamento emocional e temporal, com vista a não causar prejuízo psicológico às crianças impunha no caso uma reaproximação gradual, mas impondo-se a efectivação da construção de relação familiar de convivência entre as crianças e o pai, dado não existirem mais sinais de perigosidade que justificassem a privação da convivência.

No mesmo sentido ECHR de 29/10/2019 (Pisică v. The Republic of Moldova) n.º 23641/17([58]) conclui que "não foi realizado nenhum trabalho psicológico preparatório com as crianças ou seus pais para facilitar a execução da sentença, apesar de haver sinais claros de que as crianças foram psicologicamente alienadas de sua mãe". De modo semelhante ECHR de 09/04/2019 (A.V. v Slovenia) n.º 878/13([59]), refere que a "conduta da mãe era o principal obstáculo para o contato, (…) a falta de cooperação por parte de um progenitor que detém a guarda não isenta por si só as autoridades da sua responsabilidade nos termos do art. 8.º de tomar medidas que possam ser razoavelmente exigidas nas circunstâncias do caso para reconciliar os interesses em conflito".

Também o ECHR de 22.11.2005 (Reigado Ramos v Portugal)([60]), condenou o Estado português por violação do art. 8.º da CEDH, uma vez que os seus direitos de visita eram constantemente incumpridos. Reigado Ramos teve uma filha nascida em 1995, mas nunca viveu com a mãe da criança e a relação acabou quando a filha atingiu os sete meses de idade. Em 1997, Reigado Ramos propôs uma ação para regular o exercício das responsabilidades parentais, tendo os progenitores acordado que a filha ficava entregue à guarda da mãe e o pai teria direito de visita. A mãe incumpriu sistematicamente e mudou a residência sem aviso prévio para os Açores e após notificada pelo tribunal mudou-se com a criança para Espanha. Desde então nunca mais viu a filha. O TEDH fundamentou que o art. 8.º não tem apenas o efeito negativo de resguardar a família das ingerências arbitrárias do Estado, mas também um efeito positivo de respeitar a vida privada e familiar, o que pode implicar a adopção de medidas tendentes a promover esse respeito, pois "o art. 8.º implica assim o direito do

---

([58]) Disponível na URL: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-197214>.

([59]) Disponível na URL: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-192205>.

([60]) Disponível na URL: <http://www.gddc.pt/direitos-humanos/portugal-dh/acordaos/traducoes/Trad_Q73229_01.pdf>.

pai a medidas adequadas de se reunir com o filho e a obrigação das autoridades nacionais de tomá-las". Entendendo o TEDH que as autoridades portuguesas "omitiram desenvolver esforços adequados e suficientes para fazer respeitar os direitos de visita do requerente, negando assim o seu direito ao respeito da sua vida familiar garantido pelo art. 8.º da Convenção". Semelhante ao ECHR de (Maire c. Portugal) n.º 48206/99([61]) foi um caso que influenciou a criminalização da subtração de menor. O caso decorreu entre os Estados Português e Francês alegando Paul Maire que "a inércia e negligência das autoridades portuguesas na execução da decisão judicial francesa que lhe confiou a guarda do filho violaram o direito ao respeito da sua vida familiar". O TEDH fundamentou que "tratando-se da obrigação por parte do Estado de tomar medidas positivas, o Tribunal declarou várias vezes que o art. 8.º implica o direito de um cônjuge em reunir-se ao seu filho e a obrigação para as autoridades nacionais de tomar essas medidas.

Também o ECHR de 13/07/2021 (Neves Caratão Pinto c. Portugal) n.º 28443/19([62]), Portugal foi condenado por não ter assegurado em tempo razoável o restauro e reaproximação da convivência familiar das crianças com a mãe. No caso as crianças foram entregues provisoriamente aos cuidados dos tios e irmã, devendo após sanada a situação de perigo ter o tribunal empreendido todos os esforços para assegurar uma relação de vinculação e convivência familiar da mãe com as crianças. As crianças estiveram vários anos sem conviver com a mãe biológica devido a condutas de obstrução reiterada e injustificada por parte dos cuidadores, instalando-se um intenso conflito familiar. Na verdade, pode mesmo dizer-se uma obliteração da maternidade, dado que aquela conduta de busca pela exclusividade da relação com as crianças boicotou o estabelecimento dos laços afectivos securizantes com as crianças ao longo de diversos anos. De modo que referiu o TEDH "O fato de uma criança poder ser acolhida em um ambiente mais propício para sua educação não pode, por si só, justificar seu afastamento forçado dos cuidados de seus pais biológicos; tal ingerência no direito dos pais, de acordo com o art. 8.º da Convenção, de desfrutar da vida familiar com seu filho ainda deve provar ser "necessário" devido a outras circunstâncias", dado que tendo a mãe das crianças cumprido todas as determinações judiciais nada justificava que a relação familiar como entendida pelo TEDH não tivesse sido restabelecida com normalidade e privada a mãe do exercício da maternidade. Sustentando o TEDH que "Ao

---

([61]) Disponível na URL: <https://hudoc.echr.coe.int/fre?i=002-4837>.

([62]) Disponível na URL: <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-211030>.

mesmo tempo, deve-se notar que a busca da unidade familiar e a do reagrupamento familiar em caso de separação constituem considerações inerentes ao direito ao respeito da vida familiar garantido pelo art. 8.º o efeito de restringir a vida familiar está vinculado a uma obrigação positiva de tomar medidas para facilitar o reagrupamento familiar o mais rápido possível". Pois que segundo o entendimento do TEDH privar a criança dessa convivência plena é "cortar a criança de suas raízes". Sendo relevante a referência do TEDH para as consequências práticas da conduta alienante "a separação prolongada dos filhos provocou uma desagregação da família e dos irmãos que vai contra o interesse superior da criança", acrescentando que "o único elemento que emerge claramente (…) é a animosidade que existia entre o requerente e os pais adotivos, o contato afetivo considerado sufocante com as crianças e um atitude defensiva em relação aos profissionais (…) tais elementos não são suficientes para restringir o direito de acesso". E, assim se estabeleceu pelo decurso do tempo uma verdadeira obliteração da maternidade, dado que diante dos sucessivos e prolongados boicotes e impedimentos, quer dos convívios, quer da progressão dos mesmos devido à interferência negativa no estabelecimento dos laços pelos cuidadores, o tribunal nunca tomou quaisquer medidas tendentes a travar tais condutas e a restaurar a normalidade da convivência e relação mãe-filhos, nada havendo que impedisse o pleno exercício e gozo da maternidade, como critica o TEDH "observa que as autoridades internas nunca consideraram a possibilidade de a requerente passar dias inteiros, ou mesmo fins-de-semana, com seus filhos (…) as autoridades portuguesas não cumpriram as obrigações positivas que lhes são impostas pelo art. 8.º da Convenção para assegurar a manutenção dos laços familiares que uniam a requerente aos seus filhos gémeos".

De modo semelhante ECHR de 22/05/2012 (Santos Nunes c. Portugal) n.º 61173/08([63]), em que foi aplicada medida de acolhimento residencial, tendo criado com os seus cuidadores vínculos afectivos semelhantes aos da filiação e rejeitando as figuras parentais biológicas. Os cuidadores criaram igualmente laços com as crianças querendo substituir-se às figuras parentais e evitando sucessivas vezes a devolução da criança à família biológica incumprido as decisões judiciais. De modo que afirma o TEDH que tal conduta não pode eximir as autoridades nacionais do dever de empreender meios para assegurar o restauro do vínculo familiar "tal falta de cooperação não pode isentar as autoridades competentes de implemen-

([63]) Disponível na URL: <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-110981>.

tarem todos os meios susceptíveis de permitir a manutenção do vínculo familiar".

Também ECHR de 22/02/2022 (Manteigas c. Portugal) n.º 22179/15([64]), tendo sido aplicada medida de colocação em instituição com vista à adopção não obstante a existência de vínculos afectivos característicos da relação parental. Sendo certo que em ambiente institucional a relação e convívios da mãe com as filhas foi restringido pelo tribunal prejudicando a manutenção dos vínculos afectivos, ou sequer considerou o tribunal a aplicação de medidas menos restritivas, dado que a colocação com vista à adopção somente poderia ter legitimamente lugar quando nenhuma outra medida menos grave fosse efectivamente viável, e quando não existissem vínculos afectivos caracteriszadores da relação parental. De modo que, entendeu o TEDH que a decisão dos tribunais nacionais contribuíram para o afastamento das crianças da mãe e para a posterior recusa daquelas em retomar a convivência, levando em consideração apenas aquela sua expressa vontade. Além da carência socioeconómica dos progenitores e a sua iliteracia nenhum outro factor foi mencionado ou comprovado de perigo para as crianças considerando a medida aplicada ilegítima e infundada violando o art. 8.º da CEDH.

Pelo que, se pode concluir seguramente, mesmo em face de toda a polémica envolvente em torno da temática alienação parental é um tema com indiscutível relevância jurídica, inclusive reconhecido pelo TEDH à luz do art. 8.º da CEDH, apreciando as obrigações positivas e negativas dos Estados-Membros na aplicação da convenção aos casos concretos. Sendo certo que, o TEDH não descura o impacto psicológico da alienação parental nas crianças e consequentes dificuldades no restabelecimento dos laços que impõem aos Estados deveres positivos de *facere* para trabalhar as famílias e crianças em ordem à reunificação familiar.

As obrigações positivas dos Estados-Membros à luz do art. 8.º da CEDH

O art. 8.º da CEDH tem como epígrafe "direito ao respeito pela vida privada e familiar" sujeita a interpretação dinâmica e evolutiva por parte do TEDH([65]), que vai adaptando a sua visão sobre o conceito de família e

---

([64]) Disponível na URL: <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-215754>.

([65]) Almeida, Susana, *O Respeito pela vida (privada e) Familiar na Jurisprudência do Tribu-*

convivência familiar às contemporaneidades e evoluções da instituição familiar no seio das sociedades.

Pelo que, sob esse enfoque dinâmico de interpretação, o TEDH "encontrou um campo privilegiado na definição dos dois conceitos próximos e, muitas vezes, indissociáveis que coabitam no art. 8.º: a vida privada e a vida familiar. De tal modo que a jurisprudência do TEDH tem esbatido a fronteira entre estes dois conceitos, fazendo emergir, em muitos casos, um único direito: o direito ao respeito pela vida privada e familiar"([66]). Assim como a ausência de vida comum entre os pais de um filho comum, não é, para o TEDH, fundamento de exclusão de vida familiar([67]) — pelo contrário "a falta de vida em comum entre os pais, no momento do nascimento dos filhos, não impede a existência de vida familiar"([68]), sendo entendimento assente do TEDH que o simples laço de filiação entre a criança e o seu progenitor constitui *ipso facto* vida familiar([69]) e, por isso, deve ser respeitada em toda a sua plenitude, nos termos do art. 8.º da CEDH. Na verdade, o conceito de vida familiar entendido pelo TEDH tem evoluído numa perspectiva aberta que extrapola o sentido redutor jurídico adotando "um conceito material ou substancial de família, preocupando-se, sobretudo, em averiguar da existência de laços afetivos e efetivos que unam as pessoas consideradas"([70]). Sendo especialmente relevante no que toca às relações parentais a inexistência de necessidade do critério coabitação para que o TEDH considere haver relação familiar, dado que aquela se constitui pelo simples acto da filiação([71]) "existe sempre relação familiar

---

nal Europeu dos Direitos do Homem: A Tutela das Novas Formas de Família, Coimbra Editora, Coimbra, 2008, p. 66.

([66]) Almeida, Susana, *O Respeito pela vida (privada e) Familiar na Jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem: A Tutela das Novas Formas de Família*, Coimbra Editora, Coimbra, 2008, p. 66.

([67]) Almeida, Susana, *O Respeito pela Vida (Privada e) Familiar na Jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem: A Tutela das Novas Formas de Família*, Coimbra Editora, Coimbra, 2008, p. 73.

([68]) Acórdão Berrehab c Holanda, 21.06.1988, *in* Almeida, Susana, *O Respeito pela vida (privada e) Familiar na Jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem: A Tutela das Novas Formas de Família*, Coimbra Editora, Coimbra, 2008, p. 73.

([69]) Almeida, Susana, *O Respeito pela Vida Privada e) Familiar na Jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem: A Tutela das Novas Formas de Família*, Coimbra Editora, Coimbra, 2008, p. 73.

([70]) Gil, Ana Rita, A Convivência Familiar nos casos de regulação e exercício das responsabilidades parentais à luz da jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos, *in Revista do Ministério Público*, n.º 153, Janeiro-Março 2018, pp. 61-91.

([71]) Gil, Ana Rita, A Convivência Familiar nos casos de regulação e exercício das responsabilidades parentais à luz da jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos, *in Revista do Ministério Público*, n.º 153, Janeiro-Março 2018, pp. 61-91.

entre os mesmos pelo simples facto do nascimento, sendo que apenas circunstâncias excecionais podem determinar o contrário". Porquanto, o TEDH tem aludido ao facto de, embora a separação dos progenitores não faça cessar a relação familiar com os filhos, a ausência de vínculo afectivo pode constituir uma zona de excepção "denota, pois, que, para o TEDH, o que verdadeiramente importa na existência de vida familiar é a efetividade de laços reais a unir as pessoas consideradas"([72/73]). De modo que daqui resulta o direito fundamental às relações pessoais entre filhos e progenitores, não podendo a mesma ser arbitrariamente subtraída.

Nesse sentido, a CEDH impõe aos Estados-membros, através do seu art. 8.º, obrigações positivas e negativas. No âmbito do direito fundamental à convivência familiar previsto no art. 8.º da CEDH resulta como obrigações positivas dos Estados empreender todos os meios para assegurar o restauro da convivência familiar([74]). Pelo que nos casos de privação injustificada da convivência familiar no seio de conflitos parentais e dissolução da relação entre os progenitores "tal rutura não rompe o laço familiar que cada um deles tem — e mantém — com o filho, nem constitui um obstáculo à formação desse laço. Assim, progenitores e filhos devem continuar a desfrutar da mútua companhia([75]). Só circunstâncias muito excecionais podem acarretar a quebra de tais laços familiares"([76]).

De modo que, o art. 8.º da CEDH impõe, de um lado uma obrigação negativa de não ingerência, quando aquela não seja legitima nos termos do n.º 2 do mesmo preceito; e, também uma paralela obrigação positiva de

---

([72]) Gil, Ana Rita, A Convivência Familiar nos casos de regulação e exercício das responsabilidades parentais à luz da jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos, *in Revista do Ministério Público*, n.º 153, Janeiro-Março 2018, pp. 61-91.

([73]) Affaire Neves Caratão Pinto c. Portugal, queixa 28443/19, julgamento TEDH de 13/07/2021, disponível na URL: <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-211030>; Ac. de 26/05/1994, Keegan c. Irlanda, queixa n.º 16969/90, disponível na URL: <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=002-10447>; e Ac. de 27/10/1994, Kroon e outros c. Países Baixos, queixa n.º 18535/91, disponível na URL: <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57904>.

([74]) Affaire Neves Caratão Pinto c. Portugal, queixa 28443/19, julgamento TEDH de 13/07/2021, disponível na URL: <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-211030>; Affaire Manteigas c. Portugal, queixa 22179/15, julgamento de 22/02/2022, disponível na URL: <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-215754>; Affaire Santos Nunes c. Portugal, queixa 61173/08, julgamento de 22/05/2012, disponível na URL: <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-110981>.

([75]) Eriksson c. Suécia, 22 de junho de 1989, § 71, Série A n.º 156; Olsson v. Suécia (n.º 2), 27 de novembro de 1992, § 90, Série A nº 250; Ignaccolo-Zenide v. Romênia, n.º 31679 / 96, § 94, CEDH 2000-I, Gnahoré v. França, n.º 40031/98, § 51, CEDH 2000-IX e, mais recentemente, Neulinger e Shuruk v. Suíça [GC], n.º CEDH 2010.

([76]) Gil, Ana Rita, A Convivência Familiar nos casos de regulação e exercício das responsabilidades parentais à luz da jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos, *in Revista do Ministério Público*, n.º 153, Janeiro-Março 2018, pp. 61-91.

interferir na esfera privada familiar sempre que os valores em crise o justifiquem, nomeadamente o gozo pleno e efectivo da vida familiar(77).

O TEDH tem reconhecido de forma permanente que as autoridades nacionais estão melhor colocadas para aferir da necessidade de uma medida de ingerência, já que estão em contacto direto com todos os envolvidos, pelo que lhes reconhece uma relativa margem de apreciação colocando ambos os interesses em ponderação(78). Não obstante, o interesse do progenitor, em particular de beneficiar de um contacto regular com a criança, continua a ser um fator de equilíbrio dos vários interesses em jogo(79). De modo que, há um escrutínio mais apertado no que respeita à fiscalização da garantia da proteção efetiva do direito do progenitor não detentor da guarda à convivência familiar "insistido na necessidade de as autoridades estaduais atuarem com diligência e especial celeridade, já que a passagem do tempo é suscetível de incluir decisivamente nas relações paterno-familiares, acarretando o risco de que a simples passagem do tempo possa determinar, por si só, uma *solução fáctica* da situação em causa"(80), o que deve ser encarado com especial gravidade porque nesse caso é a inércia do tribunal que leva à consumação da ruptura dos vínculos(81).

Pelo que falta de cooperação parental e boicote ao cumprimento das decisões judiciais que visem o restauro dos laços e condutas de obstrução à convivência familiar não são suceptíveis de eximir os Estados das suas obrigações positivas decorrentes do art. 8.º da CEDH(82). Muito embora

---

(77) Gil, Ana Rita, A Convivência Familiar nos casos de regulação e exercício das responsabilidades parentais à luz da jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos, *in Revista do Ministério Público*, n.º 153, Janeiro-Março 2018, pp. 61-91.

(78) Maumousseau e Washington c. França, n.º 39388/05 , julgamento de 06/12/2007, disponível na URL: <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-83823>; Soares de Melo c. Portugal, queixa 72850/14, julgamento de 16/02/2016, disponível na URL: <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-162118>.

(79) Gil, Ana Rita, A Convivência Familiar nos casos de regulação e exercício das responsabilidades parentais à luz da jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos, *in Revista do Ministério Público*, n.º 153, Janeiro-Março 2018, pp. 61-91.

(80) Gil, Ana Rita, A Convivência Familiar nos casos de regulação e exercício das responsabilidades parentais à luz da jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos, *in Revista do Ministério Público*, n.º 153, Janeiro-Março 2018, pp. 61-91.

(81) Affaire Neves Caratão Pinto c. Portugal, queixa 28443/19, julgamento TEDH de 13/07/2021, disponível na URL: <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-211030>; Affaire Manteigas c. Portugal, queixa 22179/15, julgamento de 22/02/2022, disponível na URL: <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-215754; Affaire Santos Nunes c. Portugal, queixa 61173/08, julgamento de 22/05/2012, disponível na URL: <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-110981>.

(82) Reigado Ramos c. Portugal, n.º 73229/01, § 55, 22 de Novembro de 2005, disponível na URL: <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-113993>.

tais obrigações não sejam absolutas e devam ser adequadas às circunstâncias de cada caso, defendendo o TEDH que o recurso à coerção deve ser limitada "O ponto decisivo é se as autoridades nacionais tomaram todas as medidas necessárias para facilitar a reunificação que poderiam razoavelmente ser exigidas nas circunstâncias"([83]). Porém, não significa que não devam ser utilizados meios coercivos, mas que devem os mesmos constituir uma *ultima rácio* quando outras medidas menos graves não se revelem adequadas a garantir o restauro da convivência familiar. No entanto, a posição do TEDH de evitamento de medidas coercivas para o cumprimento coercivo não sendo é condescendente com os progenitores incumpridores "Já a imposição de sanções sobre os pais não deve ser afastada, em caso de comportamento ilegítimo por parte de um deles"([84/85]).

E, tendo em consideração que a convivência familiar consiste num direito recíproco e subjectivo das crianças em relação aos pais e destes em relação às crianças, tem sido entendimento do "o progenitor com quem o filho não vive deve ter, pelo menos, a possibilidade de manter relações pessoais com a criança, a menos que tais relações prejudiquem gravemente o interesse desta"([86]), o que significa que tal gravidade terá de ser devidamente comprovada, não se podendo bastar para a tomada de decisão jurisdicional somente a mera alegação sem prova "afirmando que apenas razões excecionais e exclusivamente justificadas no interesse da criança podem ditar a restrição ou exclusão do direito de visita"([87]). De modo que, das obrigações positivas para os Estados no âmbito do art. 8.º da CEDH, resulta quer o dever de assegurar a efectividade da convivência familiar e exercício da coparentalidade, como ainda da execução dessas decisões, não se admitindo privações injustificadas da convivência familiar e a omissão do restauro das mesmas pelo tribunal "verificando-se uma situação de obstaculização de um destes direitos, as autoridades nacionais não

---

([83]) Affaire Santos Nunes c. Portugal, queixa 61173/08, julgamento de 22/05/2012, disponível na URL: <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-110981>.

([84]) Gil, Ana Rita, A Convivência Familiar nos casos de regulação e exercício das responsabilidades parentais à luz da jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos, *in Revista do Ministério Público*, n.º 153, Janeiro-Março 2018, pp. 61-91

([85]) Caso Eberhard e M. c. Eslovénia, queixas n.º 8673/05, julgamento de 01/12/2009, disponível na URL: <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-179289> e 9733/05.

([86]) Gil, Ana Rita, A Convivência Familiar nos casos de regulação e exercício das responsabilidades parentais à luz da jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos, *in Revista do Ministério Público*, n.º 153, Janeiro-Março 2018, pp. 61-91.

([87]) Gil, Ana Rita, A Convivência Familiar nos casos de regulação e exercício das responsabilidades parentais à luz da jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos, *in Revista do Ministério Público*, n.º 153, Janeiro-Março 2018, pp. 61-91.

envidarem todos os esforços para assegurar o respeito e a efetivação do mesmo"([88/89]).

Assim, estes deveres negativos e positivos traduzem-se na garantia do exercício do direito à vida privada e familiar, fazendo "impender sobre o Estado não apenas tradicionais obrigações negativas, que se consubstanciam num dever de abstenção de ingerência activa na vida provada familiar, mas também obrigações positivas, que se traduzem num dever de adopção de medidas tendentes a assegurar o exercício efectivo do direito em análise, em homenagem ao referido princípio da efectividade"([90]). Porquanto as normas da CEDH são directamente aplicáveis na ordem interna Portuguesa "em virtude da referida cláusula de recepção automática plena, gozam, segundo a maioria da doutrina, secundada pela jurisprudência de alguns Estados contratantes, de efeito directo (*self-executing*), o que se traduz na emergência directa de direitos e obrigações para os particulares de estes as invocarem perante as autoridades públicas para tutela dos seus interesses"([91]), não obstante o valor infra-constitucional da CEDH, por força da subsunção da mesma à fiscalização da constitucionalidade, mas certamente supra-legal sob pena de esvaziamento do sistema de recepção automática e do princípio da *pacta sun servanda*([92]).

([88]) Gil, Ana Rita, A Convivência Familiar nos casos de regulação e exercício das responsabilidades parentais à luz da jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos, *in Revista do Ministério Público*, n.º 153, Janeiro-Março 2018, pp. 61-91.

([89]) Affaire Santos Nunes c. Portugal, queixa 61173/08, julgamento de 22/05/2012, disponível na URL: <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-110981>; Reigado Ramos c. Portugal, n.º 73229/01, § 55, 22 de Novembro de 2005, disponível na URL: <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-113993>; Affaire Neves Caratão Pinto c. Portugal, queixa 28443/19, julgamento TEDH de 13/07/2021, disponível na URL: <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-211030>; Affaire Manteigas c. Portugal, queixa 22179/15, julgamento de 22/02/2022, disponível na URL: <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-215754>; entre outros.

([90]) Almeida, Susana, *O Respeito pela vida (privada e) Familiar na Jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem: A Tutela das Novas Formas de Família*, Coimbra Editora, Coimbra, 2008, p. 88.

([91]) Almeida, Susana, *O Respeito pela Vida (Privada e) Familiar na Jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem: A Tutela das Novas Formas de Família*, Coimbra Editora, Coimbra, 2008, pp. 117-118.

([92]) Ramos, Rui Moura, A Convenção Europeia dos Direitos do Homem: Sua posição face ao Ordenamento Jurídico Português, *in BDDC*, n.º 5, 1981., pp. 95-193.

A recusa da criança à convivência familiar sob a perspectiva do TEDH em contexto de alienação parental

O direito de audição e expressão da opinião da criança nos assuntos que lhe dizem respeito vem desde a Convenção dos Direitos da Criança de 1989([93]), referindo o seu art. 12.º, n.º 1 que "Os Estados Partes garantem à criança com capacidade de discernimento o direito de exprimir livremente a sua opinião sobre as questões que lhe respeitem, sendo devidamente tomadas em consideração as opiniões da criança, de acordo com a sua idade e maturidade". Concretizando o n.º 2 do mesmo preceito que "é assegurada à criança a oportunidade de ser ouvida nos processos judiciais e administrativos que lhe respeitem". Consubstanciando o direito de audição e de expressão da opinião da criança nos processos que lhe digam respeito a concretização do seu superior interesse, acolhida na ordem jurídica interna através da Resolução da Assembleia da República n.º 20/90, de 08/06, e pelo Decreto do Presidente da República n.º 49/90, de 12/12.

Veja-se que a audição da criança é obrigatória e um dos princípios estruturantes nos termos do art. 4.º, alínea *j*), referindo o art. 84.º da LPCJP que as crianças são ouvidas nos termos previstos nos arts. 4.º e 5.º do RGPTC. O mesmo ocorre nos processos tutelares educativos, nos termos do art. 47.º e 96.º da LTE, assim como é necessária a audição e consentimento da criança maior de 12 anos para a adopção, nos termos do art. 1981.º, n.º 1, alínea *a*) do CC.

Vindo a ganhar maior enfoque com a CEEDC de Estrasburgo, de 1996, aprovada pela Resolução da Assembleia da República n.º 7/2014, de 27/01, e ratificada pelo Decreto do Presidente da República n.º 3/2014, de 27/01([94]), proclamando expressamente no seu art. 3.º o direito de a criança ser ouvida e expressar a sua opinião. Acrescentando a alínea *c*) do art. 6.º do mesmo diploma que as opiniões da criança devem ser devidamente tidas em conta. Explica a propósito Rui Alves Pereira que a não audição da criança quando obrigatória pode comprometer o reconhecimento de sentença noutro Estado-Membro([95]).

([93]) Disponível na URL: <https://www.unicef.pt/media/2766/unicef_convenc-a-o_dos_direitos_da_crianca.pdf>.

([94]) Publicado no Diário da República I, n.º 18, de 27/01/2014, disponível na URL: <https://dre.pt/application/file/a/571090>.

([95]) Pereira, Rui Alves, Por uma cultura da criança enquanto sujeito de direitos : "o princípio da audição da criança", *in Revista Julgar*, Lisboa, [em linha], 2015, disponível na URL: <http://julgar.pt/wp-content/uploads/2015/09/20150924-ARTIGO-JULGAR-princ%C3%ADpio-da-audi%C3%A7%C3%A3o-da-crian%C3%A7a-Rui-Alves-Pereira.pdf>.

Ora, determina o princípio orientador do art. 4.º, alínea *c*) do RGPTC que "a criança, com capacidade de compreensão dos assuntos em discussão, tendo em atenção a sua idade e maturidade, é sempre ouvida sobre as decisões que lhe digam respeito, preferencialmente com o apoio da assessoria técnica ao tribunal", à semelhança dos arts. 3.º e 6.º da CEEDC. Acrescentando o n.º 2 do mesmo preceito que "para efeitos do disposto na alínea *c*) do número anterior, o juiz afere, casuisticamente e por despacho, a capacidade de compreensão dos assuntos em discussão pela criança, podendo para o efeito recorrer ao apoio da assessoria técnica". Porquanto, o direito de audição e participação da criança não é um imperativo absoluto, mesmo quando a norma legal prescreve a sua obrigatoriedade, passando sempre pelo crivo do julgador asseverar se a mesma, atenta a sua idade, maturidade e capacidade de entender, deve ser ouvida no caso concreto. A este respeito, refere o TEDH que, quer sob a perspectiva da CDC, CEEDC, quer da CEDH "não interpreta o direito ao respeito pela vida privada e familiar (art. 8.º da CEDH) como sempre exigindo que a criança seja ouvida em tribunal. Regra geral, compete aos tribunais nacionais apreciar as provas que lhes são apresentadas […] Os tribunais nacionais nem sempre são obrigados a ouvir uma criança em tribunal sobre a questão do acesso a um pai que não tem direitos de guarda. Esta questão deve ser avaliada à luz das circunstâncias específicas de cada caso, tendo em consideração a idade e a maturidade da criança em causa"([96]).

O art. 5.º, n.º 1 do RGPTC refere que a "criança tem direito a ser ouvida, sendo a sua opinião tida em consideração pelas autoridades judiciárias na determinação do seu superior interesse", de onde se pode concluir que, além de ser ouvida, a criança tem direito a expressar a sua opinião, devendo nos termos dos arts. 3.º e 6.º da CEEDC e orientações da *child friendly justice* ser devidamente informada do objecto do processo e da sua audição. Por outro lado, a opinião expressa da criança deve ser tida em consideração pelo tribunal na determinação do seu superior interesse. Entende-se que tal não significa, de forma alguma, que a criança tem o poder de decisão do desfecho do processo, especialmente quando estejamos no contexto de um conflito de alienação parental em que possa estar exposta a conflitos de lealdade. Situação que se entende ser susceptível de condicionar ou toldar a expressão da sua vontade ou opinião. O que significa a menção "a sua opinião tida em consideração pelas autoridades judi-

([96]) AAVV, Handbook on European law relating to the rights of the child, European Union Agency for Fundamental Rights and Council of Europe edition, Luxemburgo, 2015, disponível na URL: <https://www.echr.coe.int/Documents/Handbook_rights_child_ENG.PDF>.

ciárias" é a conjugação da expressão da sua opinião com o seu superior interesse casuisticamente apreciado pelo tribunal em conformidade com a demais prova carreada aos autos. Assim, sendo sempre o superior interesse da criança, apreciado na casuística do caso concreto, que delimitará a consideração pela sua opinião. Veja-se que é neste mesmo sentido que se tem pronunciado o TEDH, salvaguardando que, mesmo nos casos de recusa da criança à convivência familiar, só em casos excepcionais que demonstre aquele convívio constituir fonte de perigo é que deve ser restringido. Assim se pronunciou o ECHR de 29/10/2019 (Pisicã v. República de Moldávia) n.º 23641/17([97]), "as crianças têm o direito de expressar as suas próprias opiniões, o que não deve ser interpretados como efetivamente conferindo um poder de veto incondicional sem que quaisquer outros factores sejam considerados e um exame seja realizado para determinar seus melhores interesses". Explicando o TEDH que a recusa da criança deve ser devidamente apreciada à luz do caso concreto e da prova existente nos autos, sem prejuízo do dever de realizar as diligências necessárias para averiguar da existência de fundamento sério para a recusa, "embora a jurisprudência do Tribunal exija que os pontos de vista dos filhos sejam levados em consideração, esses pontos de vista não são necessariamente imutáveis, e as objeções dos filhos, que devem ter o devido peso, não são necessariamente suficientes para prevalecer sobre os interesses dos pais, especialmente seus interesses em ter contacto com seu filho". No mesmo sentido refere o ECHR de 14/03/2017 (K.B. e outros v. Croácia) n.º 36216/13([98]) e, ECHR de 09/04/2019 (A.V. v. Eslovénia) n.º 878/13([99]), que "tais interesses normalmente ditam que os laços da criança com a sua família devem ser mantidos, excepto nos casos em que isso prejudique a sua saúde e desenvolvimento". Portanto, pode concluir-se que o TEDH, à luz do art. 8.º da CEDH, considera a convivência familiar entre progenitores e seus filhos como um direito bilateral, muito embora sempre guiado pelo superior interesse da criança, o que por vezes entra em conflito, sendo necessária uma prudente ponderação. Sendo certo, ainda, que no que especificamente à audição da criança e expressão da sua opinião diz respeito, o TEDH parece ser claro ao afirmar que a vontade expressa da criança não pode assumir o peso de elemento decisor do processo, tendo de ser apreciada à luz das circunstâncias concretas do caso. Somente sendo de afastar a convivência face à recusa da criança quando motivos ponderosos com-

---

([97]) Disponível na URL: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-197214>.
([98]) Disponível na URL: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-172077>.
([99]) Disponível na URL: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-192205>.

provados no processo assim o justifiquem, como elemento protector do superior interesse da criança.

Conclusões

O impacto que a alienação parental assume sobre as crianças pode levar a situações graves de dano na organização psicológica, entrando campo adentro da psicopatologia e, no pior cenário, danos neurológicos. Somente compreendendo esta interconexão multidisciplinar de condutas parentais e seu nexo causal (ainda que não sine qua non) de impacto na intersubjectividade das crianças é conferir-lhes o reconhecimento de dignidade que merecem, pois, na posse de conhecimento aprofundado sobre as condutas e os perigos potenciais para as crianças em desenvolvimento e formação da personalidade, é possível, em sede judiciária adequar melhor a abordagem e intervenção neste tipo de casos complexos.

Crê-se que, não obstante não haver legislação específica em Portugal sobre alienação parental, a ordem jurídica encontra-se dotada de mecanismos jurídico-processuais adequados a travar estas condutas. A sua aplicação deve ser casuística e ponderada em face das características e circunstâncias concretas de cada caso. No pior dos cenários e quando os progenitores se revelam de todo incorrigíveis e coloquem em grave perigo a estabilidade emocional e formação psicológica da criança, a alteração da residência habitual da criança deve ser uma opção. Sem prejuízo, naturalmente, de se lançar previamente mão de outros mecanismos menos graves tentando sensibilizar os progenitores para os seus deveres fundamentais para com os filhos.

A alienação parental é um tema de elevada complexidade, quer pelas suas características e dinâmicas, quer pelos sentimentos que envolve.

É um tema que não reúne consensos na comunidade jurídica e científica, mas que a doutrina dominante assim como os tribunais têm sido aceite não enquanto síndrome, distúrbio ou qualquer cunho patológico, mas como uma conduta decorrente dos conflitos parentais de disputas pela posse dos filhos que se observam na sociedade e desembocam no Judiciário, onde os pais em conflito depositam os restos do amor.

O problema da alienação parental enquanto conduta de privação injustificada da convivência e afectos próprios é que confronta directamente com o direito fundamental e de cariz reciproco da convivência familiar entendida como essencial ao desenvolvimento e formação da personalidade de toda a criança.

Tem-se observado uma verdadeira e progressiva repersonalização da família atento o valor que tem vindo a ser dado à afectividade, ao livre desenvolvimento da personalidade e à realização pessoal no seio da família e por meio das relações familiares — todos assentes na prossecução da dignidade humana de cada integrante do sistema familiar.

Razão pela qual somente em casos excepcionais em que tenham sido violados os deveres fundamentais para com os filhos é que é legítima a suspensão da convivência familiar e sempre mediante decisão judicial.

De modo que, o direito fundamental à convivência familiar não é um direito absoluto a ser perseguido a qualquer custo, nomeadamente quando estejamos diante a aplicação de medidas de coação ou condenação pela prática de crime de violência doméstica, abuso sexual de criança — exigindo estes casos elevado cuidado, zelo e rigor na sua apreciação para adequada tutela integral da infância e juventude, pois que, em casos de real violência ou abuso nunca terá aplicação a tese da alienação parental — considerando-se esta absolutamente arredada, devendo ter lugar a aplicação da convenção de Istambul com as legais consequências.

Ao passo que em casos de alienação parental o superior interesse da criança determina o restabelecimento dos laços e convivência, mesmo diante de afincada recusa/resistência da criança, a qual segundo entendimento do TEDH não podendo ser interpretado como um veto incondicional e inultrapassável ou imutável, não sendo necessariamente suficientes para prevalecer sobre os direitos recíprocos de convivência dos pais, devendo a vontade da criança ser tida em consideração e ponderada com o devido peso a par dos demais elementos do processo.

Portanto, inexistindo elementos concretos e objectivos que desaconselhem a convivência familiar, à luz das circunstâncias do caso concreto, há que trabalhar a reaproximação e restabelecimento — e não é impossível desde que haja uma coordenação empenhada de esforços entre o tribunal e técnicos especializados de assessoria multidisciplinar ao tribunal.

Contudo, não pode deixar de se considerar a convivência familiar um direito de personalidade da criança, desde logo porque à família é concedida protecção constitucional no sentido de preservar a unidade familiar e a relação entre pais e filhos — condição indispensável à realização pessoal dos seus membros. De modo que o exercício das responsabilidades parentais e sindicância do superior interesse da criança está sempre balizado pelo respeito dos direitos fundamentais à promoção e prossecução da dignidade e desenvolvimento da personalidade da criança. Cuja privação da convivência decorrente da conflitualidade e incúria parental representa uma coartação dessas possibilidades.

É de tal forma relevante para a dignidade das relações afectivas e familiares que as restrições à convivência familiar estão de um lado sob a reserva de lei e de outro lado sob reserva de decisão judicial. Nessa dimensão jurídica o direito à convivência reveste natureza de direito, liberdade e garantia.

Essa importância decorre, desde logo, de compreender que direitos substantivos e/ou fundamentais da criança estão a ser suprimidos ou denegados, e, consequentemente, perceber a dimensão jurídica do impacto na vida e desenvolvimento da criança enquanto sujeito de direitos e respectivas implicações na efectivação do seu gozo e exercício de direitos.

Por outro lado, compreender na dimensão do bem jurídico saúde — entendido enquanto unidade de corpo e espirito — qual o impacto e potenciais danos na estabilidade emocional da criança que possam comprometer o seu desenvolvimento enquanto ser humano — interligado com os seus direitos fundamentas e assente na promoção da dignidade humana.

Após, e somente diante de uma compreensão aprofundada de todas estas ramificações consequenciais na vida sociofamiliar-jurídica da criança é possível no caso concreto adequar as medidas a implementar em cada caso concreto.

Ora, não poderia assim subtrair-se a tutela da convivência familiar enquanto valor fundamental constitucionalmente consagrado a par dos direitos humanos à tutela da dignidade humana e, consequentemente, bem de personalidade.

HARMONIZAÇÃO FISCAL EUROPEIA: OS DESAFIOS DA DIGITALIZAÇÃO DA ECONOMIA

Pela Dra. Susana Estêvão Gonçalves([1])

Sumário:

1. Introdução. **2.** (Des)adequação do Atual Modelo de Tributação das Empresas. **3.** As Iniciativas da UE: Desde as Primeiras Manifestações ao Pacote Fiscal Digital. **4.** As Medidas Unilaterais no seio da UE. **5.** O Estado da Arte no contexto internacional (OCDE). **6.** O Estado da Arte na UE. **7.** Que Futuro? Uma solução simples e justa. **8.** Conclusões.

1. Introdução

No presente artigo, propomo-nos analisar os desafios em matéria fiscal introduzidos por uma crescente digitalização da economia e o papel das instituições da União Europeia ("**UE**") na procura e implementação harmonizada de medidas fiscais adequadas a fazer face a tais desafios.

Ao longo das últimas décadas, paralelamente à crescente globalização da economia, temos vindo a assistir a um desenvolvimento dos meios de comunicação e tecnologia, que vêm tornar a economia cada fez mais digital e alterar profundamente os modelos de negócios das empresas. Esta alteração de paradigma tem sido transversal a toda a economia e sectores

---

([1]) Advogada. O presente artigo resulta da adaptação do Relatório apresentado no âmbito da disciplina de Direito Fiscal Europeu do Mestrado em Direito e ciência jurídica, ano de 2020/21, da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, com a data de 31 de Janeiro de 2022, não se contemplando quaisquer desenvolvimentos após essa data.

de atividade, e não apenas aos sectores mais tecnológicos ou "mais digitais". As empresas (multinacionais —"**MNE**") que operam no mercado internacional cada vez menos necessitam de recorrer a estrutura física (ou presença de pessoas) nas jurisdições onde os seus negócios são conduzidos, recorrendo antes a soluções digitais como sejam o comércio eletrónico, as comunicações à distância, os serviços *online*, o *marketing digital*, entre outros.

Sucede que a fiscalidade não tem acompanhado esta evolução, mantendo ainda como principais elementos de conexão para efeitos da alocação de competência tributária dos Estados a residência e a fonte-produção (que se traduz no atual conceito de estabelecimento estável — "**EE**" —, enquanto instalação fixa ou agente dependente), os quais requerem ainda a "presença física" das entidades geradoras dos rendimentos nas jurisdições em causa.

Assim, no contexto atual, as empresas estão a ser tributadas nas jurisdições onde se encontram fisicamente estalecidas, que nem sempre coincidem com as jurisdições onde efetivamente é criado o valor, i.e., a jurisdição do mercado, onde estão os utilizadores/consumidores. Esta desadequação do modelo atual de tributação das empresas tem, por um lado, dado azo a uma desadequada repartição da receita tributária entre os Estados e, por outro, permitindo a implementação de estratégias de planeamento fiscal agressivo, com consequências muito relevantes ao nível da receita tributária global, da eficiência económica e, bem assim, da repartição da carga tributária entre os operadores de mercado.

As instituições da UE têm vindo a trabalhar arduamente nesta matéria, apresentando iniciativas e propostas de solução a esta problemática — umas vezes em coordenação, outras nem tanto, com as organizações internacionais (mormente, a Organização de Cooperação e Desenvolvimento Económico — "**OCDE**").

Tendo recentemente sido um alcançado um acordo internacional no âmbito da OCDE/G20 Inclusive Framework (BEPS 2.0) com vista a fazer face a estas distorções, que deverá ser implementado na UE de forma harmonizada, e encontrando-se em discussão/implementação outras iniciativas da UE, esta matéria assume plena atualidade e relevância.

Não obstante, como veremos, quer este acordo internacional quer as iniciativas independentes da UE, não são ainda suscetíveis de resolver o problema de fundo — a desadequação do atual modelo de tributação das empresas — numa perspetiva de longo prazo. Aliás, muitas delas vêm introduzir novas distorções e um nível acrescido de complexidade ao sistema fiscal.

Torna-se cada vez mais premente uma reforma estrutural que permita ajustar o sistema fiscal ao atual contexto económico digital, tornando a tributação internacional simples e justa, quer para os Estados (adequada repartição de receitas tributárias) quer para as empresas (adequada repartição da carga fiscal). A nosso ver, só a implementação de critérios de alocação de poder tributário que não sejam tão suscetíveis de ser elididos — como é o caso do mercado (relativamente inelástico) — poderá promover uma efetiva neutralidade da fiscalidade (podendo os sujeitos passivos basear as suas decisões empresariais em critérios de racionalidade económica e não de eficiência fiscal) e a eficiência económica desejável.

A nosso ver, essa reforma necessária não só poderá como deverá ser iniciada e estruturada no contexto europeu, eventualmente, já no âmbito do *Business in Europe: Framework for Income Taxation* (Empresas na Europa: quadro para a tributação dos rendimentos) — i.e., o "**BEFIT**".

2. (Des)adequação do atual modelo de tributação das empresas

Na atribuição de poderes tributários aos Estados sobre os rendimentos empresariais deverá de ser tido em conta o grau de envolvimento da entidade que gera os rendimentos na vida económica do Estado respetivo: quanto maior for o envolvimento, em princípio, maior é o "aproveitamento" por parte dessa entidade dos serviços e benefícios disponibilizados pelo Estado em causa (nomeadamente em matérias como proteção e segurança, sistema judicial, infraestruturas, etc.)([2]).

Os critérios indicadores desse envolvimento (e consequente aproveitamento de benefícios) não são necessariamente objetivos ou autodefinidos, sendo naturalmente possíveis diversas abordagens.

Tradicionalmente (i.e., desde os finais do século XIX e início do século XX, momento em que se consolidaram as regras de alocação do poder tributário ao nível do Direito Fiscal Internacional)([3]), tem-se considerado que os elos de ligação ou vínculos (i.e., os elementos de conexão)

([2]) Eva Escribano Lopez, *in An Opportunistic, and yet Appropriate, Revision of the Source Threshold for the Twenty-First Century Tax Treaties*, Intertax n.º 1, 2015, p. 7.

([3]) Paula Rosado Pereira, *Convenções sobre a Dupla Tributação no Atual Direito Fiscal Internacional,* Almedina, 2021, p. 23, ss.

relevantes para efeitos da atribuição de competência tributária são a residência da entidade e a fonte do rendimento, sendo certo que o conceito de fonte não é ele próprio um conceito autodefinido(4).

Sem prejuízo do conceito de fonte aplicado a rendimentos de outras naturezas(5), de entre as abordagens possíveis no que respeita à fonte de rendimentos empresariais poderá, por exemplo, ser considerada a localização do mercado (onde se encontram os consumidores da entidade não residente), a localização dos fatores de produção (mormente, instalações fixas e mão-de-obra) ou, até, uma abordagem conjugada mercado-fatores de produção. Note-se, aliás, que para além da localização dos fatores de produção, a abordagem conjugada mercado-fatores de produção chegou a seu tempo a ser considerada e analisada(6).

Não obstante, no quadro clássico do Direito Fiscal Internacional, desde sempre se vem adotando uma preferência clara pelo critério de localização dos fatores de produção (em detrimento da localização do mercado ou até de uma abordagem conjugada), espelhado no conceito de EE.

Subjacente à abordagem adotada no que respeita à alocação da competência tributária estava naturalmente o contexto económico da época (finais do século XIX e início do século XX), traduzindo-se em dois principais fatores: por um lado, os interesses tributários dos países exportadores de capitais, que integram a OCDE, e portanto, tiveram um papel fundamental na preparação da Modelo de Convenção Fiscal sobre o Rendimento

---

(4) Como refere Eva Escribano Lopez, "*the fundamental question that needs to be addressed when dividing the tax base over international income in a tax treaty is under which circumstances and to what extent the source country should be permitted to tax the income that the non-resident entity derives from its investments therein. (...) the answer should take into consideration the level of involvement of the non-resident in the economic life of the host state, which serves as an indicator to measure the degree of enjoyment of benefit provided by the aforementioned state*" — *in*, *op. cit.*, p. 7.

(5) O conceito de fonte — enquanto local de origem ou proveniência dos rendimentos — pode ter várias abordagens possíveis no que respeita à determinação do elemento de conexão relevante. Os elementos de conexão fonte que historicamente têm sido considerados vão desde a localização da entidade pagadora (fonte de pagamento — como verificamos, por exemplo, em determinados rendimentos de capitais, como sejam juros e dividendos), à localização de bens — "*lex rei sitae*" (conexão real — como verificamos por exemplo no caso dos rendimentos prediais ou mais-valias imobiliárias), ou à localização da fonte de produção (que, como veremos, tem vindo a ser o critério adotado em matéria de rendimentos empresariais — i.e. determinação de EE), entre outras abordagens possíveis. Neste sentido, ver Alberto Xavier, em colaboração com Clotilde Celorico Palma e Leonor Xavier, *Direito Tributário Internacional*, Almedina, 2009, 2.ª ed. atualizada, 2007, p. 297, ss.

(6) "*Economists have attempted to shed some light when determining the profits' source from theoretical point of view. They consider two approaches:* (*a*) *supply approach, which identifies the source to the place where the factors generating income operate and* (*b*) *supply-demand approach that states that profits are created through the interaction of supply (factors of production) and demand (where the market is located)*" — Eva Escribano Lopez *in op. cit.*, p. 8.

e o Património da OCDE — "**CMOCDE**" — (que "*apesar de todos os constrangimentos, tem sido exportado como modelo universal*")(7), e, por outro, o tipo de economia vigente (uma economia tradicional, altamente dependente da presença física e pouco móvel — em que a importância do comércio eletrónico e economia digital em geral, era ainda muito residual)(8).

Sucede que este modelo de alocação do poder de tributar as empresas no contexto internacional — alicerceado nos conceitos de residência e fonte, enquanto presença física (localização dos fatores de produção — o EE) — encontra-se já bastante obsoleto face ao contexto económico atual, altamente globalizado, tecnológico e digital.

Com efeito, o desenvolvimento dos meios de comunicação e tecnologia a que assistimos nos últimos anos vieram alterar profundamente a forma como os negócios são conduzidos (em particular, quando nos referimos a MNEs). No contexto da economia atual — moderna, móvel, global e digital —, verifica-se, por um lado, uma desnecessidade por parte das MNEs de estrutura física, ou presença de pessoas, no local onde os negócios são conduzidos (e.g., *e-commerce*, comunicações à distância, serviços *online*, *marketing* digital, etc.) — que se traduz numa dificuldade de subsunção da "presença" da entidade não residente numa determinada jurisdição ao conceito de EE — e, por outro, uma enorme facilidade de deslocalização dos fatores de produção e mesmo da residência (nomeadamente para zonas de baixa tributação)(9).

No atual contexto internacional, as jurisdições de residência das empresas ou de localização dos fatores de produção (EE) cada vez menos coincidem com as jurisdições onde, de facto, os negócios são desenvolvi-

---

(7) *In* Ana Paula Dourado, *Governação Fiscal Global,* Almedina, 2.ª ed. revista atualizada, p. 30.

(8) No início do século XX, apesar de já se poderem encontrar algumas manifestações da chamada economia digital, a presença física era ainda fundamental para o desenvolvimento de qualquer atividade económica, o que justificaria a adoção deste parâmetro (presença física dos fatores de produção) como o mais adequado a medir o envolvimento de um determinado sujeito passivo na vida económica de um determinado Estado. Acresce que, naquele contexto económico, a mobilidade das pessoas, entidades e fatores de produção era significativamente menor do que aquela a que assistimos nos dias de hoje.

(9) "*New business models have significantly altered the way in which business is done, most importantly in no longer requiring a physical presence in market countries. In contrast, tax law still follows the traditional business models in taxing cross-border income, whereby the physical presence-based concept of a permanent establishment (PE) determines the allocation of taxing powers among states. According to this concept as it currently stands, a state other than the residence state of the enterprise may only tax business income in the presence of a fixed place of business within its territory and only to the extent that income is attributable to that fixed place of business*" — *in* Yariv Brauner e Pasquale Pistone, *Adapting Current International Taxation to New Business Models: Two Proposals for the European Union*, Bulletin for International Taxation, 2017 (Vol. 71), N.º 12, p. 1.

dos e, consequentemente, onde são gerados os lucros (a chamada criação de valor).

As empresas (não só as tecnológicas, mas a generalidade das empresas que atuam no palco internacional — em particular as MNEs), em resultado do recurso a tecnologia, acabam por obter elevados lucros em jurisdições onde não têm, nem necessitam de ter, presença física relevante e, consequentemente, tendo por base as regras atuais de alocação dos direitos de tributação, não são tributados nessas jurisdições.

Esta problemática vem já sendo identificada e discutida ao longo dos últimos anos (pelo menos desde meados da década de 90) quer pela doutrina internacional quer pelas organizações internacionais e europeias.

Verifica-se já algum consenso, ao nível internacional e europeu, quanto à desadequação do modelo existente face ao contexto económico atual (todo ele global e digital), sendo essa desadequação exacerbada no que respeita aos negócios fortemente tecnológicos e digitais, que não requerem uma presença física num determinado território.

Como refere Ana Paula Dourado, "*A crise da soberania do Estado nacional, resultante da globalização, tem como manifestação mais preocupante a crise do Estado fiscal, e, com ela a crise da ordem fiscal internacional. (...) Os Estados da residência deixam de o ser quanto aos intangíveis e serviços desmaterializados (financiamento, administração, patentes e afins). Os Estados da fonte deixam de o ser, por não conseguirem tributar as atividades empresariais aí desenvolvidas, por não ser possível identificar um estabelecimento estável, pressuposto da tributação no quadro das convenções*"([10]).

Esta desadequação dos critérios de alocação do poder de tributário tem originado duas consequências fundamentais([11]):

i) **Desadequada repartição do poder dos Estados de tributar as empresas** (*share of the pie*): desencontro entre a jurisdição que tributa — onde se encontra a presença física (residência ou fonte concebida tradicionalmente como presença física na perspetiva da localização dos fatores de produção) — e a jurisdição onde estão os consumidores, utilizadores ou dados (aquilo a que chamamos a jurisdição de mercado), que é onde se considera que é e criado o valor([12]).

([10]) *In, Governação Fiscal Global,* Almedina, 2.ª ed. revista atualizada, p. 27.

([11]) Ver, Eva Escribano Lopez *in op. cit.*, p. 6, ss.

([12]) Como referem Georg Kofler, Gunter Mayr e Christoph Schlager, "*(...) there is a visible and increasing trend in political and technical discussions to operationalize the utility theory or to view income taxation as being connected more with the demand-component of the market jurisdiction*

ii) **Facilidade em evitar presença geradora de tributação, através da deslocalização da residência ou dos fatores de produção para zonas de baixa de tributação** *(size of the pie),* permitindo uma erosão da base tributável dos Estados.

Estando identificadas a origem e consequências desta desadequação do modelo atual, a procura de uma solução tem vindo a ser trabalhada e explorada quer no contexto internacional, em particular ao nível da OCDE, quer no contexto europeu — sobre o qual focaremos a presente análise.

Apesar de estar em causa uma problemática global e não apenas europeia, o papel da UE será (ou assim se pretende) absolutamente fundamental para fazer operar a necessária mudança de paradigma e impulsionar um consenso a nível global.

Como refere Maarten de Wilde, "*If the EU is the first to move, other countries and regions will be encouraged by reasons of self-interest to quickly follow suit. The production location neutrality that the model creates would also encourage international businesses to embrace it and to lobby for as rapid a transition as possible. Driven by self-interest and competitive responses, such a move could initiate a transition to worldwide adopting of destination-based tax on excess earnings: in other words, to harmonization through competition*"([13]).

Com efeito, a UE cedo percebeu a relevância deste tema, os riscos de fragmentação do mercado interno decorrentes de atuações unilaterais dos Estados-Membros e, consequentemente, a necessidade de uma postura ativa na procura de uma solução. As instituições da UE — em particular a Comissão Europeia — têm vindo a trabalhar arduamente nesta temática com o objetivo de conseguir a harmonização necessária no seio da UE e impulsionar uma necessária reforma fiscal a nível global que venha tornar mais justa e efetiva a repartição de competências tributárias entre os Estado (naturalmente alinhada com os interesses da UE e dos respetivos Estados-Membros).

É, pois, sobre as iniciativas europeias (enquadradas nas iniciativas das organizações internacionais, quando aplicável), com vista a solucionar ou atenuar os desequilíbrios identificados, que nos debruçaremos nos capítulos seguintes.

---

and less with the supply-component of the residence jurisdiction", in, European Union — Taxation of the Digital Economy: "Quick Fixes" or Long-Term Solution, European Taxation, 2017 (Vol. 57), N.º 12, p. 524.

([13]) *In, European Union/International — On the Future of Business Income Taxation in Europe*, World Tax Journal, 2020 (Vol. 12), N.º 1, p. 39.

3. As iniciativas da UE: desde as primeiras manifestações ao Pacote Fiscal Digital

3.1. Antecedentes do Pacote Fiscal Digital

O debate sobre a tributação da economia digital entre académicos e organizações internacionais e europeias teve o seu início na década 90 (nessa altura ainda particularmente focado nos temas do *e-commerce*).

A questão assume, no entanto, um particular destaque a partir de 2013, ano em que, (*i*) no contexto internacional, são dados os primeiros passos com vista ao Projeto BEPS([14]) (no âmbito do qual a questão da tributação da economia digital virá a ser explorada) e, (*ii*) no contexto da UE, foi criado um grupo de peritos por parte da Comissão Europeia que se dedicaria a analisar a tributação da economia digital.

A questão da tributação da economia digital é assim explorada com detalhe no Relatório do grupo de peritos nomeados pela Comissão Europeia, de 28 de maio de 2014 — "*Commission Expert Group on Taxation of the Digital Economy Report*" —, onde começaram já a ser analisadas abordagens de curto e longo prazo para o problema([15]).

No contexto internacional, em outubro de 2015, viria a ser divulgado o Relatório da Ação 1 do BEPS — *Tax Challenges Arising from Digitalisation* —, onde igualmente se identificavam possíveis abordagens ao tema (tributação da economia digital) — conceito de EE digital, retenção na fonte de transações digitais e *equalization levy*. Não obstante, tal Relatório não chegou a recomendar nenhuma das referidas abordagens, dada a falta de consenso sobre a matéria (ficou previsto que se continuaria a trabalhar neste tema e na produção de um novo Relatório que deveria ser divulgado em 2020).

([14]) Na sequência do impulso do G20, a OCDE dá início ao Projeto BEPS — com vista a implementação a nível global de mecanismos de combate planeamento fiscal agressivo e implementação generalizada de mecanismos de troca de informações — que está na origem do Relatório e Plano de Ação, disponibilizados pela OCDE em 2013, e das 15 Ações, apresentadas entre 2014 e 2016.

([15]) Já neste Relatório (pp. 47 a 50) se referiam os estudos académicos em torno do princípio de tributação no destino para rendimentos empresariais (*destination based" corporation tax*), reconhecendo-se que a jurisdição do mercado (i.e., localização dos consumidores) tem, não apenas legitimidade tributária, como os meios necessários para proceder à cobrança. Com efeito, pode ler-se, na p. 50, o seguinte: *"Given the pace of technological development and the need to avoid creating barriers to trade, more radical changes to the corporation tax system have been proposed in academic literature. Some of these focus on a 'destination based' corporation tax. This would be similar to a VAT in that its key feature would be that exports would be zero-rated and imports would be taxed. It would differ from a VAT in that wage costs would continue to be deductible, and the tax would continue to be levied on an accounting basis, rather than using the invoice-credit method"*.

No desenvolvimento deste trabalho viria mais tarde (em 2018) a ser publicado um relatório intercalar — *Tax Challenges Arising From Digitalisation — Interim Report 2018* —, ainda sem quaisquer conclusões ou recomendações, uma vez que "*there are divergent views on how the issue should be approached"; "there is no consensus on the need for, or merits of, interim measures, with a number of countries opposed to such measures*".

Por sua vez, o Conselho Europeu vinha já afirmando que o objetivo das novas políticas fiscais europeias passaria por assegurar que as empresas que conduzem atividades na UE pagam impostos no local onde o valor é criado, sendo necessário adequar as políticas fiscais à criação de valor e geração de rendimentos que acontecem no âmbito da economia digital(16).

É neste contexto de impasse ao nível da OCDE e reafirmada preocupação do Conselho com esta temática que a Comissão Europeia, tomando a dianteira (e sem deixar de reconhecer que a abordagem ideal seria encontrar uma solução/consenso ao nível global), vem apresentar o chamado Pacote Fiscal Digital — Propostas de Diretivas n.os 2018/0072 (CNS) e 2018/0073 (CNS) —, que analisaremos no ponto seguinte(17).

3.2. Pacote Fiscal Digital

A Comissão apresentou, em 21 de março de 2018, o chamado "Pacote sobre Tributação Digital" contendo duas propostas de diretiva e duas soluções distintas: (*i*) Proposta n.º 2018/0072 (CNS), que integrava a chamada solução definitiva que consistiria na introdução de um conceito de EE digital, e (*ii*) Proposta n.º 2018/0073 (CNS), que integrava a chamada solução provisória que consistiria na introdução de um Imposto sobre Serviços Digitais — "**ISD**" — (com vista a evitar a medidas unilaterais díspares por parte dos Estados-Membros e que só vigoraria até que fosse adotada uma solução abrangente).

Apesar de nunca terem chegado a ser implementadas, devido à falta de consenso no seio da UE, dada a sua relevância teórica, analisá-las-emos sumariamente:

---

(16) *In* "*Council conclusions on 'Responding to the challenges of taxation of profits of the digital economy*"", 30 de novembro de 2017.

(17) "*The European Union has perceived the importance of addressing such problems and is currently trying to reach consensus on how action on the reform of international taxation may best deal with those issues that undermine fair allocation of taxing rights and the fundamental objectives of the internal market*" —Yariv Brauner e Pasquale Pistone, *in op. cit.*, p. 1.

i*) *EE "Digital" — a solução definitiva

De acordo com esta proposta [Proposta de Diretiva n.º 2018/0072 (CNS)], os Estados-Membros passariam a poder tributar, em sede de imposto sobre sociedades, os lucros das entidades não residentes imputáveis à presença digital significativa no seu território (independentemente de uma presença física), com base numa análise funcional(18).

A presença digital significativa encontra-se definida como *"a prestação de serviços digitais através de uma interface digital*", quando verificada uma das seguintes condições:

a) Receitas anuais no Estado-Membro da presença digital superiores a EUR 7.000.000; ou

b) Número de utilizadores anual dos serviços digitais prestados pela entidade em causa no Estado-Membro da presença digital superior a 100.000 (considera-se que o utilizador se encontra no Estado-Membro onde utiliza o dispositivo — por referência ao endereço de IP — para "*aceder à interface digital através da qual são prestados os serviços digitais*"); ou

c) Número de contratos de prestação de serviços digitais celebrados anualmente pela entidade em causa no Estado-Membro da presença digital superior a 3.000.

De acordo com esta proposta, a localização dos consumidores (utilizadores) passaria assim a ser um critério relevante de determinação da fonte — EE digital — e alocação do poder de tributar(19).

Esta solução seria, no contexto europeu, uma primeira abordagem que romperia com a visão tradicional, reconhecendo a relevância dos consumidores (utilizadores) para a criação de valor e enquanto critério justificativo da alocação do poder de tributar.

Não obstante, e sem prejuízo dos seus méritos, a verdade é que esta proposta acabava por ter um âmbito de aplicação bastante limitado, já que apenas abrangia (*i*) determinados serviços digitais, (*ii*) sujeitos passivos que cumprissem critérios (*thresholds)* muito apertados — sendo limitado o número de MNEs que pudessem cair na malha deste regime —, e (*iii*) além

---

(18) Susana Estêvão Gonçalves, Tributação da Economia Digital: Os Primeiros Passos de uma Revolução Fiscal?, Actualidad Jurídica Uría Menéndez, n.º 50, 2018, p. 152.

(19) "*The location of users, as opposed to, for example the origin of payment, is the key for determining the place of taxation*" — *in* Mariana Barata, *A consensus solution for the taxation of the digital economy*, EU Law Journal, Vol. 7, N.º 1, 2021, pp. 129 e 130.

das entidades residentes na UE, dada a possibilidade de conflito com as Convenção(ões) para Evitar a Dupla Tributação e Prevenir a Elisão Fiscal em Matéria de Impostos sobre o Rendimento/Convenção(ões) para Evitar a Dupla Tributação ("**CDTs**") existentes, as entidades residentes em países terceiros com os quais o Estado-Membro da presença digital significativa não tivesse CDT, salvo em caso de CDTs com disposições relativas à presença digital significativa.

ii*) *ISD — a solução provisória

Na Proposta de Diretiva n.º 2018/0073 (CNS), a Comissão Europeia veio propor como solução intercalar — que vigoraria enquanto não fosse estabelecida uma solução abrangente, de forma a evitar a adoção de medidas unilaterais divergentes por parte dos Estados-Membros que pudessem fragilizar o mercado único([20]) — a implementação de um ISD.

Estava em causa a implementação de uma tributação indireta — de 3% — sobre as receitas provenientes da prestação de determinados serviços digitais prestados por certas entidades, em que os utilizadores contribuem de forma significativa para a criação de valor([21]). Os serviços digitais relevantes seriam os seguintes:

a) Apresentação de publicidade numa interface digital destinada aos respetivos utilizadores;

b) Disponibilização de uma plataforma multilateral que permita o encontro e interação dos utilizadores entre si, facilitando a venda de bens e serviços entre estes; e

c) Transmissão de dados dos utilizadores, quer estes sejam recolhidos quer sejam gerados pelas atividades dos utilizadores.

Seriam sujeitos passivos do ISD as entidades residentes na UE ou em países terceiros que satisfaçam, num determinado período de tributação, as seguintes condições cumulativas: (*i*) tenham um total de receitas globais superior a EUR 750.000.000; e (*ii*) tenham um total de receitas tributáveis obtidas na UE superior a EUR 50.000.000.

([20]) Sem prejuízo das medidas unilaterais que vinham já sendo adotadas por alguns Estados (e.g., "*equalization levy*" adotado na Índia, retenção sobre certas transações digitais introduzida em Itália, ou o "*diverted profits tax*" introduzido no Reino Unido e na Austrália), muitos Estados-Membros vinham mostrando alguma impaciência e urgência na implementação de ISDs — que, como veremos no ponto seguinte, acabaram mesmo por finalmente adotar.

([21]) Susana Estêvão Gonçalves, *op. cit,* pp. 152 e 153.

A localização do consumidor (*user*) é também nesta proposta determinante, uma vez que é esse o local onde é criado o valor, sendo também aqui determinada por referência ao endereço de IP do dispositivo utilizado. A proposta estabelecia igualmente que a alocação do rendimento tributável entre os vários Estados-Membros seria efetuada de forma proporcional, prevendo-se a criação de um *One-Stop-Shop* para gerir os aspetos relacionados com o pagamento do imposto.

Como havíamos antecipado, este Pacote Fiscal Digital nunca passou de meras propostas: na reunião do ECOFIN de 2018, onde o mesmo foi discutido, não foi possível obter consenso; ainda houve lugar a uma tentativa de reformulação da solução provisória num imposto sobre publicidade digital (*digital advertisement tax*), mas também este acabou por não reunir consenso em 2019.

Decidiu-se, assim, aguardar pelo acordo global ao nível da OCDE (que, àquela data, era esperado em 2020).

4. As medidas unilaterais no seio da UE

Apesar de existir uma consciência generalizada de que a solução para a tributação da economia digital deve ser tomada a um nível global, atendendo à falta de consenso, quer a nível internacional quer no contexto da UE, quanto à adoção de um modelo de tributação adequado à problemática da economia digital (ou seja, à problemática da desadequação do poder de tributar), vários Estados-Membros da UE vieram adotar, propor ou manifestar a intenção de introduzir ISDs. Ou seja, conscientes de que a atividade de entidades não residentes no seu território ficaria fora da sua competência tributária, de acordo com as regras de alocação de poder tributário sobre os rendimentos empresariais, os Estados vieram introduzir medidas fiscais alterativas (fora do escopo da tributação do rendimento), com vista a assegurar a tributação dessas atividades quando desenvolvidas no seu território.

Com efeito, cerca de metade dos Estados-Membros da UE adotaram ou propuseram soluções unilaterais por via da introdução de ISDs([22]). Em

([22]) Podemos encontrar um sumário das medidas unilaterais introduzidas no seio da UE (*i*) no recente estudo do Parlamento Europeu — *Taxing the digital economy: New developments and the way*

particular, foram introduzidos (e estão atualmente em vigor), ISDs em França, Áustria, Hungria, Itália, Polónia e Espanha (e, embora já não UE, também no Reino Unido).

Os ISDs adotados foram, como regra geral, altamente inspirados no ISD proposto, enquanto medida provisória, no Pacote Fiscal Digital; não obstante, apresentam características, normas de incidência objetiva (serviços abrangidos), normas de incidência subjetiva (*thresholds* — limiares de rendimento global) e mesmo taxas (entre 2% e 7.5%) algo diferenciadas.

A título de exemplo, a Áustria aplica o ISD a rendimentos de publicidade (*advertising online*), sendo a taxa de 5%, enquanto França considera uma base tributável bastante mais abrangente — incluindo interfaces digitais, publicidade, transmissão de dados — e aplica uma taxa de 2%.

As instituições da UE têm vindo a considerar que estas soluções unilaterais acabam por ser mais um fator de competitividade fiscal prejudicial no seio da UE, pondo em causa os objetivos de manutenção e reforço do mercado único.

Por outro lado, a introdução destes ISDs tem vindo a dar azo a tensões comerciais com os EUA, com a consequente imposição de tarifas punitivas, já que os *thresholds* aplicados acabam por ter como principal *target* MNEs americanas.

Apesar de os ISDs serem geralmente considerados medidas interinas — até que se chegue/seja implementado o acordo a nível global (OCDE) — não estava absolutamente claro como e em que termos os mesmos seriam retirados quando tal acordo fosse alcançado.

Esse acordo foi já alcançado no âmbito da OCDE/G20 Inclusive Framework([23]) — como analisaremos no ponto seguinte — tendo todos os Estados-Membros, com exceção do Chipre, aderido ao mesmo. Notamos que a adoção do Pilar 1 — que será efetuada através de uma convenção multilateral (MLC), como melhor analisaremos no ponto seguinte — impõe o levantamento de todo e quaisquer ISD ou medida similar, bem como a obrigação de não introdução de medidas desta natureza([24]).

---

forward — de 31 de outubro de 2021, p. 4, ss, e (*ii*) em Elke Asen e Daniel Bunn, *What European OECD Countries Are Doing about Digital Services Taxes*, Tax Foundation, 22 novembro de 2021.

([23]) *Statement on a Two-Pillar Solution to Address the Tax Challenges Arising from the Digitalization of the Economy*, de 8 de outubro de 2021.

([24]) "*The Multilateral Convention (MLC) will require all parties to remove all Digital Services Taxes and other relevant similar measures with respect to all companies, and to commit not to introduce such measures in the future. No newly enacted Digital Services Taxes or other relevant similar measures will be imposed on any company from 8 October 2021 and until the earlier of 31 December 2023 or the coming into force of the MLC. The modality for the removal of existing Digital Ser-*

A este respeito, a Áustria, França, Itália e Espanha chegaram ainda a um acordo com os EUA — *Joint Statement* de 21 de outubro de 2021 — quanto ao regime interino, até à efetiva implementação do Pilar 1 (previsto para 2023), aplicável às medidas unilaterais por parte dos primeiros e das tarifas punitivas por parte dos segundos([25]).

No entanto, além da Áustria, França, Itália e Espanha, outros países da UE têm medidas desta natureza para os quais não existe uma solução interina (i.e., até à implementação do Pilar 1) semelhante.

5. O estado da arte no contexto internacional (OCDE)

Dada a falta de consenso no que respeita às negociações prévias relativas à problemática da tributação da economia digital — em particular a Ação 1 do Plano BEPS de 2015 e o Relatório Intercalar de 2019, a que aludimos no ponto 3.1. *supra* —, a OCDE caminhou para um modelo alternativo no âmbito da OCDE /G20 *Inclusive Framework* (mais complexo e abrangente — que vai além dos temas da economia digital) e que é já conhecido por BEPS 2.0.

Assim, em outubro e novembro de 2019, o secretariado da OCDE vem colocar a consulta pública um conjunto de documentos para um novo programa de trabalho, que tem por base dois pilares:

i) Pilar 1: proposta para uma abordagem unificada no âmbito da tributação da economia digital (que viria a ser reformulado — e bem — de forma a tornar-se transversal aos vários setores de atividade, e não apenas aos "mais" digitais), e o

---

vices Taxes and other relevant similar measures will be appropriately coordinated. The IF notes reports from some members that transitional arrangements are being discussed expeditiously" — *in Statement on a Two-Pillar Solution to Address the Tax Challenges Arising from the Digitalization of the Economy*, de 8 de outubro de 2021.

([25]) "*To the extent that taxes that accrue to Austria, France, Italy, Spain, and the United Kingdom with respect to existing Unilateral Measures during a defined period after political agreement is reached, and before Pillar 1 takes effect, exceed an amount equivalent to the tax due under Pillar 1 in the first full year of Pillar 1 implementation (prorated to achieve proportionality with the length of the Interim Period), such excess will be creditable against the portion of the corporate income tax liability associated with Amount A as computed under Pillar 1 in these countries, respectively*" — ver comunicado e imprensa oficial, disponível em <https://home.treasury.gov/news/press-releases/jy0419>.

ii) Pilar 2: que estabelece o *Global Anti-Base Erosion Proposal (GloBE)* e que tem por objetivo criar um mínimo de tributação internacional.

Em outubro de 2020, foram divulgados e lançados a consulta pública dois Relatórios, denominados *Blueprints,* relativos a cada um dos Pilares com o objetivo de reunir consenso até meados de 2021.

Tendo sido altamente criticada a complexidade e densidade dos Relatórios em causa, a OCDE procedeu à sua simplificação e, finalmente, em 9 de julho de 2021, foi publicado um primeiro *statement*, com o acordo de 130 países que seria finalizado em outubro.

Em 8 de outubro de 2021, foi então divulgado o *Statement on a Two--Pillar Solution to Address the Tax Challenges Arising From the Digitalisation of the Econony*, contendo o respetivo plano de implementação (em anexo), e ao qual haviam já aderido 136 países. Prevê-se que ambos os pilares venham a produzir efeitos em 2023.

Este documento (*Statemen*t) apresenta uma estrutura bastante mais simplificada (com apenas 8 páginas) do que os *Blueprints* divulgados no ano anterior e, bem assim, modificações de fundo relevantes no que respeita à abrangência das medidas e *thresholds* de aplicação.

Em novembro de 2021, 137 dos 140 países membros do Inclusive Framework, incluindo todos os países da UE, com exceção do Chipre, haviam aderido ao referido *Statement*.

Nos termos do acordo internacional agora alcançado, e de acordo com o *Statement* emitido, as regras de tributação internacional serão alteradas tendo em conta os dois Pilares identificados, que resumiremos nos termos seguintes:

***i*). Pilar 1: Realocação parcial de direitos de tributação** (*share of the pie*):

Divide-se em dois *Amounts (Amount A e Amount B).* No que respeita ao *Amount A,* estabelece-se que:

— Uma parte do resultado consolidado de MNE será alocado às jurisdições de mercado (onde se localizam os clientes/utilizadores);

— Aplica-se a MNEs de todos os sectores de atividade, excluindo o sector extrativo e financeiro (no âmbito do *Blueprint* respetivo — de outubro de 2020 — previa-se que esta realocação apenas se

aplicaria a atividades eminentemente digitais, mas essa restrição foi eliminada);

— Aplicar-se-á às MNEs com uma rentabilidade superior a 10% e um volume de negócios global superior a EUR 20.000.000.000 (espera-se que este *threshold* seja reduzido para EUR 10.000.000.000, em função do sucesso obtido na implementação desta medida, a (re)avaliar num prazo de 7 anos), quando obtenham rendimento de pelo menos EUR 1.000.000 na jurisdição em causa (poderá ser reduzido a EUR 250.000 para pequenas jurisdições);

— A realocação de lucros corresponderá a 25% do lucro acima de 10% do resultado antes de impostos (lucro residual);

— Será implementado através de uma convenção multilateral (MLC) que deverá alterar as CDTs celebradas, podendo ser necessária a alteração da legislação doméstica dos Estados (ao nível da UE, espera-se que estas disposições internas sejam implementadas de forma harmonizada, através da aprovação e implementação de uma diretiva — cf. ponto 6.4. *infra*); e

— Irá implicar a remoção dos ISDs (e medidas similares) existentes e bloquear a introdução de novas medidas desta natureza.

Já quanto ao *Amount* B([26]), ainda não são disponibilizados detalhes (o trabalho será completado em 2022).

***ii*) Pilar 2: Nível mínimo de tributação global** (*size of the pie*):

— Prevê a introdução de um nível mínimo de tributação, a uma taxa efetiva de imposto de 15%;

— Ficam abrangidas as MNEs com receitas superiores a EUR 750.000.000, podendo, por opção dos Estados da residência, aplicar-se a empresas com volumes de negócios inferiores; e

— Será implementado através de (*i*) disposições internas (*Global Anti-Base Erosion* (GloBE) *rules*, incluindo a *Income Inclusion Rule* e a *Under-taxed Payments Rule*) — ao nível da UE, e espera-

([26]) No âmbito do *Amount* B, estabelece-se que: "*the arm's length principle to in-country baseline marketing and distribution activities will be simplified and streamlined, with a particular focus on the needs of low capacity countries*" — *in Statement on a Two-Pillar Solution to Address the Tax Challenges Arising from the Digitalization of the Economy*, de 8 de outubro de 2021.

-se que estas medidas sejam implementadas de forma harmonizada, através de uma Diretiva (cf. ponto 6.4. *infra*) —, e (*ii*) disposições nas CDT — *Subject to Tax Rules* — que serão introduzidas através de instrumento multilateral.

Assim, o Pilar 1 pretende ir ao encontro do problema da desadequação da repartição da receita tributária (*profit shifting — share of the pie*), enquanto o Pilar 2 pretende solucionar o problema da diminuição geral de receita tributária (*base erosion — size of the pie*).

O plano de implementação — aprovação das regras em 2022 e implementação/entrada em vigor em 2023 —, é bastante ambicioso e exigente, para mais tendo em conta a anterior experiência na implementação de acordos desta natureza (aprovação, ratificação de instrumentos multilaterais e aprovação de legislação interna dos Estados).

Como veremos no ponto seguinte, a UE está altamente comprometida e envolvida com esta iniciativa, sendo a sua implementação harmonizada e integrada no objetivo de criação de um sistema fiscal empresarial mais justo e sustentável, um ponto muito relevante da sua agenda fiscal.

Não negando os méritos e o caráter inovador destas soluções, não podemos deixar de notar que as mesmas vêm introduzir um nível acrescido de complexidade (a um sistema já atualmente muito complexo), sendo que envolverão custos de implementação significativos quer para as MNEs quer para as autoridades tributárias dos vários Estados-Membros e, dada a exigência dos critérios de exigibilidade (elevadíssimos *thresholds*), a sua abrangência será ainda muito residual (apenas um número restrito de MNE cairão na malha destas medidas).

Por outro lado, de um ponto de vista prático, a efetividade e sucesso destas medidas (em particular, do Pilar 1) irá depender em grande medida da sua aceitação e aplicação nos EUA, o que, nesta face, parece difícil de um ponto de vista político (dada a necessidade de aprovação do Senado e Congresso)([27]).

Sublinhamos ainda que este conjunto de medidas não procede ainda à necessária alteração de fundo no modelo (princípios) de tributação internacional, que continua essencialmente assente nos conceitos de residência e

---

([27]) Os EUA estão, nesta fase, mais focados no Pilar 2 (do que no Pilar 1). Isso é, aliás, refletido na *Build Back Better Bill* da qual nada resulta a propósito do Pilar 1, apesar de a taxa de tributação mínima de 15% já aí se encontrar prevista (assim como o *country-by-country report*). Em todo o caso, ainda não é claro se a *Build Back Better Bill* irá passar, o que não é provável antes das *mid-term elections*.

fonte-produção. Apesar de se começar a atribuir alguma relevância ao Estado do mercado na criação de valor (Pilar 1, *Amount* A), essa relevância é ainda relativamente residual. Sem prejuízo de ser um primeiro passo relevante, parece-nos ainda muito aquém daquilo que a atual realidade económica exige se quisermos alcançar uma tributação justa e simples.

Apesar de fora do escopo da nossa análise, não podemos deixar de dar nota que esta solução da OCDE/G20 *Inclusive Framework* — BEPS 2.0 — não está a ser considerada no âmbito da Organização das Nações Unidas ("**ONU**"). Na perspetiva da ONU, estas soluções (Pilar 1 e 2) são bastante complexas e não adequadas aos países em desenvolvimento, os quais pretendem tributar "*routine profits*" e não meramente "*residual profits*". Em alternativa, o Comité de Peritos da ONU veio sugerir uma solução alternativa — incluída no art. 12.º-B da Modelo de Convenção da ONU para evitar a dupla tributação entre países desenvolvidos e em desenvolvimento ("**CMONU**") — e que consiste na tributação de rendimentos de serviços digitais automatizados obtidos no Estado onde o agente pagador é residente (sem qualquer *threshold* mínimo), através de (*i*) um mecanismo de retenção, a uma taxa entre 3%-4%, ou, em alternativa, (*ii*) um mecanismo de tributação de 30% do rendimento líquido (*net basis taxation approach*).

6. O estado da arte na UE

As instituições europeias estão totalmente conscientes da desadequação das regras de tributação de rendimentos empresariais no contexto internacional([28]).

([28]) Na Comunicação sobre a Fiscalidade das Empresas para o Século XXI, de 18 de maio de 2021, a Comissão Europeia afirmava que "(…) *there is now consensus that the fundamental concepts of tax residence and source on which the international tax system has been based for the last century are outdated. Business practices now regularly involve carrying out activity in a state without maintaining a physical presence, a situation that the current rules are unfit to cope with, while the digitalisation of the economy has also led to new opportunities to manipulate the existing principles through tax planning schemes*". Por sua vez, o Parlamento Europeu no seu relatório — *Taxing the digital economy: New developments and the way forward* — de 31 de outubro de 2021 esclarece que *"The existing international taxation framework dates mostly from the early 20th century and is no longer entirely relevant, being tailored to a less globalised economy and relying on the physical presence of businesses in a territory that allows for making a nexus between them and the tax jurisdictions. (…) digitalisation allows businesses to engage in significant business activities without meeting the requirement for a permanent establishment in any given jurisdiction. (…) Businesses may create value,*

Não obstante, dadas as dificuldades em obter consenso nesta matéria (que, aliás, se traduziram na falha na implementação do Pacote Fiscal Digital) e, bem assim, a necessidade de abordar o problema a nível global (i.e., no contexto da OCDE), no âmbito da UE ainda não foram implementadas medidas concretas.

Esta matéria continua, no entanto, a ser objeto de análise e espera-se, num futuro próximo (2023), ter já algumas medidas implementadas. As iniciativas mais relevantes em curso no âmbito da UE são as seguintes:

6.1. *Digital Levy*

Após o fracasso do Pacote Fiscal Digital, teria ficado estabelecido que a UE aguardaria pelo consenso internacional, esperado no âmbito da OCDE em 2020, para então implementar as soluções que viessem a ser acordadas quanto à tributação da economia digital.

Não se antecipando que o consenso chegaria atempadamente, e verificada a necessidade obtenção de receita para efeitos de suporte à recuperação económica (na sequência da crise pandémica — COVID-19), no Orçamento da UE para 2021 ficou prevista a introdução de um imposto digital (*Digital Levy*), que se esperaria que viesse a entrar em vigor em 2023.

Apesar de não ter ficado definida a forma como este *Digital Levy* viria a operar, a Comissão Europeia identificou como possíveis soluções:

i) um adicional ao imposto de sociedades aplicável a todas as empresas que desenvolvam certas atividades digitais na UE (*top-up tax*);

ii) um imposto sobre os lucros que resultem diretamente de certas atividades digitais levadas a cabo na UE; e

iii) um imposto sobre transações digitais B2B (*business to business*) na UE. Uma vez definida a natureza desta tributação, a Comissão Europeia elaboraria uma proposta de Diretiva.

Na documentação preparada — *Inception Impact Assessement*, de 14 de fevereiro de 2021 — e levada a consulta pública, a Comissão veio estabe-

---

or parts of it, in a different jurisdiction to that in which they are physically present. These practices render the task of determining the jurisdiction competent to tax a multinational or digital company complex, and current rules may result in substantial activity without a right of taxation".

lecer algumas linhas matrizes e limites a ter em conta na definição deste *Digital Levy*, entre os quais:

i) seria dirigida ao sector digital, permitindo uma tributação das respetivas atividades onde se encontrem os consumidores/utilizadores;

ii) teria como um dos objetivos evitar distorções e evitar o fracionamento do mercado único;

iii) teria em conta as obrigações internacionais da UE e dos seus Estados-Membros quer no que respeita às CDTs celebrados, quer no âmbito da Organização Mundial do Comércio;

iv) seria estruturado de forma sustentável e como medida de longo prazo; e

v) não conflituaria com as iniciativas que viessem a ser estabelecidas no âmbito da OCDE — BEPS 2.0([29]).

Ao estabelecer uma tribulação diferenciada apenas para o sector digital, parece-nos que, independentemente da estrutura que pudesse vir a ser adotada, esta solução também não permitiria resolver o problema estrutural — identificado no ponto 2 *supra* — numa perspetiva de longo de prazo. Aliás, esta solução poderia revelar-se um entrave adicional ao comércio internacional e ser mais um elemento de complexidade e, possivelmente (dependendo dos *thresholds* adotados), motivo de tensões comerciais acrescidas (nomeadamente, com os EUA).

Com o acordo gerado no âmbito da OCDE/G20 *Inclusive Framework*, os trabalhos de preparação deste *Digital Levy* foram primeiro adiados e, mais recentemente, parecem mesmo ter sido removidos da agenda da Comissão Europeia.

6.2. Transparência fiscal em matéria digital: DAC 7 (e 8)

Integrada no Pacote para uma Tributação Simples e Justa, adotado pela Comissão Europeia em 15 de julho de 2020([30]), estava proposta uma

---

([29]) *"The initiative should be designed in a way to be compatible with the international agreement to be reached in the OECD as well as border international obligations*" — cf. *Inception Impact Assessment*, da Comissão Europeia de 14 de fevereiro de 2021.

([30]) Ver comunicado de impressa da Comissão Europeia, de 15 de julho de 2020 — "*Tributação justa e simples: Comissão propõe um novo pacote de medidas com vista a contribuir para a retoma e o crescimento da Europa*".

nova (a sexta) alteração à Diretiva de Cooperação Administrativa (i.e., a Diretiva (UE) 2021/514, do Conselho, de 22 de março de 2021 que altera pela sexta vez a Diretiva 2011/16/UE relativa à cooperação administrativa no domínio da fiscalidade — "**DAC 7**"), com vista a implementar uma troca automática de informações comunicadas pelos operadores de plataformas digitais. Esta nova modalidade de troca de informações está em linha com as *Model Rules for Reporting by Platform Operators with respect to Sellers in the Sharing and Gig Economy,* publicadas em 3 de julho de 2020 pela OCDE.

A DAC 7 — Diretiva (UE) 2021/514, do Conselho, que altera a Diretiva 2011/16/UE relativa à cooperação administrativa no domínio da fiscalidade — foi aprovada no dia 22 de abril de 2021 e deverá ser transposta pelos Estados-Membros até 31 de dezembro de 2022, devendo aplicar-se a partir de 1 de janeiro de 2023.

O objetivo desta modificação é garantir um novo nível de transparência fiscal em resultado da introdução de novas obrigações de reporte/ /comunicação às plataformas digitais e troca de informações sobre as transações([31]) realizadas através de plataformas digitais.

Como se refere no ponto 6 do preâmbulo da DAC 7, "*A digitalização da economia tem crescido rapidamente nos últimos anos, o que deu origem a um número crescente de situações complexas relacionadas com a fraude, a evasão e a elisão fiscais. A dimensão transfronteiriça dos serviços oferecidos através da utilização de operadores de plataformas criou um ambiente complexo onde pode ser difícil fazer aplicar as regras fiscais e garantir o cumprimento das obrigações fiscais. Há falta de cumprimento das obrigações fiscais e o valor dos rendimentos não declarados é significativo. As administrações fiscais dos Estados-Membros não dispõem de informações suficientes para avaliar e controlar corretamente os rendimentos brutos obtidos no seu país que provêm de atividades comerciais realizadas com a intermediação de plataformas digitais. Esta situação é particularmente problemática quando os rendimentos ou o valor tributável transitam por plataformas estabelecidas noutra jurisdição*".

A obrigação de reporte/comunicação abrangerá não apenas os operadores residentes na UE, mas também os operadores de plataformas que exercem uma atividade comercial na UE, ainda que não residentes para efeitos fiscais (devendo estes registar-se e comunicar as informações em

---

([31]) Incluem-se aqui — como atividades relevantes — as transações relativas a (*i*) arrendamento de bens imóveis, (*ii*) prestação de serviços pessoais, (*iii*) venda de bens, e (*iv*) aluguer de meios de transporte.

questão num único Estado-Membro, para poderem exercer a sua atividade no mercado interno, assim evitando a necessidade de replicarem procedimentos nos vários Estados-Membros em que operam).

Com este novo mecanismo de reporte por parte das plataformas digitais e trocas automáticas de informações entre os Estados-Membros, estes últimos terão acesso à informação necessária sobre transações realizadas com consumidores/utilizadores no seu território, o que permitirá um controlo por parte das autoridades tributárias dos Estados-Membros dos rendimentos gerados no território respetivo, de forma a mais facilmente determinar o imposto devido (independentemente da(s) modalidade(s) de tributação que venham a ser implementadas nesta matéria).

Notamos ainda que a Comissão Europeia começou já a trabalhar na sétima alteração à Diretiva 2011/16/UE, relativa à cooperação administrativa no domínio da fiscalidade (DAC 8), também como parte do Pacote para uma Tributação Simples e Justa.

Com esta sétima proposta de alteração, pretende-se implementar novas obrigações de reporte e trocas automáticas de informação no que respeita a cripto ativos e dinheiro eletrónico, de forma a assegurar uma transparência fiscal adequada (e possivelmente os meios necessários a uma futura tributação, eventualmente harmonizada) dos rendimentos gerados por investimentos e pagamentos com cripto ativos e dinheiro eletrónico.

De acordo com a proposta da Comissão Europeia, lançada a consulta pública em março de 2021, "*The specific objectives of the initiative are to enable tax administrations to obtain information that is necessary to control that taxpayers pay their fair share, in particular taxpayers who earn money via crypto assets, as well as to provide for better cooperation across tax administrations and keep business compliance costs to a minimum by providing a common EU reporting standard*". A (proposta de) Diretiva deverá ser conhecida em 2022.

6.3. BEFIT

Na Comunicação sobre a Fiscalidade das Empresas para o Século XXI, de 18 de maio de 2021, a Comissão Europeia vem promover um conjunto de medidas com vista ao melhoramento do sistema atual, "*incidindo sobre as duas prioridades de garantir uma tributação justa e eficaz e de promover o investimento produtivo e o empreendedorismo*".

Entre outras questões tratadas na referida Comunicação, a Comissão Europeia vem abordar diretamente o problema sobre o qual aqui nos debruçamos, afirmando que "*A tributação das empresas deve garantir que a carga fiscal é repartida de forma equitativa por todas as empresas e que a receita tributável é repartida de forma justa por todas as jurisdições. O sistema global deve ser simples, a fim de reduzir os custos de conformidade, e deve facilitar o investimento e o crescimento, reforçando o mercado único*".

No referido documento é identificada a agenda fiscal da UE e os planos de implementação das regras acordadas a nível internacional (OCDE/ /G20 *Inclusive Framwork* — BESPS 2.0). Não obstante, a Comissão é muito clara ao esclarecer que se pretende ir além deste acordo internacional (Pilar 1 e Pilar 2), pretendendo, designadamente, criar um novo quadro para a tributação dos rendimentos nas empresas no seio da UE (um sistema comum de tributação de sociedades).

É neste contexto que a Comissão afirma que proporá a introdução do BEFIT (Empresas na Europa: Quadro para a Tributação de Rendimentos), que virá substituir as anteriores propostas relativas a uma matéria coletável comum consolidada do imposto sobre as sociedades (*Common Consolidated Corporate Tax Base* — Proposta de Diretiva n.º 2016/0337 (CNS) — "**CCCTB**"), e que terá em vista criar um conjunto de regras fiscais comuns (voltando ao tema da necessidade de harmonização do imposto de sociedades a nível europeu), bem como prever uma repartição de direitos de tributação mais justa entre os Estados-Membros.

Com especial relevância, sublinhamos que "*O BEFIT consolidará os lucros dos membros da UE de um grupo multinacional num único valor tributável, que será então atribuído aos Estados-Membros por meio de uma fórmula, a ser tributado às taxas nacionais do imposto sobre o rendimento das pessoas coletivas. As principais considerações incluirão como dar o peso adequado às vendas por destino, de modo a refletir a importância do mercado onde um grupo multinacional desenvolve a sua atividade, e como os ativos (incluindo os intangíveis) e a mão de obra (pessoal e salários) devem ser contabilizados, para garantir uma distribuição equilibrada das receitas fiscais das sociedades nos Estados-Membros da UE com perfis económicos diferentes*".

Entre outras finalidades, pretende-se com o BEFIT "*proporcionar uma forma mais simples e justa de repartir direitos de tributação entre os Estados-Membros*" e "*garantir receitas fiáveis e previsíveis do imposto sobre as sociedades para os Estados-Membros*", assim reduzindo a competitividade fiscal no seio da UE e atacando — pelo menos, ao nível da

UE — os principais problemas antes identificados (*share of the pie; size of the pie*).

Ou seja, está a ser ponderada — sem que tenhamos conhecimento dos seus contornos específicos e apenas no seio da UE — a atribuição de competência tributária ao Estado do mercado, com base numa "*fórmula de repartição diferente, que refletirá mais adequadamente as realidades da economia atual e dos desenvolvimentos a nível mundial, em particular, tendo em consideração acrescida a digitalizaçã*o". Afirma-se que a referida fórmula será construída tendo por base os princípios acordados internacionalmente, no âmbito do Pilar 1 e do Pilar 2, devidamente adaptados de forma a assegurar a sua adequação a um uso alargado no âmbito do mercado único.

Fica, no entanto, ainda por esclarecer como será desenhada essa fórmula de repartição diferente — se ainda tomará em linha de conta os atuais elementos de conexão (residência e fonte enquanto localização dos fatores de produção) ou se teremos efetivamente um modelo inovador, essencialmente focado na criação de valor pelo Estado do mercado.

Acresce que, tal como as anteriores propostas relativas ao CCCTB, o BEFIT continuará a ter de enfrentar as dificuldades relativas à necessária unanimidade dos Estados-Membros exigida pelo Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia ("**TFUE**"). De acordo com a referida Comunicação, a proposta do BEFIT deverá ser esperada em 2023.

6.4. Transposição do Acordo Internacional: BEPS 2.0

Finalmente, no dia 22 de dezembro de 2021, a Comissão Europeia publicou — entre outras medidas com impacto na tributação internacional (e indiretamente na tributação da economia digital)([32]) —, uma proposta de diretiva para implementação do Pilar 2 na legislação interna dos Estados-Membros e anunciou que, em 2022, publicaria uma proposta de diretiva para implementação do Pilar 1 na legislação interna dos Estados-Membros.

([32]) A este respeito, destacamos a Proposta de Diretiva n.º 2021/0434 (CNS), igualmente publicada no dia 22 de dezembro de 2021, respeitante ao combate à utilização abusiva de empresas artificiais (vulgarmente designadas "*shell companies*") — ATAD III — que havia já sido anunciada no contexto da Comunicação sobre a Fiscalidade das Empresas para o Século XXI, de 18 de maio de 2021.

Notamos que ambos os Pilares deverão ser implementados a dois níveis: (*i*) alterações às CDTs celebrados através de convenção/instrumento multilateral; e (*ii*) alterações às legislações internas dos Estados — que no âmbito da UE deverão ser implementadas de forma harmonizada, em linha com as diretivas sobre as quais nos debruçaremos neste ponto (e que serão posteriormente transpostas para ordenamento jurídico interno de cada um dos Estados-Membros).

No que respeita ao Pilar 2, foi já publicada a Proposta de Diretiva n.º 2021/0433, relativa à tributação mínima global dos grupos multinacionais na UE, que pretende implementar de forma harmonizada e compatível com as regras o direito da UE as denominadas "*GloBE Model Rules*".

Nos termos da Proposta de Diretiva, a taxa de tributação mínima de 15% será aplicável a grupos de sociedades, MNE ou outras — com receitas superiores a EUR 750.000.000 — com algum dos seus membros na UE e assegurada através das seguintes regras:

i) *Income inclusion rule*: se o imposto pago em alguma das jurisdições em que o grupo opera (dentro ou fora da UE) for inferior ao nível mínimo (15%), então a diferença deverá ser tributada na jurisdição da sociedade-mãe (ou da sociedade-mãe intermédia na UE, se a sociedade-mãe estiver estabelecida fora da UE e a respetiva jurisdição não assegurar este nível mínimo de tributação) ou, alternativamente, da subsidiária, assegurando assim um mínimo de tributação de 15%; e

ii) *Undertaxed Payments Rule*: estabelece um mecanismo de captura e realocação, dentro das entidades do grupo estabelecidas na UE, das bases fiscais que fiquem fora da *income inclusion rule* e respetiva tributação da diferença, assegurando um mínimo de tributação de 15%.

Encontra-se, no entanto, prevista uma exclusão *de minimis* para determinados níveis de rendimentos.

Prevê-se a transposição da diretiva para os respetivos Estados-Membros até 31 de dezembro de 2022 e a sua entrada em vigor em 1 de janeiro de 2023 (a *Undertaxed Payments Rule* apenas deve entrar em vigor um ano mais tarde).

A respeito da implantação do Pilar 1 (que, como detalhado no ponto 5 *supra*, estabelece a realocação do direito de tributação dos lucros residuais para o Estado do mercado, quando verificados determinados *thresholds*), no contexto da UE, deveremos esperar uma proposta de diretiva em 2022,

após divulgada a convenção multilateral (MLC) que está a ser preparada no contexto da OCDE([33]).

Neste sentido, Paolo Gentiloni, comissário responsável pela Economia, na sua declaração divulgada na declaração de impressa da Comissão Europeia de 22 de dezembro de 2021, esclareceu o seguinte:"*We will follow up with a second directive next summer to implement the other pillar of the agreement, on the reallocation of taxing rights, once the related multilateral convention has been signed*".

Adicionalmente, a aprovação destas diretivas para implementação do Pilar 1 e Pilar 2 deverá depender de unanimidade por parte de todos os Estados-Membros, nos termos do TFUE. Considerando que o Chipre não aderiu (ainda) ao acordo internacional alcançado no âmbito da OCDE/G20 *Inclusive Framework* — BEPS 2.0, será interessante acompanhar o evoluir das negociações a este respeito.

7. Que futuro? Uma solução simples e justa

Como temos visto, uma das principais preocupações das instituições europeias em matéria fiscal é tornar a tributação mais simples e justa, em particular, a tributação dos rendimentos empresariais gerados no contexto internacional.

É já igualmente amplamente reconhecido pelas instituições europeias que o modelo atual de tributação das empresas — elementos de conexão relevantes para efeitos da alocação do poder de tributar entre os Estados — se encontra desajustado face ao atual contexto económico (modelos de negócio altamente digitais e tecnológicos), o que gera, além das claras ineficiências económicas, injustiças na repartição da receita (*share of the pie*) e uma diminuição da receita tributária global (*size of the pie*).

Fará sentido manter ainda hoje, como critério de alocação de poder de tributar, a residência e a fonte-produtora (EE) quando, face ao atual contexto económico (economia digital), para que uma entidade possa operar e criar valor numa jurisdição, cada vez menos necessita do recurso a uma presença física? Parece-nos relativamente claro que a presença física

---

([33]) De acordo com o comunicado de imprensa da Comissão Europeia de 22 de dezembro de 2021, "*The Commission will also make a proposal on the reallocation of taxing rights in 2022, once the technical aspects of the multilateral convention are agreed*".

já não serve para medir o envolvimento de um determinado Estado na vida económica de um contribuinte (porque é permeável ou desnecessária).

Em nossa opinião, nenhuma das medidas até agora adotadas/propostas, seja no contexto internacional seja no contexto da UE — como sejam a introdução de (*i*) novas regras anti-abuso (e.g BEPS 1.0 e diretivas anti elisão, conhecidas por ATADs), (*ii*) ISDs ou tributações específicas para determinados negócios mais digitais, ou (*iii*) de forma tímida, direcionada a determinados *targets* (grandes grupos MNE), novas regras de realocação do poder de tributar e exigência de tributação mínima (como é o caso do BEPS 2.0) —, tem a pretensão ou capacidade de resolver o problema de fundo, enquanto solução de longo prazo, traduzindo-se na realidade na introdução de um nível de complexidade acrescido ao sistema fiscal atual.

Por um lado, as regras anti-abuso que têm vindo a ser introduzidas (BEPS 1.0 e ATADs), além de implicarem elevados custos de implementação quer para as autoridades tributárias quer para os agentes de mercado, refletem a insistência no modelo atual que sabemos, desde já, estar obsoleto, funcionando como meros paliativos.

Também os ISDs ou tributações específicas para determinados negócios "mais digitais" (como seria, nomeadamente, o caso do *Digital Levy* que foi considerado pela Comissão Europeia — cf. ponto 6.1. *supra*), além de mais uma vez não resolverem o problema de fundo, apresentam mais desvantagens do que vantagens. Importa ter em consideração, nomeadamente, que esta medidas:

i) não são globais (antes unilaterais ou regionais), e como tal são suscetíveis de criar novos temas de competitividade fiscal, custos de contexto e entraves ao comércio internacional;

ii) não são aplicadas transversalmente a todos os negócios/sectores empresariais, sendo meramente direcionadas a determinados negócios mais digitais que outros, discriminando entre setores de atividade([34]); e

iii) como regra geral, apenas são aplicadas a grupos de MNE que se encontrem dentro de determinados *thresholds* (muito elevados) de rendimento ou volume de negócios, criando naturalmente distorções concorrenciais e possíveis tensões comerciais no con-

---

([34]) Como refere Daniel Bunn, *in* "*The European Commission and the Taxation of the Digital Economy*", Tax Foundation, 4 Fevereiro de 2021, "*The digitalization of the economy is widespread, and rules designed to tax a narrow set of companies will introduce new distortions and complexities into an already complex tax system*".

texto da Organização Mundial do Comércio (em particular com os EUA, como antes referido, uma vez que os principais *targets* acabam por as gigantes tecnológicas americanas, particularmente os GAFA)([35]).

Finalmente, e sem deixarmos de reconhecer os méritos do BEPS 2.0 traduzido nos Pilares 1 e 2 antes analisados, também este não resolve o problema de fundo e introduzirá um nível (muito) acrescido de complexidade no sistema fiscal internacional, tal como antecipámos já no ponto 5 *supra* da nossa análise.

Com efeito, apesar de o Pilar 1 permitir proceder a uma realocação parcial de competência tributária ao Estado do mercado, assim contribuindo para um sistema mais justo na perspetiva de repartição de receita entre os Estados, essa realocação não só é ainda pouco expressiva — já que apenas os lucros residuais de MNEs que se encontrem dentro de determinados *thresholds* (muito elevados) de rendimento ou volume de negócios, poderão ser realocados —, como se mantêm, com princípio geral, os mesmos critérios (já obsoletos) de alocação do poder de tributar (Estado da residência e fonte-produtora — EE).

Acresce que, a complexidade das normas que decorrerão do BEPS 2.0 e as dificuldades de implementação e execução (seja do Pilar 1 seja do Pilar 2), farão com que este, ao invés de promover um sistema simples, venha introduzir um nível de complexidade acrescido ao sistema atual, que é já altamente complexo.

Em nossa opinião, é necessário ir mais além, repensar e reescrever os critérios de alocação do poder de tributar, de forma transversal a todos os setores de atividade (sem criar distorções), identificando um critério relevante que reflita verdadeiramente o envolvimento dos Estados na vida económica dos contribuintes, bem como a presença económica dos contribuintes nas jurisdições em causa (não necessariamente fixo ou físico).

A necessidade de uma reforma fiscal estrutural capaz de adequar a competência tributária dos Estados aos atuais modelos de negócio das empresas (altamente desmaterializados e sem necessidade de presença física no local da criação de valor) é cada vez mais premente.

Parece-nos, assim, necessário redefinir os critérios de alocação do poder de tributar à luz de indicadores que reflitam, efetivamente, o nível de envolvimento significativo do Estado que justifique a competência tri-

---

([35]) GAFA (sigla para Google, Amazon, Facebook e Apple).

butária (*share of the pie)*, evitando o fenómeno de deslocalização para zonas de baixa tributação *(size of the pie)*, tendo por base o atual contexto económico.

O critério adequado de alocação do poder de tributar, parece-nos não poder ser outro que não aquele que vem já sendo reclamado pelas instituições europeias e assumido pela própria OCDE (desde o BEPS 1.0 — Relatório da Ação 1 até ao BEPS 2.0, em particular no âmbito do Pilar 1, *Amount A*): o local da criação de valor, que corresponde ao Estado do consumo/mercado/destino.

De forma a assegurar a aplicação desse critério, alinhamo-nos com a posição que tem vindo a ser desenvolvida por alguma doutrina internacional — *inter alia*, Reuven S Avi-Yonah([36]), Michael Devereux e Rita de la Feria([37]), Kyle Pomerleau([38]), Maarten de Wilde([39]) — no sentido de estabelecer um novo elemento de conexão no que respeita aos rendimentos empresariais traduzido numa fonte-mercado ou fonte-destino — i.e., a aplicação de um princípio de destino (localização/residência dos consumidores) na tributação de rendimentos empresariais — em detrimento da fonte-produtora (EE).

Este modelo tributação de rendimentos no destino, tem vindo a ser desenhado (em particular pelos autores acima referidos) com uma mecânica semelhante à do Imposto sobre o Valor Acrescentado (IVA) — tributação das importações e isenção das exportações —, mas com uma estrutura de deduções diferenciada, sendo admitidas as deduções dos gastos relevantes à obtenção dos rendimentos (nomeadamente, custos com pessoal)([40]).

([36]) *In International Taxation of Electronic Commerce*, Tax Law Review. Vol. 52 (Spring 1997).

([37]) *In Designing and implementing a destination-based corporate tax,* Oxford University Centre for Business Taxation Working Paper series.

([38]) *In How a Destination-Based Tax System Reduces Tax Avoidance*, Tax Foundation, 4 de Abril de 2017.

([39]) *In European Union/International — On the Future of Business Income Taxation in Europe*, World Tax Journal, 2020 (Vol. 12), N.º 1 e *Tax jurisdiction in a digitalizing Economy; Why 'Online Profits' Are so Hard to Pin Down*, Intertax n.º 12, 2015. Neste último podemos ler o seguinte: *"More and more of the discussions on nexus and profit allocation in the context of internet companies are now moving in the direction of taxation in the market jurisdiction. The digital economy simply cannot be ring-fenced off from the 'ordinary' economy. That means that the alternative to the approach proposed by the OECD (i.e. 'do nothing') is not only to allow profits from digital business activities to be attributed to the market jurisdiction, but also to extend this principle to profits from all other international business activities. In other words, to attribute the taxable base for profits tax on the basis of the destination principle"* (p. 9).

([40]) Michael Devereux e Rita de la Feria, na obra antes identificada — *Designing and implementing a destination-based corporate tax* —, vêm demonstrar que é efetivamente possível conceber

Entendemos que um critério tributação no destino (i.e., na jurisdição de mercado, onde se encontram os utilizadores/consumidores) apresenta vantagens significativas, nomeadamente:

i) promoveria a eficiência económica, uma vez que eliminaria o incentivo à deslocalização da fonte produtora([41]);

ii) seria menos suscetível de abusos ou elisão, porquanto o mercado é relativamente inelástico (menos móvel que fatores de produção), assim permitindo uma repartição justa da carga tributária entre os sujeitos passivos([42]);

iii) ao não serem necessárias tantas regras anti-abuso (densificação legal), permitiria uma simplificação das regras fiscais([43]); e

---

este modelo de tributação alternativo, propondo e elaborando sobre os contornos legais e práticos do modelo que sugerem (desde a forma de determinação da sua base fiscal até à mecânica de liquidação — sendo proposto um *one-stop-shop*). Afirmam os referidos Autores que "*The destination-based tax would still be a tax on corporate profits, but would work similarly to a VAT: the key difference between the two being the treatment of labour, which would be regarded as deductible business costs under the proposed destination based tax, but are not so under a VAT*" (*in, op. cit.,* p. 9).

([41]) A respeito da eficiência económica que se conseguiria com a aplicação de um princípio de tributação no destino, Michael Devereux e Rita de la Feria referem, nomeadamente, que *"(...) as opposed to residence or source-based corporate taxes — such a tax would not create distortions to any margins of business decisions, namely choice between discrete options, choice of scale of investment, choice of form of income, and choice of source of finance*." — *in, op. cit.*, p. 9. No mesmo sentido afirma Maarten de Wilde que "*this will promote an efficient use of production factors. This is because, for profit tax purposes, it will then no longer matter which jurisdiction a business chooses to invest in as tax will no longer have the investment location as its point of reference" — in Tax jurisdiction in a digitalizing Economy; Why 'Online Profits' Are so Hard to Pin Down*, Intertax n.º 12, 2015, p. 9.

([42]) Como referem Michael Devereux e Rita de la Feria, "*For the purposes of the destination-based tax, destination is intended to be a place of relative immobility — we therefore define it to be the place of residence of the customer.*" — *in. op.cit.*, p. 10. No mesmo sentido afirma Maarten de Wilde que "*In addition, markets are far less mobile than production factors as they are largely outside multinationals' sphere of influence. Attributing the tax base to the market jurisdiction will thus effectively result in a taxation that is inelastic and that at the same time promotes economic efficiency*"— *in Tax jurisdiction in a digitalizing Economy; Why 'Online Profits' Are so Hard to Pin Down*, Intertax n.º 12, 2015, p. 9.

([43]) "*One of the most attractive features of moving to a destination-based business tax is that its base would be much easier to define than our current corporate tax base. At the end of the day, it is easier to track the single, final transaction between the end consumer and the producer than figure out how much of a good was produced in each tax jurisdiction. (...) A consequence of this move to a destination base is that it effectively shuts down the type of base erosion that exists under the current system. Under the current system, companies that produce goods throughout the world have an incentive to artificially shift their production locations by overpricing their deductible production costs in the United States and overstating their taxable revenue in lower tax jurisdictions. Under a destination-based tax, the location of production doesn't matter, which means that this technique of profit shifting becomes impossible. A destination-based tax ignores the cross-border transactions that make it possible because the cost of imports is no longer deductible and revenue from exports is no longer taxable"*

iv) levaria a uma repartição justa do poder tributário dos Estados, ao alocar o poder de tributação à jurisdição onde o valor é verdadeiramente criado (independentemente do modelo de negócio)(44).

Como refere Maarten de Wilde "*The final destination would be a new, destination-based corporate tax paradigm operating both neutrally and non-discriminatorily on the supply side. That, in turn, would produce a result that, as the author sees it, would not only be fair, but also — and primarily — economically efficient*"(45).

Sendo certo que ao nível da OCDE — dados os interesses económicos e políticos de alguns dos seus membros (no caso dos EUA) — será muito difícil obter um consenso no sentido de fazer operar uma reforma desta natureza (aplicação de um princípio de tributação de rendimentos empresariais no Estado do mercado — destino), a UE poderá aqui assumir um papel impulsionador, pioneiro e inovador.

A UE tem não apenas os meios como também o interesse em ser pioneira nesta reforma. Com efeito, tendo em conta os interesses estratégicos e políticos da UE em matéria fiscal (e bem assim, o objetivo de reforço do mercado único), tal como estabelecidos, nomeadamente, na Comunicação sobre a Fiscalidade das Empresas para o Século XXI, de 18 de maio de 2021, parece-nos que poderia ser muito interessante e proveitoso que fosse a UE a dar o "pontapé de saída" nesta reforma estrutural da tributação internacional.

Como refere a este respeito Maarten de Wilde, "*a coordinated move by the EU member states towards destination-based corporate taxation for the EU would serve the interests of the individual member states and also those of the EU as a whole. (...) As an innovator, the EU would benefit most during the transitional stage, when countries' profit tax systems would be evolving towards a new equilibrium in which destination-based tax would become the new global standard. It should be noted at this point that it was not that long ago that we came close to having to being reality"*(46).

— *in* Kyle Pomerleau, *How a Destination-Based Tax System Reduces Tax Avoidance*, Tax Foundation, 4 de Abril de 2017.

(44) "*There is clearly a connection between what is being taxed and the country imposing the tax. If sales are being made in a country, then arguably that country is the origin of the income: it is from sales that profits are generated, without sales there would be no income to tax*", *in* Michael Devereux e Rita de la Feria, *op. cit.*, p. 11.

(45) *In European Union/International — On the Future of Business Income Taxation in Europe*, World Tax Journal, 2020 (Vol. 12), N.º 1, p. 39.

(46) *In European Union/International — On the Future of Business Income Taxation in Europe*, World Tax Journal, 2020 (Vol. 12), N.º 1, pp. 35 e 37.

Para fazer operar esta reforma fiscal, a nossa sugestão passaria pela utilização do já anunciado BEFIT (como um CCCTB 2.0, a que vem já apelando alguma doutrina internacional)([47]), enquanto plataforma legal para implementação deste novo modelo de repartição de receita tributária (pelo menos entre os Estados-Membros da UE). Tendo em conta que o BEFIT pretende já ir além do BEPS 2.0 e estabelecer uma nova fórmula de repartição dos direitos de tributação (tal como resulta da Comunicação sobre a Fiscalidade das Empresas para o Século XXI, de 18 de maio de 2021), parece-nos ser este o instrumento jurídico ideal para estabelecer definitivamente uma inovadora repartição de direitos de tributação entre os Estados-Membros, através da aplicação de um princípio de tributação no destino para rendimentos empresariais.

Não ignoramos que a mudança de paradigma de um modelo de tributação, assente na residência e fonte-produção, para um modelo de tributação fonte-destino, poderá envolver um processo de transição complexo; não obstante, parece-nos que estas dificuldades de transição seriam um mal necessário para alcançar um progresso significativo no caminho para uma tributação das empresas de forma simples, justa e adequada à realidade económica atual (e futura).

([47]) Neste sentido vem já defendendo Maarten de Wilde, *in European Union/International — On the Future of Business Income Taxation in Europe*, World Tax Journal, 2020 (Vol. 12), N.º 1, que "*With the aim of contributing to the deliberations on this subject, the proposal of the author is for the EU Member States to jump ahead in the debate and remodel the CCTB/CCCTB draft directives into a new system of international taxation, i.e. a unitary taxation model for taxing the worldwide economic profits of multinationals, using a destination based apportionment formula (CCCTB 2.0) to apportion the tax base to countries both within and outside the European Union*" (p. 1). Esclarece pois o autor que "*The legal infrastructure is essentially already in place in the form of the CCTB/CCCTB draft directives, and these require just a few modifications to get the bugs out of the system. The CCCTB is therefore just a few steps away from being transformed into a robust, modern and hard-to dodge international profit tax system fit for the internal market of the future that is also able to optimally serve the political and economic interests of both the Member States and the European Union itself.*" (pp. 37 e 38). No mesmo sentido Eva Escribano Lopez: "*Foreseeing the obstacles that a reformulation of source would face within the OECD, it is interesting to consult the work carried out in other international foras where the hypothetical impediments of the US would be absent. In this line, it is worth noting the report presented by a group of experts to the European Commission, which advocates for a substantial reform in the long-term. On the one hand, it reopens the debate of the failed CCCTB proposal, on the other, it refers to the preliminary studies on the so-called destination-based corporate tax. This proposal takes the customers' location as the main legal proxy, considering that the market jurisdiction has both legitimacy to tax and effective means to collect". — in op. cit.*, p. 13.

8. Conclusões

Identificada a problemática da desadequação do sistema fiscal internacional, face ao atual contexto económico — altamente globalizado, tecnológico e digital —, que redunda na falta de regras de conexão e atribuição de competência tributária ao Estado onde é criado o valor (Estado do mercado), e analisada a evolução da abordagem a esta problemática no contexto da UE (e dos Estados-Membros) e no contexto internacional (OCDE), deparamo-nos ainda com a inexistência de uma solução de longo prazo, capaz de resolver de forma estrutural a questão de fundo.

Como detalhámos ao longo da nossa análise, o sistema de tributação atual, em particular no respeita à alocação da competência tributária dos rendimentos empresariais aos Estados envolvidos, está obsoleto, porquanto:

i) Por um lado, promove uma desadequação na partilha da receita tributária (*share of the pie*), uma vez que, no contexto atual, a localização dos fatores de produção nem sempre coincide com a jurisdição onde é "criado o valor", i.e., a jurisdição do mercado (onde se localizam os consumidores); e

ii) Por outro lado, continua a permitir uma redução da receita tributária global (*size of the pie*), sendo permeável a situações de abuso, dada a facilidade com que os operadores económicos, no contexto atual, conseguem evitar ou simplesmente não necessitam de uma presença física geradora de tributação.

O acordo alcançado no âmbito da OCDE/G20 *Inclusive Framework,* e que será adotado no na UE — BEPS 2.0 (Pilar 1 e Pilar 2) —, sem prejuízo dos seus méritos, não vem ainda apresentar uma solução cabal para esta problemática, dado que, *inter alia*, mantém na ordem jurídica os mesmos princípios de alocação de competência tributária — residência e fonte-produção — e cria um nível acrescido de complexidade ao sistema.

Em nossa opinião, a solução de longo prazo deverá passar por uma reforma estrutural, que se traduza num abandono dos critérios tradicionais de alocação do poder de tributar, adotando-se um princípio de tributação no destino (i.e., na jurisdição do mercado — onde se encontram os consumidores), tal como vem já sendo desenvolvido por alguma doutrina internacional.

Entendemos que, com este novo modelo de tributação, se poderia alcançar um sistema de tributação economicamente eficiente, justo e sim-

ples, e, como tal, consistente com os objetivos da UE em matéria de fiscalidade, porquanto, (*i*) ao eliminar o incentivo de deslocalização da fonte produtora, promoveria a eficiência económica das empresas, (*ii*) ao ser menos suscetível a abuso — já que o mercado é praticamente inelástico —, traduzir-se-ia numa tributação justa das empresas e numa simplificação das regras fiscais (desde logo, devido à desnecessidade de regras-fiscais anti-abuso que se traduzem em complexidade do sistema), e (*iii*) ao alocar o poder de tributação à jurisdição onde valor é criado (independentemente do modelo de negócio), permitiria uma alocação justa da receita tributária.

Dadas as dificuldades que se antecipam na obtenção de um consenso a nível internacional para a implementação de uma reforma desta dimensão e contornos, e tendo em conta os interesses estratégicos da UE em matéria de tributação internacional (reforço do mercado único e na criação de um sistema fiscal simples e justo), parece-nos que a UE deverá ter aqui um papel determinante, como organização pioneira na implementação desta reforma (ainda que inicialmente apenas no contexto regional europeu).

Para efeitos da implementação desta reforma fiscal, em nosso entender, o BEFIT (operando como um CCCTB 2.0) seria a plataforma legal ideal.

PARECER DO CONSELHO SUPERIOR

Proc. 58/2015.CS/IM
Processo de Idoneidade Moral

ATA DA AUDIÊNCIA PÚBLICA
— Art. 161.º do E.O.A. —

Data/Hora: 5 de Janeiro de 2023 pelas 11 horas
Local: Sala de reuniões do Conselho Superior
Presidente: Dra. Paula Lourenço
Secretário: Dr. Júlio Elvas Pinheiro
Relator: Dr. Aníbal Simões
Arguido: Dr. ……... que não se encontrava presente
Presentes: Todos os Conselheiros pertencentes ao Conselho Superior, com exceção da Conselheira Dra. Maria do Rosário Fernandes que participa na audiência por videoconferência, dada a sua impossibilidade física de se deslocar a Lisboa, por motivo de doença

A Sra. Conselheira Dra.……., declarou não participar na discussão nem na votação do presente processo, em virtude de se declarar impedida por ter sido Colega de escritório do arguido.

A Sra. Presidente declarou aberta a audiência e deu a palavra ao Relator. Usando da palavra o Relator entendeu dever suscitar uma questão prévia de interpretação do disposto nos arts. 109.º n.os 2 e 3 do E.O.A. de 2005, ainda aplicável aos autos e transcrito de modo semelhante no art. 114.º, n.os 2 e 3 do E.O.A. vigente.

Entendeu o Relator que tendo sido levantadas dúvidas sobre a aplicação do disposto no art. 109.º n.º 3 do E.O.A. de 2005, por o arguido ter requerido o cancelamento da sua inscrição em 5/07/2020.

No entender do Relator, o disposto no art. 109.º, n.º 3 do E.O.A. de 2005, apenas tem aplicação para factos futuros à decisão de cancelamento da inscrição, não se aplicando a factos praticados anteriormente, como é o caso presente.

Baseou-se na conjugação do disposto nos n.º 2 e n.º 3 do citado artigo, no n.º 4 do mesmo artigo e ainda pela interpretação do disposto nos arts. 3.º, 51.º e 52.º, n.º 3 do Regulamento de Inscrição de Advogados.

Aberta a discussão, o Conselheiro Dr. João Paulo Pimenta, sustentou opinião contraria, entendendo que o disposto no n.º 3 do art. 109.º do E.O.A., impede que se conheça de fundo do presente processo.

Proposta à votação pela Sra. Presidente da questão prévia, verificou-se que apenas votou contra o prosseguimento da audiência, o Sr. Conselheiro Dr. João Paulo Pimenta, votando a favor do prosseguimento dos autos, todos os restantes Conselheiros.

Seguidamente a Sra. Presidente deu de novo a palavra ao Relator, para expor os fundamentos do seu Parecer, o que o mesmo fez de imediato.

Participaram então na discussão do Parecer, apenas os Conselheiros Drs. Amândio Pires de Almeida, João Paulo Pimenta e Francisco Pimentel.

A Sra. Presidente declarou encerrada a audiência, procedendo-se de imediato à deliberação. Verificou-se que apenas votaram contra o Parecer, os Conselheiros Dr. Amândio Pires de Almeida, que juntou declaração de voto que vai anexa a esta Ata, Dr. João Paulo Pimenta e Dr. Francisco Pimentel.

Todos os restantes Conselheiros, que participaram na audiência, votaram a favor do Parecer do Relator, pelo que, a Sra. Presidente declarou que o Parecer mereceu a aprovação de mais de 2/3 dos Conselheiros, pelo que, declarou decidido que o Sr. Dr……, não possui idoneidade moral para o exercício da profissão de Advogado.

Seguidamente o Relator lavrou o respetivo Acórdão que foi assinado por todos os Conselheiros que participaram na audiência, com exceção da Sra. Conselheira Dra. Maria do Rosário, que participava por videoconferência, mas que votou afirmativamente o Parecer.

Nada mais havendo a tratar, foi lavrada a presente Ata, que depois lida e achada conforme, vai devidamente assinada pelo Secretário e pela Sra. Presidente.

Sede da Ordem dos Advogados em 5 de Janeiro de 2023

A Presidente do Conselho Superior
O Secretário

PARECER

Proc. 58/2015-CS/IM
Processo de Idoneidade Moral

Participante: Tribunal da Comarca do Porto
Tribunal de Vila Nova de Gaia

Arguido: Dr. ..... com domicílio profissional em .....
E cédula profissional .....

O Tribunal de Vila Nova de Gaia, Instância Local — Secção Criminal, remeteu ao Conselho de Deontologia do Porto, certidão da sentença proferida no processo 905/11.3TASTS do 2.º Juízo Criminal com data de 23/05/2014, em que condenou o arguido Dr.……, que profissionalmente usa o nome de ……, pela prática como autor material e da forma consumada de um crime de descaminho de objetos colocados sob o poder público, previsto e punido pelo art. 355.º do C. Penal, na pena de 10 meses de prisão, substituída por 200 dias de multa à taxa diária de 15.00 Euros, ou seja na multa de 3.000,00 Euros.

Condenou ainda o arguido a pagar à Massa Insolvente de ……, a titulo de danos patrimoniais, a quantia de 3.500,00 Euros.

A referida certidão, contém ainda o Acórdão proferido no recurso interposto pelo arguido, para o Tribunal da Relação do Porto, Acórdão esse datado de 14/01/2015, em que foi julgado improcedente o recurso interposto e confirmada a sentença recorrida.

A certidão deu entrada no Conselho de Deontologia do Porto em 6/07/ /2015, e após foi remetida a este Conselho Superior.

Onde foi autuado e concluso ao então Ex.mo Presidente do Conselho Superior, que determinou a abertura do correspondente processo ao abrigo do disposto no art. 181.º, n.º 4 e n.º 5 do E.O.A. de 2005 e o distribuiu na mesma data, ao anterior Relator.

Com data de 15/10/2015, o então Ex.mo Relator, ordenou a notificação do participado, para se pronunciar, querendo.

A fls. 40 encontra-se a respetiva Resposta datada de 12/11/2015, apresentada fora do prazo concedido pelo Relator, em que não contesta os factos dados como provados nas decisões judiciais, constantes da certidão referida.

Apenas se insurge contra *"a atual situação da Justiça em Portugal"* criticando a Ordem dos Advogados e a então Ex.ma Bastonária, por não

lutar pelos direitos dos cidadãos e não *"denunciar as posições prepotentes de certos Srs. Procuradores mancomunados com certos Srs. Juízes"*.

Refere ainda que esteve para recorrer ao Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, mas confessa que o não fez porque *" já não tenho paciência para isto"*.

Acrescenta ainda na mesma carta: *"quem devia estar condenada era a Juíza que fez o julgamento em 1.ª Instância, que não me tratou com o mínimo respeito devido"*.

E conclui *"o julgamento a que fui submetido só me fez lembrar o funcionamento do Tribunal Plenário na Boa Hora, antes do 25 de Abril, com a diferença que aí, pelo menos, tratando as pessoas com respeito embora saíssem de lá invariavelmente condenados"*.

No nosso entender o conteúdo da carta não tem qualquer relevância para a defesa do arguido e em nada abona a favor da sua defesa.

Juntou no entanto, em anexo, vários documentos, nomeadamente a sua motivação de recurso para o Tribunal da Relação, cópia de peças processuais da execução onde foram penhorados vários atrelados, auto da penhora, em que foi nomeado depositário de 4 atrelados penhorados comunicação da Administradora de Insolvência da executada ..... e em que a mesma se lhe dirige, enquanto fiel depositária dos bens pertencentes à Massa Insolvente, para a contatar, onde juntou ainda resposta dirigida sobre o documento anterior, à Administradora Dra. Daniela, em que refere que **"pode mandar levantar os 4 atrelados, no dia 18 de Março às horas de expediente nos Transportes Bre, L.da"**.

Mas condicionando a entrega dos atrelados ao pagamento por cheque visado, à ordem do mesmo Dr....., no montante de 11.272,63 Euros para pagamento dos encargos com o exercício do cargo de fiel depositário, conforme nota de despesas e honorários que anexou.

Indica nessa nota de fls. 83, a pretensão de receber de honorários como fiel depositário dos 4 atrelados, 5.250,00 Euros a que acresceria o IVA, sendo apenas as despesas de transporte com a transportadora, a quantia de 1.840,00 Euros.

A fls. 91, encontra-se requerimento dirigido ao Sr. Juiz do Tribunal Cível de Santo Tirso, em que, invocando a qualidade de fiel depositário de 4 atrepados da Insolvente ……. refere: *"foi no exercício da sua profissão de Advogado que assumiu o cargo de fiel depositário dos 4 atrelados da Insolvente, o que lhe terá acarretado horas de trabalho, pelo que os seus honorários acenderiam a 6.250,00 Euros, e que as despesas com o expediente de escritório eram do montante de 597,50 Euros"*.

Conclui, afirmando a intenção de proceder à imediata entrega dos bens de que é fiel depositário, **contra o pagamento dos inerentes custos**.

A fls. 95, em novo requerimento dirigido à Sra. Juiz do mesmo processo, refere que, não tendo a Administradora da Insolvência procedido ao pagamento da quantia pretendida, procedeu à venda dos atrelados para sucata, pelo valor de 3.500,00 Euros.

Desconta depois os 3.500,00 Euros, de que se apropria, para pagamento de despesas e reclama ainda que lhe seja pago pela Administradora da Insolvência a quantia de 8.072,63 Euros.

Junta também, o contrato de compra e venda celebrado entre si e a compradora....., conforme consta de fls. 97 a 99.

Após a junção de tais documentos, encontra-se a conclusão dos autos ao então Relator, com data de 18/11/2015, a que se segue despacho do mesmo Relator de 10/01/2020, em que abre mão dos autos, por ter cessado funções no Conselho Superior.

Conclusos os autos em 28/01/2020, a atual Ex.ma Presidente do Conselho Superior, os mesmos foram redistribuídos ao presente Relator nessa mesma data.

O atual Relator ordenou a notificação ao arguido, para mais uma vez responder querendo, ao participado.

Respondeu o arguido em carta dirigida ao Conselho Superior de 05/03/2020, e que consta de fls. 164, em que refere dado o tempo decorrido *"já deitei fora toda a documentação que tinha"*.

Insurge-se mais uma vez contra as condenações contra si decididas e contra os respetivos Magistrados.

Mas acrescenta a final da referida carta que, *"à Ordem incumbe dignificar e defender os Advogados. O exercício do poder disciplinar, nas atuais circunstâncias, desculparão a sinceridade, é-me absolutamente irrelevante e inócuo"*.

Não requereu quaisquer diligências de instrução.

Após junção do extrato do registo disciplinar do arguido, em 5/06/2020, foi proferido despacho pelo atual Relator, deduzindo acusação contra o mesmo conforme consta de fls. 170 a 172.

Consta da respetiva acusação o seguinte:

ACUSAÇÃO

Contra o Dr…….., que profissionalmente usa Dr……, advogado com escritório na ……., deduzo a seguinte acusação:

1. O arguido exerce profissionalmente a advocacia, encontrando-se inscrito na Ordem dos Advogados Portugueses e a quem foi atribuída a cédula profissional .....
2. No exercício da sua atividade profissional patrocinou a empresa……., exequente nos autos de execução comum com o n.º 1063/09.9TBSTS que correu termos no Juízo Cível no Tribunal Judicial de Santo Tirso, sendo executada a Sociedade ....
3. Nesses autos de execução foram penhorados, em 8/07/2010, os reboques com as matriculas P-65562,P-7712,P-80800,P-73847-P-80643,C56957,P41725 e P76651, propriedade da executada.
4. Em 13/01/2011, no âmbito dessa execução, foi nomeado fiel depositário dos reboques com as matrículas P-70712, P-80643, C-56957 e P-76651 o arguido Dr. Sousa e Costa.
5. O arguido, como fiel depositário dos bens, exigiu e remoção dos bens penhorados tendo sido removidos os reboques de que fora nomeado fiel depositário para o parque das instalações da sociedade comercial "TRANSPORTES BRÉ, L.DA", localizada em Gulpilhares — Vila Nova de Gaia, tendo o transporte dos reboques sido assegurado por esta empresa.
6. Entretanto, no processo 390/2011.0TBSTS, que correu termos no Juízo Cível do Tribunal Judicial de Santo Tirso, por sentença de 21/01/2011, foi declarada a insolvência da executada .....
7. A administradora da insolvência solicitou ao fiel depositário e aqui arguido, em 6/03/2011, que entrasse em contato consigo para proceder à entrega dos reboques de que fora nomeado depositário, a fim de serem apreendidos para a Massa Insolvente.
8. Respondeu o arguido que os bens podiam ser levantados, ficando, porém, esse levantamento condicionado à entrega à sociedade "TRANSPORTES BRÉ L.DA", de um cheque bancário ou visado à ordem do fiel depositário para pagamento dos encargos com o exercício do cargo de depositário no valor de 11.272,63 Euros (onze mil duzentos e setenta e dois euros e sessenta e três cêntimos).
9. Informou ainda, a administradora da insolvência que se os bens não fossem levantados no prazo de 30 dias, o fiel depositário mandaria proceder à sua venda.

10. Posteriormente o fiel depositário comunicou ao processo de insolvência que, porque não tinham sido pagas as despesas decorrentes do armazenamento dos bens, tinha procedido à venda dos bens penhorados, para sucata, juntando o respetivo contrato.
11. O fiel depositário e aqui arguido, vendeu à sociedade comercial "Dr. AUTO — PEÇAS E ACESSÓRIOS L.DA" os bens penhorados pelo valor global de 3.500,00 Euros (três mil e quinhentos euros), conforme contrato firmado em 18/04/2011.
12. Por despacho judicial de 23/03/2011, notificado ao arguido, foi ordenado na sua qualidade de fiel depositário que procedesse à entrega imediata dos bens à administradora da insolvência.
13. Todavia o arguido nunca entregou tais bens à administradora da insolvência, porque os vendeu e por esse motivo, tais bens não chegaram a ser arrestados à ordem da Massa Insolvente.
14. Com base na matéria de facto acima descrita sob os números 1 a 13 e outros que adiante se indicarão, o arguido foi condenado no proc. 905/11.3TAS do 2.º Juízo Criminal do Tribunal Judicial de Vila Nova de Gaia, como autor material e na forma consumada de um crime de descaminho de objetos colocados sob o poder público, previsto e punido pelo artº 355º do C. Penal na pena de 10 meses de prisão, nos termos do art. 43.,º n.º 1 do C. PenaL., que foi substituída por 200 dias de multa à taxa diária de 15,00 Euros, ou seja na multa de 3.000,00 Euros (três mil euros).
15. Mais foi condenado ainda, no pagamento da indemnização de 3.500,00 Euros à massa insolvente da .....
16. Acresce que, ao atuar da forma supra descrita, o arguido agiu sempre de forma livre, voluntaria e conscientemente, bem sabendo que tinha sido nomeado fiel depositário dos bens penhorados no âmbito do processo de execução e, nessa medida, tais bens não lhe pertenciam e encontravam-se sob a alçada e sob o poder do Estado, à ordem do processo de execução supra identificado.
17. Não obstante, o arguido porque quis subtrair tais bens ao poder público, vendeu-os, com o objetivo alcançado de impedir simultaneamente que os bens permanecessem à ordem do processo de execução e que, posteriormente, integrassem a massa insolvente no âmbito do processo de insolvência da executada.
18. O arguido sabia que a sua conduta era proibida e punida pela Lei Penal.

19. Uma vez declarada a insolvência, a administradora da insolvência, no exercício das suas funções e nos termos dos arts. 149.º e 150.º do CIRE, solicitou ao demandado que entregasse os referidos bens.
20. Pese embora a entrega dos bens ter sido ordenada por despacho judicial, o ora demandado não deu cumprimento ao mesmo, extravasando as suas funções de fiel depositário.
21. A Massa Insolvente viu-se privada de bens que eram da sua pertença, constituindo um ato prejudicial aos credores.
22. Tendo o arguido recorrido da sentença atrás referida, para o Tribunal da Relação do Porto, foi o recurso julgado improcedente, mantendo-se inteiramente a decisão recorrida e proferida na 1.ª Instância, conforme Acórdão de 14/01/2015, transitado em julgado.
23. O crime praticado, pelo qual o arguido foi condenado, tem de qualificar-se como crime gravemente desonroso, para efeito do disposto no art. 171.º *a*) do E.O.A. de 2005.
24. Aliás, o Estatuto da Ordem dos Advogados, publicado pela Lei 145/2015, contém, no seu art. 177.º, n.º 1 *a*) disposição de idêntico teor.
25. E no n.º 2 deste artigo, contém disposição interpretativa, não taxativa, dos crimes que se consideram gravemente desonrosos para o exercício da profissão, contando-se entre eles a apropriação ilegítima de bens do setor público.
26. Nos termos do art. 181.º, n.º 3 do E.O.A. de 2005, tendo o arguido sido condenado por crime gravemente desonroso, presume-se não idóneo para o exercício da profissão, pelo que, nos termos do n.º 4 do mesmo artigo, fica sujeito ao cancelamento da respetiva inscrição.

Nos termos expostos deve a presente acusação ser julgada procedente e em consequência declarar-se o arguido Dr……., Advogado com a cédula profissional…… inidóneo para o exercício da profissão de advogado, devendo ser-lhe cancelada a respetiva inscrição.

Notifique o arguido da presente acusação, dando-lhe conhecimento de que poderá apresentar a sua defesa no prazo de 20 dias, que pode requerer audiência pública e que, na apresentação da defesa, deve observar o disposto no art. 152.º do E.A.O. de 2005.

PROVA:

— Certidão judicial de fls. 4 a 31;
— Documento de fls. 33;
— Cartas do arguido de fls. 40 e 164;
— Documentos de fls. 71 a 73;
— Documentos de fls.81 e 82;
— Documentos de fls. 83 e 91;
— Documentos de fls. 97 a 99;

Viseu, 5 de Junho de 2020

O Relator,
Aníbal Simões

Notificada a acusação ao arguido, foi junta a fls. 175, informação do Sinoa referindo que o arguido havia pedido o cancelamento da sua inscrição em 5/07/2020.

Solicitou-se então ao Conselho Geral, copia do requerimento apresentado pelo arguido e do despacho que o deferiu, o que se encontra confirmado pelos documentos juntos a fls. 181 e 182 e seguintes.

O arguido não apresentou qualquer defesa, contra a acusação contra si formulada nem requereu quaisquer diligências de prova.

Cumpre pois emitir Parecer.

A estes autos é aplicável ainda o disposto no E.O.A. de 2005, conforme resulta do art. 3º, n.º 1 do Lei 145/2015, de 9/09/2015.

Nos termos do art. 181.º, n.º 5 do E.O.A. de 2005, consta que *"a verificação de falta de idoneidade moral, é sempre objeto de processo próprio, segue os termos do processo disciplinar, com as necessárias adaptações, tendo lugar audiência pública, quando requerida pelo interessado"*.

E no n.º 6 do mesmo artigo dispõe que, *"a declaração de falta de idoneidade moral, só pode ser proferida mediante decisão que obtenha 2/3 dos votos de todos os membros do Conselho competente"*.

Dispõe também o art. 171.º *a*) do mesmo Diploma, que é instaurado processo para averiguação de idoneidade para o exercício profissional, sempre que o Advogado ou Advogado estagiário, **"tenha sido condenado por qualquer crime gravemente desonroso"**.

Dispõe ainda o art. 109.º, n.º 2 do Diploma de 2005, que o período de cancelamento ou suspensão da inscrição, não faz cessar a responsabilidade disciplinar por infrações anteriormente praticadas.

O Estatuto de 2015, não contém disposições legais mais favoráveis ao arguido, relativamente ao tema em questão, pois que, o art. 188.º, n.º 5 contém disposição idêntica ao art. 181.º, n.º 5 do anterior Estatuto.

E o art. 177.º, n.º 1 *a*), contem disciplina idêntica à que se encontrava previsto no art. 171.º *a*) do Estatuto anterior.

O Estatuto de 2005, no seu art. 171.º *a*) limitava-se a indicar que, era inidóneo para o exercício profissional o Advogado tivesse sido condenado por **crime gravemente desonroso**.

Não esclarecia tal artigo, o que devia entender-se por **crime gravemente desonroso**.

No entanto, o novo Estatuto de 2015, clarificando quando deve entender-se existir crime gravemente desonroso, no art. 177.º, n.º 2, indica os crimes que deve entender-se como tal para o exercício da profissão designadamente, ou seja (exemplificando-os).

Entre esses crimes gravemente desonrosos é indicado o crime de infidelidade e apropriação ilegítima de bens do setor publico ou cooperativo.

No nosso despacho anteriormente, proferido a fls. 161, considerou-se que a disposição do art. 177.º, n.º 2 do atual Estatuto, deve entender-se como uma disposição interpretativa do correspondente artigo do Estatuto anterior. [171.º *a*) do Estatuto anterior].

Na verdade, dispõe o art. 13.º, n.º 1 do C. Civil, que a Lei interpretativa integra-se na Lei interpretada.

Como é referido, em anotação ao referido artigo no "Comentário ao Código Civil", parte geral da Universidade Católica, pág. 64:

> *"Diz-se interpretativa a Lei que vem esclarecer o sentido e alcance de uma Lei anterior, fixando uma solução, a que também os Tribunais podiam chegar, segundo as regras que regem a interpretação da Lei".*

E refere ainda a mesma Obra a pág. 65 que,

> *A eficácia retroativa da Lei interpretativa – a aplicabilidade da Lei interpretativa a factos e a situações anteriores à data do seu inicio de vigência, encontra fundamento em razões várias*.

Razões essas que são seguidamente explicadas.

Também Pires de Lima e Antunes Varela no "Código Civil Anotado I", pág. 62, refere que:

> *Deve considerar-se Lei interpretativa, aquela que intervém para decidir uma questão de Direito cuja solução é controvertida ou incerta…*

E no "Código Civil Anotado" do Dr. Abílio Neto, a pág. 31, no n.º 7, refere-se:

> *Que a Lei interpretativa tem efeitos retroativos, por se integrar na Lei interpretada* e cita nesse lugar vários autores, nomeadamente Mário Brito, Batista Machado, Manuel Andrade, Vaz Serra e Antunes Varela.

Assim, nenhumas duvidas se devem colocar de que a condenação do arguido, nos termos atrás referidos, como autor material na forma consumada de um crime de descaminho de objetos colocados sob o poder público, constitui a prática de um crime gravemente desonroso — art. 171.º *a*) do E.O.A. de 2005.

MATÉRIA DE FACTO

Consideram-se provados todos os factos da acusação, constantes dos arts. 1.º a 22.º

A prova destes factos resulta inequivocamente dos documentos juntos com a certidão remetida pelo Tribunal Judicial de Vila Nova de Gaia e dos documentos juntos pelo próprio arguido que constam de fls. 41 a 151.

Desses documentos resulta inequivocamente a condenação do arguido pelo crime do art. 355.º do C. Penal, em 1.ª Instância e que a condenação foi totalmente confirmada pelo Acórdão da Relação do Porto de 14/01/2015, transitada em julgado.

Mais resulta dos documentos juntos pelo arguido, que o mesmo foi nomeado fiel depositário de 4 atrelados, em execução proposta pelo seu constituinte, que o mesmo foi nomeado depositário dos mesmos atrelados, que a Sociedade executada foi declarada insolvente, que a Administradora da Insolvência requereu a entrega dos atrelados de que o arguido era fiel depositário na execução e que o mesmo exigiu o pagamento de 11. 272,63 Euros, para pagamento de despesas com o deposito e também incluindo nessa importância valor superior a 6.000,00 Euros, a titulo de honorários, de que foi notificado pela Sra. Juíza do processo de Insolvência para apresentar os referidos atrelados para serem arrolados pela Massa Falida, que o mesmo renovou a informação que só os entregaria se lhe fosse paga a quantia atrás indicada e que após procedeu à venda pessoalmente dos referidos atrelados de que era fiel depositário, que pagou despesas de transporte e reteve fazendo sua a respetiva diferença.

O Sr. Advogado arguido, inscreveu-se na Ordem dos Advogados em 16/11/1977, como consta da sua ficha de Advogado a fls. 33 dos autos.

É, pois um Advogado experiente, não podia ignorar que não podia exigir à Administradora da Insolvência o pagamento de honorários como fiel depositário, nem lhe competia proceder à liquidação de despesas do depósito porque tal está expressamente regulado no Regulamento das Custas Processuais.

Jamais podia pagar-se dos seus honorários, pelo produto da venda dos bens penhorados, de que era apenas fiel depositário.

É manifesto, pois que agiu com dolo direto.

A matéria constante dos arts. 23.º a 26.º da acusação, é matéria de Direito.

O DIREITO

Dispõe o art. 12.º, n.º 1, da Lei da Organização Judiciária, que:

> *O patrocínio forense por Advogado, constitui um elemento essencial na Administração da Justiça e é admissível em qualquer processo, não podendo ser impedido perante qualquer Jurisdição, autoridade ou entidade pública ou privada.*

E o n.º 3 do mesmo artigo, dispõe ainda que:

> *No exercício da sua atividade os Advogados devem agir com total independência e autonomia técnica e de forma isenta e responsável, encontrando-se apenas vinculados a critérios de legalidade e às regras deontológicas próprias da profissão.*

Princípios estes que têm assentamento na Constituição da República Portuguesa, onde no art. 208.º se refere que o patrocínio forense é **elemento essencial à Administração da Justiça**.

Funções acolhidas no Estatuto da Ordem dos Advogados no seu art. 83.º do E.O.A. de 2005, onde se refere que "o Advogado é indispensável à administração da Justiça e, como tal, deve ter um comportamento publico e profissional adequado à dignidade e responsabilidade da função que exerce…".

E no n.º 2 do mesmo artigo, indica-se que a "honestidade, probidade, retidão, lealdade, cortesia e sinceridade são obrigações profissionais".

Princípios estes igualmente acolhidos no art. 88.º do atual Estatuto, com idêntica redação.

Como escreve António Arnault, em comentário ao referido artigo do E.O.A. de 2005, pág. 91:

> *O presente artigo, inspirado no artº 570º do velho Estatuto Judiciário, revela da função **ético-social** da Advocacia exigindo ao profissional do foro um com-*

portamento moral irrepreensível como servidor da Justiça e do Direito, tanto no exercício da profissão como fora dela.

No exercício da profissão de Advogado não pode esquecer-se nunca.

Seja qual for a abordagem que caracteriza a nossa postura profissional, do E.O.A. na sua dimensão deontológica, deve funcionar como guia, uma bússola onde o Norte aponta o caminho do exercício ético da profissão, na defesa do Estado de Direito e dos direitos, liberdades e garantias dos cidadãos, colaborando na administração da Justiça e assegurando o acesso ao Direito, nos termos constitucionais". In "Advocacia e Deontologia Profissional do Advogado", pág. 35 da autoria de Manuel Ramirez Fernandes.

Citando ainda António Arnault na "Iniciação à Advocacia" 11.ª ed., pág. 187, referindo o Decálogo do padroeiro dos Advogados, Santo Ivo, o qual indica entre os deveres dos Advogados o seguinte:

Nenhum Advogado deve utilizar, no patrocínio dos casos que lhe são confiados meios ilícitos ou injustos.

E citando ainda António Arnault no n.º 1 do seu Decálogo:

Procede sempre na vida profissional, publica e privada, por forma a justificares a honra e a dignidade de seres Advogado: que este titulo te baste, porque não há outro mais nobre.

Consagrando estes deveres deontológicos para com a comunidade, estabelece o art. 85.º, n.º 2 *a*), do E.O.A. de 2005, que é dever do Advogado *"não advogar contra o Direito, não usar de meios ou expedientes ilegais, nem promover diligências reconhecidamente dilatórias, inúteis ou prejudiciais, para a correta aplicação da Lei, ou a descoberta da verdade"*.

Aplicando estes princípios deontológicos, aos factos dados como provados praticados pelo arguido, que levaram à sua condenação pela prática do crime do art. 355.º do Código Penal, teremos de concluir, mesmo que apenas se considerasse a estrita letra do art. 171.º *a*) do Estatuto de 2005, sem necessidade de apelar ao disposto no art. 13.º, n.º 1 do C. Civil, sempre se teria de concluir, que o crime praticado pelo arguido, é um crime gravemente desonroso.

Como se escreve doutamente na sentença proferida no 2.º Juízo Criminal do Tribunal de Gaia, e onde consta a fls. 13,

Não vislumbramos fundamento legal para que o arguido apresentasse à Administradora de Insolvência a conta de fls. 15, da qual é parte integrante os honorários

> *devidos, pelo exercício do cargo de fiel depositário no valor de 6.250,00 Euros e o pagamento das despesas efetuadas no valor de 3.177,50 Euros, pois mesmo que se admita que aquele tem direito a remuneração e ao pagamento das despesas efetuadas, nos termos do art. 17.º, n.os 2, 4 e 6 e tabela IV, do Regulamento das Custas Processuais (o que implica equiparar um fiel depositário, um administrador de bens tal está dependente de despacho judicial que no caso não existe).*

O arguido tinha que entregar os bens à Administradora da Insolvência, sendo que, o produto da venda, seria rateado por todos os credores, reconhecidos, da Insolvente e não para pagar ao arguido nem ao cliente deste.

E como se refere ainda na referida sentença:

> *Sendo o arguido Advogado de profissão, sabe necessariamente quais os deveres de um fiel depositário — nomeadamente o dever particular de apresentar tais bens, quando tal lhe for ordenado (art. 854.º, n.º 1 do C.P.Civil) atual 771.º, n.º 1), pelo que não pode agora vir invocar um pretenso direito de retenção, que não existe…*

Não podia ignorar que lhe estava vedado proceder à venda dos atrelados de que fora nomeado fiel depositário e que, o facto de vender esses bens, contra Lei, cometeria o crime porque veio a ser condenado, sobrepondo os seus interesses pessoais e egoístas, à observância das regras deontológicas da profissão de Advogado.

Manifestamente não foi o auxiliar na Administração da Justiça, como impunha as disposições legais atrás citadas.

Finalmente consigna-se que, não existem nem foram alegados pela defesa quaisquer factos que possam ser considerados impeditivos da ilicitude ou da culpa.

O Sr. Advogado com a sua atitude revelou uma personalidade que não se conforma com o estrito cumprimento da Lei, como lhe impõem as regras deontológicas do seu Estatuto, não exitando em pretender pagar-se a si e ao seu cliente, à revelia de todas as normas aplicáveis e com prejuízo dos restantes credores da Insolvente.

A Idoneidade para o exercício da profissão de Advogado — que é a mais nobre das profissões — não se coaduna com a prática dos factos dados como provados, que revelam quanto à sua personalidade, que não se ajusta ao cumprimento dos deveres deontológicos da profissão de Advogado.

Concluímos, pois, o nosso Parecer, no sentido de que o arguido Dr.... ....., deve ser declarado inidóneo para o exercício da profissão de Advogado, com as legais consequências.

A decisão a proferir pelo Plenário do Conselho Superior, deve ser tomada por 2/3 dos membros deste Conselho Superior.

Notifique o Sr. Advogado arguido, para em 10 dias se pronunciar, querendo, sobre este Parecer, nos termos e para efeitos do disposto no art. 159.º, n.º 1 do E.O.A. vigente, notificação que deve será efetuada por se tratar de meio de defesa mais favorável ao arguido, já que não existia no E.O.A. de 2005 norma semelhante.

Deverá ainda ser notificado o arguido, para se pronunciar sobre se, sendo este Parecer aprovado, pretende ser julgado em audiência pública.

Após a notificação atrás referida e decorrido o respetivo prazo, apresente ao Plenário para apreciação e decisão sobre este Parecer.

Viseu, 5 de Julho de 2022

O Relator
Anibal Simões

PARECERES DO CONSELHO GERAL

N.º 22/PP/2022-G e n.º 5/PP/2022
sobre Publicidade

Processo n.º 22/PP/2022-G

Plataforma Informática

PARECER

A Sra. Advogada Dra. (...) veio solicitar *informação* sobre a seguinte questão:

Foi contactada por uma empresa que se encontra a instalar e gerir uma plataforma informática destinada à proteção dos denunciantes nos termos previstos na Lei n.º 93/2021 de 20 de Dezembro com vista à comercialização do referido serviço junto das empresas. Pretende esta empresa que, inserida na plataforma e acessível apenas aos clientes subscritores do serviço, estejam disponíveis um ou vários contactos de Advogados a quem os clientes podem, caso entendam, recorrer no âmbito das denúncias apresentadas sendo que, escolhido um dos Advogados, a relação será efetuada diretamente com este designadamente para efeitos de cobrança e faturação de honorários.

A questão que se coloca é a de saber se tal pretensão — (...) é ou não compatível com as regras em vigor quanto ao exercício da atividade jurídica e forense.

Análise

Antes de mais remete-se a Sra. Advogada para o Parecer também emitido pela aqui Relatora referente ao processo **n.º 5/PP/2022-G** aprovado em sessão plenária do C. G. de 29 de Abril de 2022, no qual se pronunciou sobre questão idêntica, reiterando agora na íntegra tudo o já alegado naquele outro parecer.

Ainda assim e apesar dos dois pareceres tratarem de questões similares embora com características diferentes, não deixaremos de acrescentar o seguinte: A questão aqui é decidir se a existência de um ou vários advogados disponíveis na plataforma informática destinada à proteção dos denunciantes, com vista à comercialização do referido serviço junto das empresas, é ou não compatível com as normas estatutárias e regulamentares que regem o exercício da advocacia.

A nossa resposta é negativa.

O art. 94.º do EOA prevê a divulgação da actividade profissional do advogado e das sociedades de advogados, mencionando o n.º 4 do preceito: *São, designadamente, atos ilícitos de publicidade:*

a) *A colocação de conteúdos persuasivos, ideológicos, de auto engrandecimento e de comparação;*

b) *A menção à qualidade do escritório;*

c) *A prestação de informações erróneas ou enganosas;*

d) *A promessa ou indução da produção de resultados;*

e) *O uso de publicidade direta não solicitada;*

Por outro lado resulta da al. *h*) do n.º 1 do art. 90.º que constitui um dever do advogado *não solicitar clientes, por si ou por interposta pessoa.*

Ora tendo em consideração que a plataforma tem como objectivo atrair subscritores, encaminhando-os após para os advogados inseridos na mesma, entendemos que se trata de um *acto de angariação de clientela* que atenta contra a dignidade da profissão de Advogado, considerando assim que está vedada ao Advogado a sua inclusão na referida plataforma.

Em conclusão

1. O preceituado no *art. 94.º* do EOA impõe que a actividade profissional do advogado seja feita de forma objectiva, sendo lícita a

publicitação de advogado ou sociedade de advogados num sítio da Internet, desde que o seu teor seja meramente informativo conforme explanado na norma;

2. Nos termos da al. *h*) do n.º 1 do art. 90.º constitui um dever do Advogado *não solicitar clientes, por si ou por interposta pessoa;*

3. A participação e divulgação da actividade profissional de advogado numa plataforma informática cujo objectivo é atrair subscritores, encaminhando-os posteriormente para o/os advogados inscritos na respectiva plataforma, é um acto de angariação de clientela que atenta contra a dignidade da profissão de advogado, estando por isso, vedada ao advogado a sua participação na mesma.

À próxima sessão plenária do C. Geral.

Tavira, aos 21 de Novembro de 2022

A Relatora,
Maria Emília Morais Carneiro

Aprovado em reunião do Conselho Geral de 25 de Novembro de 2022.

Processo n.º 5/PP/2022-G

Publicidade

PARECER

Objecto do parecer

Veio o Sr. Advogado Dr. (...) requerer a emissão de Parecer sobre as seguintes duas questões:

1.ª) *Pretendendo um grupo de empresas, uma espécie de associação, criar uma página de Internet com o fim de publicitar bens e serviços essenciais e/ou comuns ao tecido empresarial português, nomeadamente limpeza, advocacia, contabilidade, economato, desenvolvimento de sites, informática, etc. .... Sendo que uma das janelas personalizadas será alusiva à Advocacia com o seguinte teor: "(...). Advocacia. Com experiência profissional de (...) anos de mercado o (...) representa nas áreas de direito de trabalho e societário".*
Clicando nessa janela Advocacia, acede-se a outro sítio de Internet com informação do membro "Advogado (...), morada, localização, serviços, quem é, o link oficial, endereço de email, etc." (...) As atividades e serviços de cada membro do grupo, serão prestados individualmente, sem qualquer conexão ou interferência dos demais membros; (...) Inexistirá partilha de dados dos clientes, entre os membros (...). Apenas existirá um grupo, uma espécie de associação, com o objetivo de partilhar um sítio de Internet dedicado em exclusivo aos nossos serviços. (...)

2.ª) *Um advogado pode associar-se a um grupo de empresários para, em conjunto, criarem uma página de Internet e divulgarem as respetivas atividades económicas? (...) No caso afirmativo, no mesmo sítio de Internet, podem ser publicitadas as atividades económicas conjuntamente com a advocacia? No caso negativo, o advogado pode criar uma página de Internet autónoma para divulgar o nome, local do escritório, email, áreas de atuação preferencial e período de funcionamento? (neste caso a página principal omitiria a informação de advocacia).*

Análise

Como diz João M. Loureiro, *in* Direito da Publicidade, Ed. 1981, 115:

> *O princípio é o de que aos Advogados — e, com eles, às Sociedades Civis de Advogados está proibida qualquer publicidade, a qual deve entender-se em sentido comercial, ou seja propagandístico. É que, e já explicava Luís da Silva Ribeiro, o advogado não é um comerciante ou um industrial que anuncie pomposamente os seus produtos e mercadorias (ob. cit., 96).*

Perfilhamos da mesma opinião no sentido de que o exercício da advocacia, não se pode confundir com qualquer outra actividade comercial porque o Advogado tem uma dignidade própria que lhe é conferida com o reconhecimento constitucional da sua essencialidade para a administração da justiça, nos termos do art. 208.º da CRP. Deste modo o seu exercício não deve submeter-se a formas de publicitação de uma qualquer actividade comercial que ponha em causa a nobreza e a dignidade da sua função enquanto profissional, razão pela qual entendemos, que o exercício da advocacia não deve ser publicitado ou associado a qualquer outra actividade. (Neste sentido já se havia pronunciado o *Parecer n.º 41/PP/2012-G* da Ordem dos Advogados).

Obviamente que os Advogados não poderão ficar excluídos das redes sociais, nem aos mesmos estará vedado o acesso à Internet para publicitarem os seus serviços, contudo deverão fazê-lo no estrito respeito pelos seus deveres deontológicos, devendo essa publicitação ser feita apenas nos termos expressamente autorizados pelos números 1, 2 e 3 do art. 94.º do EOA.

Pelo exposto entendemos que a forma de publicidade invocada pelo Sr. Advogado consulente não respeita minimamente esses deveres deontológicos dado o modo como é apresentada, ou seja, em associação com outras actividades comerciais que nada têm a ver com o exercício da advocacia, confundindo-se assim ela própria com outra actividade comercial, o que em nosso entender fere a dignidade da profissão.

Entendemos também que o facto de o Sr. Advogado publicitar os seus serviços ou estar associado a um grupo de empresas, uma espécie de associação, como é referido pelo próprio, que pretende criar uma página de Internet com o fim de publicitar bens e serviços essenciais e/ou comuns ao tecido empresarial português, nomeadamente limpeza, contabilidade, economato, desenvolvimento de sites, informática, etc., colide com o dever consagrado na *al. h*) do *n.º 2* do *art. 90.º* do EOA, considerando-se um acto de *angariação de clientela* que atenta contra a dignidade da profissão de advogado, prejudicando o prestígio da advocacia.

Relativamente à s**egunda questão** que se resume aos mesmos factos colocados na primeira, só que de forma invertida, entendemos não haver necessidade de nos pronunciarmos pois já foi tudo dito.

Em conclusão

1. Será lícita a publicitação de advogado ou sociedade de advogados num sítio da Internet, desde que o seu teor seja meramente informativo, respeitando o preceituado no *art. 94.º* do EOA, como seja a menção ao nome do Advogado, ou sociedade de Advogados, o endereço do escritório, horário de expediente, a indicação das áreas ou matérias jurídicas de exercício profissional, entre outros especificados no referido preceito legal. Constituindo actos ilícitos de publicidade todos os previstos no seu *n.º 4*.
2. A participação ou divulgação da actividade profissional da advocacia num sítio da Internet juntamente com um grupo de empresas, com o fim de publicitar bens e serviços essenciais e/ou comuns ao tecido empresarial português, nomeadamente limpeza, contabilidade, economato, desenvolvimento de sites, informática, entre outros, constitui um acto de *angariação de clientela* que atenta contra a dignidade da profissão de advogado, ferindo o principio deontológico previsto na *al*. *h*) do *n.º 2* do *art. 90.º* do EOA.

À próxima sessão plenária do C. Geral.

Tavira, aos 22 de Abril de 2022

A Relatora,
Maria Emília Morais Carneiro

Aprovado em Reunião do Conselho Geral de 29 de Abril de 2022.

ORDEM DOS ADVOGADOS

DELIBERAÇÃO N.º 84/2023

Alteração do Regulamento Financeiro da Ordem dos Advogados.

O Conselho Geral da Ordem dos Advogados reunido em sessão plenária de 27 de setembro de 2022, ao abrigo do disposto na alínea *h*), do n.º 1, do artigo 46.º do Estatuto da Ordem dos Advogados (EOA), aprovado pela Lei n.º 145/2015, de 9 de setembro, deliberou aprovar as seguintes alterações ao Regulamento Financeiro da Ordem dos Advogados — Regulamento n.º 926/2021, publicado no *Diário da República*, 2.ª série, n.º 206, de 22 de outubro de 2021:

Artigo 1.º

Normas alteradas

Os artigos 1.º, 4.º, 7.º, 10.º, 12.º, 13.º, 15.º, 16.º, 18.º, 19.º, 20.º, 21.º, 22.º, 23.º, 29.º, 30.º, 31.º, 32.º 35.º, 36.º, 37.º, 39.º e 41.º do Regulamento Financeiro da Ordem dos Advogados, Regulamento n.º 926/2021, publicado no *Diário da República*, 2.ª série, n.º 206, de 22 de outubro de 2021, passam a ter a seguinte redação:

«**Artigo 1.º**

[...]

1 — O presente regulamento define as normas relativas à obtenção de receitas e realização de despesas, as regras orçamentais, contabilísticas e financeiras, bem como as normas de reporte a serem aplicadas à atividade corrente da Ordem dos Advogados (OA) e as competências dos órgãos decisores.

2 — …

3 — …

Artigo 4.º

[...]

1 — A contabilidade é processada através de um sistema informático centralizado, integrado e único, que engloba o Conselho Geral, os Conselhos Regionais e, através destes, as Delegações, e que reside em infraestrutura informática gerida pelo Conselho Geral.

2 — A integração dos dados contabilísticos é efetuada em tempo real, por forma a proporcionar informação adequada e real, em cada momento, aos órgãos de gestão da OA.

3 — O Bastonário, com o poder de delegar, é responsável pela seleção da aplicação informática e pela definição:

a) De normas de acesso ao sistema informático e perfis de utilizadores;

b) De políticas de segurança de dados e de reposição do sistema;

c) De políticas de gestão da infraestrutura que suporta o sistema.

4 — …

Artigo 7.º

[...]

Nos termos do EOA, o Orçamento da OA é integrado pelos orçamentos dos seguintes órgãos cuja proposta tenha sido aprovada em sede das respetivas assembleias:

a) Conselho Geral;

b) Conselhos Regionais.

Artigo 10.º

[...]

1 — …

2 — Os orçamentos dos órgãos da OA compreendem todas as receitas e despesas do respetivo órgão.

Artigo 12.º

[...]

O Orçamento da OA e os orçamentos que o integram devem conter informação transparente, abrangente e compreensível, que permita avaliar, com fiabilidade, a posição financeira e os custos e benefícios das atividades dos órgãos.

Artigo 13.º

[...]

1 — O orçamento da OA e os orçamentos que integram o Orçamento da OA assumem o método de gerência.

2 — Excetuam-se do disposto no n.º 1, ao nível das receitas, o pagamento antecipado previsto para as quotizações dos Associados no Regulamento das Quotas de Advogados, e ao nível das despesas, as que estiverem cabimentadas até ao fim do exercício a que o orçamento diz respeito.

3 — O orçamento de cada órgão deve refletir todas as despesas que digam respeito a esse órgão.

4 — A elaboração dos orçamentos que integram o Orçamento da OA está sujeita às seguintes limitações:

a) As despesas de investimento das Delegações a amortizar em mais de três só podem ser inscritas em orçamento a propor se, previamente, autorizadas pelo Conselho Regional;

b) As despesas de investimento dos Conselhos Regionais a amortizar em mais de cinco anos relativas a bens imóveis só podem ser inscritas em orçamento a propor se, previamente, autorizadas pelo Conselho Geral.

5 — As despesas de investimento plurianuais serão previstas, nos orçamentos de cada ano, na proporção em que estiver prevista a sua liquidação.

6 — A elaboração dos orçamentos que integram o Orçamento da OA está sujeita às seguintes regras:

a) De forma a garantir o equilíbrio do Orçamento da OA, cada Conselho Regional que elabore um orçamento deficitário tem de apresentar ao Conselho Geral o respetivo mapa do seu orçamento integrado com uma explicação detalhada das maiores despesas previstas e das despesas extraordinárias em relação aos anos anteriores, antes da aprovação desse orçamento pelo respetivo Conselho Regional, e com a antecedência mínima de 20 (vinte) dias face à data marcada para a realização da Assembleia Regional e antes da sua publicação;

b) O orçamento dos Conselhos de Deontologia é apresentado para aprovação da Assembleia Regional antes da publicação e apresentação do orçamento do Conselho Regional;

c) Caso exista diferença entre as receitas previstas no orçamento aprovado do Conselho de Deontologia e a dotação desse órgão no Orçamento aprovado do Conselho Regional, prevalece o valor do segundo com ajuste, em proporção, de todas as rúbricas do primeiro.

d) Caso o orçamento de uma Delegação não seja apresentado para aprovação da Assembleia Regional antes da publicação e apresentação do orçamento do Conselho Regional até ao limite do prazo, ou não cumpra o disposto nos números anteriores do presente artigo, para efeitos de integração no Orçamento Regional será considerado o último orçamento aprovado, com exceção da receita de quotas, em que será considerado o valor previsto pelo Conselho Geral para o orçamento daquele ano;

e) Caso o orçamento de um Conselho Regional não seja aprovado pela respetiva Assembleia Regional até ao limite do prazo, ou não cumpra o disposto nos números anteriores do presente artigo, para efeitos de integração no Orçamento da OA será considerado o último orçamento aprovado, com exceção da receita de quotas, em que será considerado o valor previsto pelo Conselho Geral para o orçamento daquele ano.

Artigo 15.º

[...]

O recurso a aplicações financeiras com qualquer componente de risco, salvo depósitos à ordem e a prazo, está vedado a todos os órgãos da OA.

Artigo 16.º

[...]

1 — …

2 — …

3 — Após adjudicação da despesa, deve ser devidamente registado, na contabilidade orçamental, o movimento da cativação, conforme definido no n.º 4 do artigo 33.º deste regulamento, pelo valor efetivamente adjudicado.

4 — O processo de cabimento assegura que uma dotação orçamental reservada para determinada despesa fique indisponível para outra utilização, salvo anulação desse cabimento.

5 — …

6 — …

7 — …

Artigo 18.º

[...]

1 — Para a realização de despesa que não esteja, parcial ou totalmente, orçamentada, o órgão competente para a autorizar, ou outro órgão com poderes delegados, tem que autorizar a transferência de verbas de rubrica, mas apenas se ficar demonstrado, mediante justificação expressa no sistema informático a que se faz menção no artigo 4.º do presente Regulamento, que a verba orçamentada para a rubrica com excedente não se mostra necessária ou se prevê que não virá a ser utilizada, não podendo encontrar-se de forma alguma comprometida por contrato ou instrumento equivalente.

2 — Em casos excecionais, e apenas quando não for possível recorrer à alteração orçamental permutativa descrita no número anterior, pode ser autorizada, nos mesmos termos do mesmo número anterior, a verba do excedente orçamental, desde que devidamente fundamentada e com a justificação expressa no sistema informático a que se faz menção no artigo 4.º do presente Regulamento.

3 — No caso das Delegações, o recurso ao mecanismo de alteração orçamental modificativa que se faz referência no número anterior, e a fundamentação apresentada para o efeito, é controlado pelo Conselho Regional da área geográfica a que a Delegação pertence.

Artigo 19.º

Regras para Auxílio Financeiro do Conselho Geral

1 — …

2 — O auxílio financeiro é efetuado em função da execução orçamental do Conselho Regional que o solicita, ou seja, de necessidades efetivas e não meramente previsionais.

3 — O pedido de auxílio financeiro, e o valor do mesmo, deve vir devidamente justificado pelo Conselho Regional, bem como obrigatoriamente acompanhado pela execução orçamental até à data do pedido.

Artigo 20.º

[...]

1 — …

2 — O plano de atividades deve constar de uma relação das atividades a desenvolver e a sua calendarização, e devem ter correspondência com rubricas orçamentais concretas ou a menção de ausência de necessidade de despesa.

3 — …

Artigo 21.º

[...]

1 — …

2 — São princípios da informação financeira e fiscal a prestar:

a) …

b) …

c) …

d) …

e) …

f) …

Artigo 22.º

Responsáveis Financeiros

1 — São responsáveis financeiros da OA o Contabilista Certificado, nos termos de legislação própria, e os órgãos da OA, nos termos do EOA.

2 — São atribuições estatutárias do Contabilista Certificado da Entidade Ordem dos Advogados:

a) …

b) …

c) Acompanhamento dos inventários;

d) Acompanhamento e controlo do cadastro de ativos;

e) Controlo das conferências de contas, designadamente das reconciliações bancárias;

f) Assegurar o cumprimento integral das obrigações fiscais declarativas da OA, nomeadamente, declaração de rendimentos em sede de IRC, declaração periódica de IVA, declaração anual de rendimentos pagos ou colocados à disposição pela OA, em sede de IRS e IRC;

g) Responsabilidade pela regularidade contabilística e fiscal da OA perante os seus órgãos, bem como, perante as autoridades administrativas.

3 — São atribuições complementares do Contabilista Certificado da Entidade Ordem dos Advogados:

a) Conceção dos modelos de demonstrações contabilísticas de utilização uniforme na informação interna geral, designadamente das que reportam informação a prestar quanto às contribuições e impostos das demonstrações financeiras previstas no normativo contabilístico aplicável à OA;

b) Verificação da observância das regras da faturação dos órgãos da OA;

c) Acompanhamento do processo de remunerações dos funcionários e colaboradores afetos aos diversos órgãos da OA;

d) Integração, a nível nacional, dos orçamentos, contas e relatórios anuais das estruturas locais, regionais e nacionais da Ordem dos Advogados;

e) Verificação contabilística e financeira das quotizações dos associados da OA.

4 — São atribuições dos órgãos da OA, nos termos do EOA:

a) Proceder à organização contabilística da OA;

b) Proceder à contabilização de receitas e despesas, sendo estas últimas alvo de cabimento;

c) Proceder ao controlo de contas correntes;

d) Proceder ao controlo de todas as contas bancárias, titulares com capacidade de movimentação e seu relato adequado;

e) Proceder ao controlo de saldos de caixa e equivalentes de caixa;

f) Manter uma monitorização apertada da execução orçamental e do seu reporte;

g) Assegurar o nível de endividamento e a constituição de saldo orçamental positivo ou nulo;

h) Proceder ao controlo de cadastro de bens afetos através da sua verificação física anual e etiquetagem física;

i) Proceder ao controlo das existências em "stock", sua rotação e respetivo inventário;

j) Proceder ao arquivo de toda a documentação contabilística;

k) Proceder à reconciliação bancária e "follow-up" dos itens em aberto.

5 — É da responsabilidade de cada órgão da OA a verificação, registo e apuramento dos respetivos impostos, nomeadamente, no que diz respeito ao IVA, às retenções na fonte de rendimentos de trabalho dependente e independente, rendimentos prediais e Segurança Social.

Artigo 23.º

Dívidas de e a terceiros e Caixa e seus Equivalentes

1 — …

a) As dívidas de clientes e as outras dívidas de terceiros são reconhecidas pelo seu valor nominal, deduzido de eventuais perdas de imparidade;

b) …

c) …

2 — …

3 — …

4 — …

5 — …

6 — …

Artigo 29.º

Ativos Fixos Tangíveis e Ativos Intangíveis

1 — As aquisições de bens do ativo fixo tangível e do ativo intangível podem ser efetuadas pelo Conselho Geral ou pelos Conselhos Regionais, nos termos do EOA.

2 — A OA mantém permanentemente atualizado o inventário dos bens do ativo fixo tangível e do ativo intangível da sua propriedade, cabendo a cada Conselho registar e manter atualizado os bens que adquire ou que lhes estão afetos.

3 — Todos os bens do ativo fixo tangível e do ativo intangível deverão evidenciar etiquetas de identificação dos mesmos face aos registos de inventário existentes no Conselho Geral ou nos Conselhos Regionais.

4 — Os bens do ativo fixo tangível e do ativo intangível são objeto de verificação física periódica, de modo a assegurar que os bens efetivamente existem e aquilatar da sua operacionalidade.

Artigo 30.º

[...]

1 — Os inventários são constituídos por mercadorias referentes a um conjunto de artigos que a OA vende aos seus associados.

2 — …

3 — …

4 — …

5 — …

6 — …

Artigo 31.º

[...]

1 — …

2 — …

3 — …

4 — …

5 — Em caso de pagamento de quotas antecipado, nos termos permitidos pelos regulamentos a que se refere o n.º 2, o produto das mesmas deve ser atribuído ao Conselho Regional em que o Advogado ou Sociedade de Advogados esteja inscrito à data do recebimento.

Artigo 32.º

[...]

1 — …

2 — A sua utilização deve ser excecional, tendo como limite máximo € 250 por despesa.

3 — …

4 — …

5 — …

6 — …

Artigo 35.º

[...]

1 — A OA pode abonar com ajudas de custo e ajudas de deslocação, os membros dos seus órgãos, das suas comissões e dos seus institutos, que se tenham que deslocar, ao serviço da OA, no âmbito das suas competências e atribuições, nos limites da sua disponibilidade orçamental.

2 — …

3 — As despesas de alimentação correspondem ao valor da despesa comprovadamente feita pelo abonado em almoço e jantar, e desde que se encontre em deslocação ao serviço da OA e esta não tenha fornecido refeição.

4 — As despesas de alimentação a abonar têm como limite máximo € 25,00 por refeição, em caso de deslocações em território nacional, e € 60,00, em caso de deslocações no estrangeiro.

5 — As despesas de estadia são, de forma preferencial, adquiridas através da entidade competente para proceder às compras do órgão responsável pela despesa e são pagas diretamente ao fornecedor da estadia pelo órgão.

6 — No caso de não ser possível efetuar a aquisição diretamente através da entidade referida no número anterior, podem as despesas ser reembolsadas ao abonado, mediante apresentação de comprovativo contabilístico da despesa, tendo aí como limite máximo o custo de estadia que teria tido, nesse dia, a contratação efetuada nos termos do n.º 5.

7 — Excecionalmente, o número anterior pode não ser aplicado às estadias que decorram de situação urgente e imprevisível, que não permitam a aquisição através da entidade competente para proceder às compras do órgão responsável pela despesa.

8 — A situação prevista no número anterior tem de ser devidamente justificada, estando esta justificação dependente de aceitação pelo órgão competente para autorizar a despesa.

9 — As despesas de estadia só serão devidas se o abonado tiver que pernoitar, ao serviço da OA, fora do concelho do seu domicílio profissional ou dos concelhos limítrofes.

10 — Nas viagens de avião, o limite da ajuda de custo é o valor da viagem realizada em classe económica ou turística, salvo as deslocações do Bastonário e dos Presidentes dos Conselhos Regionais, que tem como limite o valor da viagem em classe executiva ou primeira classe.

11 — As viagens referidas no número anterior são obrigatoriamente contratadas pela entidade responsável pelas compras.

12 — Nas deslocações em viatura própria, a abonação é feita por km, no mesmo valor que sejam abonados os servidores do Estado, sendo contabilizados os km entre o domicílio profissional do abonado e o destino, pelo caminho mais rápido.

Artigo 36.º

[...]

1 — Só podem ser abertas e mantidas contas bancárias pelo Conselho Geral, pelos Conselhos Regionais e pelas Delegações, nos termos dos artigos seguintes.

2 — …

3 — …

4 — Em caso de abertura de conta bancária ou alteração de titulares das contas bancárias, esta tem de ser reportada ao Conselho Geral e ao respetivo Conselho Regional, pelos titulares, para efeitos do n.º 2, no prazo de cinco dias úteis, sob pena de eventual responsabilidade financeira.

5 — …

Artigo 37.º

[...]

1 — O Conselho Geral só poderá ter contas em quatro instituições bancárias.

2 — Cada Conselho Regional só poderá ter contas em três instituições bancárias diferentes.

3 — Cada Delegação só poderá ter uma conta numa instituição bancária.

4 — As contas são abertas e encerradas com a assinatura do presidente do órgão e do Vogal Tesoureiro.

5 — A abertura e manutenção de conta bancária deve ser objeto de avaliação do volume anual de recursos a tramitar não devendo ser aberta ou mantida se o volume exceder os custos da sua manutenção e relato de extratos ou certidões, devendo ser avaliada a possibilidade de ser substituída pela constituição de fundos de maneio.

6 — O presidente do órgão é responsável por promover o encerramento de todas as contas do órgão que não estejam de acordo com os números anteriores do presente artigo, nos primeiros 180 dias do mandato ou nos 180 dias iniciais da vigência do presente regulamento.

Artigo 39.º

[...]

1 — …

2 — Para a seleção do adjudicatário, devem ser preferencialmente consultadas, pelo menos, 3 entidades distintas que efetivamente forneçam os bens ou prestem os serviços a adquirir.

Artigo 41.º

[...]

1 — …

2 — A centralização é obrigatória quando, pela natureza dos bens ou serviços a adquirir, a aquisição efetuada separadamente pelos diferentes órgãos não assegure devidamente a necessidade da OA, o que ocorre nas seguintes categorias de bens e serviços:

a) Seguro de Saúde dos funcionários da OA;

b) Seguro de Acidentes de Trabalho dos funcionários da OA;

c) Serviços de Saúde e Segurança no Trabalhos da OA;

d) Agenda do Advogado.

3 — …

4 — …»

Artigo 2.º

Normas aditadas

São aditados ao Regulamento Financeiro da Ordem dos Advogados, Regulamento n.º 926/2021, publicado no Diário da República, 2.ª série, n.º 206, de 22 de outubro de 2021, os artigos seguintes:

«**Artigo 16.º-A**

Utilização de Reservas Próprias

1 — Excecionalmente, e apenas se esgotadas as alterações orçamentais previstas no artigo 18.º do presente Regulamento, podem ser utilizadas as reservas próprias do órgão para fazer face a despesas que não tenham cabimento orçamental, desde que devidamente fundamentada e com a justificação expressa no sistema informático a que se faz menção no artigo 4.º do presente Regulamento.

2 — No caso das Delegações, o recurso a este mecanismo tem de ser previamente autorizado pelo Conselho Regional da área geográfica a que a Delegação pertence.

3 — A autorização a que se faz referência no número anterior tem de ficar expressa no sistema informático referido no n.º 1.

Artigo 18.º-A

Arredondamentos

Podem ser efetuados arredondamentos em despesas que, em sede de registo da obrigação, ultrapassem o valor do respetivo cabimento devidamente autorizado, até ao máximo de € 0,05».

Artigo 3.º

Norma revogada

É revogado o artigo 14.º do Regulamento Financeiro da Ordem dos Advogados, Regulamento n.º 926/2021, publicado no Diário da República, 2.ª série, n.º 206, de 22 de outubro de 2021.

Artigo 4.º

Republicação

Em anexo, é republicado o Regulamento Financeiro da Ordem dos Advogados, Regulamento n.º 926/2021, publicado no Diário da República, 2.ª série, n.º 206, de 22 de outubro de 2021, incluindo as modificações introduzidas pela presente Deliberação.

27 de dezembro de 2022

O Presidente do Conselho Geral
Prof. Doutor Luís Menezes Leitão

ANEXO
Regulamento Financeiro da Ordem dos Advogados

CAPÍTULO I
Disposições Gerais

Artigo 1.º
Objeto e Âmbito de Aplicação

1 — O presente regulamento define as normas relativas à obtenção de receitas e realização de despesas, as regras orçamentais, contabilísticas e financeiras, bem como as normas de reporte a serem aplicadas à atividade corrente da Ordem dos Advogados (OA) e as competências dos órgãos decisores.

2 — O regulamento aplica -se às diferentes estruturas que compõem a OA (Nacionais, Regionais e Locais).

3 — Este regulamento não impede que sejam emitidos, pelo Conselho Geral, outros documentos com informação complementar, por forma a definir procedimentos específicos associados às normas nele contidas.

Artigo 2.º
Enquadramento Legal

As normas definidas no presente regulamento encontram -se estruturadas com base nas seguintes disposições normativas:

a) Lei n.º 2/2013, de 10 de janeiro — que estabelece o regime jurídico de criação, organização e funcionamento das associações públicas;

b) Estatuto da Ordem dos Advogados (EOA), aprovado pela Lei n.º 145/2015, de 9 de setembro.

Artigo 3.º
Regime Contabilístico

1 — A contabilidade das entidades abrangidas pelo presente regulamento rege -se pelo regime da normalização contabilística para as entidades do setor não lucrativo (ESNL), que integra o Sistema de Normalização Contabilística, e pelas normas previstas na Lei n.º 2/2013, de 10 de janeiro.

2 — Quaisquer lançamentos contabilísticos, incluindo as correções e ajustamentos contabilísticos, são apoiados em documentos de suporte, comprovativos dos movimentos efetuados.

3 — O Código de Contas da contabilidade geral adotado para a OA (Conselho Geral, Conselhos Regionais e Delegações) é uniforme.

4 — A contabilidade das estruturas Regionais e Locais da OA será fechada e reportada ao Conselho Geral nos prazos estabelecidos no artigo 182.º do EOA.

Artigo 4.º

Sistema Informático

1 — A contabilidade é processada através de um sistema informático centralizado, integrado e único, que engloba o Conselho Geral, os Conselhos Regionais e, através destes, as Delegações, e que reside em infraestrutura informática gerida pelo Conselho Geral.

2 — A integração dos dados contabilísticos é efetuada em tempo real, por forma a proporcionar informação adequada e real, em cada momento, aos órgãos de gestão da OA.

3 — O Bastonário, com o poder de delegar, é responsável pela seleção da aplicação informática e pela definição:

a) de normas de acesso ao sistema informático e perfis de utilizadores;

b) de políticas de segurança de dados e de reposição do sistema;

c) de políticas de gestão da infraestrutura que suporta o sistema.

4 — As senhas de acesso à rede e às diversas aplicações são individuais e intransmissíveis, devendo ser alteradas periodicamente.

Artigo 5.º

Receitas

Constituem receitas da OA:

a) As quotas, fixadas regularmente, pagas pelos Advogados;

b) As quotas, fixadas regularmente, pagas pelas Sociedades de Advogados;

c) O produto de taxas, emolumentos e serviços devidos por atos praticados pela OA;

d) As receitas de procuradoria legalmente devidas;

e) O produto de atividade comercial da OA;

f) Os donativos de pessoas singulares;

g) O produto de heranças e legados, de rendimentos provenientes do seu património e de empréstimos;

h) Subsídios ou transferências decorrentes de projetos comunitários, nacionais ou outros de que a Ordem faça parte;

i) Outras receitas previstas na Lei ou no EOA.

Artigo 6.º
Instrumentos de Gestão

A OA tem como instrumentos de gestão:
a) Orçamento;
b) Execução Orçamental;
c) Plano de Atividades;
d) Relatório de Atividades;
e) Plano de Investimento;
f) Contas previstas no SNC;
g) Relatório de Gestão;
h) Mapa de Pessoal;
i) Balanço Social;
j) Plano de Gestão de Riscos;
k) Outros instrumentos previstos na Lei ou no EOA que lhe sejam aplicáveis.

CAPÍTULO II
Gestão Orçamental

SECÇÃO I
Orçamento

Artigo 7.º
Orçamento da OA

Nos termos do EOA, o Orçamento da OA é integrado pelos orçamentos dos seguintes órgãos cuja proposta tenha sido aprovada em sede das respetivas assembleias:
a) Conselho Geral;
b) Conselhos Regionais.

SECÇÃO II
Princípios Orçamentais

Artigo 8.º
Princípios Orçamentais

A elaboração e execução do Orçamento da OA e dos orçamentos dos órgãos que o integram está sujeita aos seguintes princípios:

a) Anualidade e Equidade Intergeracional;
b) Universalidade e Unidade Orçamental;
c) Equilíbrio, Estabilidade e Sustentabilidade Orçamental;
d) Transparência orçamental.

Artigo 9.º
Princípios da Anualidade e Equidade

1 — O Orçamento da OA e todos os orçamentos que o integram são elaborados e executados anualmente, de acordo com o ano civil, e devem incluir todas as receitas a cobrar e todas as despesas a realizar durante o ano, independentemente do momento em que, juridicamente, tenha nascido o direito a cobrar as receitas e o dever de pagar as despesas.

2 — Na elaboração e execução do Orçamento da OA e dos orçamentos que o integram, a assunção de compromissos plurianuais tem de assegurar que a distribuição dos custos e benefícios é feita de forma equilibrada entre gerações.

Artigo 10.º
Princípios da Universalidade e Unidade

1 — O Orçamento da OA integra todas as receitas e despesas dos órgãos que compõem a OA.

2 — Os orçamentos dos órgãos da OA compreendem todas as receitas e despesas do respetivo órgão.

Artigo 11.º
Princípios do Equilíbrio, Estabilidade e Sustentabilidade

1 — O Orçamento da OA tem de ser equilibrado e sustentável, pelo que todas as despesas previstas têm de estar cobertas pelas receitas previsíveis.

2 — De forma a contribuir para o equilíbrio e sustentabilidade do Orçamento da OA, os órgãos competentes para a elaboração e execução dos orçamentos que integram o Orçamento da OA, têm de tomar todas as medidas necessárias para tentar alcançar um saldo orçamental o mais equilibrado possível ou excedentário.

Artigo 12.º
Princípio da Transparência

O Orçamento da OA e os orçamentos que o integram devem conter informação transparente, abrangente e compreensível, que permita avaliar,

com fiabilidade, a posição financeira e os custos e benefícios das atividades dos órgãos.

SECÇÃO III
Regras Orçamentais

Artigo 13.º
Elaboração do Orçamento

1 — O orçamento da OA e os orçamentos que integram o Orçamento da OA assumem o método de gerência.

2 — Excetuam-se do disposto no n.º 1, ao nível das receitas, o pagamento antecipado previsto para as quotizações dos Associados no Regulamento das Quotas de Advogados, e ao nível das despesas, as que estiverem cabimentadas até ao fim do exercício a que o orçamento diz respeito.

3 — O orçamento de cada órgão deve refletir todas as despesas que digam respeito a esse órgão.

4 — A elaboração dos orçamentos que integram o Orçamento da OA está sujeita às seguintes limitações:

a) As despesas de investimento das Delegações a amortizar em mais de três só podem ser inscritas em orçamento a propor se, previamente, autorizadas pelo Conselho Regional;

b) As despesas de investimento dos Conselhos Regionais a amortizar em mais de cinco anos relativas a bens imóveis só podem ser inscritas em orçamento a propor se, previamente, autorizadas pelo Conselho Geral.

5 — As despesas de investimento plurianuais serão previstas, nos orçamentos de cada ano, na proporção em que estiver prevista a sua liquidação.

6 — A elaboração dos orçamentos que integram o Orçamento da OA está sujeita às seguintes regras:

a) De forma a garantir o equilíbrio do Orçamento da OA, cada Conselho Regional que elabore um orçamento deficitário tem de apresentar ao Conselho Geral o respetivo mapa do seu orçamento integrado com uma explicação detalhada das maiores despesas previstas e das despesas extraordinárias em relação aos anos anteriores, antes da aprovação desse orçamento pelo respetivo Conselho Regional, e com a antecedência mínima de 20 (vinte) dias face à data marcada para a realização da Assembleia Regional e antes da sua publicação;

b) O orçamento dos Conselhos de Deontologia é apresentado para aprovação da Assembleia Regional antes da publicação e apresentação do orçamento do Conselho Regional;

c) Caso exista diferença entre as receitas previstas no orçamento aprovado do Conselho de Deontologia e a dotação desse órgão no Orçamento aprovado do Conselho Regional, prevalece o valor do segundo com ajuste, em proporção, de todas as rúbricas do primeiro.

d) Caso o orçamento de uma Delegação não seja apresentado para aprovação da Assembleia Regional antes da publicação e apresentação do orçamento do Conselho Regional até ao limite do prazo, ou não cumpra o disposto nos números anteriores do presente artigo, para efeitos de integração no Orçamento Regional será considerado o último orçamento aprovado, com exceção da receita de quotas, em que será considerado o valor previsto pelo Conselho Geral para o orçamento daquele ano;

e) Caso o orçamento de um Conselho Regional não seja aprovado pela respetiva Assembleia Regional até ao limite do prazo, ou não cumpra o disposto nos números anteriores do presente artigo, para efeitos de integração no Orçamento da OA será considerado o último orçamento aprovado, com exceção da receita de quotas, em que será considerado o valor previsto pelo Conselho Geral para o orçamento daquele ano.

Artigo 14.º

Recursos a Empréstimos

(Revogado).

Artigo 15.º

Recursos a Aplicações Financeiras

O recurso a aplicações financeiras com qualquer componente de risco, salvo depósitos à ordem e prazo, está vedado a todos os órgãos da OA.

Artigo 16.º

Regras para a Execução Orçamental

1 — As regras para a execução orçamental de despesas têm de ser conformes com o circuito cronológico da despesa, nos termos definidos no artigo 33.º do presente regulamento, relativo aos procedimentos para realização de despesa.

2 — Todas as despesas, correntes ou de investimento, só podem ser realizadas se estiverem orçamentadas e haja a garantia de que as mesmas

têm cabimentação à data da sua realização, tendo este movimento de cabimentação de ser devidamente registado na contabilidade orçamental.

3 — Após adjudicação da despesa, deve ser devidamente registado, na contabilidade orçamental, o movimento da cativação, conforme definido no n.º 4 do artigo 33.º deste regulamento, pelo valor efetivamente adjudicado.

4 — O processo de cabimento assegura que uma dotação orçamental reservada para determinada despesa fique indisponível para outra utilização, salvo anulação desse cabimento.

5 — Excetuam-se do disposto no número anterior, o diferencial excedente entre o valor cabimentado e o cativado, que, após a cativação, voltam a estar disponíveis para utilização.

6 — Sempre que da análise sistemática da execução orçamental dos orçamentos que integram o Orçamento da OA, os serviços financeiros dos respetivos órgãos concluam que a previsão orçamental das receitas não se irá realizar, deve proceder-se à análise das despesas ainda por realizar e avaliar a possibilidade de, na mesma proporção da perda das receitas, identificar as despesas que possam ser não realizadas, de modo a garantir o equilíbrio orçamental.

7 — Nas circunstâncias referidas no número anterior, as despesas selecionadas que não serão realizadas serão objeto de reserva para evitar a sua cabimentação em despesas por lapso.

Artigo 16.º-A

Utilização de Reservas Próprias

1 — Excecionalmente, e apenas se esgotadas as alterações orçamentais previstas no artigo 18.º do presente Regulamento, podem ser utilizadas as reservas próprias do órgão para fazer face a despesas que não tenham cabimento orçamental, desde que devidamente fundamentada e com a justificação expressa no sistema informático a que se faz menção no artigo 4.º do presente Regulamento.

2 — No caso das Delegações, o recurso a este mecanismo tem de ser previamente autorizado pelo Conselho Regional da área geográfica a que a Delegação pertence.

3 — A autorização a que se faz referência no número anterior tem de ficar expressa no sistema informático referido no n.º 1.

Artigo 17.º

Regime de Duodécimos

1 — Caso o orçamento do Conselho Geral ou o Orçamento da OA não seja aprovado pela Assembleia Geral até ao limite do prazo, será con-

siderado, para efeitos da gestão orçamental de todos os órgãos, o último Orçamento da OA aprovado, com as alterações orçamentais executadas, que será executado em regime de duodécimos.

2 — Aquando da aprovação do orçamento da OA, se fora do limite do prazo, já com o ano a que se refere a decorrer, haverá que acautelar a alteração de verbas de rubrica necessárias à cobertura das despesas que possam não ter sido acauteladas neste, dado terem sido autorizadas à luz do orçamento transposto do ano anterior.

3 — Por natureza da receita da OA, à execução orçamental das receitas não é aplicável o regime de duodécimos.

Artigo 18.º

Regras de Alteração Orçamental

1 — Para a realização de despesa que não esteja, parcial ou totalmente, orçamentada, o órgão competente para a autorizar, ou outro órgão com poderes delegados, tem que autorizar a transferência de verbas de rubrica, mas apenas se ficar demonstrado, mediante justificação expressa no sistema informático a que se faz menção no artigo 4.º do presente Regulamento, que a verba orçamentada para a rubrica com excedente não se mostra necessária ou se prevê que não virá a ser utilizada, não podendo encontrar-se de forma alguma comprometida por contrato ou instrumento equivalente.

2 — Em casos excecionais, e apenas quando não for possível recorrer à alteração orçamental permutativa descrita no número anterior, pode ser autorizada, nos mesmos termos do mesmo número anterior, a verba do excedente orçamental, desde que devidamente fundamentada e com a justificação expressa no sistema informático a que se faz menção no artigo 4.º do presente Regulamento.

3 — No caso das Delegações, o recurso ao mecanismo de alteração orçamental modificativa que se faz referência no número anterior, e a fundamentação apresentada para o efeito, é controlado pelo Conselho Regional da área geográfica a que a Delegação pertence.

Artigo 18.º-A

Arredondamentos

Podem ser efetuados arredondamentos em despesas que, em sede de registo da obrigação, ultrapassem o valor do respetivo cabimento devidamente autorizado, até ao máximo de € 0,05.

SECÇÃO IV
Auxílio Financeiro

Artigo 19.º
Regras para Auxílio Financeiro do Conselho Geral

1 — Nos termos do n.º 7 do artigo 180.º do EOA, o Conselho Geral pode prestar, dentro das suas possibilidades, auxílio financeiro aos Conselhos Regionais, quando devidamente justificada a sua necessidade.

2 — O auxílio financeiro é efetuado em função da execução orçamental do Conselho Regional que o solicita, ou seja, de necessidades efetivas e não meramente previsionais.

3 — O pedido de auxílio financeiro, e o valor do mesmo, deve vir devidamente justificado pelo Conselho Regional, bem como obrigatoriamente acompanhado pela execução orçamental até à data do pedido.

SECÇÃO V
Instrumentos Previsionais

Artigo 20.º
Outros Instrumentos Previsionais

1 — Para além do Orçamento, são instrumentos previsionais dos órgãos com competências financeiras da OA:

a) O Plano de Atividades;

b) O Plano de Investimentos.

2 — O plano de atividades deve constar de uma relação das atividades a desenvolver e a sua calendarização, e devem ter correspondência com rubricas orçamentais concretas ou a menção de ausência de necessidade de despesa.

3 — O plano de investimentos deve constar de uma relação de todos os investimentos previstos no orçamento cuja despesa associada ultrapasse o ano correspondente, com a respetiva fundamentação, previsão de custos, respetivos prazos, e prazo de amortização.

CAPÍTULO III
Gestão Financeira e Contabilidade

SECÇÃO I
Disposições Gerais

Artigo 21.º
Informação Financeira e Fiscal

1 — A Entidade Contabilista prestadora de contas no âmbito do presente regulamento é a Ordem dos Advogados, e concorrem para essa entidade todos os órgãos previstos nos seus Estatutos.

2 — São princípios da informação financeira e fiscal a prestar:

a) Continuidade;
b) Relevância e Fiabilidade;
c) Comparabilidade;
d) Acréscimo e Substância sobre a Forma;
e) Mensuração;
f) Materialidade e Análise Custo-Benefício.

Artigo 22.º
Responsáveis financeiros

1 — São responsáveis financeiros da OA o Contabilista Certificado, nos termos de legislação própria, e os órgãos da OA, nos termos do EOA.

2 — São atribuições estatutárias do Contabilista Certificado da Entidade Ordem dos Advogados:

a) Planeamento, conceção e atualização do plano de contabilidade da Ordem dos Advogados, em observância pelo normativo contabilístico e que lhe seja aplicável;
b) Controlo e manutenção do plano de contabilidade no que concerne à contabilidade geral, códigos de contas, criação de entidades e estrutura de códigos necessários às operações contabilísticas;
c) Acompanhamento dos inventários;
d) Acompanhamento e controlo do cadastro de ativos;
e) Controlo das conferências de contas, designadamente das reconciliações bancárias;
f) Assegurar o cumprimento integral das obrigações fiscais declarativas da OA, nomeadamente, declaração de rendimentos em sede de IRC, declaração periódica de IVA, declaração anual de rendi-

mentos pagos ou colocados à disposição pela OA, em sede de IRS e IRC;

g) Responsabilidade pela regularidade contabilística e fiscal da OA perante os seus órgãos, bem como, perante as autoridades administrativas.

3 — São atribuições complementares do Contabilista Certificado da Entidade Ordem dos Advogados:

a) Conceção dos modelos de demonstrações contabilísticas de utilização uniforme na informação interna geral, designadamente das que reportam informação a prestar quanto às contribuições e impostos das demonstrações financeiras previstas no normativo contabilístico aplicável à OA;

b) Verificação da observância das regras da faturação dos órgãos da OA;

c) Acompanhamento do processo de remunerações dos funcionários e colaboradores afetos aos diversos órgãos da OA;

d) Integração, a nível nacional, dos orçamentos, contas e relatórios anuais das estruturas locais, regionais e nacionais da Ordem dos Advogados;

e) Verificação contabilística e financeira das quotizações dos associados da OA

4 — São atribuições dos órgãos da OA, nos termos do EOA:

a) Proceder à organização contabilística da OA;

b) Proceder à contabilização de receitas e despesas, sendo estas últimas alvo de cabimento;

c) Proceder ao controlo de contas correntes;

d) Proceder ao controlo de todas as contas bancárias, titulares com capacidade de movimentação e seu relato adequado;

e) Proceder ao controlo de saldos de caixa e equivalentes de caixa;

f) Manter uma monitorização apertada da execução orçamental e do seu reporte;

g) Assegurar o nível de endividamento e a constituição de saldo orçamental positivo ou nulo;

h) Proceder ao controlo de cadastro de bens afetos através da sua verificação física anual e etiquetagem física;

i) Proceder ao controlo das existências em "stock", sua rotação e respetivo inventário;

j) Proceder ao arquivo de toda a documentação contabilística;

k) Proceder à reconciliação bancária e "follow-up" dos itens em aberto.

5 — É da responsabilidade de cada órgão da OA a verificação, registo e apuramento dos respetivos impostos, nomeadamente, no que diz respeito ao IVA, às retenções na fonte de rendimentos de trabalho dependente e independente, rendimentos prediais e Segurança Social.

SECÇÃO II
Contabilidade

Artigo 23.º
Reconhecimento e Mensuração

1 — O reconhecimento e mensuração, quer inicial, quer subsequente, de dívidas de e a terceiros, processa -se da seguinte forma:

a) As dívidas de clientes e as outras dívidas de terceiros são reconhecidas pelo seu valor nominal, deduzido de eventuais perdas de imparidade;

b) As perdas por imparidade são reconhecidas sempre que existir informação objetiva da incobrabilidade da dívida, ou probabilidade remota da sua recuperação, e são subsequentemente revertidas, caso os indicadores de imparidade diminuam ou desapareçam;

c) As dívidas a terceiros são objeto de análise da sua antiguidade, prevendo-se que possam ser desreconhecidas se demonstrada a sua prescrição.

2 — O caixa, e equivalentes de caixa, incluem caixa, depósitos bancários e outros investimentos de curto prazo, de liquidez elevada e com maturidade até um ano, desde que possam ser imediatamente realizáveis e sem perda de valor, assim como os descobertos bancários, quando existam.

3 — Os descobertos bancários são apresentados no balanço, no passivo corrente, na rubrica financiamentos obtidos, e são considerados na elaboração da demonstração dos fluxos de caixa, como caixa e equivalentes de caixa.

4 — Os montantes incluídos na conta depósitos a prazo correspondem aos valores aplicados a determinado prazo, variando, por regra, entre 90 dias e 180 dias.

5 — Os juros negociados e líquidos da retenção de impostos, podem ser renovados automaticamente, e creditados na conta depósitos à ordem, na data do respetivo vencimento.

6 — Os títulos negociáveis, e outras aplicações financeiras, são registados ao mais baixo do custo de aquisição ou de mercado.

Artigo 24.º

Ativos Não Correntes e Não Financeiros

1 — São ativos não correntes e não financeiros os ativos fixos tangíveis, os ativos intangíveis e as locações.

2 — Os ativos fixos tangíveis são reconhecidos e mensurados ao custo de aquisição, deduzido das amortizações acumuladas e de eventuais perdas por imparidade acumuladas, nos seguintes termos:

a) O custo de aquisição inclui o preço de compra do ativo, os impostos não dedutíveis, as despesas de transporte, de montagem e preparação do ativo até se encontrar em condições de utilização;

b) Os gastos subsequentes que aumentem a vida útil do bem, a sua capacidade de utilização, ou melhorem o desempenho dos ativos, são reconhecidos no custo dos mesmos;

c) Os gastos com as reparações e a manutenção de natureza corrente são reconhecidos como gastos do período em que ocorrem;

d) As depreciações são calculadas a partir do momento em que os ativos se encontram disponíveis para utilização, pelo método das quotas constantes, em base duodecimal, de acordo com a sua vida útil média, fixada para cada bem ou grupos homogéneos de bens;

e) Todos os cálculos incidem sobre o custo de aquisição, deduzido do valor residual, tido para cada bem;

f) As taxas de depreciação utilizadas correspondem às constantes na Tabela I, anexa ao presente regulamento, para efeitos de vida útil média estimada em anos;

g) Os valores residuais, e as vidas úteis esperadas, são revistos periodicamente e ajustados à data do balanço, para que as depreciações praticadas estejam em conformidade com os padrões de consumo dos ativos;

h) As alterações às vidas úteis são tratadas como uma alteração de estimativa contabilística e são aplicadas prospetivamente;

i) Havendo lugar a eventual revalorização de bens do ativo fixo tangível, após o reconhecimento inicial, adotar-se-á o método previsto na Norma Contabilística e de Relato Financeiro 7 da Comissão de Normalização Contabilística (NCRF) — Ativos Fixos Tangíveis;

j) Os bens considerados património histórico, artístico e cultural não são objeto de depreciação;

k) Os ganhos ou perdas resultantes do abate ou alienação dos ativos fixos tangíveis são reconhecidos e registados na demonstração de resultados, respetivamente, em "outros rendimentos" ou "outros gastos";
l) No caso de alienação de ativos fixos tangíveis, o valor de realização compreende a contrapartida recebida pela venda, troca de ativos ou indemnizações recebidas por sinistros;
m) A OA realiza testes de imparidade aos elementos do seu ativo fixo tangível, seguindo os critérios previstos na NCRF 12 — Imparidade de Ativos, com uma periodicidade de dois anos;
n) Os terrenos não são objeto de depreciação.

3 — Aos ativos intangíveis aplicam-se os critérios definidos no número anterior, com exceção dos previstos no ponto 8 da NCRF e com as seguintes especificidades:

a) O valor escriturado corresponde ao custo de aquisição menos as amortizações acumuladas e perdas por imparidade acumuladas;
b) O custo de aquisição compreende o preço da compra, acrescido de todos os gastos incorridos até à sua data de utilização;
c) Os ativos são amortizados pelo método das quotas constantes, em duodécimos, durante um período de 3 a 6 anos;
d) Sempre que existam indícios de perda de valor dos ativos intangíveis, são efetuados testes de imparidade, de forma a estimar o valor recuperável;
e) Os custos com a manutenção dos ativos intangíveis são reconhecidos como gastos do período;
f) Os ativos intangíveis compreendem essencialmente licenças de programas informáticos.

4 — As locações podem ser financeiras ou operacionais.

5 — São classificadas como locações financeiras as locações de ativos fixos tangíveis, relativamente aos quais a OA detém todos os riscos e benefícios inerentes à sua propriedade, independentemente da forma do contrato de locação.

6 — São também classificadas como locações financeiras os acordos em que a análise de uma ou mais situações particulares do contrato aponte para tal natureza, como no caso de a duração do contrato abranger a maior parte da vida útil esperada do ativo, ainda que o título de propriedade não tenha sido transferido.

7 — Todas as locações não financeiras são classificadas como locações operacionais e são reconhecidas como gasto em base linear durante o prazo de locação.

8 — As locações financeiras são capitalizadas no início da locação pelo menor valor entre o justo valor do ativo locado e o valor presente dos pagamentos mínimos da locação, cada um determinado à data de início do contrato.

9 — A dívida resultante de um contrato de locação financeira é registada líquida de encargos financeiros, na rubrica financiamentos obtidos.

10 — Os encargos financeiros incluídos na renda e o gasto de depreciação dos ativos locados são reconhecidos na demonstração dos resultados no período a que dizem respeito.

11 — Os ativos fixos tangíveis adquiridos através de locações financeiras são depreciados pelo menor entre o período de vida útil do ativo e o período da locação, quando a OA não tenha opção de compra no final do contrato, ou pelo período de vida útil estimado, quando a OA tenha a opção de adquirir os ativos no final do contrato.

Artigo 25.º

Provisões e Imparidades e Suas Reversões

1 — É constituída uma provisão sempre que a OA reconhece a existência de uma obrigação presente, legal ou construtiva, fruto de um evento passado, a qual exige o dispêndio de recursos, desde que o seu valor possa ser razoavelmente estimado.

2 — A avaliação das provisões a constituir resulta da articulação entre os serviços do Conselho Geral e outros órgãos no sentido de aferir se está assumida alguma responsabilidade que possa ser suscetível de fazer a OA incorrer em pagamentos ou perda de ativos no futuro por atos por si praticados.

3 — As provisões são revistas à data do balanço, de forma a transmitirem uma estimativa atual e fiável.

4 — Caso alguma das condições prevista nos números anteriores não seja cumprida, mantendo-se a possibilidade de afetar os exercícios futuros, a OA não reconhece um passivo contingente, mas promove a sua divulgação.

5 — Sempre que existirem ativos contingentes resultantes de eventos passados, mas cuja ocorrência depende de eventos futuros incertos, estes não são registados.

6 — Verificada uma imparidade de ativos, sempre que o valor recuperável de um ativo é inferior ao seu valor contabilístico, a OA avalia se a situação de perda assume um caráter permanente e definitivo.

7 — No caso de o caráter ser permanente e definitivo, é registada a respetiva perda por imparidade, a qual corresponde à diferença entre a

quantia escriturada e o valor presente dos fluxos de caixa futuros estimados descontados à taxa de retorno de mercado corrente para um ativo financeiro semelhante.

8 — No caso de a perda não ser considerada permanente e definitiva, não é reconhecida a imparidade, mas é feita a divulgação das razões que fundamentam essa conclusão.

9 — Se, subsequentemente se verificar que a quantia reconhecida como perda por imparidade diminuiu é feita a respetiva reversão, a qual será reconhecida na demonstração de resultados.

10 — Para a verificação de existência de evidência objetiva de que um ativo financeiro estar em imparidade, são considerados, entre outros, os seguintes principais eventos de perda:

a) Comprovada e significativa dificuldade financeira do devedor;
b) Quebra contratual traduzida no não pagamento ou amortização da dívida;
c) Probabilidade de o devedor entrar em insolvência ou em qualquer processo de reorganização financeira;
d) Alterações significativas, com efeitos adversos, que tenham ocorrido no ambiente tecnológico, de mercado, económico ou legal, em que o emitente opere.

Artigo 26.º
Referencial Contabilístico Aplicável

A Ordem dos Advogados está abrangida pelo normativo contabilístico aplicável às entidades do setor não lucrativo — Norma Contabilística e de Relato Financeiro para Entidades do Setor não Lucrativo (NCRF/ESNL) do Sistema de Normalização Contabilística, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 158/2009, de 13 de julho, alterado pelo Decreto-Lei n.º 98/2015, de 2 de junho, homologada pelo Despacho n.º 262/2015-XIX do Senhor Secretário de Estado dos Assuntos Fiscais, de 16 de julho de 2015, através do Aviso n.º 8259/2015, de 29 de julho, publicado na 2.ª série do Diário da República, n.º 146/2015, de 29 de julho.

Artigo 27.º
Reconciliação Bancária

1 — A reconciliação bancária é elaborada mensalmente, por um técnico, e é o instrumento pelo qual são conferidos todos os movimentos inscritos no extrato bancário, com o respetivo extrato da contabilidade, e apurados todos os movimentos bancários que não estão refletidos na contabilidade.

2 — Os movimentos divergentes devem ser os mais reduzidos possíveis, e, caso existam, deverão reportar-se ao mês anterior.

3 — O mapa da Reconciliação Bancária deve ser assinado pelos elementos que procederam à sua conferência e entregue ao Responsável do Departamento Financeiro, e ao Contabilista Certificado, devendo estes verificar e assinar.

4 — Todos os movimentos em aberto com período superior a dois meses devem ser objeto de proposta de atuação devidamente fundamentada e aprovada pelo órgão competente.

Artigo 28.º

Gastos

A realização de despesa tem de ser efetuada pelos órgãos competentes para autorizar despesa, nos termos definidos no EOA, ou por órgãos com competências delegadas, nos termos previstos no Código de Procedimento Administrativo.

Artigo 29.º

Ativos Fixos Tangíveis e Ativos Intangíveis

1 — As aquisições de bens do ativo fixo tangível e do ativo intangível podem ser efetuadas pelo Conselho Geral ou pelos Conselhos Regionais, nos termos do EOA.

2 — A OA mantém permanentemente atualizado o inventário dos bens do ativo fixo tangível e do ativo intangível da sua propriedade, cabendo a cada Conselho registar e manter atualizado os bens que adquire ou que lhes estão afetos.

3 — Todos os bens do ativo fixo tangível e do ativo intangível deverão evidenciar etiquetas de identificação dos mesmos face aos registos de inventário existentes no Conselho Geral ou nos Conselhos Regionais.

4 — Os bens do ativo fixo tangível e do ativo intangível são objeto de verificação física periódica, de modo a assegurar que os bens efetivamente existem e aquilatar da sua operacionalidade.

Artigo 30.º

Inventários

1 — Os inventários são constituídos por mercadorias referentes a um conjunto de artigos que a OA vende aos seus associados.

2 — Os inventários são reconhecidos ao custo de aquisição, o qual inclui todas as despesas suportadas com a compra, transportes e impostos não dedutíveis.

3 — As mercadorias são mensuradas ao custo de aquisição ou de mercado, dos dois o mais baixo, aplicando o custo médio como método de custeio.

4 — As perdas por imparidade de inventários são calculadas e registadas quando o valor realizável líquido for inferior ao valor custo registado e o seu registo será reconhecido na demonstração de resultados na rubrica "imparidade de inventários perdas/reversões".

5 — A avaliação da circunstância referida no número anterior é efetuada através da análise de rotação dos inventários e/ou dos preços de mercado verificados para estes.

6 — Caso se avalie necessário pelos custos administrativos de monitorização ou armazenagem, deve haver proposta fundamentada e autorizada pelo órgão competente de abate ou venda a valores mais baixos ou simbólicos de inventários na circunstância dos números anteriores.

SECÇÃO III
Gestão Financeira

Artigo 31.º
Cobranças de Quotas

1 — A cobrança das quotas dos advogados com inscrição em vigor e das sociedades de advogados cabe ao Conselho Geral, conforme estipula o EOA.

2 — Os regimes relativos às quotas de Advogados e às quotas das Sociedades de Advogados estão previstos em regulamento próprio, para o qual se remete.

3 — A proporção de quota de cada advogado ou sociedade de advogados que cabe ao Conselho Regional e à Delegação, nos termos previstos no n.º 5 do artigo 180.º do EOA deve constar do orçamento do Conselho Regional.

4 — Os 60 dias estipulados no n.º 6 do artigo 180.º do EOA são contados a partir da data-limite para o pagamento das respetivas quotas.

5 — Em caso de pagamento de quotas antecipado, nos termos permitidos pelos regulamentos a que se refere o n.º 2, o produto das mesmas deve ser atribuído ao Conselho Regional em que o Advogado ou Sociedade de Advogados esteja inscrito à data do recebimento.

Artigo 32.º

Fundo Fixo de Caixa

1 — Fundo fixo de caixa é o fundo de maneio para a realização de despesas de pequeno montante, urgentes, imprescindíveis, inadiáveis.

2 — A sua utilização deve ser excecional, tendo como limite máximo € 250 por despesa.

3 — O fundo fixo de caixa destina -se ao pagamento de despesas em bens ou serviços, cuja forma de aquisição torna inviável recorrer a outra forma de pagamento.

4 — O fundo fixo de caixa é constituído por despacho do órgão competente para autorizar despesa, ou com competência delegada, e não pode ter um valor superior a € 1.000.

5 — O fundo fixo deve ser reposto sempre no final de cada mês.

6 — O fundo fixo pode ser reposto antes do final do mês, caso esteja com reservas abaixo de 50 % do seu valor inicial.

Artigo 33.º

Despesas e Procedimentos

1 — São fases gerais da despesa a cabimentação, a autorização, a cativação, o processamento, a conferência das condições da despesa para ser paga e a autorização de pagamento.

2 — Perante a necessidade de realizar despesa, deve ser verificada a existência de cabimentação prévia dos encargos prováveis com a mesma, e proceder-se ao respetivo registo no processo de autorização da despesa.

3 — A autorização de despesa fica sujeita à verificação de conformidade legal, regularidade financeira e economia, eficiência e eficácia.

4 — A cativação, também designada na contabilidade pública de compromisso, consiste na assunção da obrigação de efetuar pagamentos a terceiros em contrapartida do fornecimento de bens e serviços ou da satisfação de outras condições, o que corresponde à adjudicação dos bens ou serviços a determinada entidade, pessoal ou coletiva.

5 — O processamento consiste no registo em suporte normalizado dos encargos legalmente constituídos após a verificação de pessoa competente para o efeito de que os serviços foram efetivamente prestados e/ou os bens foram de facto entregues nas condições previstas na contratação efetuada, para que se proceda à sua liquidação e pagamento.

6 — Na conferência verifica-se o cumprimento de todas as condições previstas nos números anteriores para a despesa poder ser objeto de autorização para pagamento.

7 — A autorização de pagamento fica sujeita à conformidade de todo o procedimento e é o procedimento prévio à emissão dos meios de pagamento, sendo da competência do respetivo órgão com competência para autorizar despesa, nos termos em que os EOA o definem, com possibilidade de delegação.

8 — Nas despesas iguais ou inferiores a € 5.000, a autorização da despesa e a autorização do pagamento podem ser dadas num só ato, assegurado que esteja o processamento.

9 — O pagamento corresponde à emissão dos meios de pagamento, preferencialmente por transferência bancária, por quem tem poder para movimentar as contas bancárias.

Artigo 34.º

Instrumentos de prestação de contas

1 — São instrumentos de prestação de contas o relatório de gestão e os mapas de prestação de contas.

2 — O relatório de gestão corresponde a um documento que integra o conjunto de documentos de prestação de contas e deverá consistir numa narrativa coerente das atividades da entidade, em consonância com a sua missão e objetivos nos mais diversos domínios.

3 — No relatório de gestão devem ainda ser relatadas as questões, transações e eventos mais significativos apresentados nas demonstrações financeiras, explicando a respetiva influência sobre as mesmas.

4 — O mapa de prestação de contas da Ordem dos Advogados rege - se pela aplicação da Norma Contabilística e de Relato Financeiro para as Entidades do Setor Não Lucrativo (NCRF-ESNL) do SNC, publicada no Diário da República, 2.ª série, de 29 de julho de 2015, através do Aviso n.º 8259/2015.

5 — As demonstrações financeiras dão a conhecer a posição financeira, as alterações na posição financeira, o desempenho e os fluxos de caixa de uma entidade, com base, em informações sobre os seus ativos, passivos, património líquido, rendimentos, gastos, outras alterações no património líquido e fluxos de caixa.

6 — São principais demonstrações financeiras:

a) Balanço;

b) Demonstração dos resultados por natureza;

c) Demonstração das alterações no património líquido;

d) Demonstração de fluxos de caixa;

e) Anexo às demonstrações financeiras.

7 — As demonstrações orçamentais traduzem uma representação estruturada da execução e desempenho orçamental das entidades, proporcionando, entre outra, informação sobre o orçamento inicial, as modificações orçamentais e a execução orçamental.

8 — São principais demonstrações orçamentais de relato:

a) Demonstração de execução orçamental da receita com as devidas alterações orçamentais;

b) Demonstração de execução orçamental da despesa com as devidas alterações orçamentais;

c) Demonstração de execução do plano plurianual de investimento.

Artigo 35.º

Ajudas de Custo e Deslocações

1 — A OA pode abonar com ajudas de custo e ajudas de deslocação, os membros dos seus órgãos, das suas comissões e dos seus institutos, que se tenham que deslocar, ao serviço da OA, no âmbito das suas competências e atribuições, nos limites da sua disponibilidade orçamental.

2 — As despesas a compensar são alimentação, de estadia e de deslocação.

3 — As despesas de alimentação correspondem ao valor da despesa comprovadamente feita pelo abonado em almoço e jantar, e desde que se encontre em deslocação ao serviço da OA e esta não tenha fornecido refeição.

4 — As despesas de alimentação a abonar têm como limite máximo € 25,00 por refeição, em caso de deslocações em território nacional, e € 60,00, em caso de deslocações no estrangeiro.

5 — As despesas de estadia são, de forma preferencial, adquiridas através da entidade competente para proceder às compras do órgão responsável pela despesa e são pagas diretamente ao fornecedor da estadia pelo órgão.

6 — No caso de não ser possível efetuar a aquisição diretamente através da entidade referida no número anterior, podem as despesas ser reembolsadas ao abonado, mediante apresentação de comprovativo contabilístico da despesa, tendo aí como limite máximo o custo de estadia que teria tido, nesse dia, a contratação efetuada nos termos do n.º 5.

7 — Excecionalmente, o número anterior pode não ser aplicado às estadias que decorram de situação urgente e imprevisível, que não permitam a aquisição através da entidade competente para proceder às compras do órgão responsável pela despesa.

8 — A situação prevista no número anterior tem de ser devidamente justificada, estando esta justificação dependente de aceitação pelo órgão competente para autorizar a despesa.

9 — As despesas de estadia só serão devidas se o abonado tiver que pernoitar, ao serviço da OA, fora do concelho do seu domicílio profissional ou dos concelhos limítrofes.

10 — Nas viagens de avião, o limite da ajuda de custo é o valor da viagem realizada em classe económica ou turística, salvo as deslocações do Bastonário e dos Presidentes dos Conselhos Regionais, que tem como limite o valor da viagem em classe executiva ou primeira classe.

11 — As viagens referidas no número anterior são obrigatoriamente contratadas pela entidade responsável pelas compras.

12 — Nas deslocações em viatura própria, a abonação é feita por km, no mesmo valor que sejam abonados os servidores do Estado, sendo contabilizados os km entre o domicílio profissional do abonado e o destino, pelo caminho mais rápido.

SECÇÃO IV
Contas Bancárias

Artigo 36.º
Contas Bancárias

1 — Podem ser abertas e mantidas contas bancárias pelo Conselho Geral, pelos Conselhos Regionais e Delegações nos termos dos artigos seguinte.

2 — No Conselho Geral existe um controlo de todas as contas bancárias abertas em nome da Ordem dos Advogados, com a identificação dos seus titulares.

3 — Quando ocorram mudanças de responsáveis nos órgãos, devem ser alterados junto dos correspondentes Bancos os titulares das contas bancárias durante os primeiros 180 dias contados da data da mudança.

4 — Em caso de abertura de conta bancária ou alteração de titulares das contas bancárias, esta tem de ser reportada ao Conselho Geral e ao respetivo Conselho Regional, pelos titulares, para efeitos do n.º 2, no prazo de cinco dias úteis, sob pena de eventual responsabilidade financeira.

5 — As reconciliações bancárias são elaboradas em modelo próprio formalizado pelo Conselho Geral.

Artigo 37.º

Contas Bancárias dos Conselhos Regionais e das Delegações

1 — O Conselho Geral só poderá ter contas em quatro instituições bancárias.

2 — Cada Conselho Regional só poderá ter contas em três instituições bancárias diferentes.

3 — Cada Delegação só poderá ter uma conta numa instituição bancária.

4 — As contas são abertas e encerradas com a assinatura do presidente do órgão e do Vogal Tesoureiro.

5 — A abertura e manutenção de conta bancária deve ser objeto de avaliação do volume anual de recursos a tramitar não devendo ser aberta ou mantida se o volume exceder os custos da sua manutenção e relato de extratos ou certidões, devendo ser avaliada a possibilidade de ser substituída pela constituição de fundos de maneio.

6 — O presidente do órgão é responsável por promover o encerramento de todas as contas do órgão que não estejam de acordo com os números anteriores do presente artigo, nos primeiros 180 dias do mandato ou nos 180 dias iniciais da vigência do presente regulamento.

CAPÍTULO IV

Aquisição de bens e serviços

SECÇÃO I

Disposições Gerais

Artigo 38.º

Regime Aplicável

Nos termos do disposto na Lei n.º 2/2013, de 10 de janeiro, a OA está sujeita ao regime do Código dos Contratos Públicos (CCP), para o qual se remete.

SECÇÃO II
Aquisições de valor igual ou inferior a € 5.000

Artigo 39.º
Regras

1 — São aplicáveis as regras previstas no CCP para este tipo de aquisições.

2 — Para a seleção do adjudicatário, devem ser preferencialmente consultadas, pelo menos, 3 entidades distintas que efetivamente forneçam os bens ou prestem os serviços a adquirir.

SECÇÃO III
Aquisições de valor superior a € 5.000

Artigo 40.º
Regras

1 — São aplicáveis as regras previstas no CCP para este tipo de aquisições.

2 — Para a seleção do adjudicatário, devem ser consultadas 3 entidades distintas que efetivamente forneçam os bens ou prestem os serviços a adquirir, com exceção dos procedimentos obrigatoriamente concorrenciais ou em que a adjudicação direta seja permitida por critérios materiais previstos no CCP.

SECÇÃO IV
Procedimentos centralizados

Artigo 41.º
Centralização de aquisições

1 — A OA pode centralizar a aquisição de determinados bens ou serviços cujas necessidades sejam transversais aos seus órgãos.

2 — A centralização é obrigatória quando, pela natureza dos bens ou serviços a adquirir, a aquisição efetuada separadamente pelos diferentes órgãos não assegure devidamente a necessidade da OA, o que ocorre nas seguintes categorias de bens e serviços:

a) Seguro de Saúde dos funcionários da OA;

b) Seguro de Acidentes de Trabalho dos funcionários da OA;

c) Serviços de Saúde e Segurança no Trabalhos da OA;

d) Agenda do Advogado.

3 — A centralização dos procedimentos de aquisição é promovida pelos serviços do Conselho Geral.

4 — Sendo a OA uma entidade voluntária do Sistema Nacional de Compras Públicas, podem os serviços do Conselho Geral promover procedimentos centralizados ao abrigo dos Acordos Quadro celebrados pelo Estado.

SECÇÃO V
Protocolos/Parcerias

Artigo 42.º
Protocolos/Parcerias de Descontos para Associados

No exercício das suas funções enquanto Associação Pública Profissional, e para benefício dos seus Associados, os órgãos nacionais, regionais e locais da OA podem estabelecer parcerias com entidades, públicas ou privadas, no sentido de proporcionar melhores condições de acesso a bens e serviços prestados, em respeito pelos princípios previstos no CCP, com especial incidência, na legalidade, prossecução do interesse públicos (dos Associados), proporcionalidade, boa-fé, transparência, igualdade de tratamento e não discriminação.

CAPÍTULO V
Disposições Finais

Artigo 43.º
Arquivo Documental

1 — As entidades contempladas por este regulamento, e que procedem à contabilização das operações, são responsáveis funcional e individualmente pela guarda dos documentos comprovativos de receita e de despesa em condições adequadas de conservação.

2 — As entidades mencionadas no ponto anterior devem conservar os documentos de receita e despesa, de suporte aos registos contabilísticos, pelo menos durante o período de 10 anos, após o ano económico a que respeitam.

Artigo 44.º

Conformidade dos Procedimentos

1 — Os procedimentos descritos neste regulamento e os respetivos documentos de reporte deverão ser alterados ou ajustados sempre que os mesmos sejam contraditórios com a Lei ou com o EOA.

2 — São revogadas todas as normas internas que tenham sido emitidas e que se encontrem em desconformidade com as normas do presente regulamento.

Artigo 45.º

Lacunas e Omissões

As lacunas e omissões decorrentes da interpretação e aplicação do presente Regulamento serão resolvidas pelo Bastonário, tendo em consideração o enquadramento legal e estatutário da Ordem dos Advogados.

Artigo 46.º

Entrada em Vigor

O presente Regulamento entra em vigor no dia imediatamente após a sua aprovação em Conselho Geral.

ANEXOS

TABELA I

Grupo homogéneo de bens	Vida Útil
Edifícios e outras construções	40-50
Mobiliário	10-15
Equipamento informático	3-4
Impressoras, fotocopiadoras e outro equipamento de escritório	4-6
Telemóveis	3-4
Intangíveis	Ponto 8 da NCRF-ESNL

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