ISSN: 0870-8118

REVISTA
da Ordem dos Advogados

Editorial

Efemérides

António Menezes Cordeiro
A Lei das Sociedades Anonymas *de 22 de junho de 1867: Século e Meio de Progresso*

Rui de Figueiredo Marcos
A Morte da Pena de Morte em Portugal

Pedro Barbas Homem
150 Anos do Código de Seabra

Deolinda Meira e Maria Elisabete Ramos
Lei Basilar das Cooperativas: Memórias de uma Lei Precursora e Contraditória

Doutrina

Alberto de Sá e Mello
Os Animais no Ordenamento Jurídico Português

André Mendes Barata
O Mecanismo Único de Resolução: Análise à Luz do Caso BES

Henrique Sousa Antunes
O Aceite de Letra entre a Novação e a Dação em Cumprimento: um Parecer

João Espírito Santo
O Divórcio, a Fixação da Cessação da Coabitação Conjugal e o Critério Legal da Partilha

João Vieira dos Santos
Aspetos Jurídicos das Startups

Ano 77 **Lisboa** **Jan. / Jun. 2017**

João Zenha Martins
Em Torno da (In)Admissibilidade de Pactos de Permanência Anteriores ao Contrato de Trabalho

José Engrácia Antunes
O Registo Comercial

José Lebre de Freitas
Insolvência Requerida, nos Termos do Art. 20.º-1-b CIRE, por Credor Hipotecário Maioritário. Interesse Processual, Fraude à Lei e Abuso de Direito

Lino Torgal e Miguel Assis Raimundo
Do Regime Aplicável à Formação de Concessões de Atividades Petrolíferas e à Contratação de Bens e Serviços por Parte das Respetivas Concessionárias

Luís Correia de Mendonça
O Dispositivo: um Princípio Evanescente

Nuno Sousa Silva
Direito e Robótica: uma Primeira Aproximação

Rui Paulo Coutinho de Mascarenhas Ataíde
Os Efeitos Substantivos do Registo Predial

Vida Interna

- Deliberação do CG 04-02-2017 — *Alteração do Regulamento de Acesso ao Direito*
- Projeto de Regulamento Eleitoral das Delegações. — *Aviso n.º 6175//2017*

Jurisprudência dos Conselhos

- Parecer do Conselho Geral. Parecer n.º 35/PP/2017-G — *Mandato Tributário para o Exercício de Competências junto dos Serviços de Finanças*

Preço €16

REVISTA DA ORDEM DOS ADVOGADOS

ISSN 0870-8118

REVISTA
da Ordem dos Advogados

Bastonário da Ordem dos Advogados
Guilherme Figueiredo

Director
Rui Pinto Duarte

Sub-Director
Rui Patrício

Conselho Consultivo
António Menezes Cordeiro / Dário Moura Vicente / Diogo Leite de Campos / Germano Marques da Silva / José Osvaldo Gomes / José Sérvulo Correia / Miguel Teixeira de Sousa / Paulo de Pitta e Cunha / Rui Chancerelle de Machete

Conselho de Redacção
Alexandra Vilela / Alexandre Mota Pinto / Alexandre Soveral Martins / André Lamas Leite / António Alexandre Salazar / António Andrade de Matos / Eva Dias Costa / Guilherme Machado Dray / Manuel Carneiro da Frada / Pedro Costa Gonçalves / Rui Assis / Sofia Martins / Rogério Fernandes Ferreira / Vânia Costa Ramos / Vera Eiró

Coordenação e Revisão
Departamento Editorial e Comunicação da Ordem dos Advogados

Secretariado
Sandra Coelho

Propriedade da Ordem dos Advogados

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

Composição
AGuerra — Viseu

Impressão e acabamentos
Guide Artes Gráficas, L.da

Depósito Legal: 124011/98
ISSN 0870-8118

Tiragem: 11750 exemplares

Os artigos publicados respeitam a norma ortográfica escolhida pelos autores

REVISTA
da Ordem dos Advogados

ANO 77
2 0 1 7

L I S B O A

Rui Pinto Duarte
Editorial p. 9

Efemérides

António Menezes Cordeiro
A Lei das Sociedades Anonymas *de 22 de junho de 1867: Século e Meio de Progresso* p. 11

Rui de Figueiredo Marcos
A Morte da Pena de Morte em Portugal p. 29

Pedro Barbas Homem
150 Anos do Código de Seabra p. 43

Deolinda Meira e Maria Elisabete Ramos
Lei Basilar das Cooperativas: Memórias de uma Lei Precursora e Contraditória p. 61

Doutrina

Alberto de Sá e Mello
Os Animais no Ordenamento Jurídico Português p. 93
Onde se procura determinar se os animais merecem protecção jurídica não apenas como parte do ecossistema, mas enquanto seres individualmente considerados.

André Mendes Barata
O Mecanismo Único de Resolução: Análise à luz do Caso BES p. 115
O Caso BES enquanto paradigma da aplicação das novas regras europeias de resolução bancária, com enfoque nas medidas aplicadas e nos desafios daí decorrentes.

Henrique Sousa Antunes

O Aceite de Letra entre a Novação e a Dação em Cumprimento: um Parecer p. 159

Parecer favorável à extinção da relação jurídica fundamental pelo aceite de letras em recurso de sentença que manteve a obrigação causal.

João Espírito Santo

O Divórcio, a Fixação da Cessação da Coabitação Conjugal e o Critério Legal da Partilha p. 219

1. A questão: um caso real. 2. O divórcio e o segundo Código Civil português: entre 1967 e 1978. 3. O divórcio e o segundo Código Civil português: entre reformas (1977-2008). 4. A reforma do direito matrimonial de 2008: (I) o termo das relações patrimoniais entre os cônjuges e (II) o critério legal da partilha.

João Vieira dos Santos

Aspetos Jurídicos das Startups p. 239

Em especial a regulamentação, regulação e supervisão do financiamento, dos incentivos públicos e programas de apoio a *Startups* em Portugal e na União Europeia

João Zenha Martins

Em torno da (in)Admissibilidade de Pactos de Permanência Anteriores ao Contrato de Trabalho p. 279

Pode uma obrigação de permanência servir de instrumento de reforço à celebração de um contrato de trabalho?

José Engrácia Antunes

O Registo Comercial p. 301

I — Introdução. II — Âmbito de Aplicação. III — Regime Jurídico. IV — Princípios Fundamentais. V — Outros Institutos Registais.

José Lebre de Freitas

*Insolvência Requerida, nos termos do art. 20.º-1-*b *CIRE, por Credor Hipotecário Maioritário. Interesse Processual, Fraude à Lei e Abuso de Direito* p. 367

I. Introdução. II. Execução Singular e Execução Coletiva. 1. Demarcação. 2. Do interesse em agir. III. Da Prioridade da Execução sobre o Bem Objeto da Garantia. 1. Fraude à lei. 2. Abuso de direito. IV. Conclusões.

Lino Torgal e Miguel Assis Raimundo

Do Regime Aplicável à Formação de Concessões de Atividades Petrolíferas e à Contratação de Bens e Serviços por parte das respetivas Concessionárias p. 385

§ 1.º Considerações sobre a formação de contratos de concessão da prospeção, pesquisa, desenvolvimento e produção de petróleo. § 2.º Da (in)existência de regimes

de contratação pública aplicáveis à aquisição de bens e serviços por concessionárias de atividades petrolíferas. § 3.º Conclusões.

LUÍS CORREIA DE MENDONÇA
O Dispositivo: um Princípio Evanescente p. 441
O nosso Código de Processo Civil de 1876 consagrou um modelo adversarial, a que é inerente o princípio dispositivo. Em 1926, com a ditadura militar, o paradigma liberal foi substituído por um paradigma de processo autoritário. Progressivamente, desde o Código de 1939 do Estado Novo, sucessivas reformas acentuaram a centralidade e os poderes/deveres do juiz, com compressão do dispositivo, ao ponto deste ter desaparecido, em 2013, do glossário do diploma.

NUNO SOUSA SILVA
Direito e Robótica: uma Primeira Aproximação p. 485
0. Introdução. 1. O que é um robot? 2. Robots e Direitos Fundamentais. 3. Robots e Responsabilidade. 4. Propriedade Intelectual. 5. Conclusão.

RUI PAULO COUTINHO DE MASCARENHAS ATAÍDE
Os Efeitos Substantivos do Registo Predial p. 553
1. Considerações introdutórias. O sistema do título e o princípio da publicidade. 2. O escopo prosseguido pelo Registo Predial. A fé pública registal. 3. A interferência do registo sobre a situação substantiva. 4. Efeito presuntivo. 5. Efeito constitutivo. 6. Efeito consolidativo. 7. Efeito meramente enunciativo. 8. Efeito atributivo ou aquisitivo (aquisição tabular). 9. Análise conclusiva dos casos de aquisição tabular. Significado dogmático.

Vida Interna

- Deliberação do Conselho Geral 04-02-2017 — *Alteração do Regulamento de Acesso ao Direito* p. 589

- Projeto de Regulamento Eleitoral das Delegações. — *Aviso n.º 6175/ /2017* p. 591

Jurisprudência dos Conselhos

- Parecer do Conselho Geral n.º 35/PP/2017-G — *Mandato tributário para o exercício de competências junto dos serviços de finanças* p. 601

EDITORIAL

Por Rui Pinto Duarte

Entendeu o Bastonário Guilherme Figueiredo não presidir à Comissão de Redacção da Revista da Ordem dos Advogados e promover alterações aos órgãos da Revista e à sua composição, que estão espelhadas na ficha técnica deste número.

Julgo interpretar bem as ideias de todos os membros desses órgãos afirmando ser seu propósito principal manter tudo o que a Revista, na sua prestigiada história, tem tido de bom. Naturalmente, a isso acrescerão tentativas de resposta à evolução do mundo do direito, em especial na área da advocacia. A medida do êxito da nossa tarefa será dada pelas expressões de proximidade dos Colegas Advogados à Revista, nomeadamente nas que consistam na apresentação de textos para publicação e em críticas ao trabalho feito, com sugestões de melhoramentos e inovações.

Em 2017 contaram-se 150 anos sobre um que foi especialmente importante para o direito português, por, entre outros acontecimentos, nele terem sido publicadas a lei que aboliu a pena de morte, o primeiro código civil, a lei que liberalizou a constituição das sociedades anónimas e a primeira lei sobre cooperativas. Para comemorar essas quatro efemérides, decidiu a direção da Revista solicitar a Autores que dispensam apresentações e encómios textos delas evocativos, que abrem este número e que merecem aqui esta referência especial.

A *LEI DAS SOCIEDADES ANONYMAS* DE 22 DE JUNHO DE 1867: SÉCULO E MEIO DE PROGRESSO

Por António Menezes Cordeiro(*)

Sumário:

I. Introdução: 1. O ensejo deste escrito. **2.** As três cepas básicas. **3.** A experiência portuguesa. **II. O Código Ferreira Borges. 4.** O Código Comercial de 1833. **5.** As sociedades. **6.** Breve apreciação. **III. A *Lei das Sociedades Anonymas* de 1867. 7.** Breve enquadramento. **8.** A reforma das sociedades de capitais. **9.** Índole geral. **10.** A liberdade de constituição. **11.** O futuro.

I. Introdução

1. O ensejo deste escrito

I. O século XIX foi um período de intensa renovação científica. Boa parte da tecnologia presente nas nossas sociedades pós-industriais mergulha nas descobertas e nas invenções então realizadas: transportes, comunicações, química, biologia e astronomia. A política denotou, igualmente, um avanço decisivo: constitucionalismo, liberalismo, direitos das pessoas, igualdade e democra-

(*) Professor Catedrático na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa.

cia social. Os retrocessos registados no século XX mais nobilitam esse percurso.

II. O Direito, conquanto que por vias próprias, acompanhou e legitimou muitos dos progressos então realizados. O fenómeno é mais visível no Direito público. Todavia, a codificação civil francesa e a pandectística alemã deram, ao sempre presente *ius romanum*, a feição que hoje lhe conhecemos.

III. A economia exigia novas formas de organização e de cooperação privadas. As sociedades, conhecidas embora desde o Direito romano, seriam solicitadas, em medida crescente. Para tanto, havia que dar um passo decisivo: admitir a livre constituição de sociedades de grande porte, por mera iniciativa privada e sem ingerência do Estado e dotar as sociedades daí resultantes de um sistema interno de controles que permitisse, sem quebra de credibilidade, dispensar o arrimo público. Esse foi o papel da *Lei das Sociedades Anonymas* de 22 de junho de 1867.

IV. Passaram cento e cinquenta anos. O Planeta, sendo o mesmo, é muito diferente. Os decisores de 1867 não profetizariam o *status* atual. E ninguém, com seriedade, desenhará hoje o Mundo do ano 2167. Curiosamente, todavia, muitas das respostas dadas em 1867 à problemática da organização e da cooperação privadas são atuais. Arriscamos que o serão daqui a mais século e meio, com a tranquilidade de não esperar contradita. Fica, pois, uma palavra à *Revista da Ordem dos Advogados* que, em boa hora, decidiu assinalar a data.

2. As três cepas básicas

I. As sociedades assentam num tríptico histórico e cultural: a *societas* romana; a personalidade coletiva medieval e as organizações coloniais privadas do Ocidente. Vamos recordar esses pontos. A *societas* pertenceu ao acervo dos contratos consensuais cria-

dos, nos finais do século II antes de Cristo, pelo pretor, na base da boa-fé. Prefigurando o art. 980.º do nosso Código Civil, a *societas* traduzia o acordo entre duas pessoas para desenvolver, em comum, uma atividade lucrativa, com vista a repartir os lucros. Como *bona fidei iudicium*, a *societas* era aberta a cidadãos e a estrangeiros, dependia do consenso, admitia exceções em juízo e facultava a compensação. Atravessou os milénios e opera hoje, como sociedade civil simples ou pura, regulada no Código de 1966.

II. A personalidade coletiva adveio dos canonistas. Cabia dar cobertura jurídica às agremiações religiosas que floresceram na Idade Média. Manifestamente, tais agremiações não se reconduziam às pessoas que, nelas, desempenhassem cargos: mas existiam, contratavam, recebiam, pagavam e herdavam. Num fenómeno cuja natureza última continua a suscitar discussões, foi-lhes reconhecida a qualidade de encabeçar posições de Direito: eram pessoas coletivas, na terminologia portuguesa, morais, na francesa e jurídicas, na alemã, na italiana e na brasileira.

III. Finalmente: a expansão ultramarina do Ocidente, da qual deriva o atual mapa do Planeta, exigia a congregação de capitais avultados. Nos países em que a saga colonial foi levada a cabo por particulares, havia que encontrar um esquema que permitisse três pontos:

a) atrair muitas poupanças;

b) limitar a responsabilidade dos investidores e dos administradores;

c) dar garantias mínimas de eficácia, de controlo e de seriedade.

A resposta, inicialmente dada nos Países Baixos e, depois, acolhida em Inglaterra e em França, foi a das companhias coloniais. Estas, todavia, dependeram, em larga medida, do apoio do Estado que, sobre elas, exercia alguma fiscalização. A prática de abusos e as falhas de investimento suscitaram desconfianças que perduraram.

3. A experiência portuguesa

I. O País não seguiu esse modelo. A *societas* fazia parte do acervo nacional românico, tendo sido acolhida, nas Ordenações, como "contrato de companhia"([1]). Seguia o esquema clássico, tendo transitado para o Código de Seabra e para o Código vigente. As congregações religiosas estiveram sempre presentes, tendo obtido diversas regras: ora restritivas, ora de privilégio. Já as companhias coloniais foram tardias. A expansão ultramarina foi obra do Estado (da "Coroa"), o que bem se compreende, em face da situação económica e demográfica do Ocidente peninsular. E assim se manteve, mesmo quando o Rei procurou atrair privados.

II. Com efeito, os privilégios, concedidos pelo Rei, eram-no a particulares e não a companhias. Tinham natureza precária, flutuando ao sabor das intrigas da Corte e da boa vontade real. Faltou uma cobertura jurídico-institucional, à expansão ultramarina, nos séculos XV a XVII([2]). Quando, por fim, foram ensaiadas as primeiras companhias comerciais verdadeiras, isso derivaria, nas palavras de Borges de Macedo, "… de influência estrangeira declarada …"([3]).

Uma nova experiência, documentada e pioneira, ocorreu com a criação, em 1587, da *Companhia Portuguesa das Índias Orientais*, decidida por Filipe II, como modo de tentar contrariar o declínio português no Oriente, motivado pelas concorrências holandesa e inglesa. Foi, porém, "… ephemera …"([4]), mal tendo deixado vestígios([5]). Seguiu-se a *Companhia para a Navegação e Comércio com a Índia*,

---

([1]) *Ordenações Filipinas*, Liv. IV, tit. XLIV = Edição da Fundação Gulbenkian, IV, 827 ss.

([2]) Tito Augusto de Carvalho, *As companhias portuguesas de colonização* (1902), 16, Artur de Moraes Carvalho, *Companhia de colonização* (1903), 158 e Francisco António Correia, *História Económica de Portugal*, 1 (1929), 106. Sobre esta matéria e até ao séc. XVIII: Rui Manuel de Figueiredo Marcos, *As companhias pombalinas/ /Contributo para a História das sociedades por acções em Portugal* (1995).

([3]) Jorge Borges de Macedo, *Companhias Comerciais*, DHP II (1979), 122--130 (122).

([4]) Tito Augusto de Carvalho, *As companhias portuguesas*, *cit.*, 19.

([5]) Francisco António Correia, *História Económica de Portugal*, *cit.*, 1, 236.

outorgada por Carta Régia, de 19 de Fevereiro de 1619, já de acordo com o modelo holandês. Apesar de haver lançado algumas operações, teve um futuro escasso, vindo a ser absorvida pela Casa da Índia(6).

III. As companhias foram retomadas sob a Restauração. Na época, foi posto termo às desgastantes guerras filipinas, com a Holanda e a Inglaterra. Mau grado a paz, os navios portugueses das rotas do oriente e do ocidente, continuavam a ser atacados, outro tanto sucedendo com as feitorias ultramarinas. Interpelados, os Estados atacantes respondiam ser assunto das companhias, nas quais não se imiscuíam. D. João IV entendeu, então, relançar as companhias portuguesas. Em 10 de Maio de 1650, foi instituída a *Companhia Geral do Comércio do Brasil*, por alvará de 6 de fevereiro de 1649. Com diversos privilégios e a obrigação de armar navios de guerra, para defender os transportes, a Companhia teve uma ação decisiva na reconquista, aos holandeses, de Pernambuco, cuja capitulação ocorreu em 26 de Janeiro de 1654: os navios da Companhia asseguraram o bloqueio marítimo, impedindo os ocupantes sitiados de contactar com outros portos, ainda detidos pelos neerlandeses na costa sul-americana, recebendo auxílio. Esta Companhia teve a particularidade de congregar capitais de cristãos-novos e, mesmo, de judeus portugueses emigrados, atraídos por, estatutariamente, ela disfrutar do privilégio da isenção de confisco. Dominicanos e Inquisição lançaram, por isso e desde o início, uma campanha contra a Companhia Geral, que mal sobreviveria ao próprio D. João IV: a Regente, D. Luísa, retirar-lhe-ia os privilégios, vindo ela a vegetar, descaracterizada, até à sua extinção, em 2 de Fevereiro de 1720(7).

---

(6) *Idem*, 238 e Borges de Macedo, *Companhias Comerciais*, *cit.*, 123. Ferreira Borges, no seu *Diccionario Juridico-Comercial*, 2.ª ed. (1856), termo *companhia*, refere a sua incorporação no Conselho da Fazenda. *Vide* José Engrácia Antunes/Nuno Pinheiro Torres, *The Portuguese East India Company*, em Gepken-Jager/van Solinge/Timmerman, *VOC 1602-2002* (2005), 161-186.

(7) Tito Augusto de Carvalho, *As companhias portuguesas*, *cit.*, 30-33, Francisco António Correia, *História económica de Portugal*, *cit.*, 239 ss. e Borges de Macedo, *Companhias Comerciais*, *cit.*, 124-126. A *Companhia Geral do Comércio do Brasil* contou com a defesa do Padre António Vieira. As datas indicadas conhecem algumas flutuações, nas fontes.

IV. Reformas subsequentes no domínio das sociedades, particularmente das "companhias", ficaram a dever-se ao Marquês de Pombal([8]). Experiência exemplar foi a *Companhia Geral do Grão-Pará e Maranhão*, cujos capítulos e condições foram confirmados por alvará de 7 de junho de 1755([9]). Os estatutos da Companhia Geral previam uma *Meza* (a administração colegial), um capital básico aberto à subscrição dos interessados, um esquema de fiscalização e a distribuição periódica de lucros. Dispunha, ainda, de diversos privilégios.

A *Companhia Geral do Grão-Pará e Maranhão* tinha, além dos do fomento do comércio e da defesa, ainda um duplo fim: o de retirar o comércio aos ingleses e o de enfraquecer o papel dos jesuítas no Brasil([10]). Em 1760, ela contava com 150 acionistas([11]), tendo, efetivamente, proporcionado feitos militares de relevo([12]). De resto, ela provocou problemas com os indígenas brasileiros e com os pequenos comerciantes, tendo prejudicado os ingleses sem que, na opinião dos comentadores, tenha havido correspondentes

---

([8]) Anteriormente: Companhias esclavagistas de Cacheu e Rios, de 19-Mai.-1656, para atuar na Guiné, e de Cabo Verde e Cacheu, de 4-Jan.-1680.

([9]) *Instituiçaõ da Companhia Geral do Graõ Pará, e Maranhaõ* (1755), 18 pp., incluído na *Collecçaõ das Leys, Decretos, e Alvarás, que comprehende o feliz reinado del Rey fidelíssimo D. José o I. nosso Senhor/Desde o anno de 1750 até o de 1760, e a Pragmatica do Senhor Rey D. Joaõ o V. do anno de 1749*, Tomo I (1790). Algumas considerações sobre a *Companhia Geral* podem ser confrontadas em Rui Manuel de Figueiredo Marcos, *A legislação pombalina*, BFD/Supl. XXXIII (1990), 1-314 (213 ss., nota 347). A sua estrutura básica vem sumariada no nosso *Direito das sociedades* 1, 3.ª ed. (2011), 112 ss., com recurso à transcrição de alguns troços dos seus estatutos.

([10]) Tito Augusto Carvalho, *As companhias portuguesas*, *cit.*, 49 ss., Artur de Moraes Carvalho, *Companhias de colonização*, *cit.*, 159 ss., Francisco António Correia, *Historia económica de Portugal*, 2 (1930), 101 ss., José Mendes da Cunha Saraiva, *Companhias gerais de comércio e navegação para o Brasil*, I (1938), 14 ss. e J. Lúcio de Azevedo, *Épocas de Portugal Económico*, 2.ª ed. (1947), 436; a 1.ª ed. é de 1929.

([11]) Informação de Cunha Saraiva, *Companhias gerais*, *cit.*, 17.

([12]) Além de diversos êxitos no combate ao corso e à pirataria, a Companhia levou a cabo obras de defesa, com relevo para a reconstrução da fortaleza de Bissau, peça importante no tráfego do chamado marfim negro; anote-se que, nessa reconstrução, a Companhia dispendeu 147.690$763 Réis, soma muito elevada, na época. *Vide* José Mendes da Cunha Saraiva, *A fortaleza de Bissau e a Companhia do Grão Pará e Maranhão*, em *Congresso Comemorativo do Quinto Centenário do Descobrimento da Guiné*, Vol. I (1946), 157-191.

vantagens nacionais([13]). A Companhia foi abolida em 5 de janeiro de 1778, dentro do movimento geral tendente à destruição da obra do Marquês([14]). Houve outras companhias do mesmo tipo, que originaram alguma tradição societária([15]).

II. O Código Ferreira Borges

4. O Código Comercial de 1833

I. O advento do liberalismo veio colocar a questão do Código Comercial e, mediatamente, a das sociedades. A insuficiência das leis comerciais era patente: pretendia-se passar de um sistema ordenado, *ad nutum*, pelo Estado, para um outro, onde tudo funcionasse automaticamente e com simplicidade, na base de regras preestabelecidas.

Recordamos que o Direito privado, no seu todo, vivia, desde 18 de agosto de 1769, à sombra da Lei da Boa Razão. As Ordenações tinham, no domínio mercantil, normas escassas. O Direito subsidiário era muito utilizado. Ora, a tal propósito, a Lei da Boa Razão apelava, no seu art. 9.º, para as *Leys das Nações Christãs*([16]). Em termos práticos: desde meados do século XVIII, os práticos portugueses adquiriram o hábito de estudar e de citar leis estrangeiras. O hábito — muito interessante — mantém-se.

II. As carências legislativas tornaram-se particularmente gritantes, após o aparecimento, em França, do *Code de Commerce*, claro e acessível. O fascínio exercido por este diploma foi de tal ordem que, no âmbito da Constituinte vintista, chegou a preconi-

---

([13]) Lúcio de Azevedo, *Épocas de Portugal Económico*, 2.ª ed., *cit.*, 436.
([14]) Francisco António Correia, *História Económica de Portugal*, *cit.*, 1, 161.
([15]) *Vide* outras indicações no nosso *Direito das sociedades*, *cit.*, 1, 3.ª ed., 115 ss.
([16]) *Vide* o nosso *Direito comercial*, 4.ª ed. (2016), 93 ss.

zar-se a sua pura e simples adoção([17]). Optou-se por elaborar um código nacional.

III. A preparação de um Código Comercial português, tarefa de imensas dificuldades, coube a José Ferreira Borges([18]). Recorde-se que, na falta de um Código Civil, havia que definir e que regular múltiplos institutos gerais, particularmente no campo contratual.

5. As sociedades

I. O Código Comercial veio à luz, em Londres. Nele, a matéria das *companhias, sociedades, e parcerias comerciaes* constava do Título XII do Livro II. Bastante minucioso, este título abrangia 236 artigos, agrupados em *disposições geraes* e 18 secções. As disposições gerais continham o embrião das regras sobre sociedades: uma ideia empírica da personalidade coletiva([19]), a associação de dinheiro, bens ou trabalho, no interesse comum e com um fim lícito; a proibição de acordos leoninos; o quinhoar nos lucros e perdas; a obrigação, do administrador, de prestar contas, o direito à informação e a sujeição ao pacto comercial e às leis do comércio([20]).

II. O Código distinguia *companhias*, *sociedades* e *parcerias commerciaes*([21]). As sociedades anónimas surgiam, logo na sec-

---

([17]) Diogo Ratton, *Reflexões sobre Codigo Mercantil sobre Tribunaes do Commercio e sobre Navegação Mercantil* (1821), 2.

([18]) *Direito comercial*, *cit.*, 4.ª ed., 95 ss.

([19]) Art. I (526.): Companhias, sociedades, e parcerias mercantis, são associações commerciaes inteiramente distinctas entre si em direitos e obrigações, quer reciprocos dos associados, quer entre estes e terceiros respectivamente.

([20]) Da literatura exegética, surgida sobre o Código Comercial de 1833, que, aliás, não chegou a ser muito envolvente, cumpre citar um comentário que recaiu, precisamente, sobre as sociedades: Ricardo Teixeira Duarte, *Commentario ao título XII, parte 1.ª, liv. 2.º do Codigo Commercial Portuguez* (1843), 29 ss.

([21]) *Vide* Rui Pinto Duarte, *O quadro legal das sociedades comerciais ao tempo da Alves & C.ª*, em *Estudos Comemorativos dos 10 anos da FDUNL*, II (2008), 479-505 (480 ss.).

ção I, sob a designação *das companhias de commercio*. A definição constava do artigo XIII:

> *538.* Companhia é uma associação d'accionistas sem firma social, qualificada pela designação do objecto da sua empresa, e administrada por mandatarios temporarios, revogaveis, accionistas ou não accionistas, assalariados ou gratuitos.

Sujeitas a escritura pública — 539 — as companhias dependiam, ainda — 546 — de "… auctorização especial do governo, e aprovação da sua instituição". O "fundo da companhia" era dividido em ações, as quais podiam ser exaradas em forma de título ao portador, operando-se, então, a cessão, por simples tradição do título — 544. Os acionistas não respondem por perdas além do montante do seu interesse nela — 545. Quanto aos administradores, atente-se no artigo XVII:

> *542.* Os mandatarios administradores d'uma companhia só respondem pela execução do mandato recebido e aceito. Elles não contrahem obrigação alguma, nem solidaria, nem pessoal, relativamente ás convençoens da companhia([22]).

Ferreira Borges explicou as suas opções. A sociedade diz-se anónima, por não existir sob um nome social, nem ser designada pelo nome de algum dos sócios: tal a solução do art. 29.º do *Code de Commerce*. Porém, aquela locução fora usada, no Título 4 da Ordenança de 1673, para exprimir a sociedade em participação, um tanto semelhante às comanditas. Por isso, e apelando à tradição jurídica portuguesa, Ferreira Borges propôs companhia([23]).

Quanto à solução encontrada para os administradores — portanto: "… mandatarios temporarios revogaveis, socios ou não-socios, assalariados ou gratuitos …" que "… so respondem pela execução do mandato, que receberão" — adotou-se, textual e con-

---

([22]) *Codigo Commercial Portuguez*, ed. da Imprensa Nacional (1833), 88 = ed. da Imprensa da Universidade (1856), 101.

([23]) José Ferreira Borges, *Jurisprudencia do Contracto-mercantil de sociedade*, 2.ª ed. (1844), 35. *Vide*, também deste Autor, o *Diccionario Juridico-Commercial*, 2.ª ed. (1856), 107-108.

fessadamente, a solução do *Code*([24]). Também neste se filiava o sistema da autorização governamental prévia([25]).

III. As sociedades em geral ou *sociedades com firma* correspondiam as atuais sociedades em nome coletivo. Assim, segundo o artigo XXII:

> *547.* A sociedade em geral é um contracto, pelo qual duas ou mais pessoas se unem, pondo em commum bens ou industria, com o fim de lucrar em todas ou em algumas das especies de operações mercantis, e com animo positivo de se obrigar pessoalmente como socios e voluntariamente.

Estando presente, na firma, o nome de todos, a sociedade "… chama-se sociedade ordinaria ou em nome collectivo, ou com firma" — 548. Repare-se na sensibilidade de Ferreira Borges: reconduzia as sociedades em nome coletivo a um contrato: mas não as anónimas.

IV. A sociedade de capital e indústria — XXXII , 557 — é:

> (…) aquella que se contrahe por uma parte entre uma ou mais pessoas, que fornecem fundos para uma negociação commercial em geral, ou para alguma operação mercantil em particular — e por outra parte por um ou mais individuos, que entram em associação com a sua industria somente.

Tinha traços da sociedade com sócios de indústria e da comandita. Subsequentemente, o Código Ferreira Borges versava outras

---

([24]) Ferreira Borges, *Jurisprudencia do Contracto-mercantil de sociedade*, *cit.*, 37-38 e nota. A revogabilidade do mandato dos administradores vinha, expressamente, defendida em Teixeira Duarte, *Commentario*, *cit.*, 32.

([25]) O levantamento das fontes do Código Ferreira Borges foi, ainda, feito na época por Gaspar Pereira da Silva, *Fontes proximas do Codigo Commercial Portuguez ou Referencia aos Codigos das Naçoens civilisadas e ás obras dos melhores Jurisconsultos onde se encontrão disposições ou doutrinas identicas, ou similhantes á legislação do mesmo Codigo* (1843); *vide*, aí, 153 ss. Também no *Commentario* de Teixeira Duarte, *cit.*, 34, se faz a aproximação com o *Code*, justificando-se a autorização prévia — *ob. cit.*, 41-42 — com a necessidade de proteger os incautos e as pequenas empresas.

figuras já não societárias: a sociedade tácita, a associação em conta de participação, a parceria mercantil e a associação de terceiro à parte de um sócio.

6. Breve apreciação

I. O Código Ferreira Borges, quando lido em termos atualistas, apresenta-se ferido de evidentes arcaismos. Todavia, ele representou, na época, um grande avanço. Disse Gaspar Pereira da Silva, na obra em que coligiu as fontes do Código Comercial de 1833, precisamente a respeito das regras, neste contidas, sobre sociedades([26]):

> O nosso é, nesta parte, o mais amplo de todos, e é tambem nesta parte que mais se afasta dos outros codigos. O A. aproveitou muito da sua bem conhecida obra intitulada — Jurisprudencia do contracto mercantil de sociedade, impressa em Londres em 1830. (…)

O moderno Direito português das sociedades nasceu, assim, do melhor modo. Com efeito, apesar de muito criticado logo na época, o Código de 1833 permitiu um bom enquadramento da matéria comercial. Além disso — e num fenómeno pouco referido — ele exerceu influência nos juristas da pré-codificação, com relevo para Coelho da Rocha. Influenciou, também, por esta via, o então futuro Código Civil de 1867.

([26]) Gaspar Pereira da Silva, *Fontes proximas do Codigo Commercial Portuguez*, *cit.*, 154.

III. A Lei das Sociedades Anonymas de 1867

7. Breve enquadramento

I. A *Lei das Sociedades Anonymas* de 21 de junho de 1867 enquadra-se no movimento geral da Regeneração([27]). Tratava-se de, sobre os escombros da queda do regime antigo, das invasões francesas e das guerras civis, erguer um País moderno, aberto à industrialização. O grande motor, para além das bases gerais de um mercado aberto, foi uma política de obras públicas, encabeçada por Fontes Pereira de Melo. O papel do Ministério das Obras Públicas e dos seus ministros foi determinante, nos vários quadrantes das múltiplas novidades.

II. Na época, o progresso económico e jurídico era representado pela Grã-Bretanha. Uma Lei de 8 de maio de 1845 veio permitir a responsabilidade limitada de certas sociedades, desde que tivessem um fim de utilidade pública. Esse sistema de limitação foi alargado às sociedades de interesse privado, por leis de 1857 e de 1862, desde que o termo *limited* figurasse na denominação social. A excelência desse sistema foi demonstrada após o Tratado de Comércio de 30 de abril de 1862, com a França e que permitiu às *limiteds* britânicas atuar no Continente. A França, que herdara um sistema restritivo com o *Code de Commerce* de 1807 veio regular, de novo, as sociedades anónimas, pela Lei de 23 e 29 de maio de 1865. A Lei de 24 de julho de 1867 — posterior à nossa! — fixou, finalmente, a regra da livre constituição.

([27]) *Vide* a referência de Maria Eugénia Mata, *Sociedades anónimas: regulação e economia*, BCE XLI (1998), 347-372 (347 ss.), bem como os desenvolvimentos de Rui Pinto Duarte, *O quadro legal das sociedades comerciais ao tempo da Alves & C.ª*, *cit.*, 486-487 e de Pedro de Albuquerque, *A vinculação das sociedades comerciais anónimas e por quotas* 1 (20018), 1203 pp., 250 ss. Ocupámo-nos do tema nos nossos *Da responsabilidade civil dos administradores das sociedades comerciais* (1996), 205 ss. e *Direito das sociedades*, *cit.*, 1, 3.ª ed., 120 ss., cujos termos aproveitamos.

III. A Alemanha foi pioneira quanto à regulação das sociedades anónimas, aí ditas por ações([28]). A Prússia adotou, em 3 de novembro de 1838, uma Lei sobre Sociedades Anónimas de Caminhos de Ferro e, em 9 de novembro de 1843, uma Lei sobre Sociedades Anónimas. Seguiu-se, em 1861, o Código Comercial Geral Alemão: visava as sociedades anónimas nos seus arts. 207.º a 249.º. Aí, mau grado um bom afinamento formal, mantinha-se um esquema de autorização estadual prévio. Apenas uma novela de 1870 fixaria, finalmente, a liberdade de constituição de anónimas.

8. A reforma das sociedades de capitais

I. Apesar dos justos louvores, o Código Ferreira Borges era incipiente, no campo das então ditas *companhias*. Dependentes da autorização prévia, elas encostavam-se ao Estado e ao poder político. Em 1849, havia apenas 8 sociedades anónimas, das quais só uma era industrial([29]). O Código não previa esquemas claros de autofiscalização, deixando muitos pontos em aberto. A atração de capitais privados exigia regras claras e práticas.

II. Às necessidades da economia e ao esforço reformador da Regeneração juntou-se o exemplo estrangeiro, particularmente o francês. Sintomaticamente, o motor da reforma foi João de Andrade Corvo, ministro das obras públicas: em 19 de janeiro de 1867, apresentou uma proposta sobre sociedades anónimas([30]). Optou-se, pois, pela designação francesa ("anónimas"), em detrimento da alemã ("por ações"). A razão era simples: uma

---

([28]) As diversas fontes podem ser confrontadas no nosso *Direito das sociedades cit.*, 1, 3.ª ed., 71 ss.

([29]) ARMANDO DE CASTRO, *Sociedades anónimas*, DHP VI (1979), 51-53 (52).

([30]) E assinada, também, pelo Presidente do Gabinete, Augusto Cesar Barjona de Freitas. A proposta vinha antecedida de um interessante relatório, que traça as origens históricas das sociedades anónimas, referindo, por exemplo, o Banco de S. Jorge e as Companhias Coloniais. Ocupa-se, ainda, particularmente, do Direito comparado. *Vide* o *Diário de Lisboa* de 24-jan.-1867 (n.º 19), 193 (3.ª col.) e ss.

vez que era vedado, a essas sociedades, adotarem uma firma ou nome de um sócio, ficariam sem nome; caber-lhes-ia uma denominação.

III. Ligeiramente discutida, a proposta converteu-se na *Lei das Sociedades Anonymas* de 22 de junho de 1867: completou, em 2017, os seus primeiros cento e cinquenta anos. Podemos assinalá-la como a modernização das sociedades de capitais portuguesas. Apenas em 11 de abril de 1901 seria, por influência alemã, introduzido o tipo das sociedades por quotas.

9. Índole geral

I. A Lei de 22 de junho de 1867, com 59 artigos, tinha o conteúdo seguinte:

Secção I – Da natureza e designação das sociedades anónimas — art. 1.º;

Secção II – Da constituição das sociedades anónimas — arts. 2.º a 6.º;

Secção III – Das ações e da sua transmissão — arts. 7.º a 12.º;

Secção IV – Da administração e do conselho fiscal — arts. 13.º a 25.º;

Secção V – Das assembleias gerais — arts. 26.º a 29.º;

Secção VI – Dos inventários, balanços e contas, fundos de reserva e dividendos — arts. 30.º a 34.º;

Secção VII – Publicações obrigatórias e declarações que devem conter os documentos que emanarem das sociedades anónimas — arts. 35.º a 37.º;

Secção VIII – Emissão de obrigações — arts. 38.º e 39.º;

Secção IX – Da dissolução das sociedades anónimas — arts. 40.º a 43.º;

Secção X – Liquidação — arts. 44.º a 46.º;

Secção XI – Ações e prescrição — arts. 47.º e 48.º;

Secção XII – Nulidade e disposições gerais — arts. 49.º a 52.º;

Secção XIII – Das sociedades anónimas estrangeiras — arts. 53.º a 56.º;

Secção XIV – Disposições especiais — arts. 57.º a 59.º.

II. A Lei sobre sociedades anónimas apresentou-se desenvolvida e equilibrada, beneficiando das experiências nacional e estrangeira. As Leis francesas de 18 de julho de 1856 e de 23 de maio de 1863 tiveram o seu peso, embora seja de sublinhar que, a de 1867, data de 24 de Julho: um mês depois da nossa.

III. Apesar de teórica e praticamente incitante, a Lei de 22 de junho de 1867 apenas conheceu, nos seus mais de 20 anos de vigência, um estudo doutrinário de relevo, surgido, aliás, nas vésperas da sua revogação: o *Commentario*, de Tavares de Medeiros(31). E no entanto, ela veio colocar o Direito nacional das sociedades na sua época contemporânea(32), integrando-o, para mais, na vanguarda das experiências europeias.

A inclusão, no seu articulado, de disposições de ordem geral e, por vezes, de preceitos que descem a minúcias regulativas, explica-se pela falta de normas societárias gerais e de regras contabilísticas ou similares.

Alguns dos seus aspetos técnicos devem ser referenciados. Desde logo, verifica-se a definitiva adoção do termo *sociedade anónima*, numa aproximação à terminologia francesa, em detrimento da italo-germânica: sociedade por ações. A definição de sociedade anónima, no art. 1.º da Lei(33), passa a fazer-se por referência ao tipo de responsabilidade patrimonial, ao estilo germânico, e não, já, à sua designação(34). Previa-se um órgão de fiscalização, particularmente necessário perante a supressão da autorização

---

(31) João Jacinto Tavares de Medeiros, *Commentario da Lei das Sociedades Anonymas de 22 de Junho de 1867* (1886), 265 pp.; *vide*, aí, V e VI. O texto da lei, sem comentários, consta de Forjaz de Sampaio, *Annotações ou synthese annotada do Codigo de Commercio*, II (1875), 16 ss., de Sousa Duarte, *Diccionario de Direito Comercial* (1880), 455-467 e de edição oficial de *Codigo Commercial Portuguez, seguido de um appendice*, da Imprensa da Universidade de Coimbra (1879), 543 ss.; diversas indicações constam de Pedro de Albuquerque, *A vinculação das sociedades*, *cit.*, 251.

(32) Maria de Lourdes Correia e Vale, *Evolução da sociedade anónima*, ESC II (1963) 6, 79-104 (91), fala no "… primeiro estatuto jurídico do anonimato português".

(33) Segundo o art. 1.º, em causa, "Sociedades anonymas são aquellas em que os associados limitam a sua responsabilidade ao capital com que cada um subscreve".

(34) Tavares de Medeiros, *Commetario*, *cit.*, 9, referindo, inclusive, a influência do art. 207.º do ADHGB.

governamental prévia: o conselho fiscal. Essa mesma ordem de problemas levou à consagração da responsabilidade dos administradores.

10. A liberdade de constituição

I. A grande novidade da Lei de 22 de junho de 1867 foi o abandono do esquema do reconhecimento administrativo prévio, a favor do automático. Segundo o seu art. 2.º,

> As sociedades anonymas constituem-se pela simples vontade dos associados, sem dependencia de previa autorisação administrativa e approvação dos seus estatutos, e regulam-se pelos preceitos d'esta lei.

II. O Relatório, que antecedeu a publicação do diploma, considerou esta regra, da Lei de 1867, como "… o princípio mais importante n'ella consignado". Explicita, ainda, a esse propósito, o Relatório em causa(35):

> (…) em toda a parte começa a reconhecer-se que a intervenção administrativa na fundação das sociedades anónimas é perigosa, e quasi inutil; e que a tutela do estado dá aos associados uma segurança enganadora, fazendo adormecer a vigilancia que é de rasão elles exerçam sobre os negocios sociaes, para defeza dos seus interesses. É portanto justo entregar à iniciativa particular a formação d'estas associações, sem que a sua instituição dependa de approvação previa, e sem que os seus estatutos estejam sujeitos a homologação.

O critério da total liberdade de constituição das sociedades anónimas, à margem de qualquer intervenção administrativa, foi proposta pelo Governo e totalmente aceite pela Câmara dos Deputados. A Câmara dos Pares introduziu, no entanto, um corretivo que a doutrina subsequente consideraria adequado: o que, surgindo no art. 58.º da Lei, permitia ao Governo, através do Ministério Público,

---

(35) DLx, *cit.*, 1867, 194, 1.ª col.

promover, no foro comercial, a dissolução das sociedades estabelecidas ou funcionando em violação às disposições legais([36]).

III. O § único do citado art. 2.º excetuava, à livre constituição, determinados sectores, com exemplo na banca. Como fonte desta medida, do maior alcance, é apontada a Lei inglesa de 16 de julho de 1856([37]). Em França, a livre constituição de sociedades anónimas só foi parcialmente permitida pela Lei de 23 de maio de 1863, sendo generalizada pela Lei de 24 de julho de 1867, enquanto, em Espanha e na Alemanha, isso só sucederia, respectivamente, em 1869 e 1870. A lei portuguesa foi pioneira. Tratou-se de uma medida de liberdade económica mas, também, de liberdade política([38]).

A liberalização resultou. O número de sociedades anónimas existentes no País multiplicou-se, rapidamente: de 8, em 1849, passou a 136, em 1875([39]). O próprio Direito comercial conheceu, neste período, um desenvolvimento considerável, ainda que não particularmente dedicado às sociedades comerciais.

([36]) VISCONDE DE CARNAXIDE, *Sociedades anonymas/Estudo theorico e pratico de direito interno e comparado* (1913), 14-15. Trata-se de uma obra, devida e justamente assinalada, no seu tempo; J. M. VILHENA BARBOSA DE MAGALHÃES, *Sociedades anónimas*, GRLx 27 (1913), 225-226, noticiou o seu próximo aparecimento, recensionando-a, quando surgiu: GRLx 27 (1913), 636-637; por seu turno, a revista *O Direito* dispensou-lhe uma longa e entusiástica rec., pela pena de ARMELIN JÚNIOR: cf. O Direito 46 (1914), 22-24, 50-52 e 47 (1915), 357-359 e *passim*. Quanto à Câmara dos Pares, *vide* o DLx 7-mai.-1867 (n.º 102), 1585 ss.

([37]) TAVARES DE MEDEIROS, *Commentario*, *cit.*, 27; recordamos que, até 1837, as sociedades "anónimas" inglesas careciam de outorga parlamentar e, até 1856, de reconhecimento do Governo.

([38]) A livre constituição de sociedades comerciais foi aproximada do direito originário de associação, referido no art. 359.º do Código de Seabra: VISCONDE DE CARNAXIDE, *Sociedades Anonymas*, *cit.*, 33-34. Quanto ao pioneirismo da lei portuguesa, CAETANO MARIA BEIRÃO DA VEIGA, *O valor da técnica na administração das sociedades anónimas*, EF/Anais 15 (1946), 59-86 (80).

([39]) ARMANDO DE CASTRO, *Sociedades anónimas*, *cit.*, 52.

11. O futuro

I. A *Lei das Sociedades Anonymas* de 1867 vigorou pouco mais de vinte anos. Ela foi absorvida, com poucas alterações, pelo Código Comercial de Veiga Beirão (1888)([40]) e, por essa via, até ao Código das Sociedades Comerciais de 1986. Nessa medida, teve sucesso pleno, acompanhando o progresso e as peripécias da vida económica e social do País.

II. O conturbado século XX pode ser apresentado como um desafio entre as sociedades anónimas, modelo de organização privada e as empresas públicas, emanação da organização pública. As anónimas venceram: o próprio Estado passou a usá-las, através das sociedades de capitais públicos para, com as suas regras básicas, gerir os meios de produção. As anónimas, para além dos seus regimes concretos, geraram uma cobertura significativo-ideológica associada à gestão eficaz e às virtudes do mercado. Representam, também por isso, uma mais-valia de que não se quer abdicar.

III. No plano puramente organizatório, as anónimas procuram a bissetriz entre a liberdade de constituição, a iniciativa privada, a autofiscalização e a responsabilidade dos decisores. O espaço para novos progressos existe. E, no entanto: o quadro-básico do debate e da inovação data de há cento e cinquenta anos: da *Lei das Sociedades Anonymas* de 1867.

([40]) Rui Pinto Duarte, *O quadro legal das sociedades comerciais ao tempo da Alves & C.ª*, *cit.*, 489.

A MORTE DA PENA DE MORTE EM PORTUGAL(*)

Por Rui de Figueiredo Marcos(**)

Cumprimentos protocolares iniciais

O que nós somos, nós o somos pela história. Uma sentença de Hegel tão imperecível como o próprio devir. É a marcha incessante da história, com os seus momentos reluzentes, que vai atraindo os sucessivos gestos comemorativos, também eles enfileirados numa cadência sem fim.

Senhor Presidente da República, Excelência

A Academia de Coimbra felicita-se por ver Vossa Excelência ocupar essa cadeira, presidindo a esta imponente sessão solene pletórica de significado.

Concita generalizada admiração, e de que maneira concita, um Presidente da República que não vive sob o império absoluto

---

(*) Discurso proferido na Sessão Solene Comemorativa dos 150 anos da Abolição da Pena de Morte em Portugal realizada a 5 de Julho de 2017, na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.

(**) Professor Catedrático e Diretor da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.

do intelecto, nem sob o glacial jugo do génio político. Por vezes, a intelectualidade em demasia é fatal para os intelectuais, como a riqueza para os ricos e a grandeza para os grandes.

Uma admiração que, entre as hostes que povoam a Alma Mater, se converteu em gratidão, sendo, como é, o nosso Presidente da República deveras atencioso para com a Universidade de Coimbra e para com a sua excepcional Faculdade de Direito.

Senhoras e Senhores

A memória conserva na mente. Comemorar implica trazer à memória. É, de certo modo, voltar a viver. Na circunstância, significa reviver, pela lembrança reflectida, os 150 anos da abolição da pena de morte em Portugal.

Corria o ano de 1867 em pleno reinado de D. Luís. O dia 1 de Julho amanheceu radioso para a história do direito português. Nele conheceram a luz duas leis que marcariam o rumo das instituições jurídicas portuguesas.

Uma aprovava o já muito aguardado primeiro Código Civil Português. Por isso mesmo, nasceu em berço de oiro, sob a sábia inspiração do Visconde de Seabra que, aliás, foi também Reitor da Universidade de Coimbra de 1866 a 1868.

A outra lei, na sequência de uma proposta do professor da Faculdade de Direito de Coimbra e então Ministro da Justiça, Augusto César Barjona de Freitas, tornou vigente a Reforma Penal e das Prisões. E esta, precisamente logo no seu artigo primeiro, começava por declarar abolida em Portugal a pena de morte para os crimes civis.

A efeméride é, por si só, assinalável em termos civilizacionais. Mas também o é pela sua incandescente actualidade, uma vez que convoca a nossa atenção no quadro de um mundo repleto de implacáveis ameaças. E o medo constitui fonte de muitas penas e de muitas desvairadas atitudes, inclusive jurídicas.

Há algumas décadas atrás, um grande penalista oriundo de um grande país europeu asseverava, em Coimbra, que um código que não pune pela morte não respeita a vida. Há poucos dias atrás, um

universitário articulista pensava assim: «se os nossos militares têm legitimidade para matar o maior número de terroristas possível nas suas bases do Médio Oriente, porque não o podem fazer os tribunais quando os inimigos vivem dentro das nossas fronteiras? O certo é que não podemos agrilhoar as mãos ao receio, até porque, não raro, o receio é maior do que o perigo.

Neste quadro, colhe ainda maior poder sugestivo e alcance o excurso que tentarei elaborar, percorrendo o sobressaltado caminho do movimento abolicionista português. Não se elevará, seguramente, à derradeira minúcia, porquanto desejo, à imagem de um prudente alvitre medieval, manter em razoado tempo bem disposto quem me ouve.

Gostaria, pelo menos, de votar ao esconjuro a figura do Doutor Maçadas, cognome pelo qual era conhecido o lente de Leis, Narciso Joaquim Araújo Soares, por sinal um dos alvos predilectos da tremenda veia satírica de Manuel José Barjona, famoso ornamento da Universidade de Coimbra no século XIX e avô do quatro vezes Ministro Augusto César Barjona de Freitas.

Senhoras e Senhores

Acentuadamente promovidas em Portugal no século XIII, a publicização do *ius puniendi* e a centralização do poder régio construíram um sistema repressivo, no qual a pena de morte desempenhava um papel destacado. No período das Ordenações, a partir de meados do século XV, o direito penal português primava pelos rigores. As penas cominadas na lei apresentavam-se, por vezes, escandalosamente desproporcionadas, cruéis, desiguais, transmissíveis e infamantes.

As Ordenações Afonsinas de 1445/1446 criaram uma linhagem punitiva que se transmitiu às posteriores Ordenações Manuelinas de 1520 e Filipinas de 1603. Em todas elas se encontrava prevista a pena de morte para um largo espectro de infracções. Dos crimes de lesa-majestade à moeda falsa. Dos crimes passionais às injúrias graves. Do furto em certas circunstâncias, ao homicídio voluntário. "Morra por ele" constituía a divisa emblemática de cariz retributivo tantas vezes repetida nas nossas Ordenações.

Chegados à segunda metade do século XVIII, o consulado do Marquês de Pombal fez largo uso da pena de morte. Desde logo na sequência do terrível Terremoto de 1755 que reduziu a escombros a cidade de Lisboa. Com as casas escancaradas e as pessoas indefesas, a criminalidade cresceu assustadoramente. Para a frenar, instituiu-se um regime de brutal intimidação assente numa ideia de prevenção geral de terror.

O processo crime tinha de correr célere e despido de grandes formalidades. A dilação só servia para animar os delinquentes. A sociedade precisava de se assenhorear dos efeitos produzidos pela condenação num contexto dramático de defesa da comunidade. Daí a extraordinária importância conferida à publicidade da justiça criminal, em que, logo após o Terremoto, se ordenou que os réus declarados culpados em roubos fossem executados em forcas tão altas quanto possível, devendo permanecer nelas os cadáveres até o tempo os consumir.

Não enfileirou decididamente a política pombalina no movimento abolicionista da pena de morte que então se começava a esboçar na Europa. Já nem falo da lei penal afeita à razão de Estado, como aconteceu no suplício infligido à família nobre dos Távoras, condenados em consequência do atentado perpetrado contra o rei D. José, em 3 de Setembro, de 1758. Por decreto, a sentença não admitia recurso e devia ser executada no mesmo dia, o que contrariava o prazo legal de três dias que, normalmente, mediava entre a sentença e a execução da pena de morte.

À época, alargou-se até o estabelecimento da pena de morte a novos crimes. Basta pensar no sancionamento jurídico-penal reservado aos sigilistas, para os quais se cominava a pena de morte, de infâmia e de confisco. Recorde-se que os sigilistas eram aqueles que se atreviam a abusar do sigilo sacramental, com fins ilícitos.

Em síntese, o decisivo alvitre do legislador pombalino a respeito da pena de morte pode resumir-se assim: que morram, que morram depressa, se a *indulgentia principis* não actuar, mas que morram com a devida conformidade e paciência cristã. Descobre-se este sentido no Decreto de 6 de Julho de 1752 e, em geral, nas várias leis que abordavam o tema da pena de morte no terceiro quartel do século XVIII em Portugal.

São sobejamente conhecidas as correntes humanitaristas derivadas do Iluminismo que tiveram, em Montesquieu e Voltaire na França, e em Beccaria e Filangieri em Itália, os seus arautos mais notáveis. Assiste-se a uma recompreensão do direito penal.

À luz do entendimento do direito e do Estado na base de um contrato social, o direito penal deveria desvincular-se de todos os pressupostos religiosos, confinando-se à função exterior de tutela dos valores ou interesses gerais imprescindíveis à vida colectiva. Afirmava-se, sem rodeios, a ideia da necessidade ou utilidade comum como critério delimitador do direito penal, por oposição a uma axiologia predominantemente ético-religiosa.

No capítulo dos fins das penas, a mudança de óptica era patente. As sanções criminais passam a assumir como fundamento cimeiro, não já um imperativo ético, mas sim uma pura ideia de prevenção e defesa da sociedade. A pena justificava-se não como castigo do facto passado, antes como meio de evitar futuras violações da lei criminal, quer intimidando a generalidade das pessoas, quer agindo sobre o próprio delinquente.

Mas a acção preventiva devia conter-se dentro dos limites da justiça e da dignidade da pessoa humana. O arsenal punitivo transforma-se radicalmente. Tomando a liberdade humana como uma *res inestimabilis,* como o primeiro de todos os bens, a sanção criminal, por excelência, devia desviar-se para uma pena privativa da liberdade. Ou seja, a pena de prisão.

Seja-me consentido acentuar, numa perspectiva actual, que os sequazes do superior poder de intimidação da pena de morte defrontam uma realidade implacável. Criminosos há que, possuídos por uma vertigem gloriosa, encaram o martírio como a chave de ouro para entrar no Paraíso.

Na óptica de uma religião religada a sentimentos exasperados, se a morte vale a salvação eterna, a pena que a impõe não encerrará nenhuma força dissuasora.

Como já rezava o verso do poeta quinhentista Gil Vicente, «Sou santo canonizado, / pois morri dependurado».

O clamor humanitarista conheceu alguns ecos tímidos e fugazes. Em 1767, as ideias de Beccaria ressoaram nas Instruções para o Código da Rússia, mas não se chegaram a concretizar em lei.

Leopoldo II da Toscana, sob o impulso de uma comissão a que presidira o próprio Beccaria, excluiu, em 1786, a aplicação da pena de morte nos seus domínios. O mesmo sucederia com o monarca esclarecido José II no novo Código austríaco.

Todavia, foi sol de pouca dura. A Toscana restabeleceu a pena capital em 1790. A Áustria voltou a admiti-la em 1796 e alargou o seu âmbito no Código Penal de 1803. Como escrevia Goethe, em tom pessimista, «se é difícil abolir a pena capital, quando ela se produz, é para a restabelecer na primeira ocasião».

Senhoras e Senhores

O século XIX trouxe consigo, de início, no contexto convulsivo que a Europa atravessava dominado por receios infindos, um nítido recuo na caminhada do movimento abolicionista. O Código penal francês de 1810 previa a aplicação da pena capital em mais de três dezenas de casos. Larga aplicação também se tolerava no Código da Baviera de 1813. E a Inglaterra, inabalável, mantinha-se pródiga na aceitação da pena de morte para mais de duas centenas de casos, um quadro punitivo a que se conservou fiel até 1860.

Coube à França dar um sinal de nobre viragem. A sua reforma penal de 1832 reduziu a aplicação da pena de morte e, em 1848, por influência das ideias liberais, decretou a sua abolição para os crimes políticos. Alguns governos locais tomaram-se então de entusiasmada coragem e promoveram a abolição, como aconteceu, ainda em 1848, no Cantão de Friburgo e na República de S. Marino. Mas tratava-se de episódios localizados. As grandes nações europeias hesitavam em lançar-se afoitamente na via de uma abolição total que incluísse os delitos comuns.

Senhoras e Senhores

Portugal logrou vencer o velho preconceito. Acompanharemos, doravante, o seu trajecto histórico-jurídico de alguns sobressaltos.

Os professores da Universidade de Coimbra constituíam a elite doutrinal que, a pouco e pouco, foi aderindo ao movimento abolicionista. O fundador da história do direito português, Mello Freire, declarou-se, *expressis verbis,* conhecedor das ideias do Marquês de Beccaria. No entanto, moderava-se intencionalmente, não escondendo o seu pensamento. Escreveu: «eu tenho para de mim que em Portugal não pode por ora haver segurança pública sem penas capitais: e todos sabem que o génio e carácter da nação é a principal medida do aumento ou diminuição das penas».

Nas suas *Institutiones Iuris Criminalis Lusitani,* de 1794, explicava que a pena de morte podia ser de três espécies: simples, atroz e cruel. A atroz surgia agravada *intra limites humanitatis et justitiae,* por exemplo, através do confisco. A morte cruel era provocada lentamente à custa de suplícios. Mello Freire repudiava-as, mas pronunciou-se pela necessidade da pena de morte simples.

Ainda assim, num projecto de Código Criminal que esboçou por incumbência da rainha D. Maria I, proíbe qualquer forma de tormento na execução da pena última. Mas não só. Suprimiu-a em muitos casos, reservando-a apenas para punir aquilo que designava por crimes gravíssimos.

Outro colega de Mello Freire nas cátedras de Coimbra, Souza e Sampaio, salientava que a pena de morte não cumpria dois dos principais fins das penas. Não emendava o criminoso nem o podia fazer melhor. Por outro lado, a pura vingança em si afigurava-se intolerável, porquanto não era lícito compensar o ofendido com a morte do ofensor. Aliás, à pena de morte e ao seu carácter momentâneo, preferia uma pena de execução continuada. Apesar de tudo, louvando-se numa ideia de prevenção geral, concluía adversamente às teses abolicionistas.

Na Universidade, por vezes, perdoa-se tudo, menos o génio. Ora, foi precisamente um feroz rival de Mello Freire, o canonista António Ribeiro dos Santos, quem vincou, sem hesitação, uma posição notável no trilho que observamos.

Num estudo publicado em 1815, Ribeiro dos Santos analisou o tema, desdobrando-o, à semelhança de Beccaria, em dois aspectos. Primeiro, saber se era lícita a pena capital e em que medida. Depois, indagar se ela convinha ao estado ordinário da República.

Diversamente de Beccaria, Ribeiro dos Santos, no plano filosófico, sustentava a licitude da pena capital. A sociedade civil podia dar a morte ao criminoso quando de qualquer outro modo não conseguia salvar a sua existência política ou conservar a tranquilidade geral. Dentro desta base de licitude, sempre que a pátria estivesse em perigo, justificava-se a pena máxima. Na óptica de Ribeiro dos Santos, a morte já não era então verdadeira pena. Era simplesmente defesa.

Quanto à segunda vertente da questão, o canonista revelou-se deveras progressivo. Numa sociedade em paz, o estado ordinário da República, a pena de morte não se mostrava, nem necessária, nem útil. Ao afirmar, sem tibiezas, posto que num quadro de normalidade, a desnecessidade e a inconveniência da pena de morte, Ribeiro dos Santos elevou-se como o primeiro abolicionista convicto no pensamento jurídico português.

As teses abolicionistas extravasaram o recato dos livros eruditos. É certo que a prática jurisprudencial já dera sinais eloquentes. Basta pensar no abandono dos tormentos que se consideravam revogados *per desuetudinem.* Uma conduta legal de atenuação no rigor das penas, de frontal oposição à tortura e de progressivo afastamento da pena capital ressoou, entre nós, a partir do reinado de D. Maria I e na forma de reflexos avulsos.

Não vou multiplicar ilustrações. Apenas um exemplo saído de uma lei inscrita na regência do príncipe D. João, filho de D. Maria I. Trata-se do Decreto de 11 de Março de 1797. Aí se mandava comutar a pena de morte em degredo perpétuo para Moçambique a todos os condenados com menos de quarenta anos que se encontravam presos na cadeia do Limoeiro à espera de execução. Exceptuavam-se somente aqueles que houvessem sido sentenciados por «crimes atrocíssimos».

Senhoras e Senhores

O advento do liberalismo aumentou a ansiedade por uma reforma do direito penal português. Várias iniciativas se esfumaram, mas não se desvaneceu o voto humanitarista. Efectivos avan-

ços encerrou-os o movimento constitucionalista, desencadeado pela Constituição de 1822. Esta consagrou os princípios da igualdade e da proporcionalidade. E, num preceito de nítido pendor utilitarista, consagrou ainda o princípio de que nenhuma lei, e muito menos a penal, seria estabelecida sem absoluta necessidade. Sobre a pena de morte caía tristemente a escuridão do silêncio. Uma escuridão a que não escaparam também a Carta Constitucional de 1826 e a Constituição de 1838.

Um significativo passo em frente foi dado, discretamente, pela Reforma Judiciária de 1832. Traduziu-se no recurso obrigatório à clemência régia em todos os casos de sentenças capitais proferidas por tribunais portugueses.

A providência suscitaria uma onda sistemática de comutações da pena de morte concedidas pelos nossos monarcas. Assim aconteceu com D. Maria I, D. Pedro V e D. Luís, que dela se socorreram, invariavelmente, a partir de 1846. O ano em que se assistiu à última execução da pena máxima em Portugal.

Tal significou que a pena de morte morreu abandonada em 1846. Ou seja, Portugal, fez preceder a abolição legal da pena de morte pelo seu desaparecimento no plano dos factos. Não cometeu o erro de uma abolição precipitada para depois correr o risco, lembrado por Goethe, de uma restauração a curto prazo.

Uma nova página virou-se em 1852. Por iniciativa da Câmara dos Deputados, o Acto Adicional à Carta Constitucional declarou, à imagem da França, a abolição da pena de morte para os crimes políticos. E o Código Penal também surgido em 1852, quanto aos crimes civis, limitava-se a prever a pena de morte para os três casos extremos de traição à pátria, crime de lesa-majestade e homicídio voluntário qualificado. Era o que restava, em termos legais, de uma pena de morte que, na prática, já nem existia.

As letras jurídicas portuguesas não ficaram satisfeitas e continuaram a pelejar ao longo das décadas de cinquenta e sessenta do século XIX. Destacam-se os contributos do juiz do Supremo Tribunal de Justiça António Fernandes da Silva Ferrão e dos doutores de Coimbra Ayres de Gouveia e Levy Maria Jordão.

Enquanto deputado, Ayres de Gouveia protagonizou, no Parlamento, em 1863, um episódio radioso e sugestivo. Subiu à tri-

buna, ma discussão do orçamento, defendendo, em tom inflamado, a extinção do ofício e do salário de carrasco. Reputava essa previsão orçamental vexatória e indigna de uma sociedade civilizada. O desfecho, apesar dos fartos aplausos dos deputados, revelou-se um tanto caricato, pois suprimiu-se o salário, mas não o ofício.

Para utilizar uma expressão em voga no século XIX, Ayres de Gouveia achava-se um verdadeiro ornamento da Universidade de Coimbra. Dele próprio disse um dia: «Fui estudante e fui lente, fui deputado e fui ministro, fui padre e fui arcebispo, e não fui general, porque nunca fui soldado».

Senhoras e Senhores

Os tempos estavam maduros para se colher o fruto precioso que era a abolição da pena de morte. Em 1864, o rei D. Luís, no discurso da Coroa, anunciou no Parlamento isso mesmo. Todavia, após diversas vicissitudes, seria preciso aguardar pela Reforma das Prisões de 1867, para que o objectivo cimeiro da abolição da pena de morte se alcançasse relativamente aos crimes civis.

A enxertia da abolição da pena de morte numa lei sobre a reforma das prisões justificava-se pelo propósito de evitar mais atrasos. Uma medida que, através de uma interpretação autêntica, se alargou a todos os domínios ultramarinos do império português.

Mesmo face a face com o árduo problema da substituição da pena capital, o legislador português não se sentiu obrigado de lhe fazer corresponder a prisão perpétua senão por um breve sopro temporal. Na verdade, logo em 1884, converteu-a em prisão temporária. E, a partir de uma lei de 1893, admitiu inclusivamente a concessão da liberdade condicional.

O autor da proposta abolicionista, o Ministro de então, Barjona de Freitas, era um homem culto. Mostrou conhecer a doutrina desde Beccaria até Mittermaier e ao seu famoso estudo saído em 1862, segundo o qual a pena de morte não era eficaz e deixou de ser necessária.

Senhor de uma poderosa retórica argumentativa, o ministro português, não hesitava em entender a pena de morte, num bem

fundado relatório, como «a pena que paga o sangue com o sangue, que mata mas não corrige, que vinga mas não melhora, e que usurpando a Deus as prerrogativas da vida e fechando a porta ao arrependimento, apaga no coração do condenado toda a esperança de redenção, e opõe à falibilidade da justiça humana as trevas de uma punição irreparável».

Senhoras e Senhores

Barjona de Freitas desde cedo exibiu predicados que especialmente o habilitavam para os grandes cometimentos. Foi um estudante laureado, mas não sufocado pelos livros. Do mesmo passo que «caminhava de conquista em conquista nas lutas da ciência», não se mostrava menos vitorioso noutras lutas e conquistas mais suaves, com que se comprazia a temperar a aridez do estudo». Era este o testemunho fidedigno de Cunha Belém, médico e seu condiscípulo em Coimbra.

Amparado na sombra sábia de seu Pai, o lente catedrático de Direito Administrativo, Justino António de Freitas, o Doutor Augusto César Barjona de Freitas regeu também Direito Administrativo. Viria ainda a receber, durante vários anos, a incumbência de leccionar a disciplina de Direito Criminal e Medicina Legal.

Inclusive, no ano lectivo de 1860/1861, na condição de lente substituto, ficou ao leme da cadeira de Direito Criminal e de Medicina Legal, em substituição de seu Pai e do Visconde de São Jerónimo, o então severo Reitor da Universidade de Coimbra, Basílio Alberto de Sousa Pinto, que os estudantes haviam coroado com o título de o «Czar de Borla e Capelo».

Senhor Presidente da Câmara Municipal de Coimbra

O meu discurso abeira-se do fim. E não queria que ele desse os seus últimos acordes sem lhe dirigir uma sugestão que, decerto, não irá constituir motivo de desconsolo.

No número inaugural, hoje em dia raríssimo, do jornal *Esquerda Dinástica*, dito *Esquerda Ginástica,* arauto impresso do partido de que era chefe Barjona de Freitas, pode ler-se uma deliciosa notícia intitulada «Avenida Ministerial». Rezava assim: «O sr. ministro das obras publicas vae ter uma avenida do seu nome graças ao enthusiasmo governamental da camara de Coimbra. Já é uma gloriasinha. Depois virão as pyramides. Não se é Pharaó logo no principio. Infelizes ha que nem o nome podem por ao proprio quintal. Ai o quintal da imortalidade custa muito a grangear».

Pois bem. Não me consta que Barjona de Freitas tenha, em Coimbra, cidade onde nasceu, por onde se elegeu deputado às Cortes e onde foi lente catedrático da Faculdade de Direito, nem um quintal, nem uma rua, nem uma avenida, e muito menos umas pirâmides que ostentem o seu nome. Impetrando ao Senhor Presidente da Câmara que releve o atrevimento de um humilde servo da nobilíssima Faculdade de Direito, ouso sugerir um modo de a Câmara se associar, com traço rútilo, às Comemorações dos 150 Anos da glória pátria que foi a abolição da pena de morte.

O alvitre aqui fica. Que a nossa estimada Câmara Municipal, à míngua de avenidas e de pirâmides, atribua o nome de Augusto César Barjona de Freitas a uma rua da cidade de Coimbra. Afigura-se-me que 150 anos chegarão para grangear o quintal da imortalidade na toponímia de Coimbra, para quem já a alcançou, voejando nas asas da fama.

Senhoras e Senhores

Num bonito versejar, Camilo Pessanha, antigo estudante da Faculdade de Direito de Coimbra, e que nasceu precisamente no ano da abolição da pena de morte, ou seja, em 1867, perguntava:

«Imagens que passais pela retina
Dos meus olhos, porque não vos fixais?
Que passais – como a água cristalina
Por uma fonte para nunca mais».

Ao invés da recordação de um hóspede do dia fugitivo, impressas na lembrança de todos ficarão decerto, não só caudalosas recordações desta digníssima e lindíssima sessão solene, mas também os eloquentes testemunhos e artefactos da exposição que nos rodeia. Não regateamos os maiores elogios à sua mentora, a Senhora Ministra da Justiça. Bem mostra saber que, ainda para o Direito, o presente não é senão o futuro do passado. A pena de morte foi-nos entregue abolida. Abolida a devemos transmitir. Ou então, nas palavras votivas da recém-inaugurada placa na Faculdade de Direito caídas da inspiração do nosso Provedor de Justiça: «Aos nossos maiores que a consagraram e aos vindouros para que a preservem. Sempre».

Senhor Presidente da República, Excelência
Senhor Reitor da Universidade de Coimbra
Egrégios Convidados

Segundo o Eclesiastes, debaixo do céu, há momentos certos para tudo e um tempo certo para cada coisa. Tempo para nascer e tempo para morrer. Tempo para começar e tempo para acabar.

Em 1867, chegara o tempo de a pena de morte morrer em Portugal. Agora, é chegado o tempo de dar polido acabamento às minhas palavras.

Não chamarei em meu socorro o já longínquo grito de Victor Hugo «Glória a Portugal». Prefiro glorificar o País, a Universidade de Coimbra e a Faculdade de Direito com a refulgente mensagem entretecida em filamentos de ouro pelo Papa Francisco, quando disse: «As sociedades modernas podem reprimir o crime de forma eficaz sem privar, definitivamente, aquele que o cometeu da possibilidade de se redimir… O mandamento *Não matarás* tem valor absoluto e diz respeito quer ao inocente, quer ao culpado».

Eis, Senhor Presidente da República, um derradeiro suspiro discursivo em jeito de alentada exortação.

Que a glória nacional que hoje celebramos coenvolva um apelo universal para que as leis penais, na formulação sublime de

Miguel Torga, «garantam a cada cidadão o direito de morrer a sua própria morte».

Um dia, assim será.
Assim será, um dia.

Disse.

Colégio da Trindade, 5 de Julho de 2017.

O CÓDIGO DE SEABRA NA HISTÓRIA DO DIREITO CIVIL

Por António Pedro Barbas Homem(*)

I. A história do direito privado português está indissociavelmente ligada, desde o início do século XIX, ao constitucionalismo.

Tema central da metodologia jurídica da actualidade, a ligação entre constitucionalismo e direito privado, na verdade, não é um tema apenas dos nossos dias.

O constitucionalismo oitocentista foi fundamental para exprimir os valores da sociedade liberal e para exprimir a ruptura com a sociedade senhorial do antigo regime.

A leitura dos textos constitucionais do liberalismo oitocentista — especialmente da Constituição de 1822 e da Carta Constitucional de 1826, o texto de maior vigência durante a chamada monarquia constitucional — demonstra esta ligação.

Aí encontramos os princípios básicos da constituição do direito civil liberal, que podemos resumir às seguintes orientações fundamentais: igualdade perante a lei; reconhecimento e garantia das liberdades e direitos fundamentais, reconhecidos como direitos naturais; autonomia da sociedade perante o Estado.

Hoje, é difícil atentar nas dimensões de ruptura que estas ideias representaram. A sociedade do antigo regime encontrava-se assente

---

(*) Reitor da Universidade Europeia. Professor Catedrático da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Advogado.

no privilégio, isto é, nos privilégios estatutários das ordens sociais, das comunidades locais e morais e de pessoas em concreto: não apenas a nobreza e o clero tinham privilégios particulares, como também o tinham muitas outras instituições, das aldeias e vilas a grupos de pessoas (corporações de comerciantes, estrangeiros, etc.).

Esses estatutos e privilégios estabeleciam um regime senhorial, o qual não previa direitos e liberdades que hoje designamos como fundamentais e que a gramática jurídica do primeiro liberalismo chamou de naturais. Falo dos direitos à escolha e exercício de uma profissão; livre transmissão da propriedade; igualdade contratual; livre concorrência; igualdade de armas processuais, entre muitos outros.

A um direito com base nos estatutos sociais e nos privilégios o liberalismo opõe a superioridade da lei, a igualdade perante a lei e a liberdade que apenas pode ser restringida pela lei.

Lei e liberdade são assim conceitos associados.

Mas, de outro lado, a lei torna possível a autonomia individual, e esta assenta no contrato.

O conceito chave da autonomia individual do liberalismo é, portanto, o contrato. No Código Civil francês declara-se de modo impressivo que as cláusulas contratuais devem ser obedecidas como se fossem lei — lei entre os contraentes.

De outro lado, trata-se de um contrato entre iguais, o que supõe igual medida de direitos. Aqui, o suporte dogmático é o conceito de personalidade jurídica e de igual capacidade jurídica.

Temos vindo a falar de direitos e da sua consagração. Fica claro um aspecto fundamental do liberalismo: a codificação do direito privado constitui uma condição para a realização do projecto liberal. E cada um dos códigos projectados corresponde ao desenvolvimento normativo de direitos naturais e liberdades em concreto: o Código Civil tutela a propriedade; o Código Comercial as liberdades de comércio e de indústria e a especificidade do seu regime jurídico; o Código Penal a liberdade e o direito à segurança.

Quer dizer, portanto, que a distribuição do direito por códigos tem um carácter político.

A destruição da ordem social do antigo regime foi muito longa e complexa, não se produziu por efeito imediato das novas

constituições e leis. Na verdade, muitos dos costumes e desigualdades fácticas persistirão até ao século XX e inclusivamente ao longo deste século. Portugal continuou assente em privilégios, mesmo quando a lei já não os previa. Esta herança social e psicológica de um país de privilegiados marca profundamente a identidade colectiva.

II. O liberalismo é responsável por uma nova teoria do direito, assente no princípio da legalidade. E por uma nova teoria da norma jurídica, vista como ciência da legislação.

Generalidade e abstracção são novas exigências para as normas legais.

Na verdade, a exigência de codificação estava expressa nos textos constitucionais. Na Carta Constitucional de 1826 consta:

> «Organizar-se-á, quanto antes, um código civil e criminal, fundado nas sólidas bases da justiça e equidade» (art. 145.º, § 17).

Compreende-se a ligação entre constituição e codificação. De um lado, a codificação do direito privado só foi possível depois de afirmados com assento constitucional os direitos individuais dos cidadãos; de outro, só mereciam ser codificadas as matérias relacionadas com esses direitos previstos na Constituição. Também nem todos os diplomas legislativos extensos mereciam a qualificação de códigos.

Contudo, a concretização deste projecto codificador foi muito lenta e demorada. A feitura de códigos era fácil de formular na teoria mas difícil de concretizar na prática.

Atente-se que as Ordenações Filipinas concluídas ainda no século XVI e que entraram em vigor em 1603, ao lado de outra legislação do antigo regime, continuam a vigorar ao longo do século XIX: nas matérias penais, apesar das alterações introduzidas pelos textos constitucionais, até 1852 (Código Penal de 1852, aprovado por Decreto de 10 de Dezembro de 1852 e sancionado por Lei de 1 de Junho de 1853); nas matérias comerciais, até 1833 (Código Comercial de Ferreira Borges, aprovado por Decreto de 18 de Setembro de 1833, entrou em vigor em 14 de Janeiro de

1834); nas matérias civis, até 1868 (Código Civil, aprovado por Carta de Lei de 1 de Julho de 1867, com base num projecto de António Luís de Seabra).

Lembremos finalmente que as fontes do direito privado em vigor no século XIX não eram apenas as Ordenações Filipinas e a legislação subsequente (extravagante, porque por lei não poderia ser incorporada no texto das Ordenações). A título subsidiário inclui-se o direito romano, desde que tivesse um uso moderno e nas condições previstas na Lei da Boa Razão, de 1769; os assentos dos tribunais superiores; os códigos e outros textos das nações civilizadas, também de acordo com a Lei da Boa Razão. Estes códigos eram, essencialmente, os códigos franceses.

III. Podemos ainda lembrar outro tópico fundamental da ciência da legislação liberal: a publicidade das leis e da sua feitura.

Esta, tenho sublinhado em diversos estudos, constitui um elemento da maior importância para caracterizar o projecto jurídico do liberalismo, na sua rejeição apaixonada e consequente dos segredos, arcanos e razão de Estado que tinham sido o traço dominante do antigo regime.

Assim, na sequência da norma constitucional acima referida, foram abertos concursos públicos para a apresentação de propostas de códigos. Qualquer interessado poderia apresentar propostas e sugestões de codificação (1822; 1835).

No entanto, nenhum dos concursos abertos levou à aprovação de códigos ou, inclusivamente, à apresentação de textos relevantes.

Compreende-se por isto que, num passo que é comum à generalidade dos países europeus, o processo de codificação oitocentista tenha afinal sido protagonizado por figuras ilustres da ciência jurídica, que se revelaram os únicos capazes de concluir esta árdua tarefa.

A modernização do direito privado, como estudado por Guilherme Braga da Cruz, tinha passado por um importante esforço tanto da doutrina como da jurisprudência de aplicar os quadros jurídicos das *nações civilizadas* ao nosso país. Muita da legislação

de direito privado do liberalismo, nomeadamente a codificação comercial, teve clara influência francesa.

De outro lado, importa não perder de vista que existiu um importante conjunto de obras doutrinárias que antecederam e prepararam a codificação.

Por pré-codificação doutrinária designo precisamente as obras de alguns dos grandes juristas portugueses da primeira metade do século XIX, cujos manuais de direito civil estão concebidos segundo um plano e uma intenção críticas que anunciam e precedem essa codificação legislativa.

Refiro, em especial, os nomes de Pascoal de Melo, Correia Teles, Borges Carneiro e Coelho da Rocha, os mais relevantes cultores do direito privado na primeira metade do século.

Nas obras destes juristas encontramos traços muito característicos.

Em primeiro lugar, um sistema organizativo dissociado da legislação em vigor; e um método de escrita que prefigura a sua aplicação prática, inclusivamente na sua forma articulada.

Foram eles, portanto, que desbravaram o caminho para os novos códigos liberais do século XIX, quanto ao método da escrita, da organização e sistematização dos materiais jurídicos.

E foram eles também, na sua atenção à dimensão prática do direito, que tornaram possível a estreita ligação entre a ciência do direito e a jurisprudência. Longe das abstracções formais que se irão tornar preocupações centrais da ciência do direito do final do século XIX e do século XX — bem expressas no Código Civil alemão — a preocupação prática dos juristas deste período deve ser sublinhada.

Um tópico fundamental do iluminismo liberal, a relação entre teoria e prática, está ainda associado a um outro tema, este resultante da herança universitária europeia. Durante séculos, tanto na universidade portuguesa como nas universidades europeias, o ensino apenas incidiu no direito romano e no direito canónico, não se ensinando nem direito nacional nem direito local. A reforma tem também este alcance: ao lado da codificação do direito pretende-se que o direito ensinado nas universidades e os livros da educação jurídica realizem esta ligação entre teoria e prática.

O século XIX é também o tempo do nascimento de periódicos jurídicos, como estudado por Luís Bigotte Chorão, responsáveis pelo nascimento de uma opinião pública sobre assuntos jurídicos.

A crença liberal no papel da opinião pública igualmente se documenta nos jornais generalistas, os quais descobrem o mundo do direito e dos tribunais, discutem apaixonadamente julgamentos célebres, tornam partido em questões relevantes, que a época designa como civilizacionais. A pena de morte, a limitação da responsabilidade, as falências (quebras), o emprego e a exploração de mulheres e crianças eram assuntos para os jornais — ao lado da cobertura dos julgamentos célebres.

A literatura é igualmente outro momento fundamental para a opinião pública se pronunciar acerca de relevantes temas do direito e da justiça. Júlio Diniz, Eça de Queiroz, Camilo Castelo Branco, para unicamente referir autores consagrados, são bom exemplo desta ligação entre a literatura e o direito.

Recorde-se que o próprio Visconde de Seabra foi vítima do excesso de jornalistas e intentou uma acção por abuso de liberdade de imprensa contra um jornal que o acusara de ter sido responsável, enquanto juiz, pela delapidação do património do mosteiro de Alcobaça.

O direito torna-se, portanto, um tema central da opinião pública liberal.

A relação entre direito e literatura encontra-se marcada por outra temática, a do estilo e técnica da redacção das leis. Os juristas falavam a este respeito de ciência da legislação, como referido.

O lema deste movimento era fácil de formular: poucas leis, claras e simples.

O Código Civil francês, aprovado em 1804, constituiu o principal modelo do liberalismo europeu e foi fonte de inspiração, não apenas na organização, técnica e soluções, mas também no método de escrita.

Napoleão Bonaparte, que faz designar o Código com o seu nome a partir de 1807, determinara que qualquer cidadão devia poder compreender os seus direitos e deveres através da leitura desta lei. Que ele fosse o livro de cabeceira de qualquer cidadão —

na verdade, é aprovado exactamente como o Código dos cidadãos, ou seja, o livro da cidadania.

No estilo, portanto, as leis deveriam ser escritas para os seus destinatários, o cidadão comum, e não para o jurista profissional.

Clareza, simplicidade, sistema orientado a princípios — como veremos seguidamente — são os grandes lemas da ciência da legislação liberal.

Esta dualidade não pode, sem mais, ser descrita como oposição entre um método popular e um método científico de escrita das leis. Na verdade, a escrita não deixa de ser científica pelo facto de se dirigir ao cidadão comum, quer se trate de leis, da fundamentação das sentenças ou da redacção de contratos e peças processuais. No entanto, a preparação do segundo Código Civil (1966) partiu precisamente desta oposição, considerando que apenas uma linguagem técnica alcança certeza e segurança jurídica: não importa que as suas disposições não sejam entendidas por todos, desde que sejam compreendidas por aqueles que têm de as aplicar. Estas eram as directrizes metodológicas de Vaz Serra, Pires de Lima e Manuel de Andrade, juristas cujo pensamento foi decisivo para as opções metodológicas do Código de 1966.

Este contexto permite compreender o cuidado dos juristas oitocentistas com a qualidade do texto legislativo. É maior exemplo disto a chamada de Alexandre Herculano, certamente o mais brilhante e respeitado intelectual do século, para exercer funções na revisão literária do primeiro Código Civil.

Certamente por estes motivos, esta obra constitui uma obra-prima da língua portuguesa e, um pouco à imagem do dito de Stendhal acerca do Código de Napoleão, a sua leitura pode inspirar muitos aspirantes a escritores.

Não é dizer pouco.

IV. Para se compreenderem os impasses, dúvidas e ambiguidades da história do direito privado português no século XIX devemos contextualizá-la na respectiva história política.

E aqui e de modo breve lembremos a dramática história das suas primeiras décadas, que foram de incrível violência: invasões francesas, fuga da família real e das elites políticas e sociais, guerra

peninsular, ocupação inglesa, guerra civil. A violência destes episódios marcou as gerações que as viveram e as seguintes, em especial, os intelectuais que associamos, não apenas à elaboração dos códigos, como à sua aprovação por governos e parlamentos.

Não podemos perder de vista que a história da codificação acompanha o processo de instauração do parlamentarismo em Portugal. Todos os códigos ou foram aprovados no Parlamento ou foram por este reconhecidos através das chamadas leis de indemnidade dos membros dos governos que os aprovaram.

Também neste plano, a codificação do direito foi entendida como uma tarefa política.

A codificação do direito, não pode perder-se de vista, foi uma etapa essencial da paz burguesa, da concórdia, paz e extraordinário desenvolvimento económico que o país tem na segunda metade do século XIX. Um período conhecido por Regeneração e que é paralelo à de outros Estados europeus, na sequência do movimento conhecido por *Primavera dos povos*.

Este período é usualmente apresentado por muitos historiadores através do olhar crítico de alguns dos mais brilhantes escritores do período, especialmente Eça de Queiroz e Oliveira Martins, cujas páginas satíricas dos políticos e da política são assumidos como o retrato fiel da realidade. No entanto, essa descrição é injusta e errada, desde logo quando se lembram as transformações políticas e sociais: entre muitas outras, abolição da pena de morte, reformas processuais e de organização judiciária, reformas educativas, consagração prática do sufrágio universal masculino, início de legislação social e, claro, codificação comercial, penal e civil.

Isto é, criação e consolidação das instituições do Estado de direito. Afirmação da sociedade aberta, para lembrar o conceito de Popper.

Acrescentamos: é o período do início do capitalismo em Portugal, da sua industrialização e abertura ao exterior. Os conceitos de civilização e progresso andavam a par da ideia de que a legislação era um seu instrumento essencial.

V. Em 1850, António Luís de Seabra, juiz do Tribunal da Relação do Porto, foi chamado a elaborar um Código Civil. Estava

já claro que não seria concretizável o desígnio da codificação através dos métodos anteriormente tentados, quer os concursos públicos, quer a nomeação de comissões de juristas.

No Decreto de 8 de Agosto de 1850 que nomeou Seabra justifica-se

> «… assim os homens de Estado como os jurisconsultos concordam todos hoje em que a redacção dos Códigos, para ser metódica, precisa e clara, deve ser feita por uma só pessoa e revista depois por comissões compostas por pessoas idóneas para tão importante trabalho».

Não se tratava de uma novidade. O próprio Seabra já tinha sido escolhido em 1846 para elaborar uma lei de reforma dos forais e, durante a sua vida, anote-se que foi deputado eleito por diversas vezes e presidente da Câmara dos Deputados, Ministro, reitor da Universidade de Coimbra, finalmente conselheiro do Supremo Tribunal de Justiça (cf. Manuel Cardoso Leal). Uma vida política, académica, judicial e literária sempre com reconhecimento público.

O projecto liberal de Seabra é conhecido.

A sua obra filosófica mais importante data precisamente de 1850 e o seu título enuncia o programa: *a propriedade, introdução à filosofia do direito*. A propriedade, escreve o autor, é a matriz de todos os direitos.

No Código Civil, a definição de propriedade é um enunciado claro destas ideias:

> «Diz-se direito de propriedade a faculdade que o homem tem de aplicar à conservação da sua existência e ao melhoramento da sua condição tudo quanto para esse fim legitimamente adquiriu, e de que, portanto, pode dispor livremente.» (art. 2167.º).

As bases filosóficas das ideias de Seabra são o jusnaturalismo racionalista e o individualismo liberal (António Braz Teixeira), o que permite compreender a atitude antropocêntrica do CC de 1867, centrado no indivíduo.

Assim, o individualismo de Seabra exprime-se na «visão antropocêntrica» (Cabral de Moncada) do projecto de Código. A sistematização do Código afasta-se das codificações já existen-

tes, nomeadamente do Código Civil francês, para seguir a vida da pessoa — uma luta pela aquisição, conservação e defesa dos seus direitos.

O Código proclama logo no art. 1.º:

> «Só o homem é susceptível de direitos e obrigações. Nisto consiste a sua capacidade jurídica ou a sua personalidade».

Os artigos seguintes (2.º a 5.º) exprimem a primazia do direito subjectivo sobre o direito objectivo.

É redutor, contudo, reduzir as concepções do autor ao individualismo. De um lado, ele é temperado pelo jusnaturalismo de matriz krausista, com fortes preocupações sociais, mesmo quando vê nas relações laborais e na determinação da retribuição justa o resultado de livres convenções entre o patrão e o trabalhador, critério que será consagrado no Código Civil. Mas esse individualismo é sobretudo mitigado pela noção de família e pela relevância dos poderes e deveres que resultam da solidariedade familiar.

Recordemos a sistematização do Código de Seabra. Encontra-se dividido em quatro partes:

Parte I — da capacidade civil;

Parte II — da aquisição de direitos;

Parte III — do direito de propriedade;

Parte IV — da ofensa dos direitos e da sua reparação.

A extensa segunda parte estava por sua vez dividida em diversos livros, de acordo com critérios dogmáticos que Seabra já havia apresentado em obras anteriores: direitos originários; direitos que se adquirem por facto e vontade própria e de outrem conjuntamente; direitos que se adquirem por mero facto de outrem e dos se adquirem por simples disposição da lei.

Podemos recortar dois critérios fundamentais: a natureza social do homem exprime-se nas relações sociais que estabelece desde o seu nascimento e que são objecto do direito — as relações jurídicas; o critério do direito civil é o indivíduo, visto como sujeito de direito. Daí um princípio fundamental, base do libera-

lismo dos direitos, que a doutrina da época considera um afastamento claro dos grandes temas do jusnaturalismo anterior:

> «Quem, em conformidade com a lei, exerce o próprio direito, não responde pelos prejuízos que possam resultar desse mesmo exercício» (art. 13.º).

A doutrina do antigo regime assente em princípios abstractos de justiça, designadamente o de injustiça notória, lesão de mais de metade e outros que apontavam para a nulidade dos contratos em situações que configurassem injustiça, era agora postergada pela hipervalorização do princípio *pacta sunt servanda* e da livre igualdade das partes.

O Código Comercial de 1833, a propósito da revista comercial, já restringira o conceito de *injustiça notória* das Ordenações à manifesta violação das formas substanciais do processo e nulidade de sentença por ser dada contra a determinação de lei expressa (arts. 1115.º-116.º). O primeiro comentador do Código de Seabra, José Dias Ferreira, escreveu:

> «No interesse da estabilidade e segurança dos contratos foi proscrita acção de lesão, que, não sendo estipulada, não pode hoje intentar-se…»

Vão no mesmo sentido os regimentos do Supremo Tribunal de Justiça e o Código de Processo Civil oitocentista, devido a outro notável jurista do período, Alexandre de Seabra.

A doutrina da época estava bem ciente de que o problema da justiça e injustiça não constituía apenas uma questão filosófica, mas era um tema central no equilíbrio de poderes: afinal cabia ao legislador ou ao juiz, especialmente ao Supremo Tribunal de Justiça criado em 1822 e operante desde 1833, estabelecer os conteúdos da justiça?

A primazia da lei é completada pela função atribuída ao Supremo Tribunal de Justiça de fixação da correcta interpretação das leis e harmonização dos julgados, matéria que foi regulada nas reformas judiciárias e código de processo civil, ao lado dos estatutos desta instituição.

A injustiça notória das leis antigas transforma-se pela codificação liberal em mera violação da lei. Avizinha-se o triunfo do positivismo.

Ainda uma última observação acerca deste individualismo.

Na apresentação do projecto de Código Civil de 1966, Antunes Varela, então Ministro da Justiça, sublinha que o Código de Seabra é a expressão legislativa do individualismo político e filosófico da sua época e representa a esse nível

> «a definitiva transição de uma sociedade feudal, de feição acentuadamente monástica e senhorial, para uma economia burguesa de vincada expressão liberal».

Contudo, se a vida da pessoa é a vida dos direitos — do nascimento, com a atribuição da capacidade de direitos e obrigações; da aquisição em virtude da personalidade; do uso dos bens e da defesa dos direitos — o forte individualismo do autor tem uma profunda carga ética. Por isso se compreende, como escreveu na resposta à crítica de Vicente Ferrer relativa à primeira redacção do projecto de Código, que

> «as pessoas morais só têm a existência que a lei lhes reconhece e os seus direitos, a sua capacidade restringe-se ao círculo limitado da sua esfera especialíssima. É por isso que o profundo Savigny diz no princípio do seu *Tratado de Direito Romano* — que *o indivíduo e somente o indivíduo, goza de capacidade jurídica*».

Consequentemente, as associações ou corporações apenas gozam e podem exercer direitos compatíveis com a sua natureza e fins, de acordo com o princípio da especialidade (arts. 32.º ss.). O Código não prevê as fundações, tipo de pessoa colectiva já permitida em outros países, e, como também no direito comercial, não revela simpatia pela limitação da responsabilidade destas figuras, descritas como ficção jurídica. Recorde-se que as sociedades comerciais anónimas tiveram um forte desenvolvimento com legislação específica em 1867, finalmente consolidada no Código Comercial de 1888, e as sociedades por quotas são uma realidade já do século XX.

Se bem que exista algum eco do sistema das Instituições — pessoas, coisas, acções — a sistematização adoptada não tem paralelo nem com a tradição portuguesa das Ordenações, nem com os códigos já existentes, especialmente o francês, nem com o direito romano (Instituições e Digesto).

VI. Nomeado António Luís de Seabra em 1850 para redigir o projecto de Código Civil, os trabalhos legislativos vão prolongar-se por muitos anos.

Partes do projecto vão sendo publicadas ao longo dos anos e finalmente é objecto de publicação integral em 1858, antes de ser submetido a uma comissão revisora. Seabra respondeu a alguns dos críticos, especialmente ao seu amigo e professor de filosofia do direito na Universidade de Coimbra, Vicente Ferrer Neto Paiva (1859).

A matéria que mais controvérsia desencadeou na opinião pública foi a introdução do instituto do casamento civil. Até então, só era válido o casamento canónico. Contra a opinião de Seabra, na redacção final dada pelo parlamento liberal, apenas se veio a permitir o casamento civil aos não católicos (art. 1057.º).

Já na comissão revisora, contudo, o tema mais debatido relacionou-se com a doutrina das acções. Fiel ao seu pensamento que relaciona direitos com a respectiva tutela, o projecto de Código continha uma parte (parte 4.ª ao livro 2.º) acerca das acções, que a comissão revisora resolveu eliminar. Em reacção, Seabra retirou-se dos trabalhos desta comissão, facto que provocou, segundo autores do tempo, soluções de alteração do projecto pouco felizes e incoerentes com o sistema ou normas em particular.

O Código virá a ser aprovado por Carta de Lei de 1 de Julho de 1867, para entrar em vigor em 1868.

VII. Um largo consenso político e o elogio da opinião jurídica acompanham a entrada em vigor do Código Civil português. Consenso em torno de um texto marcadamente liberal e que contrasta com a situação alemã volvidas poucas décadas: lembre-se que o partido social democrata alemão votou contra a aprovação do BGB por o considerar contrário aos interesses dos trabalhadores.

O século XIX designou como *questão social* e *questão operária* o problema da tutela jurídica das relações laborais, o qual acompanha o processo de industrialização e as profundas transformações económicas, sociais, urbanísticas e outras que provocou.

Nas ideias políticas emergem novas correntes, socialistas, comunistas, anarquistas, social-democratas, ao lado de novas manifestações do pensamento contra-revolucionário, reaccionário, do

nascimento do pensamento social cristão (católico e protestante) e de outras correntes, designadamente institucionalismo, corporativismo, integralismo, entre outras.

A transformação das sociedades agrárias em sociedades industriais implicou uma metamorfose do Estado e do direito.

Emerge um novo tipo de Estado, depois chamado de Estado social, assente numa renovada metodologia jurídica — na verdade, num Estado assente na administração, já não apenas árbitro mas jogador, presente na sociedade e na economia. Tanto no direito privado como no direito público novos conceitos e institutos exprimem estas metamorfoses: conceitos como interesse, função social da propriedade e abuso do direito, entre muitos outros, exprimem uma nova sensibilidade aos problemas sociais. Serve de exemplo o que escreve Guilherme Moreira nas suas influentes *Instituições*:

> «Os interesses representam, no actual conceito de ordem jurídica, o elemento primário, a base em que assenta a própria organização social, considerando-se a liberdade um meio para a realização dos interesses.»

O materialismo do cálculo dos interesses toma agora a primazia sobre o idealismo do primeiro liberalismo.

VIII. Importa não perder de vista o significado do Código Civil no plano dogmático.

Ficou consensualizada um critério, hoje abalado com a ideia de supremacia da constituição e dos direitos fundamentais, segundo o qual o direito civil é o direito geral ou comum e, em especial, é o direito privado comum.

A relação entre geral e particular deve ser sublinhada: o critério dogmático do liberalismo assenta na visão de que o direito civil é o direito geral ou comum, no sentido de que lhe cabe fixar o sentido dos conceitos e dos institutos utilizados na comunicação jurídica, para garantir a unidade da ordem jurídica e a coerência do discurso jurídico. Muitos juspublicistas dos séculos XIX e XX, como Marcelo Caetano, comungavam desta visão.

O direito público é direito especial e não faltam exemplos dessa relação: ao longo do período liberal, por exemplo, foram consagradas muitas restrições de direito público à propriedade pri-

vada, designadamente legislação sobre expropriações, servidões por interesse público, obrigações de edificação, conservação de edifícios, até legislação tributária e agrária com profundo impacto no conteúdo e no exercício dos direitos dos proprietários.

Não é verdade que o liberalismo oitocentista e, desde logo o Visconde de Seabra e o seu código civil, ignorassem estas complexas relações. Recorde-se, apenas de modo ilustrativo, que, pouco depois da entrada em vigor do Código Civil, inicia-se o processo de aprovação de legislação operária, vista como especial em relação ao Código Civil. No Parlamento, estes temas foram controvertidos de modo aceso.

Do mesmo modo, a relação entre geral e particular permitia o nascimento de legislação específica para novos domínios do direito privado, processo também ele não isento de controvérsia, com muitos juristas denunciando o nascimento de novos tipos de privilégios. É o caso da legislação sobre direitos de autor e direitos industriais.

Não é, portanto, verdadeira a conclusão de uma incompatibilidade do liberalismo do direito civil com as preocupações sociais (Susana Videira).

Mais: na sequência das propostas de Vicente Ferrer, o Código Civil consagrou os princípios do direito natural como critério de integração das lacunas legais.

No entanto e ao contrário do pretendido, esta possibilidade de utilizar os princípios do direito natural para corrigir os defeitos do individualismo legislativo não tiveram nem o apoio da jurisprudência portuguesa nem da doutrina. A crescente influência do positivismo, nas suas diferentes dimensões (científica, social, política), não era propícia à invocação de princípios de direito natural pelos tribunais. Pelo contrário, especialmente associado ao progresso das ideias republicanas, o positivismo científico volta as costas ao direito natural e à jurisprudência, considerando que é a lei o dínamo das transformações sociais e a metodologia jurídica é apenas uma técnica de interpretação da lei.

IX. Pergunta-se, como em relação ao BGB (Joachim Rückert), se o Código de Seabra afinal de contas não teve ocasião de demonstrar todas as suas potencialidades, devido à sua revogação por um novo Código.

O Código de Seabra vigora em três regimes políticos distintos: a monarquia constitucional, liberal e democrática; a república, jacobina e radical; o Estado Novo, autoritário e corporativo.

Cada um dos regimes aprovou as suas próprias gerações de legislação de direito privado.

Ainda na monarquia constitucional, recorde-se a reforma da legislação comercial, das falências e insolvências, e o início das leis laborais. Em 1885 foi criada a Caixa Nacional de Aposentações. Em 1891 disciplina-se o trabalho de *mulheres* e de *menores*, fixa-se a *idade mínima* de admissão e proíbem-se certos *trabalhos penosos ou perigosos* nos estabelecimentos industriais, bem como se estabelece a protecção da maternidade pela imposição de licença de parto de 4 semanas e a exigência de creches nas empresas com mais de 50 trabalhadores. O reconhecimento do *direito de associação de classe* foi feito pela Lei de 9 de Maio de 1891. Em 1893, o Decreto de 16 de Março regulamenta *o trabalho das mulheres e dos menores* e a *protecção da maternidade*. Em 1895 é promulgada a primeira lei específica sobre *higiene e segurança do trabalho*, no sector da construção e obras públicas.

A república reforça a componente social e operária, nomeadamente no direito do trabalho e do arrendamento, da greve e do associativismo sindical e revoluciona o direito matrimonial.

O Estado Novo cria o regime corporativo e o condicionamento industrial, reforma o direito matrimonial em consequência da Concordata e reforça a componente social do direito privado: abuso de direito, função social da propriedade, enriquecimento sem causa, contrato promessa, para além da reforma profunda no direito das obrigações são algumas das suas novas concretizações legislativas. Lembrem-se alguns dos institutos do novo direito das obrigações: direitos de personalidade, fundações, associações não personalizadas, representação, abuso do direito, responsabilidade pré-contratual, cessão da posição contratual, contrato de adesão, resolução ou modificação do contrato por alteração das circunstân-

cias, responsabilidade pelo risco, danos não patrimoniais — aspectos que só por si justificariam, segundo Manuel de Andrade e Vaz Serra, a elaboração de um novo Código.

150 anos volvidos sobre a entrada em vigor do primeiro Código Civil e 50 anos sobre o segundo, o tempo é, portanto de comemorações. Hoje, na época da globalização e da europeização do direito privado, certamente que muitos dos temas relevantes em 1867 nos parecem estranhos e antiquados.

O tempo, no entanto, não está para nostalgias. Obra monumental da língua portuguesa e da cultura jurídica oitocentista, o Código de Seabra é uma peça fundamental na modernização da sociedade portuguesa e do seu direito privado. E um exemplo, ainda hoje, quer no plano literário quer na metodologia da escrita jurídica.

LEI BASILAR DAS COOPERATIVAS: MEMÓRIAS DE UMA LEI PRECURSORA E CONTRADITÓRIA

Por Deolinda Meira(*)
e Maria Elisabete Ramos(**)

SUMÁRIO:

1. Introdução. 1.1. O contexto do surgimento da Lei de 2 de julho de 1867. **1.2.** A visão e iniciativa legislativa de Andrade Corvo. **1.3.** Aspiração por um Código Cooperativo. **2. Noção e natureza das cooperativas. 2.1.** Noção. **2.2.** Associação e sociedade. **2.3.** Natureza comercial de todas as cooperativas. **3. Os objetos da cooperativa ou a antevisão dos ramos cooperativos. 4. A liberdade de constituição das cooperativas e formalidades de criação. 4.1.** Forma e conteúdo dos estatutos. **4.2.** A denominação da cooperativa e a menção nos atos externos. **4.3. Registo e publicação dos estatutos. 4.4. Modelos de estatutos. 5. Capital e outras contribuições dos associados. 6. Qualidade de membro: direitos e responsabilidades. 6.1.** Requisitos legais para se ser membro. **6.2.** Responsabilidade dos membros pelas operações da cooperativa. **6.3.** Intransmissibilidade da qualidade de membro. **6.4.** Demissão e exclusão de membros. **6.5.** O direito de voto. **7. Governação da cooperativa. 7.1.** Assembleia e mandatários. **7.2.** Responsabilidade dos mandatários pela violação do mandato. **8. Conclusão.**

(*) Professora Adjunta do P.Porto/ISCAP/CEOS.PP.
(**) Professora Auxiliar da Faculdade de Economia da Universidade de Coimbra.

1. Introdução

1.1. O contexto do surgimento da Lei de 2 de julho de 1867

O ano de 1867, um "ano fausto para o direito português"([1]), é recordado pelos importantes marcos legislativos que, por razões diversas, merecem hoje ser celebrados. De primordial importância é a Carta de Lei de Abolição da Pena de Morte em Portugal para os crimes civis([2]). Em carta a Brito Aranha, a 15 de junho de 1867, Vítor Hugo felicita Portugal pela aprovação da Lei: "Portugal acaba de abolir a pena de morte. Acompanhar este progresso é dar o grande passo da civilização. Desde hoje, Portugal é a cabeça da Europa. Vós, Portugueses, não deixastes de ser navegadores intrépidos. Outrora, íeis à frente no Oceano; hoje, ides à frente na Verdade. Proclamar princípios é mais belo ainda que descobrir mundos"([3]).

O ano de 1867 é lembrado na história do direito português por outras realizações. Em 2 de junho ocorre a publicação da primeira lei das sociedades anónimas; data de 1 de julho a Carta de lei pela qual se aprova o primeiro Código Civil português; em 2 de julho de 1867 surge a primeira lei portuguesa sobre cooperativas, também designada Lei Basilar. Sendo diplomas muito distintos e acudindo a problema muito diversos, talvez todos eles resultem de uma "dinâmica de reconhecimento da liberdade associativa"([4]).

([1]) Rui Pinto Duarte, *Escritos sobre direito das sociedades*, Coimbra: Coimbra Editora, 2008, p. 93.

([2]) Trata-se da Carta de lei pela qual D. Luís sanciona o decreto das Cortes Gerais de 26 de junho de 1867 que aprova a reforma penal e das prisões, com abolição da pena de morte. O documento e outras informações relevantes estão disponíveis no sítio oficial do Arquivo Nacional da Torre do Tombo.

([3]) Disponível em <http://antt.dglab.gov.pt/exposicoes-virtuais-2/carta-de-lei-da-abolicao-da-pena-de-morte-1867-marca-do-patrimonio-europeu/>, consultado em 11.1.2018.

([4]) Rui Namorado, *Introdução ao Direito Cooperativo. Para uma Expressão Jurídica da Cooperatividade,* Coimbra, Almedina, 2000, p. 38. V. também Sérvulo Correia, "O sector cooperativo português. Ensaio de uma análise de conjunto", *Boletim do Ministério da Justiça*, 169, 1970, p. 62, salienta a importância do Código Civil de 1867 que reconheceu o direito à associação como direito originário do homem, embora regulado muito estreitamente.

Centrar-nos-emos na memória da Lei de 2 de julho de 1867, elegendo para as nossas reflexões o contexto histórico em que ela se insere, os problemas jurídicos que procurar regular, as ambivalências ou contradições que não podem ser ignoradas e a modernidade de algumas das soluções propostas.

No dia 2 de julho de 1867, o Diário do Governo sanciona o decreto pelo qual as Cortes Gerais regularam a organização das sociedades cooperativas. Raul Tamagnini apelidou este diploma de "Lei Basilar do Cooperativismo Português", designação que se consolidou e que ainda hoje distingue este diploma. Deve-se esta designação não tanto à circunstância de esta ser a primeira lei portuguesa que enquadra juridicamente as cooperativas, mas, essencialmente, por ser vista "como um dos elementos que desencadearam o desenvolvimento do cooperativismo em Portugal"(5).

Sublinha Sérvulo Correia que, ao contrário do que aconteceu na Grã-Bretanha, em que a cooperação foi uma "criação popular espontânea, não de todo alheia à influência do pensamento de alguns intelectuais"(6), na experiência portuguesa "a cooperação recebeu (…) o seu primeiro impulso dos meios possidentes e cultos"(7).

Efetivamente, mais do que o resultado de uma aspiração social que reclamasse uma lei dedicada ao enquadramento das cooperativas, a Lei de 2 de julho de 1867 radica na *vontade política* de dotar a ordem jurídica portuguesa de um instrumento de cooperação à disposição das "classes laboriosas" que pudesse, por um lado, minorar as graves condições de vida por elas experimentadas e, por outro, contribuísse para pacificar ou minorar as reivindicações operárias(8).

---

(5) Rui Namorado, *Introdução ao Direito Cooperativo. Para uma expressão jurídica da cooperatividade*, *cit.*, p. 37.

(6) Sérvulo Correia, "O sector cooperativo português", *cit.*, p. 60. Sobre esta ideia de que, em Portugal, a génese das cooperativas é o resultado do impulso de intelectuais e de uma elite que conhece experiências estrangeiras e as quer transpor para a ordem jurídica portuguesa (no século XX falou-se de "legal transplant"), Raul Tamagnini Barbosa, *Modalidades e aspectos do cooperativismo*, Porto: Casa do Povo Portuense, 1930, p. 22, ss.

(7) Sérvulo Correia, "O sector cooperativo português", *cit.*, p. 60.

(8) Sérvulo Correia, "O sector cooperativo português", *cit.*, p. 60, ss.

No período de lançamento do cooperativismo em Portugal, as cooperativas "eram relativamente pouco numerosas, com predomínio de cooperadores oriundos de ofícios marginalizados pela evolução económica"([9]). Em Portugal, a "cooperatividade desponta no alfobre associativo, num período de pacificação política e de baixa conflitualidade social"([10]). Segundo Rui Namorado, no século XIX, da "nebulosa associativa" vão diferenciar-se as cooperativas que constituem um dos pilares do movimento operário([11]). Este Autor surpreende uma "conexão íntima entre as práticas cooperativas e o caráter operário do movimento social que as exprimiu e impulsionou"([12]).

É diferente a opinião expendida por Cunha Gonçalves para quem "as associações sob a forma de cooperativa são em Portugal muito antigas"([13]). Apresenta como exemplos as corporações das artes e ofícios, extintas em 1834, que, segundo este Autor, "eram uma espécie de cooperativas de produção", os compromissos marítimos, grupos de pequenos trabalhadores agrícolas ou de pequenas indústrias (telhas e cal) que o Autor também reconduz a "verdadeiras cooperativas de produção". Reconhece, no entanto, que estas associações não tinham "princípios teóricos em que pretendessem inspirar-se, nem preceitos legislativos, que as orientassem"([14]).

Esta assimilação que Cunha Gonçalves faz das corporações às cooperativas talvez se deva a uma menos nítida definição de cooperativa. Hoje é claro que o sistema de corporações que vigorou até ao século XIX não deve ser assimilado ao movimento cooperativo, porque este último radica na liberdade de associação e no princípio da porta aberta.

([9]) Rui Namorado, *Da cooperação ao direito cooperativo. Para uma expressão jurídica da cooperatividade*, edição do Autor, Coimbra: Universidade de Coimbra, 1993.

([10]) Rui Namorado, *Introdução ao Direito Cooperativo*, *cit.*, p. 38.

([11]) Rui Namorado, *Cooperativismo — História e Horizontes*, Oficina CES, 2007, p. 8.

([12]) Rui Namorado, *O essencial sobre cooperativas*, Lisboa: Imprensa Nacional da Casa da Moeda, 2013, p.19.

([13]) Cunha Gonçalves, *Comentário ao Código Comercial Português*, Vol. I, Lisboa: Empreza Editora J. B., Lisboa: 1914, p. 541.

([14]) Cunha Gonçalves, *Comentário ao Código Comercial Português*, Vol. I, *cit.*, p. 541.

As cooperativas têm a ambição de "libertar os operários do regime do salariado, da exploração capitalista, eliminando o patrão, visto que os trabalhadores, associando-se e produzindo em comum, se apropriam do lucro da produção, sendo patrões de si próprios; e, eliminando o comerciante, o banqueiro, o proprietário urbano, visto que a cooperação lhes permitia comprar a grosso aos produtores e consumir os objetos necessários à existência por um preço mais barato, minorados do lucro do intermediário —, construir casas e habitá-las sem o encargo excessivo da renda, obter os capitaes precisos para as necessidades quotidianas, sem os perigos da demasiada usura, etc"([15]).

1.2. A visão e iniciativa legislativa de Andrade Corvo

Deve-se a Andrade Corvo a iniciativa política tendente à publicação da Lei Basilar das Cooperativas. Os motivos e razões que motivam tal iniciativa legislativa estão expressos no Preâmbulo à proposta de lei([16]). Enaltece Andrade Corvo as vantagens benéficas das cooperativas-associações na condição de vida das "classes laboriosas". Identifica Andrade Corvo o "princípio cooperativo" em experiências encontradas na Alemanha e em Inglaterra: "quer melhorando o consumo, quer facilitando ou promovendo imediatamente a produção, quer criando o crédito, quer facilitando a posse da habitação"([17]). Os "bancos do povo" ou os bancos de adiantamentos, desenvolvidos na Alemanha, são vistos como uma experiência capaz de propiciar às "classes pouco abastadas que vivem do trabalho" o acesso ao crédito, assegurado pela garantia solidária e pessoal de todos os associados"([18]). Estes bancos são

---

([15]) Cunha Gonçalves, *Comentário ao Código Comercial Português*, Vol. I, *cit.*, p. 541.

([16]) Andrade Corvo, "Do Preâmbulo à Proposta de Lei (1867)", em Fernando Ferreira da Costa, *Doutrinadores cooperativistas portugueses*, Lisboa: Livros Horizonte, 1978, p. 65, ss.

([17]) Proposta de Lei de Andrade Corvo sobre sociedades cooperativas, publicada em Fernando Ferreira da Costa, *As cooperativas na legislação portuguesa*, *cit.*, p. 48.

([18]) Proposta de Lei de Andrade Corvo sobre sociedades cooperativas, publicada em Fernando Ferreira da Costa, *cit.*, p. 49.

apresentados como uma das concretizações felizes do "princípio cooperativo"([19]). Conclui Andrade Corvo que "o dever dos governos é aproveitar as lições da experiência, é guiar e facilitar a organização de sociedades cuja influência benéfica já hoje não pode ser contestada".

Este preâmbulo apresentado por Andrade Corvo evidencia uma "nítida inspiração estrangeira"([20]). Para além da convocação da estrutura e do funcionamento das cooperativas de crédito urbano de Schulze-Delitzch e das cooperativas de consumo e de construção britânicas, Andrade Corvo evidencia o conhecimento da lei inglesa de 1852, da lei prussiana e do projeto francês. Na Europa, a Lei basilar de 1867 surge na sequência de, em 1852, ter surgido a "The Industrial and Provident Societies Act", tornando-se, por conseguinte, a segunda lei cooperativa. É, portanto, anterior à lei francesa de 24 de julho de 1867 e, na opinião de Cunha Gonçalves, "mais completa do que esta".

Este diploma inaugura o subsequente esforço legislativo destinado a regular as cooperativas em Portugal. Seguem-se, em 25 de julho de 1867, a Portaria nomeando uma comissão para elaborar estatutos modelo, em 28 de junho de 1871, a Portaria mandando continuar os trabalhos da comissão.

É interessante observar que a primeira lei portuguesa sobre cooperativas nasce *formalmente* autonomizada do Código Comercial de 1833 (o designado Código de Ferreira Borges) e, em particular, das suas disposições sobre as sociedades. Efetivamente, o Código de Ferreira Borges prevê sob a designação genérica de "associações comerciais" as companhias, as sociedades ordinárias ou em nome coletivo ou com firma, sociedades de capital e indústria, sociedades tácitas, associações em conta de participação e parcerias mercantis. Sob a designação de *companhia* é regulada a

---

([19]) O Montepio Geral foi instalado no dia 24 de março de 1844, com a autorização do Governo. Sobre a origem e expansão das caixas económicas na Europa, v. ALEXANDRE HERCULANO, *Das Caixas Económicas*, texto publicado em FERNANDO FERREIRA DA COSTA, *Doutrinadores cooperativistas portugueses*, Lisboa: Horizonte Universitário, 1978, p. 45, ss.

([20]) SÉRVULO CORREIA, "O sector cooperativo português", *cit.*, p. 61. Também RUI NAMORADO, *Introdução ao Direito Cooperativo*, *cit.*, p. 38.

sociedade que atualmente designamos como sociedade anónima e que, por força do § 546 do Código, estava dependente de autorização governamental(21). Por força da lei de 22 de junho de 1867, a constituição de sociedades anónimas deixa de estar dependente de autorização governamental.

Segundo relata Costa Goodolphim, as primeiras cooperativas surgiram em 1871. Eram elas a "Sociedade Cooperativa e Caixa Económica do Porto" e outras em Lisboa, sendo que a sua denominação evidencia a natureza de associação de trabalhadores(22). Nestes primórdios, é patente que as cooperativas são polivalentes pois congregam escopos cooperativos e não cooperativos. Por outro lado, é salientado o papel do Centro Popular dos Melhoramentos das Classes Laboriosas na difusão da ideia cooperativa ente a classe operária. Data de 1872 a decisão de o Governo mandar distribuir ao Centro Promotor das Classes Laboriosas "uma coleção oficial de documentos sobre sociedades cooperativas que, além dos relatórios da proposta e do projeto da Lei de 1867 e do próprio texto desta, continha também modelos de estatutos para cooperativas de consumo, de construção (que eram chamadas de "edificação") e de crédito, acompanhados de pormenorizados textos explicativos"(23).

Lido hoje o Preâmbulo à proposta de Lei de 1867, da autoria de Andrade Corvo, o que resulta é que as cooperativas constituem uma importante *inovação social* para um *problema social*(24) constituído pelos escassos recursos das "classes laboriosas", pela falta

---

(21) V. A. Menezes Cordeiro, *Direito das sociedades*, I. *Parte Geral*, 3.ª ed., Coimbra: Almedina, 2011, p. 118.

(22) V. Costa Goodolphim, *A associação — história e desenvolvimento das associações portuguesas*, Lisboa, 1876, pp. 94, 139; Sérvulo Correia, "O sector cooperativo português", *cit.*, pp. 65, 66.

(23) Sérvulo Correia, "O sector cooperativo português", *cit.*, p. 66.

(24) Neste sentido, v. Filipe Almeida/Filipe Santos, "Portugal inovação social: na encruzilhada dos tempos", *Revista Cooperativismo e Economía Social*, 39 (2016-2017), p. 443, ss. Para uma lista dos problemas sociais com que debatiam os trabalhadores nos finais do século XIX, v. Costa Goodolphim, *Das caixas económicas*, publicado em Fernando Ferreira da Costa, *Doutrinadores cooperativistas portugueses. Subsídios para o Estudo do Sector Cooperativo Português*, Lisboa: Horizonte universitário, 1978, p. 69.

de instrução, pela opressão causada pela "funesta influência" dos "perigos resultantes da vida industrial moderna"([25]).

A inovação está no "princípio cooperativo" que consiste em "reunir duas ou mais operações, quase sempre distintas e separadas nos actos comuns do comércio e da indústria, na mesma associação"([26]). As classes laboriosas, libertadas dos vínculos das corporações, encontravam-se livres para se associarem e, através da força da associação, mitigarem as consequências funestas próprias da proletarização. Era esta a crença subjacente à proposta apresentada por Andrade Corvo.

1.3. Aspiração por um Código Cooperativo

Em 1888, o Código Comercial de Veiga Beirão trata as sociedades cooperativas como sociedades de direito especial e *retira-lhes a autonomia formal*, integrando-as no Código Comercial, no Livro II, Título II, no capítulo V, intitulado "Disposições especiais às sociedades cooperativas" (arts. 207.º a 233.º)([27]). Cunha Gonçalves critica, justamente, o teor do art. 207º do Código Comercial de 1888 por ele não ser explícito na exigência da participação do cooperador na atividade da cooperativa([28]).

A esta inserção sistemática das cooperativas no Código Comercial de 1888, Fernando Ferreira da Costa comentou que "a burguesia comercial tolera que as cooperativas sejam tratadas no seu *código*, desde que adotem uma das formas jurídicas precei-

---

([25]) Proposta de Lei de Andrade Corvo sobre sociedades cooperativas, publicada em publicado em FERNANDO FERREIRA DA COSTA, *cit.*, p. 50.

([26]) *Idem*, p. 51.

([27]) ADRIANO ANTHERO, *Comentario ao Codigo Commercial Portuguez*, Vol. I, Porto: Typographia «Artes & Letras», 1913, p. 398, sublinha que o Código Comercial de 1888, ao contrário da Lei de 2 de julho de 1867, não fixa os possíveis objetos da cooperativa, permitindo, por conseguinte, que ela possa desenvolver qualquer objeto, "sem pedir auctorisação ao Governo".

([28]) CUNHA GONÇALVES, *Comentário ao Código Comercial Português*, Vol. I, *cit.*, 1914, p. 542. No mesmo sentido, INÁCIO REBELO DE ANDRADE, *Cooperativismo em Portugal (das origens à actualidade)*, Instituto António Sérgio do Sector Cooperativo, Lisboa: 1981, p. 16.

tuadas, sem todavia lhe reconhecer estatuto autónomo. E, é neste ponto que entronca toda uma polémica sobre a natureza jurídicas das cooperativas, à qual no entanto, os trabalhadores, criadores e construtores desta forma associativa, se mantiveram indiferentes"([29]).

Em 1935, Raúl Tamagnini manifesta a aspiração de que seja publicado em Portugal um Código Cooperativo([30]). Mais tarde, António Sérgio manifesta a preocupação pela necessidade de ser em Portugal publicado o Código Cooperativo, "com cláusulas definidoras dos direitos e deveres das cooperativas e dos auxílios que lhes prestaria o Estado"([31]). Henrique de Barros alertou para o perigo de desvirtuamento dos princípios cooperativos que, embora já plasmados pela Aliança Cooperativa Internacional, o Autor captura e sistematiza na sua obra Cooperação Agrícola([32]).

O Código Cooperativo de 1980, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 454/80, de 9 de outubro, trouxe um novo enquadramento jurídico às cooperativas. Inicia-se uma nova etapa legislativa em que o regime das cooperativas é *formalmente autonomizado da disciplina jurídico-societária.* As cooperativas deixam de ser consideradas sociedades de direito especial. Esta autonomia formal mantém-se no Código Cooperativo de 1996 e no Código Cooperativo em vigor, aprovado pela Lei n.º 119/2015, de 31 de agosto.

Não está apagado o debate em torno da natureza jurídica das cooperativas. A jurisprudência portuguesa tem decidido reiteradamente que as cooperativas, pela ausência do escopo lucrativo, não são sociedades. Na doutrina, o debate não está encerrado. Há quem defenda que as cooperativas são sociedades, quem sustente o enquadramento das cooperativas nas associações em sentido estrito e há quem argumente que elas são um *tertium genus*.

([29]) Fernando Ferreira da Costa, *As cooperativas na legislação portuguesa*, Lisboa: Livraria Petrony, 1976, p. 19.

([30]) Raul Tamagnini, *Direito Cooperativo*, Porto: Imprensa Nacional, 1935, pp. 6 e 21.

([31]) António Sérgio, *Boletim Cooperativista*, n.º 27, outubro 1955, e 29, fevereiro de 1956.

([32]) Henrique de Barros, *Cooperação Agrícola*, Livros Horizonte.

A *autonomia formal* do regime cooperativo relativamente à disciplina societária não é, em si mesma, suficiente para garantir a autonomia substantiva ou de regime jurídico. Na verdade, percebe-se, desde a Lei Basilar de 1867, a tensão existente entre as cooperativas e as sociedades. Essa tensão é patente, desde logo, no confronto entre o documento justificativo da proposta de lei, apresentado por Andrade Corvo, e o teor da lei. Andrade Corvo vê as cooperativas e encontra os seus méritos na associação; a Lei Basilar de 1867 é algo sincrética na caraterização da "sociedade cooperativa" como associação e os membros como sócios ou associados.

Como nota Rui Pinto Duarte, a Lei de 2 de julho de 1867 "estabelecia um regime algo contraditório, nas suas linhas gerais. Na verdade, se por um lado, fixava um largo conjunto de regras quase autosuficientes, por outro lado, qualificava as cooperativas como sociedades comerciais (arts. 1.º e 9.º) e estabelecia que aquele conjunto de regras não era aplicável às sociedades que, empreendendo algumas das operações tidas como características do objeto das cooperativas, adoptassem "as formas prescritas pelo código comercial para as sociedades ou parcerias comerciais, ou pela lei das sociedades anónimas, ou se constituírem por comandita"(33).

Esta proximidade com o regime jurídico das sociedades manteve-se em legislação subsequente, designadamente nos diversos Códigos Cooperativos que remetem para o regime das sociedades anónimas, em tudo o que for permitido pelos princípios cooperativos (Códigos Cooperativos de 1980, 1996, 2015). O que significa que a *identidade cooperativa* (constituída pela noção de cooperativa, pelos princípios cooperativos e pelos valores cooperativos)(34) é desafiada pela *societarização* das cooperativas(35).

---

(33) Rui Pinto Duarte, *Escritos sobre o direito das sociedades*, *cit.*, p. 95.

(34) Sobre o conceito de "identidade cooperativa", v. Rui Namorado, "A Identidade Cooperativa na Ordem Jurídica Portuguesa", *Oficina do Centro de Estudos Sociais*, n.º 157, março de 2001, Faculdade de Economia da Universidade de Coimbra; e Antonio Fici, «Cooperative Identity and the Law», *European Business Law Review*, n.º 24, 2013, pp. 37-64.

(35) Sobre este processo de societarização das cooperativas, v. Deolinda Aparício Meira, "A societarização do órgão de administração das cooperativas e a necessária profissionalização da gestão", *CIRIEC-España. Revista Jurídica*, n.º 25, 2014, p. 2, ss.

2. Noção e natureza das cooperativas

2.1. Noção

A Lei de 2 de julho de 1867 estabelece, no seu art. 1.º, que "Sociedades cooperativas são associações de número ilimitado de membros e de capital indeterminado e variável instituídas com o fim de mutuamente se auxiliarem os sócios no desenvolvimento da sua indústria, do seu crédito e da sua economia doméstica".

Da definição resulta que a cooperativa é uma "associação" de pessoas (os membros), ligadas entre si por uma comunidade de interesses (inerente à sua qualidade comum de consumidores, de trabalhadores, de produtores), que, como destaca Cruz Vilaça, é anterior ao estabelecimento da empresa, gerando uma "especial solidariedade" traduzida agora no seio da empresa cooperativa([36]).

O objeto social da cooperativa surge intimamente ligado à sua vocação mutualista, no sentido de que toda a atividade da cooperativa visa a promoção dos interesses dos seus membros, ou seja, a satisfação das suas necessidades económicas.

Efetivamente, as cooperativas não têm um fim próprio ou autónomo face aos seus membros, sendo um instrumento de satisfação das necessidades individuais (de todos e de cada um) dos cooperadores, que, no seio dela, e através dela, trabalham, consomem, vendem e prestam serviços([37]).

Tal como está devidamente refletido na noção de cooperativa constante da Lei Basilar, o que verdadeiramente identifica a cooperativa é a própria ausência de um escopo autónomo que se diferencie dos interesses dos cooperadores.

([36]) José Luís da Cruz Vilaça, *A empresa cooperativa*, Separata do Boletim de Ciências Económicas, Vols. XI, XII, XIII, XIV, Coimbra, 1969, p. 43.

([37]) Sobre esta instrumentalidade da cooperativa v. Paulo Duarte, "Reflexos jurídico-obrigacionais da cooperatividade nos negócios jurídicos celebrados pelas cooperativas de habitação e construção", *in* Deolinda Aparício Meira (coord.), *Jurisprudência Cooperativa Comentada. Obra coletiva de comentários a acórdãos da jurisprudência portuguesa, brasileira e espanhola*, Imprensa Nacional-Casa da Moeda, Lisboa, 2012, pp. 484-487.

Na decorrência do escopo mutualístico da cooperativa, os cooperadores assumem a obrigação de participar na atividade da cooperativa, cooperando mutuamente e entreajudando-se ("mutuamente se auxiliarem"). As cooperativas operam com os seus membros, no âmbito de uma atividade que a eles se dirige e na qual participam cooperando. Esta participação traduzir-se-á num intercâmbio recíproco de prestações entre a cooperativa e os cooperadores, prestações essas que são próprias do objeto social da cooperativa.

Contudo, este fim mutualístico não implica que as cooperativas desenvolvam atividade apenas com os seus membros, podendo também realizar operações com não membros, o mesmo é dizer com terceiros([38]). De facto, para as cooperativas que tenham por objeto "organizar oficinas de trabalho comum e vender os produtos nela fabricados" (art. 2.º, n.º 3), admite-se expressamente a possibilidade de tais cooperativas "deliberarem admitir nas oficinas indivíduos não sócios", devendo, neste caso, os estatutos determinar "as condições da sua admissão, quer como operários, quer como aprendizes" (art. 13.º, § único). Por sua vez, nas cooperativas que tenham por objeto "Comprar para vender aos associados as coisas necessárias à vida" e " as máquinas e instrumentos necessários à sua indústria", admite-se expressamente a possibilidade de essa venda ser feita a "estranhos" (art. 2.º, n.os 1 e 3), ou seja a não membros.

Na noção, o legislador refere que o número de membros é ilimitado. A ausência deste limite máximo encontrará o seu fundamento no princípio da porta aberta, de que falaremos a seguir, assentando no pressuposto da cooperativa enquanto empresa chamada a ampliar-se indefinidamente.

A variabilidade do capital social, que decorre do tradicional princípio da porta aberta, mais tarde designado de princípio da adesão voluntária e livre, é reconhecida, expressamente, pelo legisla-

---

([38]) Segundo Rui Namorado, *Cooperatividade e Direito Cooperativo. Estudos e Pareceres*, Almedina, Coimbra, p. 184, "Terceiros, de um ponto de vista cooperativo, são todos aqueles que mantenham com uma cooperativa relações que se enquadrem na prossecução do seu objeto principal, como se fossem seus membros embora de facto não o sejam".

dor como uma caraterística essencial da identidade cooperativa, integrando a própria definição de cooperativa. O princípio da porta aberta comporta duas vertentes: a voluntariedade na adesão e a liberdade na saída. A ninguém poderá ser recusada a entrada numa cooperativa sem uma razão objetiva, ou seja, sem uma razão que, pela sua própria natureza, possa significar uma qualquer discriminação (social, racial, política ou religiosa). Também ninguém poderá ser obrigado a entrar para uma cooperativa ou a permanecer nela contra a sua vontade, assim como não poderá ser excluído da cooperativa sem uma razão objetiva comprovada.

Não obstante a Lei de 2 de julho de 1867 se reportar expressamente apenas ao caráter económico da atividade a desenvolver pela cooperativa com os membros, evidenciando a dimensão económica do objeto social da cooperativa, consideramos que, dado que esta atividade é realizada no interesse dos membros cooperadores, a função social da cooperativa estará também subjacente à noção de cooperativa presente neste diploma.

Finalmente, vale a pena dizer que, diversamente da noção de cooperativa constante do Código Cooperativo atual, não é feita qualquer referência aos princípios cooperativos, o que se percebe, pois estes princípios, inspirados nas regras por que se regia a cooperativa "Sociedade dos Probos Pioneiros de Rochdale" (constituída em 1844), foram formulados apenas no primeiro congresso da Aliança Cooperativa Internacional (ACI), fundada em 1885. A ACI procedeu à redução dos princípios a um texto formal (em 1937), reformulando-o posteriormente (em 1966 e em 1995). Na reformulação de 1995, a ACI integrou os *Princípios* numa *Identidade Cooperativa*.

2.2. Associação e sociedade

O art. 10.º da Lei de 2 de julho de 1867 dispõe que "As sociedades que, empreendendo alguma das operações indicadas no art. 2.º, adoptarem na sua constituição as formas prescritas pelo Código Comercial para as sociedades ou parcerias comerciais, ou pela lei das sociedades anónimas, ou se constituírem por coman-

dita, serão regidas pelas leis que regulam essas associações e não pelos preceitos da presente lei".

Esta norma merece três breves observações.

A primeira para pôr em destaque que o legislador se refere às cooperativas como sociedades e associações simultaneamente. A este propósito Rui Namorado considera que estas expressões não pretendem sugerir uma qualificação jurídica correspondente(39).

A segunda para sublinhar que, admitindo que estas expressões sugerem uma qualificação jurídica, é nosso entendimento que, não obstante terem em comum a circunstância de serem uma coletividade de pessoas, a associação mostra-se inadequada para enquadrar a cooperativa, em virtude de a estrutura cooperativa se apresentar dotada de características que a tornam incompatível com as estruturas típicas das associações. Pense-se no capital social que as cooperativas têm (art. 5.º) e as associações não, ou na participação dos membros na atividade que é um elemento estruturante da vida das cooperativas, e que aparece evidenciada na definição de cooperativa (art. 1.º), como vimos, sendo um elemento circunstancial no caso das associações.

Em terceiro lugar, deve assinalar-se que a Lei Basilar reflete já uma proximidade entre cooperativas e sociedades. Esta proximidade mantém-se ao longo do tempo em grau e intensidades diversas. No século XX foi-se tornando cada vez mais nítida a distinção entre cooperativa e sociedade. O que não encerrou o debate em torno da identidade cooperativa, que se mantém atualmente.

2.3. Natureza comercial de todas as cooperativas

Dispõe o art. 9.º da Lei de 2 de julho de 1867 que as "As sociedades cooperativas são comerciais". Regem-se, no que lhes for aplicável, pela legislação comercial, salvas as disposições da presente lei.

---

(39) V. Rui Namorado, *As Cooperativas. Empresas que são Associações*, Faculdade de Economia da Universidade de Coimbra, 1999, p. 54.

A cooperativa envolve a criação de uma empresa (em sentido objetivo), enquanto "unidade jurídica fundada numa organização de meios que constitui um instrumento de exercício relativamente estável e autónomo de uma atividade de produção para a troca"([40]), ainda que, tal como destaca Coutinho de Abreu, deva ser qualificada como uma "empresa de serviço", porque criada e gerida para satisfazer diretamente as necessidades dos seus membros([41]). De facto, esta atividade económica desenvolvida pela cooperativa traduz-se na produção e comercialização de bens e na prestação de serviços aos membros da cooperativa, ou, nos casos e termos em que a lei o permite, a não membros.

Ora, as empresas (em sentido objetivo) podem ser comerciais e não comerciais. No primeiro caso, a empresa destina-se à "realização de atos (ou atividades) objetivamente mercantis"([42]), de que são exemplo as atividades previstas nos números 1 a 7 do art. 230.º do Código Comercial. No segundo caso, a empresa dedica-se a atividades económicas que a lei considera não comerciais (por exemplo, a atividade agrícola ou artesanal).

Neste art. 9.º, o legislador considera que a empresa cooperativa será comercial, não prevendo qualquer exceção.

É certo que o objeto da cooperativa compreende a realização de atividades objetivamente comerciais, designadamente atividades de interposição nas trocas (compras de coisas para revenda), atividades industriais-transformadoras, serviços, operações de banco (art. 2.º da Lei Basilar).

No entanto, o legislador não afasta as cooperativas agrícolas e artesanais, que, mais tarde, o Código Comercial de 1888 veio excluir do elenco das empresas comerciais (art. 230.º do Código Comercial de 1888).

([40]) Coutinho de Abreu, *Curso de Direito Comercial*, Vol. I, 10.ª ed., Coimbra, Almedina, 2016, p. 295.

([41]) Coutinho de Abreu, *Da empresarialidade. As empresas no Direit*o, Coimbra, Almedina, 1999, p.165.

([42]) Coutinho de Abreu, *Curso de Direito Comercial*, *cit.*, pp. 229-230.

3. Os objetos da cooperativa ou a antevisão dos ramos cooperativos

O art. 2.º dispõe que as sociedades cooperativas podem ter por objeto, separada ou conjuntamente:

1.º Comprar para vender aos associados e a estranhos as coisas necessárias à vida;

2.º Comprar para vender aos associados, sementes, adubos agrícolas e as matérias primeiras das indústrias de cada um;

3.º Comprar para vender aos associados e a estranhos, e alugar, só aos associados, as máquinas e instrumentos necessários à sua indústria;

4.º Organizar oficinas de trabalho comum e vender os produtos nelas fabricados;

5.º Vender por conta dos donos e mediante comissão os produtos dos trabalhos que os sócios executarem isoladamente;

6.º Construir casas para os associados;

7.º Fazer operações de crédito em benefício dos associados exclusivamente.

Estas atividades coincidem com alguns dos ramos cooperativos previstos na atual legislação cooperativa, tais como os ramos do consumo; da comercialização; o agrícola; o do crédito; o da habitação e construção; o da produção operária; e o dos serviços;

Já se admitia, expressamente, a multissetorialidade, ou seja a possibilidade de uma cooperativa desenvolver atividades próprias de vários ramos, prevendo-se que a cooperativa possa desenvolver atividades mencionadas nos n.os 1 a 7 do art. 2.º "separada ou conjuntamente".

4. A liberdade de constituição das cooperativas e formalidades de criação

4.1. Forma e conteúdo dos estatutos

O art. 3.º da Lei de 2 de julho de 1867 dedica-se a regular as formalidades de constituição de cooperativa, ou melhor dito, o processo de constituição de cooperativa. Em matéria de *forma*, os estatutos são pactuados em *escrito particular* ou em *escritura pública*. Começa-se por identificar que os estatutos são titulados em escrito particular, sendo que as assinaturas dos outorgantes teriam de ser "reconhecidas por tabelião" (art. 3.º, § 2.º).

Repare-se, no entanto, no teor do art. 10.º da Lei de 2 de julho de 1867. Se a sociedade cooperativa adotar na sua constituição as formas prescritas pelo Código Comercial de 1833 será regida pelas leis que regulam essas "associações" comerciais e não pelos preceitos da Lei de 2 de julho de 1867. Se, por outro lado, adotando a sociedade cooperativa o tipo de sociedade anónima, deve cumprir os requisitos de constituição postos pelos arts. 2.º e seguintes da Lei das sociedades anónimas, em particular deve necessariamente o ato constitutivo ser formalizado através de escritura pública([43]).

Preocupa-se a Lei de 2 de julho de 1867 em identificar o *conteúdo* dos estatutos da cooperativa, em particular, em identificar o *conteúdo mínimo* composto pelas menções obrigatórias que dele devem constar: estipulações consentâneas ao fim, objeto e operações da sociedade, à sua organização administrativa e económica, tudo em conformidade com os preceitos da lei e os princípios gerais de direito. Também os atos de alteração dos estatutos devem incorporar as menções obrigatórias previstas na lei de 2 de julho de 1867.

Para além da lista constante do art. 3.º, o ato constituinte deve também, de acordo com o art. 6.º, mencionar a estipulação em

---

([43]) Também no Código Comercial de 1888, as sociedades cooperativas podiam constituir-se sob qualquer um dos tipos societários previstos no art. 105.º do Código Comercial. Discutia-se se podiam adotar o tipo sociedade por quotas, regulada na Lei de 10 de abril de 1901. Sobre estas questões, CUNHA GONÇALVES, *Comentário ao Código Comercial*, *cit.*, p. 544.

matéria de responsabilidade dos "associados", ou seja, a sua responsabilidade limitada ou ilimitada. Sendo estipulada a responsabilidade ilimitada, deveriam os estatutos "fixar o limite da responsabilidade, que nunca será inferior a dois anos de cotas, além do que que cada sócio tiver pago".

Do art. 8.º da Lei de 2 de julho de 1867 parece poder retirar-se que os estatutos também devem convencionar se os mandatários da cooperativa são ou não remunerados.

Outras *menções não são gerais*, ao invés, são específicas de sociedades cooperativas com determinado *objeto*. Veja-se o disposto sobre o conteúdo dos estatutos "organizar oficinas de trabalho comum e vender os produtos nelas fabricados". Os estatutos destas cooperativas podem estipular a compra a crédito das coisas necessárias para o trabalho em comum dos associados, mas a venda dos produtos deste trabalho há-de ser sempre a dinheiro de contado" (art. 13.º). Ou, ainda, o disposto no art. 14.º.

4.2. A denominação da cooperativa e a menção nos atos externos

O art. 4.º da Lei de 2 de julho de 1867 determina que as "sociedades cooperativas devem ter um nome especial que, sem equívoco, as distinga umas das outras". Está aqui consagrada a exigência de *denominação* da sociedade cooperativa. Trata-se de um requisito que, nos seus aspetos essenciais, ainda hoje se exige, tendo em conta o disposto no art. 43.º do Regime do Registo Nacional de Pessoas Coletivas e no art. 15.º do Código Cooperativo de 2015. A Lei de 2 de julho de 1867 não exige, ainda, a distinção das cooperativas de outras pessoas coletivas pelo ativo específico "cooperativa" ou "coop".

O art. 4.º da Lei de 2 de julho de 1867 exige que "nome especial" deve distinguir "sem equívoco" as cooperativas umas das outras. Aflora-se aqui o *princípio da verdade das firmas e denominações*, atualmente consagrado no art. 32.º do Regime do Registo Nacional de Pessoas Coletivas — "os elementos componentes das firmas e denominações devem ser verdadeiros e não

induzir em erro sobre a identificação, natureza ou atividade do seu titular".

Mas talvez se possa, ainda, extrair da norma do art. 4.º da Lei de 2 de junho de 1867 afloramentos do *princípio da novidade das firmas e denominações*, consagrado atualmente no art. 33.º do Regime do Registo Nacional de Pessoas Coletivas. Por intermédio deste princípio, quer-se evitar a suscetibilidade de "equívoco" (confusão ou erro) da denominação de determinada cooperativa com as "registadas ou licenciadas no mesmo âmbito de exclusividade, mesmo quando a lei permita a inclusão de elementos utilizados por outras já registadas". Simultaneamente, o princípio da novidade quer evitar o risco de confusão ou de erro com "designações de instituições notoriamente conhecidas".

A Lei de 2 de julho de 1867 não é tão pormenorizada na tutela da verdade e da novidade das denominações das cooperativas, mas não deixa de tutelar o interesse geral em que no tráfico jurídico as denominações das cooperativas sejam distinguíveis, evitando-se, para isso, os potenciais equívocos. Mais uma vez, as sociedades cooperativas que se constituam sob as formas prescritas no Código Comercial de 1833 ou sob a forma de sociedade anónima, são regidas, respetivamente, no que toca a composição da denominação, pelo disposto no Código Comercial e na Lei de 2 de julho de 1867.

Determina o art. 18.º da Lei de 2 de julho de 1867 que "em todos os documentos e publicitações da sociedade o nome que, em virtude do art. 4.º tiver sido adoptado será precedido ou seguido da qualificação geral da sociedade cooperativa, declarando-se, se é de responsabilidade ilimitada ou limitada, que número de sócios tem, qual é a cota paga por cada um e qual o fundo de reserva". A Lei de 2 de julho de 1867 elenca as menções em atos externos da cooperativa. Trata-se de uma exigência que hoje se consagra para todas as sociedades comerciais e civis em forma comercial no art. 171.º do Código das Sociedades Comerciais(44) e que, por

(44) Sobre as exigências postas por esta norma, v. ALEXANDRE DE SOVERAL MARTINS, "Artigo 171.º", *Código das Sociedades Comerciais em Comentário,* coord. de J. M. Coutinho de Abreu, 2.ª ed., Coimbra: Almedina, 2015, p. 804, ss.

força do art. 9.º do Código Cooperativo de 2015, se deve considerar aplicável às cooperativas, com as devidas adaptações.

Repare-se que uma das menções exigidas nos atos externos das cooperativas, por força do art. 18.º da Lei de 2 de julho de 1867, é que a denominação adotada seja precedida ou seguida "da qualificação geral da sociedade cooperativa, declarando-se, se é de responsabilidade ilimitada ou limitada". Trata-se, efetivamente, de informações juridicamente relevantes para todos os que negoceiam com a cooperativa: saber que se trata de uma sociedade cooperativa (a que corresponde um regime jurídico próprio, ainda que "societarizado" pelas remissões para o Código Comercial e para a Lei de 2 de junho de 1867) e qual o regime de responsabilidade pelas dívidas da cooperativa. Saber se os cooperadores são ou não patrimonialmente responsáveis pelas dívidas da cooperativa é um dado relevante para quem com esta negoceia. Pois bem, a Lei de 2 de julho de 1867 acautelou, com estas exigências relativas aos atos externos, os interesses de transparência permitindo que quem negoceia com a cooperativa pudesse ter acesso a informação relevante para a sua decisão de contratar, poupando aos interessados os custos inerentes à reunião da informação.

4.3. Registo e publicação dos estatutos

Na lei de 1867, o processo de constituição da cooperativa não se basta com o ato constituinte onde os fundadores pactuam as suas convenções. Exige-se, além deste ato de fundação da cooperativa, que os estatutos fossem remetidos ao Ministério das Obras Públicas, Comércio e Indústria, para fim de serem "gratuitamente transcritos num registo particular" e publicados na folha oficial do Governo. Pelo ato de registo por transcrição, não eram devidos emolumentos — é o que resulta da natureza gratuita consagrada no art. 3.º, § 1.º da Lei de 2 de julho de 1867.

Hoje discute-se (com muita intensidade) a questão dos chamados "custos de contexto" na constituição de empresas e, em particular, de empresas societárias. Entre os custos de contexto que se diz ser necessário reduzir e, em alguns casos, eliminar estão os custos

administrativos que correspondam a requisitos administrativos redundantes, desnecessários, desproporcionados, inúteis([45]). Considera-se, à luz das exigências de fomentar o empreendedorismo, que estes custos de contexto podem inibir as iniciativas empreendedoras e, por isso, devem ser eliminados, ainda que haja perda de receitas para o Estado. Pois bem, a Lei 2 de julho de 1867 determinou a gratuitidade do registo do ato de constituição da cooperativa.

Determina o art. 16.º da Lei de 2 de julho de 1867 que, "feito o registo e publicação dos estatutos" ordenada no art. 3.º, § 1.º, "a sociedade está constituída para contrair obrigações, adquirir direitos, bens móveis e os imóveis necessários às suas operações e gerência e para demandar e ser demandada nos termos desta lei". Podemos ver aqui uma incipiente consagração da personalidade jurídica da cooperativa, adquirida no fim do processo de constituição. Efetivamente, da letra da lei parece resultar que, no fim do processo de constituição, é a sociedade cooperativa quem contrata, quem demanda e quem é demandada, distinguindo-se, por conseguinte, dos cooperadores.

4.4. Modelos de estatutos

Segundo o art. 20.º da Lei de 2 de julho de 1867, "o governo mandará elaborar e publicar estatutos que sirvam de modelo aos fundadores das sociedades cooperativas". A Portaria de 25 de julho de 1867, assinada por Andrade Corvo, nomeia os membros da Comissão encarregada de elaborar os modelos de estatutos de sociedades cooperativas. São eles: António Cardoso Avelino, Francisco Luiz Gomes e João António dos Santos e Silva. Mais tarde, por intermédio da Portaria de 3 de outubro de 1871, promove-se a sequência dos "trabalhos já encetados, para a elaboração e publicação dos estatutos que aos fundadores das sociedades cooperativas possam servir de norma ou modelo, na conformidade do que foi

---

([45]) Cf. Maria Elisabete Ramos, "As mudanças de regime do processo constitutivo das sociedades", *Congresso Co-memorativo dos 30 anos do Código das Sociedades Comerciais*, coord. de Paulo de Tarso Domingues, Coimbra: Almedina, 2017, p. 191, ss.

disposto em portaria de 25 de julho de 1867, para execução do art. 20.º". Por esta portaria foram nomeados João António dos Santos e Silva, António Augusto Pereira de Miranda, Manuel Pinheiro Chagas e Jacinto António Perdigão, deputados da nação. Esta comissão teve como missão elaborar e propor "ao governo os projectos de estatutos que ainda não estejam elaborados, rever o que já estão publicados e propor tudo o que julgarem conveniente".

Elaborar e publicar modelos de estatutos constitui uma medida legislativa que hoje é apresentada como uma *best practice* e está disseminada em várias legislações da Europa — umas vezes os modelos são orientadores outras vezes são vinculativos(46). Os modelos de estatutos induzem celeridade no processo de constituição de sociedades e são compatíveis com a redução dos custos. Pois bem, em 1867 o Governo intuiu que uma das formas de facilitar a constituição de sociedades cooperativas era elaborar e publicar modelos de estatutos de cooperativas.

Em 2017, através do Decreto-Lei n.º 54/2017 de 2 de junho, foi retomado um projeto "cooperativa na hora" que não chegou a ser concretizado em 2011. Tecnicamente, a "cooperativa na hora" corresponde ao "regime especial de constituição imediata de cooperativas, com ou sem a simultânea aquisição, pelas cooperativas, de marca registada". Um dos *pressupostos de aplicação* deste regime especial de constituição de cooperativas é, justamente, a necessária "opção por ato constitutivo de modelo aprovado pelo presidente do conselho diretivo do IRN, I. P".

5. Capital e outras contribuições dos associados

O art. 5.º da Lei de 2 de julho de 1867 regula a questão do capital social e outras contribuições patrimoniais dos membros, dispondo que "O capital destas sociedades é formado por cotas

---

(46) V. Maria Elisabete Ramos, "Constituição das sociedades comerciais", *Estudos de Direito de Sociedades*, coord. de J. M. Coutinho de Abreu, 12.ª ed., Almedina, Coimbra, 2015, p. 71, ss.

semanais ou mensais, pagas pelos sócios e fixadas nos estatutos. Pode também nos estatutos ser convencionado o pagamento de um direito de admissão, ou joia, unicamente para constituir fundo de reserva".

Da norma resulta que não será possível constituir uma cooperativa sem capital social, que é a regra que permaneceu até aos nossos dias.

No entanto, diversamente do regime atual, não se exige um capital social mínimo, acolhendo-se o princípio da livre fixação nos estatutos da cooperativa do montante do capital social, solução que consideramos mais razoável, uma vez que os montantes mínimos do capital são fixados de um modo geral e abstrato, não assentando num critério económico de adequação do capital ao objeto e dimensão da cooperativa.

O cooperador só adquire a qualidade de membro, mediante a realização de uma entrada para o capital social *(cotas)*, mas não se fixa um montante mínimo para essa entrada de capital.

O montante das entradas dos cooperadores (as *cotas*) é fixado nos estatutos, podendo ser realizado ao longo do tempo, com periocidade semanal ou mensal. O legislador não fixa qualquer limite temporal para a realização integral das entradas.

Diversamente do regime atual, em que as entradas dos cooperadores podem consistir em dinheiro, espécie e indústria (ainda que estas últimas não sejam computadas no capital social), na Lei Basilar, o legislador restringe essas contribuições *(cotas)* a entradas em dinheiro.

Consagra-se a possibilidade de os estatutos da cooperativa poderem exigir a realização de um direito de admissão ou joia. Não diz o legislador se este direito de admissão ou joia será pagável de uma só vez ou em prestações periódicas. O legislador destaca que esta joia será para "constituir fundo de reserva", pelo que se trata de uma contribuição a fundo perdido, sem que o cooperador receba qualquer direito em contrapartida, ingressando no património da cooperativa e não no capital social.

6. Qualidade de membro: direitos e responsabilidades

6.1. Requisitos legais para se ser membro

O art. 7.º da Lei de 2 de julho de 1867 regula a qualidade de membro da sociedade cooperativa, determinando que "todas as pessoas, sem distinção de sexo, maiores de 14 anos, podem ser sócios, satisfazendo às condições determinadas nos estatutos". Esta disposição reconhece às mulheres a capacidade de gozo para serem membros de cooperativas. No entanto, as *mulheres casadas* "carecem de autorização dos seus maridos, nos termos das leis, para serem admitidas nas sociedades cooperativas". Na verdade, o Código Comercial de 1833 e o Código Civil de 1867 submetiam a autorização do marido vários negócios jurídicos ou atos jurídicos praticados pela mulher casada, dando guarida jurídica a uma representação cultural de subalternidade.

6.2. Responsabilidade dos membros pelas operações da cooperativa

O regime de responsabilidade dos cooperadores aparece previsto no art. 6.º, o qual dispõe que "nos estatutos há-de ser sempre estipulada a responsabilidade ilimitada ou a responsabilidade limitada dos associados. Neste segundo caso devem os estatutos fixar o limite da responsabilidade, que nunca será inferior a dois anos de cotas, além do que cada sócio tiver pago".

Assim, em matéria de responsabilidade da cooperativa e dos cooperadores perante os credores da cooperativa, a norma prevê dois tipos de responsabilidade: ilimitada ou limitada.

Quanto à primeira, o legislador não esclarece se esta responsabilidade dos cooperadores por dívidas da cooperativa é subsidiária ou solidária em relação à cooperativa e se é solidária entre os cooperadores responsáveis. O regime atual dispõe que, quando o contrato estipule a responsabilidade de cooperadores por dívidas

da cooperativa, ela é subsidiária em relação à cooperativa e solidária entre os cooperadores responsáveis.

O facto de ser expressamente admitida a possibilidade de estatutariamente se consagrar uma responsabilidade pessoal dos cooperadores perante os credores sociais reflete a aceitação por parte do legislador das incipientes funções desempenhadas pelo capital social nas cooperativas, em virtude do seu caráter variável. A cifra do capital dependerá do número de membros (uma vez que a dita cifra resulta da soma das entradas dos cooperadores) e sendo variável o número de cooperadores também o será o capital. A principal consequência desta variabilidade consistirá na diminuição da segurança económica e financeira que o capital social poderia representar perante terceiros credores, podendo dificultar o financiamento externo das cooperativas([47]).

Quando a responsabilidade é limitada, a norma esclarece que estatuariamente deverá ser fixado o limite dessa responsabilidade, que nunca será inferior a dois anos de *cotas*, além do que cada sócio tiver pago.

Suscita-se a questão de saber se esta norma se reporta a perdas da cooperativa (responsabilidade externa) e não a perdas imputáveis ao cooperador, porque resultantes da sua participação na atividade da cooperativa. Este debate persiste atualmente. O resultado económico desta participação do cooperador na atividade da cooperativa poderá ser positivo (gerando um excedente que poderá retornar ao cooperador) ou negativo (significando uma perda). É nosso entendimento que, do ponto de vista jurídico ou patrimonial, estas perdas, que têm a sua origem no intercâmbio de prestações entre a cooperativa e os cooperadores, não são perdas da cooperativa, mas sim perdas do cooperador. Enquanto a responsabilidade externa (responsabilidade por dívidas) se reporta a compromissos assumidos pela cooperativa perante terceiros, a responsabilidade por perdas do cooperador reporta-se a uma atividade interna que a cooperativa desenvolve com os seus cooperado-

---

([47]) V. Deolinda Meira, *O regime económico das cooperativas no Direito Português: o capital social*, Porto, Editora Vida Económica, 2009, pp. 103-117.

res, que é uma atividade económica que nasce de uma relação jurídica específica (a relação cooperativa ou mutualista)([48]).

Daí que estas perdas, que tiveram a sua origem no exercício de uma atividade realizada por conta do cooperador, devam ser imputadas aos próprios cooperadores, proporcionalmente à sua participação nessa mesma atividade.

6.3. Intransmissibilidade da qualidade de membro

Nos termos do § 4.º do art. 7.º "A qualidade de sócio não se transmite por sucessão legítima nem por disposição testamentária".

Impede-se, deste modo, a transmissibilidade das *cotas* dos cooperadores por sucessão *mortis causa* e, consequentemente, da qualidade de cooperador.

A titularidade das *cotas* não é, assim, uma posição separável da qualidade de cooperador.

A Lei Basilar proíbe, ainda, expressamente, que os credores particulares do cooperador possam penhorar, para satisfação dos seus créditos, as "cotas pagas por um sócio". Também se proíbe o embargo das *cotas* ou qualquer outro meio de apreensão pelos credores (§ 9.º do art. 7.º). Deste modo, a lei privilegia o caráter estritamente pessoal da participação do cooperador na cooperativa e a consequente necessidade de evitar que, da mesma e em virtude de uma ação executiva, possam vir a fazer parte sujeitos privados dos requisitos requeridos, pela lei ou pelos estatutos, para serem membros da cooperativa. Além disso, visar-se-á evitar que a cooperativa seja colocada em dificuldades económicas por ação dos credores particulares dos cooperadores, o que poderia acontecer se os referidos credores tivessem o direito de exigir à cooperativa a liquidação da participação do cooperador devedor e o pagamento imediato da respetiva importância.

([48]) V., neste sentido, Carlos Vargas Vasserot, «Posición del socio», em *Pérdidas, disolución y concurso en sociedades cooperativas*, ed. por Juan Bataller Grau, Madrid, Marcial Pons, 2012, pp. 165 e ss.

6.4. Demissão e exclusão de membros

O § 6.º do art. 7.º acolhe o direito de demissão e consequente direito ao reembolso das entradas, decorrente do princípio da porta aberta. Dispõe o legislador que "Podem os sócios livremente sair da sociedade e receber a totalidade das cotas que tiver pago". Este montante poderá ser deduzido, se for o caso, das perdas que lhe sejam imputáveis, dado que a norma consagra que "respondem pelas operações sociais até ao tempo da sua saída, nos termos do art. 6.º".

Por sua vez, o § 7.º desta norma dispõe que "Podem os sócios ser expulsos nos casos expressos e pelo processo estabelecido nos estatutos, sem direito a que lhes sejam restituídas as suas cotas e sem prejuízo da respetiva responsabilidade".

A aplicação da sanção de expulsão terá de ser fundada em violação grave e culposa dos deveres do cooperador nos casos expressos nos estatutos. Quanto ao procedimento a seguir para a aplicação desta sanção disciplinar impõe-se um processo, também estabelecido nos estatutos.

A expulsão é acompanhada de uma sanção económica, dado que o cooperador não tem direito ao reembolso das suas *cotas*.

6.5. O direito de voto

O § 10.º do art. 7.º da Lei de 2 de junho de 1867 é lapidar em conceder a "todos os sócios" o "direito de voto na Assembleia Geral". Está aqui aflorado, no essencial, o *princípio da gestão democrática pelos membros*. Todos os membros têm direito de voto, pela simples circunstância de serem membros da cooperativa, independentemente da sua contribuição para o capital. Hoje, o princípio democrático é reconhecido pela Aliança Cooperativa Internacional e, no plano da legislação interna, está expressamente consagrado no art. 3.º do Código Cooperativo.

É interessante observar que o § 10.º concede o direito de voto, independentemente do sexo (ou melhor, do género) do membro que vota. Ao contrário do que acontece na admissão à cooperativa e a

obtenção de qualidade de membro em que há, relativamente, aos cônjuges uma distinção entre marido (não necessita da autorização da mulher) e mulher (necessita da autorização do marido), o voto é exercido livremente seja por marido seja por mulher casada. Este aspeto é muito interessante. Num tempo em que o voto estava vedado às mulheres (casadas ou não), vivendo-se uma clara discriminação de género, as cooperativas reconhecem o direito de voto às mulheres. Recorde-se, aliás, que um dos princípios de Rochdale foi, justamente, o de garantir "equality of the sexes in membership".

Em Portugal, Carolina Beatriz Ângelo, médica, viúva e chefe de família, foi a primeira mulher a exercer o direito de voto. Fazendo uma interpretação ousada da lei eleitoral em vigor, que considerava eleitores elegíveis os portugueses maiores de vinte e um anos, residentes em territórios nacionais, soubessem ler e escrever e fossem chefes de família, apresentou-se a recenseamento. Tendo-lhe sido negado o recenseamento, Carolina Beatriz Ângelo recorre ao tribunal para fazer valer o seu direito. O juiz João Baptista de Castro, a quem foi distribuído o recurso interposto por Carolina Beatriz Ângelo, considerou que a lei englobava homens e mulheres, "pois se o legislador tivesse intenção de as excluir tê-lo-ia manifestado de forma clara". Em 1913, a República mudou a lei e interditou o voto das mulheres, passando a lei a restringir expressamente o voto a "cidadãos portugueses do sexo masculino".

7. Governação da cooperativa

7.1. Assembleia e mandatários

Em matéria de governação das cooperativas, a Lei 2 de julho de 1867 é parca em disposições. O art. 7.º, § 10.º, dedicado ao voto, refere a Assembleia Geral que também é referida no art. 8.º, § 2.º. Não são reguladas as competências da assembleia, nem o seu modo de funcionamento ou composição. Adotando a sociedade cooperativa o tipo de sociedade anónima, submeter-se-á às disposições desta lei reguladoras das sociedades anónimas.

O art. 8º determina, por sua vez, que "as sociedades cooperativas são administradas e representadas nos actos judiciais e extrajudiciais por mandatários da sua eleição, revogáveis, retribuídos ou gratuitos, segundo o que nos estatutos for estipulado". Correspondendo ao entendimento que prevalecia no século XIX e que também vemos expressado no art. 43.º da Lei de 2 de junho de 1867, relativo às sociedades anónimas. A administração e representação da cooperativa são confiadas a mandatários eleitos. Ao contrário do que resulta do art. 43.º da Lei das sociedades anónimas, a Lei Basilar das Cooperativas não exige que os mandatários sejam "associados" ou "sócios". Por outro lado, a lei não impõe nem presume a gratuitidade no exercício das funções. Cabe aos estatutos da cooperativa regular este aspeto. Os mandatários são "revogáveis", o que parece permitir que os associados os possam substituir a qualquer momento.

A Lei de 2 de julho de 1867 não exige um órgão fiscalizador; entregando, por isso, fiscalização democrática da atividade dos mandatários aos associados que, através da "revogação" pode substituí-los e controlar a atividade destes.

7.2. Responsabilidade dos mandatários pela violação do mandato

O art. 8.º, § 2.º regula a responsabilidade funcional dos mandatários, determinando que eles "respondem solidariamente por todos os actos que praticarem fora das operações da sociedade, dos poderes do seu mandato, ou das autorizações especiais da Assembleia Geral". A responsabilidade solidária pressupõe que tenham sido eleitos vários mandatários. Por outro lado, a norma não especifica perante quem são solidariamente responsáveis os mandatários. Mas parece que se pode retirar que a responsabilidade aqui consagrada funda-se na *violação do mandato* conferido pela cooperativa aos mandatários e que, por conseguinte, estes são responsáveis perante a cooperativa-mandante. É também interessante observar que os mandatários serão responsáveis pelos danos causados por atos praticados fora das operações da sociedade, ou seja

por operações que ultrapassem o objeto social. Os possíveis objetos das sociedades cooperativas estão previstos nos diversos números do art. 2.º da Lei de 2 de julho de 1867. Os arts. 11.º e seguintes apresentam regras relativas às "operações da sociedade" que os mandatários devem respeitar. Considere-se, por exemplo, a exigência legal de que nas sociedades cooperativas que têm por objeto "as operações indicadas no art. 2.º, n.os 1, 3, 4 e 5, devem estipular nos estatutos e observar invariavelmente o preceito de comprar e vender sempre a dinheiro de contado". Esta regra deveria ser respeitada pelos mandatários.

8. Conclusão

A publicação da Lei Basilar de 1876 foi "muito mais o resultado de uma calculada opção do poder político do que o corolário de uma pressão organizada e consistente das cooperativas". Simultaneamente é patente nesta lei uma acentuada ambivalência, porquanto se mostra impregnada pelos quadros jurídicos e ideológicos das sociedades, o que está patente nos arts. 9.º e 10.º que, por força do primeiro, as submete à legislação comercial e, em razão do segundo, as rege pelas disposições do Código Comercial. A legislação posterior não cortou cerce esta ligação às sociedades. Ainda que em 1980 as cooperativas tenham sido formalmente autonomizadas do Código Comercial, é certo que este diploma elegeu como direito subsidiário a regulação das sociedades anónimas. Deve ser sublinhado que a aplicação do direito das sociedades anonimas às cooperativas é filtrado pelo respeito aos princípios cooperativos, o que permite acreditar que se preservará a identidade cooperativa. No entanto, também não deve ser ignorado que esta opção legislativa expõe as cooperativas às flutuações legislativas ocorridas no universo das sociedades anónimas e, não menos importante, potencia a já diagnosticada "societarização das cooperativas".

No entanto, a Lei de 2 de julho de 1867 integra as cooperativas no universo das sociedades, caraterizando, no art. 1.º as *sociedades cooperativas* como as "associações de número ilimitado de

membros e de capital indeterminado e variável instituídas com o fim de mutuamente se auxiliarem os sócios no desenvolvimento da sua indústria, do seu crédito e da sua economia doméstica". É interessante observar que o parecer dado pelas comissões de comércio e artes e de legislação, sobre a proposta de lei, vê nas cooperativas uma alternativa ao "monopólio do dinheiro" e ao "socialismo", ambos reputados como nefastos para o futuro das sociedades. Segundo Fernando Ferreira da Costa, neste parecer manifesta-se a "voz dos pequenos e médios comerciantes e empresários que, recusando submeter-se ao "moderno feudalismo dos barões da indústria", aprovam, prestando homenagem ao princípio da liberdade, o direito de associação das cooperativas desde que sigam as "formas prescritas na legislação vigente para as sociedades comerciais" ou a sua adaptação segundo os preceitos daquela proposta de lei"([49]).

([49]) Fernando Ferreira da Costa, *As cooperativas na legislação portuguesa*, Lisboa: Livraria Petrony, 1976, p. 29.

OS ANIMAIS NO ORDENAMENTO JURÍDICO PORTUGUÊS
— ALGUMAS NOTAS(*/**) —

Por Alberto de Sá e Mello (***)

Sumário:

1. Introdução. **2.** Os animais e a lei que (se diz que) os protege. A morte. **3.** A proscrição legal do sofrimento animal — regra e excepções. *3.1.* A noção de "sofrimento" animal. *3.2.* A caça. *3.3.* A jurisprudência que densifica o conceito de sofrimento justificável. **4.** Os animais como coisas ou outro objecto de direitos — as recentes alterações ao Código Civil. **5.** Da existência de direitos subjectivos dos animais.

1. Introdução

Começo por uma declaração de interesses: adoro animais. Corrijo: sou louco por animais, o que sempre me faz perder alguma objectividade nesta análise, mas não basta para me cegar sobre a

---

(*) Escrito baseado em Conferência do autor no Instituto Superior Manuel Teixeira Gomes — ISMAT, em Portimão, em Junho de 2017.

(**) Os itálicos que eventualmente surjam nas citações são da responsabilidade do autor deste escrito.

(***) Doutor em Direito. Professor catedrático convidado na Faculdade de Direito da Universidade Lusófona de Humanidades e Tecnologias (ULHT — Lisboa) <albsamello @netcabo.pt>.

realidade jurídica destes entes. A actual e a que me parece adequado que tenham.

Não creio que os animais sejam coisas. Sejam lá as coisas o que forem, para além do que o Código Civil português (C. Civil — art. 202.º) define: "o que possa ser *objecto* de relações jurídicas". A serem coisas, quanto à sua natureza jurídica (objecto de situações jurídicas), serão pelo menos coisas diferentes de certas outras coisas: os animais são coisas com vida, *animadas* precisamente. Parece-me, pois, pobre defini-los como *coisas dotadas de sensibilidade*.

Não creio, também, que os animais sejam pessoas. Não por opção ideológica, mas porque os não vejo titulares de direitos, a par das pessoas físicas humanas e das pessoas meramente jurídicas colectivas, como as associações e as sociedades. Não me satisfaz, pois, a sua caracterização como *pessoas não humanas*.

Desenha-se, assim, a fuga para o que os cientistas chamam ao que não enquadra: um *tertium genus*, algo que não pertence a nenhuma das categorias conhecidas. Será assim?

Move-nos determinar se os animais merecem protecção jurídica não apenas como parte do ecossistema, mas enquanto seres individualmente considerados.

2. Os animais e a lei que (se diz que) os protege. A morte

I. Não há — não encontramos na chamada Lei de Protecção aos Animais([1]) (doravante LPA) — nenhuma norma que estatua esta coisa simples: é proibido matar animais. Assim, terminantemente.

Numa lei que protege os animais, não seria muito esperar que começasse por vedar o atentado àquele que, se algum direito tiverem, deve ser o mais fundamental de todos os seus bens: a vida. Consagrar-se-ia a regra geral, a proibição da occisão de animais;

([1]) Lei n.º 92/95, de 12-9, sucessivamente alterada até à Lei n.º 69/2014, de 29-8.

estabelecer-se-ia depois excepções nos casos em que outros valores, certamente valores humanos, prevalecessem e justificassem o seu abate. Não é assim e não é sem precedente.

II. A Declaração Universal dos Direitos dos Animais da UNESCO(2) (doravante DUDA), apesar de nos seus *Considerandos* afirmar que "o direito à *existência* de outras espécies animais constitui o fundamento da coexistência das outras espécies no mundo", não proíbe terminantemente a morte.

Consagra que "todos os animais nascem iguais perante a vida" (art. 1.º), o que, não proibindo generalizadamente o seu abate, até levanta outro problema interessante que trataremos adiante: se são mesmo *todos* os animais que merecem a nossa consideração e a das nossas leis.

Estabelece que "têm o mesmo direito à *existência*" (art. 1.º), o que evitando cuidadosamente o termo "vida", se afigura mais uma norma de protecção do ecossistema, como adiante se verá poder ser o caso.

Pelo contrário, a DUDA prevê a "necessidade" da morte de um animal (art. 3.º/2). Às mãos humanas, entenda-se, e deixando antever necessidades de abate de animais que não se prenderão decerto aos interesses destes.

Estabelece que, "quando um animal for criado para servir de alimentação, deve ser abatido sem que tenha ansiedade ou dor" (art. 9.º), o que introduz uma importantíssima regra de admissão do abate de animais, sem sequer (e como poderia fazê-lo no actual estádio de desenvolvimento civilizacional?) discriminar espécies.

Proclama que o "acto que leva à morte de um grande número de animais *selvagens* é um genocídio" — palavra poderosa —, "isto é, um delito contra a espécie", o que é claramente uma norma de protecção ambiental do(s) ecossistema(s), que não visa os animais individualmente considerados, pelo que não interessa à consideração da eventual existência de direitos subjectivos dos animais.

---

(2) Declaração Universal dos Direitos dos Animais — UNESCO — Bélgica, 27-1-1978, acedida em <http://www.apasfa.org/leis/declaracao.shtml>.

Consagra, enfim no que poderia ser decisivo, que "o acto que leva à morte de um animal é biocídio, um crime contra a vida", mas — sempre a mesma adversativa — se for praticado "sem necessidade". Em que consistirá, face ao Direito, a "necessidade" que faz admissível matar animais? A alimentação dos humanos (e de outros animais privilegiados, ditos "de companhia")? A alimentação dos humanos quando não haja alternativa, ou sempre que o justifique o apetite guloso? O vestuário e o calçado dos humanos, visto que há sucedâneos de origem não animal? O prazer lúdico dos humanos, como na caça e na pesca e, no caso de ser este último a razão, seja qual for a espécie, ameaçada de extermínio ou não, embora estas últimas sejam razões que dizem respeito ao ecossistema e não aos animais individualmente considerados? A satisfação, dita desportiva ou artística, dos humanos, como no tiro aos pombos ou nas touradas? Será que nenhum limite existe à "necessidade" de matar animais, que a LPA (art. 1.º/1) também admite sem especificar fundamento? Vejamos.

III. Um dos limites comuns à occisão de animais consta da generalidade dos instrumentos normativos aplicáveis. Trata-se da imposição de que a morte, o abate, não cause dor ou angústia e seja instantânea.

Assim o proclama a DUDA (art. 3.º/2): "[a morte] deve ser instantânea, sem dor ou angústia".

Omite-o a LPA, que apenas proíbe genericamente o "sofrimento cruel e prolongado", mas que admite, não obstante, o que chama "touros de morte" sem que afirme que tal morte deve ser instantânea e indolor, sem sofrimento prévio. LPA que, segundo jurisprudência ao seu abrigo, que logo examinaremos([3]), também admite o tiro aos pombos (morte instantânea?). A mesma Lei que, nos termos expressos do seu art. 5.º, consente também a "redução" (poderoso eufemismo), supõe-se que sem sofrimento, dos "animais errantes que constituam problema" aos olhos das câmaras municipais.

([3]) Cf. n.º 3.3., *infra*.

Consagra-o expressamente a Lei sobre detenção de animais perigosos([4]), que, no seu art. 15.º/1, impõe que o animal perigoso que seja eutanasiado o seja "através de método que não lhe cause dores e sofrimento *desnecessários*".

Prevê-o a lei que regula a circulação de animais de circo entre os Estados-membros da UE([5]), que, no seu art. 11.º, estatui que "o abate do animal [de circo que implique riscos para a segurança das pessoas, dos outros animais e dos bens deve realizar-se] recorrendo a métodos que não lhe causem danos ou sofrimento *desnecessários*".

Estatuem-no as leis que regulam o abate de animais para alimentação([6]), dentro e fora de matadouros (outra palavra expressiva), que salvaguardam a aplicação do Regulamento (CE) n.º 1099/2009([7]) que, no seu art. 3.º/1, expressamente estatui que "deve poupar-se aos animais qualquer dor, aflição ou sofrimento evitáveis durante a occisão e as operações complementares".

Em norma que logo comentaremos([8]), também o art. 1305.º-A do Código Civil português([9]) (doravante C.Civil) condiciona expressamente o direito de propriedade sobre animais, consagrando que "não abrange a possibilidade de, *sem motivo legítimo*, [outro conceito absolutamente indeterminado que logo comentaremos em análise], infligir dor, sofrimento ou quaisquer outros maus-tratos que resultem em sofrimento *injustificado*, abandono ou morte".

Omite-o o Código Penal, na nova redacção *post* Lei n.º 8/2017, quando pune (art. 212.º) a destruição, danificação desfiguração ou inutilização de "animal *alheio*", o que deve ser interpretado como tutela do proprietário e não de interesse ligado *prima facie* ao

---

([4]) Decreto-lei n.º 315/2009, de 29-10, sucessivamente alterado até à Lei n.º 110/2015, de 26-8.

([5]) Decreto-lei n.º 255/2009, de 24-9.

([6]) Decreto-lei n.º 142/2006, de 27-7, sucessivamente alterado até ao Decreto-lei n.º 174/2015, de 25-8, e Despacho n.º 7198/2016, de 1-6-2016.

([7]) Regulamento (CE) n.º 1099/2009, do Conselho, de 24-9-2009, relativo à protecção dos animais no momento da occisão.

([8]) Cf. n.º 4., *infra*.

([9]) Na redacção dada pela Lei n.º 8/2017, de 3-3.

animal, já que não criminaliza igualmente a lesão de animal *próprio*, acentuando estranhamente, dado o objectivo declarado da lei de que resulta (Lei n.º 8/2017), a coisificação dos animais.

Por outro lado, a punição dos actos que inflijam dor, sofrimento ou quaisquer outros maus tratos físicos ou a morte a um animal *de companhia*, prevista no art. 387.º do Código Penal desde 2014([10]), revela um estatuto especial destes que permite configurar um especial dever dos proprietários em relação aos mesmos. Como se verá adiante([11]), pensamos que esta e outras normas revelam um especial estatuto dos animais de companhia que os atrai para uma esfera de protecção privilegiada do ponto de vista da sua sobrevivência e bem-estar. Logo veremos se tal basta para que possam configurar-se direitos subjectivos pelo menos destes animais.

IV. Verifica-se, pois, que, mais do que limitar a morte de animais por humanos — admitida "sempre que necessário" —, a lei portuguesa proscreve a morte precedida de sofrimento.

Tal resulta, sobretudo, do banimento do sofrimento do animal individualmente considerado, quer desse sofrimento resulte ou não a morte.

Afigura-se-nos, pois, não estar proscrita, em Portugal, a occisão de animais, salvo quando tal morte ocorra mergulhada em dor. Mas será este um princípio geral respeitante a *todos* os animais em *quaisquer* circunstâncias? Vejamos.

3. A proscrição legal do sofrimento animal — regra e excepções

A generalidade dos instrumentos normativos vigentes em Portugal que regulam a situação jurídica relativa aos animais é explícita a proscrever o sofrimento nestes infligido por humanos. Neste sentido e por todos, como assinalado no número anterior, pode

---

([10]) Introduzida pela Lei n.º 69/2014, de 29-8.

([11]) Cf. n.º 3-IV, V e V, *infra*.

confrontar-se o art. 1.º/1 LPA: "São proibidas as violências *injustificadas* contra animais [o que serão violências justificadas?], considerando-se como tais os actos consistentes em, *sem necessidade*, se infligir […] o sofrimento cruel e prolongado".

Percebe-se, da simples leitura do preceito, o extremo cuidado do legislador em salvaguardar excepções e reservas à regra da proibição de infligir o sofrimento a um animal: são proibidas *apenas* as violências "injustificadas" e "desnecessárias"; é proibido causar o sofrimento "cruel e prolongado". E mesmo a violação destas normas não tem sanção. Como é de esperar, estas reservas abriram caminho a várias excepções.

3.1. A noção de "sofrimento" animal

Num texto notável, HELENA TELINO NEVES([12]) salienta dois aspectos muito importantes para a delimitação dos comportamentos proscritos no que respeita ao *sofrimento* infligido aos animais.

A primeira questão, que aquela Autora desenvolve a partir de uma citação de Orwell([13]) ("todos os animais são iguais, mas alguns são mais iguais do que outros"), é a de saber a *que* animais é proibido causar sofrimento? Não são decerto, no estádio actual de desenvolvimento da nossa civilização, *todos* os animais, já que, como a Autora salienta([14]), o chamado Reino Animal está dividido em Filos, nove filos que cobrem espécies animais que incluem: esponjas; corais e anémonas; parasitas com as ténias; lombrigas e outros parasitas; mexilhões e polvos; minhocas; aranhas, escorpiões, ácaros e insectos; ouriços-do-mar; e, finalmente (filo *Chordata*), peixes, batráquios, répteis, aves e mamíferos. Notar-se-á que, entre os animais enunciados, se encontram alguns considerados nocivos para os humanos, que são generalizadamente desagra-

---

([12]) HELENA TELINO NEVES, *Personalidade jurídica e direitos para quais animais?*, *in* "Direito (do) Animal", coordenado por Maria Luísa Duarte e Carla Amado Gomes, Coimbra, 2016.

([13]) GEORGE ORWELL, *Animal Farm* (trad. "A Quinta dos Animais"), Inglaterra, 1945, *apud* HELENA TELINO NEVES, *ob. cit.*, p. 257.

([14]) *Ibidem*, pp. 258 e segs.

dáveis, que os incomodam e molestam, que lhes causam e transmitem doenças, que lhes podem provocar a morte.

Dir-se-ia, então, que a regra segundo a qual é proibido infligir sofrimento a um animal sofre excepção quando esse animal for de algum modo nocivo ou perigoso para a existência humana. Não é assim.

Mesmo desconsiderando as regras gerais sobre protecção de espécies selvagens como parte do ecossistema, as quais sofrem excepção importante em matéria de caça, de que logo trataremos, e que sempre se poderá entender que respeitam aos animais globalmente considerados sem instituir a protecção de cada animal tomado individualmente, não pode deixar de registar-se que é expressamente admitida a "criação, reprodução e detenção de animais perigosos e potencialmente perigosos, enquanto animais de companhia" (art. 1.º da Lei sobre detenção de animais perigosos).

Ora, com que fundamento jurídico se entende que é admissível matar e causar sofrimento prévio à morte a, por exemplo, um ácaro (por ser nocivo ou perigoso?) e se interdita que, quando um animal *perigoso* "cause ofensas graves à integridade física", deva ser "eutanasiado através de método que não lhe cause dores e sofrimento desnecessários" (art. 15.º/1)? Note-se que, por "animal perigoso", nos termos da mesma lei, se define aquele que, por exemplo, "tenha mordido, atacado ou ofendido o corpo ou a saúde de uma pessoa" e como "animal potencialmente perigoso" o que "possa causar lesão ou morte a pessoa". Qual o critério que permite poupar uns ao sofrimento e não os outros?

HELENA TELINO NEVES propõe que seja a *exteriorização do sentimento* o critério distintivo: os humanos não podem causar sofrimento — quer preceda ou não a morte — a animais que exteriorizem, de modo perceptível, esse sofrimento. Assim, como propõe a mesma Autora, não há como medir o sofrimento da mosca que agoniza envenenada pelo insecticida, "pois a sua capacidade de exteriorizar a dor é menos perceptível ao homem"([15]). Não nos

---

([15]) HELENA TELINO NEVES, *ob. cit.*, p. 262, que continua *(ibidem)*: "Em contrapartida, não se pode afirmar que a mosca não sofreu. Sofreu, pois é dotada de sistema nervoso".

parece que possa aplicar-se este critério de "medida" do sofrimento causado no animal.

Na verdade, o interesse em viver dos seres vivos não é passível de discriminação entre espécies. Assim, se é importante preservar a vida e a integridade física de cada animal individualmente considerado([16]), deverá ser importante que se preserve as de todos e se evite o sofrimento de cada um, independentemente da sua espécie. Por que não é assim no nosso ordenamento jurídico?

Não é porque o sofrimento da mosca envenenada nos seja imperceptível — ou, pelo menos, mais imperceptível do que o sofrimento de um gato que também agoniza envenenado. Não é porque a mosca não sofra, pois que tem sistema nervoso. A explicação é bem mais crua: o sofrimento da mosca envenenada é tolerado não porque nos seja imperceptível, mas porque é *aceitável* — e o do gato não.

A conclusão, que importa como princípio que define qual é o sofrimento animal aceitável, ou seja, aquele a que o nosso ordenamento jurídico é indiferente, é a seguinte: é aceitável, perante o ordenamento jurídico português, o sofrimento causado a animais de certas espécies que a consciência colectiva (ainda) considera tolerável que sofram e morram às mãos humanas.

Dir-se-ia que o princípio antes enunciado encontraria justificação na ponderação de interesses vitais, os dos humanos em confronto com os de certas espécies: seria tolerável infligir a morte, com ou sem sofrimento, a animais nocivos, perigosos para a espécie humana — e só a estes. Já vimos que não é assim.

Se, como vimos, as leis portuguesas consentem a detenção de animais que classificam como *perigosos* (até potencialmente letais) para o Homem, mas proíbe que, quando tal perigo se torne incontrolável, a eutanásia dos mesmos lhes cause sofrimento, é porque há espécies (ou raças) de animais perigosas para os humanos que merecem consideração e outras não. Por outro lado, que perigo representa um caracol ou uma lagosta que torne aceitável que se cozinhem vivos?

([16]) A preservação da vida dos animais enquanto parte do ecossistema, globalmente considerados, é já um problema de direito ambiental, não relacionado com a eventual atribuição de direitos subjectivos.

A regra é, pois, outra: é aceitável, no ordenamento jurídico português, matar, com ou sem sofrimento, animais que colectivamente se tolere (aceite?) matar ou fazer sofrer, sejam ou não perigosos para os humanos. Mas há ainda excepções que alargam a margem de tolerância existente. Vejamos.

3.2. A caça

I. A Lei de Bases da Caça([17]) (doravante LBC) classifica "exercício da caça ou acto venatório — todos os actos que visam capturar, vivo ou morto, qualquer exemplar de espécies cinegéticas (aves e mamíferos designados) que se encontrem em estado de liberdade natural" [art. 2.º, al. *c*)].

Surpreenderá, porventura, que se refira aqui a caça a propósito do sofrimento (tolerável ou não tolerável face à lei, logo se verá) infligido a animais. Acrescente-se que a lei da caça contém várias normas que revelam preocupações ambientais com o ecossistema e a preservação dos recursos naturais, incluindo o que designa recursos/espécies cinegéticos, apesar de a sua preservação visar sobretudo o seu abate ou captura futuros.

Note-se também que não olvidamos os valores em confronto: de um lado, a gestão equilibrada do ecossistema, incluindo o repovoamento de zonas de caça (se bem que com espécies cinegéticas destinadas precisamente à caça) com espécies ameaçadas de extinção (devido à caça intensiva e, porventura, desregrada); do outro, o desporto de massas que a caça representa para muitos, proporcionando exercício físico e um (naturalmente discutível) prazer.

O que não conseguimos conciliar é a tutela dos interesses dos animais individualmente considerados, que a LPA supostamente consagra, e uma prática humana — a actividade venatória, cujo objectivo é o abate e captura sistemáticos de animais de "espécies cinegéticas" e compreende a existência de "campos de treino de

---

([17]) Lei n.º 173/99, de 21-9, sucessivamente alterada até ao Decreto-lei n.º 2/2011, de 6-1.

caça" [que são o que o nome indica([18])] — que, *sem necessidade* (veja-se o inciso no art. 1.º/1 da LPA), inflige a morte, o sofrimento ou graves lesões a um animal, em contravenção frontal ao mesmo preceito legal que os proíbe.

II. Começando, pois, a construir o conceito de *"necessidade"* contido na lei, que justifica as excepções às regras que proscrevem a morte e sofrimento animal, sempre julgamos poder enunciar que, no ordenamento jurídico português, é admissível causar lesão grave, sofrimento ou morte a um animal individualmente considerado: *a*) se o animal pertencer a dada espécie; *b*) quando tal seja justificado, no âmbito de actividades licenciadas como a caça, pelo prazer que proporciona aos humanos que o façam. Necessário é, pois, apenas que o animal pertença ao que a lei designa espécies cinegéticas.

É claro que o enunciado anterior não é isento de consequências na caracterização do estatuto dos animais individualmente considerados. Se, porventura, se pretender que cada animal é titular de direitos subjectivos e que, no núcleo irredutível dos bens a que esses direitos respeitam, se contêm a vida, a integridade física e um mínimo de dignidade, ser-se-á forçado a concluir que os animais de certas espécies, ainda que selvagens, *não são* titulares desses direitos. A escolha das espécies em questão é completamente arbitrária, ao sabor dos tempos: espécies de animais comestíveis e não comestíveis, espécies de indivíduos perigosos e não perigosos, espécies nocivas e letais e espécies não letais, espécies ameaçadas de extinção, desde que os indivíduos sejam criados para a caça, ou não.

A vantagem irónica desta concepção, do ponto de vista dos animais, é que abre a porta à esperança de que o descrito seja transitório.

([18]) A LBC define os "campos de treinos de caça" no seu art. 2.º, al. *l*).

3.3. A jurisprudência que densifica o conceito de sofrimento justificável

Pensamos que o conceito de "necessidade" constante da lei, a que vimos referindo, pode ainda ser densificado. Fá-lo a jurisprudência de vários tribunais superiores.

A propósito, precisamente, da norma nuclear do art. 1.º/1 da LPA, o Acórdão do STJ 200410190033547, do Supremo Tribunal de Justiça([19]) (doravante designado Acórdão STJ de 2004), considera que "os conceitos de violência injustificada, de morte, de lesão grave, de sofrimento cruel e prolongado e de necessidade [consagrados no citado art. 1.º/1 da LPA] significam, essencial e respectivamente, o acto gratuito de força ou de brutalidade, a eliminação da estrutura vital, o golpe profundo ou extenso ou a dor intensa, a dor física assaz intensa e por tempo considerável, e a não justificabilidade razoável ou utilidade no confronto com o Homem e o seu desenvolvimento equilibrado".

O mesmo aresto aprofunda sobre o conceito, discorrendo que "[morte, lesão ou sofrimento sem] necessidade" significa que, "no confronto com o Homem e o seu desenvolvimento integral, [tais actos são] sem justificação razoável ou sem necessidade". É claro que as manifestações antes descritas, nos pontos *3.1.* e *3.2.*, entre as quais se inclui o abate (admissível) de animais perigosos ou nocivos para a saúde e a vida e, bem assim, a caça de animais selvagens por prazer lúdico dos humanos não são razoáveis ou úteis em qualquer perspectiva do desenvolvimento integral do Homem. Mas isto não é o mais importante da perspectiva que nos ocupa, a da averiguação da existência de situações jurídicas individuais que, quer os animais sejam sujeito ou objecto de direitos, valorem bens essenciais que lhes respeitem: a vida, a integridade física e a dignidade (dos) animais([20]). Para que estes bens ganhem relevância e se

---

([19]) De que é Relator SALVADOR COSTA, acedido em <http://www.dgsi.pt/>.

([20]) Conjunto de bens que, como bem individualiza ALEXANDRA LEITÃO (*Os espectáculos e outras formas de exibição de animais*, *in* Direito (do) Animal, Coimbra, 2016, p. 20), se podem extrair da DUDA (arts. 1.º, 2.º e 3.º). O que não nos parece óbvio é que, como refere a mesma Autora *(ibidem)*, daqui resulte evidente que se trate da "atribui-

reconheçam, é indispensável que se verifique que a cada animal individualmente considerado — ou, pelo menos, aos animais individualmente considerados de certas espécies — está ligado um feixe de posições jurídicas que consideram pelo menos a preservação da sua vida, da sua integridade e da sua dignidade. O Acórdão STJ de 2004 em apreço não o indica.

A mesma douta decisão, proferida a propósito da prática do tiro aos pombos — actividade para a qual se cria grande quantidade de animais dessa espécie, os quais, depois de arrancadas algumas penas da cauda, são soltos para servir de objecto ao tiro de armas de fogo —, considera que tal "não pode ser considerada […] lesão geradora de sofrimento cruel". Para este entendimento, o STJ recorre, entre outros, ao elemento sistemático de enquadramento da já conhecida norma do art. 1.º/1 da LPA; fazendo paralelo com o quadro normativo existente aquando da publicação da LPA (em 1995), que permitia "a existência de campos de treino da prática de actividades de carácter venatório com largadas e abate de espécies cinegéticas criadas em cativeiro"([21]). Conclui que a prática de tiro a alvos vivos é genericamente admitida por lei.

O Supremo Tribunal admite mesmo, a propósito do que refere como "conceito indeterminado de necessidade", que o único critério de determinação desta "não pode ser apenas o que resulta do confronto valorativo entre o acréscimo da perícia dos atiradores e o gozo destes e a morte e o sofrimento dos pombos". "[…] o conceito de necessidade em análise significa o resultado de uma avaliação e confronto entre a preservação dos animais na sua vida e integridade física e o seu sacrifício socialmente útil e justificado ou útil em função do interesse das pessoas ou da comunidade".

Termina a sua fundamentação, considerando que "o tiro aos pombos em paralelo com a arte equestre e as touradas traduz-se numa modalidade desportiva com tradição e relevância em Portu-

---

ção directa de direitos a sujeitos que deles podem ser titulares". Na verdade, é perfeitamente concebível que se elejam bens jurídicos ligados à vida animal, ao respeito dos quais se obrigam os humanos, sem que estejam ligados a situações jurídicas individuais de que seja titular cada um dos animais.

([21]) A Lei da Caça (LBC) ainda o permite.

gal, conforme resulta, além do mais, designadamente do número de clubes existentes em Portugal". Conclui que "a morte infligida aos pombos não é meramente gratuita ou improvisada, porque se inscreve numa prática desportiva já antiga, integrada na tradição […], faz parte do nosso património cultural, a exemplo do que ocorre com as touradas e a arte equestre".

Já em Acórdão de 2002([22]), o STJ, apesar de concluir que "no estádio actual do direito positivo em vigor se não encontra defesa [proibida] a actividade lúdico-desportiva do tiro de voo, vulgo tiro aos pombos", considera que *não há* necessidade desta prática "(a menos que consideremos a tal tradição)".

Mais recentemente, em 2010, o Supremo Tribunal Administrativo([23]) vai um pouco mais longe. Depois de considerar existir semelhança entre a actividade do tiro aos pombos e as denominadas largadas, efectuadas nos "campos de treino de caça", o STA produz uma sentença muito significativa: "A defesa do «património cultural» é o único requisito ou fundamento constante em todas as excepções consagradas de forma expressa na Lei n.º 92/95, pelo que há que operar uma extensão analógica do conceito de «necessidade» referido na lei, extensão analógica essa que é a única conforme à «ratio legis». Pois a finalidade da lei é, para além da protecção dos animais, manter aquelas actividades que se enquadrem no valor jurídico fundamental que constitui o património cultural, incluindo as respectivas tradições. É que, no plano jurídico, o património cultural tem sede constitucional enquanto a protecção dos animais não tem".

Importa-nos menos, já que visamos determinar se podem conceber-se situações jurídicas relativas aos animais individualmente considerados, se o conceito de "sofrimento, sofrimento cruel e prolongado" que a lei proscreve, se verifica no tiro aos pombos. Parece-nos que atirar com armas de fogo contra animais vivos, podendo matá-los ou não imediatamente (nem sempre é "tiro e queda", senhores), lhes causa um muito provável sofrimento que

---

([22]) Acórdão STJ 20022170022001, de 17-12-2002, de que é Relator Reis Figueira, acedido em <http://www.dgsi.pt/>.

([23]) Acórdão do STA SA1201009230399, de 23-9-2010, de que é Relator Madeira dos Santos, acedido em <http://www.dgsi.pt/>.

se prolonga até sobrevir a morte. Parece também claro que bandarilhar touros numa arena, ferindo-os, lhes causa mais do que certo sofrimento, quer a morte sobrevenha no local ou não. Parece claro que desfrutar com o espectáculo resultante destas práticas, por muito tradicional que seja (tal como é a matança artesanal de porcos), é desnecessário e, não tenhamos medo das palavras, cruel([24]). Questão diferente é saber se a aceitação legal ou jurisprudencial destas práticas mina definitivamente a consideração de interesses individuais de cada animal afectado, o que sempre poria em causa qualquer pretensão à construção da ideia de direitos subjectivos dos animais em questão. Na verdade, colocar no mesmo plano — contrapostos — a defesa da vida, da integridade física e da dignidade dos animais e o zelo pelo património cultural é obviamente despersonalizar, dessubjectivar o animal, que passa assim a ser apenas a peça desse património colectivo, sem existência jurídica autónoma *individual* fora desse quadro geral.

4. Os animais como coisas ou outro objecto de direitos — as recentes alterações ao Código Civil

I. O Código Civil português (C.Civil), recentemente alterado também pela Lei n.º 8/2017, de 3 de Março deste ano, não foi tão longe como, por exemplo o Código Civil alemão([25]) que, no seu § 90 *a*, proclama: "Os animais *não são* coisas". No entanto, em

---

([24]) Considerar que a chamada lide tauromáquica com ou sem "touros de morte", o tiro aos pombos ou a matança tradicional do porco causam sofrimento às aves e mamíferos animais envolvidos não comporta qualquer juízo moral, é um dado objectivo, visto que se trata de seres dotados de sistema nervoso. Considerar que esse sofrimento é desnecessário, mesmo culturalmente, e que o mesmo provoca sofrimento prolongado até sobrevir a morte, é também objectivo. Simplesmente, a ordem jurídica portuguesa aceita-o. Admiro a bravura, nos homens e nos touros, mas isso não torna defensável, na perspectiva dos bens vida, integridade física ou dignidade dos animais envolvidos, as práticas acima descritas. Resta saber se também lesa interesses dos afectados que possam ser individualmente considerados.

([25]) BGB — *Código Civil* da Alemanha *("Bürgerliches Gesetzbuch")*, de 18-8--1896, sucessivamente alterado até 1-10-2013.

aditamento de um art. 201.º-B, o C. Civil português declara: "Os animais são seres vivos dotados de sensibilidade e objecto de protecção jurídica em virtude da sua natureza". Esta norma nada adianta sobre o problema principal que nos ocupa([26]).

Afirmar que os animais são "seres vivos dotados de sensibilidade": *a*) não nega que sejam coisas; *b*) não invalida que, mesmo não sendo coisas e sim um *alterum*, possam ser *objecto* de direitos; *c*) produz uma mera declaração naturalista, pouco própria de um Código Civil para além do seu valor simbólico, que afirma o que já resulta da LPA — que os animais vivem, sentem e sofrem.

O Código Civil, ao afirmar que os animais são *seres vivos dotados de sensibilidade*, consente que continuem a considerar-se coisas ("tudo o que pode ser objecto de relação jurídica", na inalterada fórmula do art. 202.º), coisas animadas, é certo, mas ainda assim coisas.

Em excurso desenvolvido sobre este tema, J.L. Bonifácio Ramos([27]) reconhece que a alteração acima assinalada ao BGB alemão "não contém nenhum compromisso com a natureza e regime jurídico do animal, para além de determinar que não é uma coisa". Podemos dizer o mesmo da alteração ao Código Civil português?

II. Um dos problemas considerado na origem da menorização de direitos dos animais — não no seu conjunto, como bens ambientais parte do ecossistema, mas individualmente considerados — é a susceptibilidade da sua apropriação pelos humanos. Aquilo que é apropriável não se conceberia como titular de direitos.

O Código Civil português afirma mesmo, na sua redacção *post* Lei 8/2017, que os animais podem ser *objecto* do direito de propriedade (art. 1302.º/2). Então, sejam ou não coisas — e não são, decerto e nos termos do Código Civil, coisas como as outras (inanimadas) que o Código expressamente autonomiza (cf. art. 1302.º/1)

([26]) O novo art. 201.º — C. Civil logo esclarece que tal protecção jurídica dos animais opera por via das disposições do próprio C. Civil e de legislação especial (provavelmente também a LPA).

([27]) José Luís Bonifácio Ramos, *O animal: coisa ou tertium genus?*, *in* Revista O Direito, Ano 141.º V, Coimbra, 2009, p. 1095.

—, os animais são também apropriáveis. Será que tal os desqualifica como titulares de posições jurídicas individuais?

Já FRANCIONE([28]) considerava que a susceptibilidade de apropriação dos animais não contribuía para interromper eficazmente o ciclo da sua exploração. Não entendemos que seja necessariamente assim.

Começando precisamente pelo C. Civil *post* 2017, é verificável que o seu novo art. 1305.º-A rodeia os animais apropriados de uma panóplia de deveres jurídicos subjectivos que vinculam os humanos seus proprietários (de garantia do seu bem-estar, de respeito pelas características de cada espécie e pelas disposições especiais relativas à criação, reprodução, detenção e protecção). E o conteúdo destes deveres é discriminado: compõem-no, nomeadamente, a garantia de acesso a cuidados médico-veterinários, incluindo medidas profiláticas de identificação e vacinação. Por outro lado, está expressamente retirado ao proprietário do animal o poder de infligir dor, sofrimento ou quaisquer outros maus-tratos que resultem em sofrimento injustificado, abandono ou morte. Trata-se, seguramente, da valoração de bens ligados aos animais, não comuns às restantes coisas (inanimadas). Serão, então, os animais seres sensíveis apropriáveis, em relação aos quais devem considerar-se e ser tidos em conta valores que definitivamente os resgatam do mais vil destino que comungam os bens coisificáveis?

III. Em primeiro lugar, é talvez oportuno que retomemos uma distinção que acima julgámos relevante: os animais que são considerados merecedores do tratamento que se preconiza e impõe ao abrigo do art. 1305.º-A do C. Civil não são *todos* os animais. São apenas aqueles que pertencem às espécies cuja manifestação de sofrimento e a própria vida causam impacto emocional na consciência humana colectiva([29]). Cuida-se do bem-estar das pulgas, ácaros, moscas, melgas e mosquitos, ratazanas-de-cano?

([28]) GARY FRANCIONE, *Introduction to animal rights: your child or the dog?*, 1999, pp. 843 e segs, *apud* J. L Bonifácio Ramos, *ob. cit.*, p. 1090.

([29]) A este respeito, cf. n.º 3, *supra*.

Dir-se-á que os animais nocivos e incómodos elencados escapam à tutela, já que o art. 1305.º-A/3 do C.Civil (que exclui a possibilidade de o proprietário "infligir dor, sofrimento ou quaisquer maus-tratos que resultem em sofrimento injustificado, abandono ou morte") contém a sua contrária: a preservação de todos estes bens é despicienda e descartável se houver "motivo legítimo".

E voltamos ao princípio que nunca desaparece na tutela dos animais: a protecção dos animais é feita em obediência a critérios *a*) ambientais — preservação do ecossistema com resgate das espécies ameaçadas de extinção; *b*) utilitaristas — os animais úteis ao Homem, porque servem a sua alimentação, vestuário e calçado, transporte, caça, desporto, jogo, espectáculo são objecto de tratamento especial que objectivamente os instrumentaliza e coisifica. Qualquer perspectiva de salvaguarda de direito à vida, à integridade física e à dignidade *cede* na aplicação de um conceito de "necessidade" que considera *exclusivamente* os interesses humanos carnívoros, piscívoros, lúdicos, desportivos e do espectáculo. *Nenhuns limites* são aqui consentidos no tratamento aos animais com tímidas excepções aplicáveis à occisão em matadouros e nada mais.

IV. Mas não haverá alguma virtude na susceptibilidade da apropriação dos animais que os resgate ao destino comum de tudo o que é (mero) objecto de direitos? Detenhamo-nos no exame do estatuto dos chamados animais de companhia.

O Decreto-lei n.º 276/2001, de 17-10([30]), define o "animal de companhia" como qualquer animal detido ou destinado a ser detido pelo Homem.

Esta lei superabunda em cuidados que obrigam os detentores destes animais de companhia, proscrevendo o abandono, exigindo condições básicas de bem-estar (que incluem exigentes cuidados com alojamento, transporte, alimentação, higiene, bem como condições de segurança de pessoas e outros animais, assim como assistência veterinária e medicamentosa).

([30]) Sucessivamente alterado até à Lei n.º 95/2017, de 23-8.

As normas que regulam a detenção de animais de companhia são acompanhadas de exigentes ditames sobre alojamento, reprodução, criação, manutenção e venda destes animais. Examinemos mais de perto esta regulação, tão promissora na perspectiva dos interesses dos animais([31]).

V. O Decreto-lei 276/2001, logo no art. 1.º, com a redacção alterada já em 2017, explicita que estão *excluídos* dos cuidados que prodigaliza: as espécies da fauna selvagem autóctones e exóticas e os seus descendentes criados em cativeiro, os touros de lide e as espécies de pecuária. Em suma e de uma assentada, ficam de fora desta regulação, que atrairia um tratamento aos animais abrangidos minimamente comprometido com o seu bem-estar, todos os animais não domesticados ou descendentes de animais selvagens, todos os touros de lide e todos os animais destinados à alimentação humana. Resta o gato, o cão (mesmo que seja perigoso, como vimos) e o pássaro na gaiola. É pouco, mas elucida: os animais domesticáveis como animais de companhia são apropriáveis e merecedores da atenção legal, que os brinda com uma panóplia de cuidados devidos pelos humanos.

Será que, ao menos em relação a estes, se pode falar de *direitos subjectivos dos animais*?

VI. Uma das vantagens em manter os animais — ou, pelo menos, certos animais — como bens apropriáveis reside no facto de tal transformar imediatamente qualquer acto lesivo do animal em atentado e provável diminuição do património do dono([32]).

([31]) Mariana Melo Egídio, *Criação de animais de companhia*, *in* "Direito (do) Animal", *cit.*, p. 160, salienta a tutela penal dos animais de companhia.

([32]) Fernando Araújo, *A hora dos direitos dos animais*, Coimbra, 2003, pp. 336 e segs., enuncia esta conclusão, a propósito do que chama "teses indirectas": "Os interesses dos animais não são directamente relevantes para consideração da moralidade, da juridicidade, da justiça, das nossas opções de conduta. São-no *indirectamente*, porque a lesão de um "interesse" de um animal há-de ser, muitas das vezes, uma lesão *directa* do património do seu proprietário ou uma lesão de valores não-patrimoniais daqueles que tenham com o animal uma ligação afectiva socialmente aceitável, ou daqueles cuja sensibilidade seja gravemente afectada pelo tratamento inconsiderado dos «interesses» de um não-humano".

Na verdade, vai nesse sentido o disposto — também *post* Lei 8/2017 — no novo art. 493.º-A do C.Civil, que estatui que, em caso de lesão do animal, deve o proprietário ser indemnizado pelo responsável, quer pelas despesas de tratamento, quer nos termos gerais de responsabilidade civil (leia-se: por todos os danos patrimoniais e morais que o *proprietário* tenha sofrido) (n.º 1). E, em evidência que os danos indemnizáveis são tanto os sofridos pelo animal de companhia (morte ou privação da capacidade de locomoção) como directamente os do proprietário, o art. 493.º-A/3 explicita que são expressa e autonomamente indemnizáveis os danos *morais* (desgosto ou sofrimento moral — art. 496.º/1 do C.Civil) *do proprietário*.

A conclusão impõe-se. A caracterização de um animal como "de companhia" atrai-o para uma esfera de protecção privilegiada do ponto de vista da sua sobrevivência e bem-estar. Em contraponto, é na esfera jurídica dos seus donos que se constituem direitos de indemnização por danos ou morte que o animal, sua propriedade, sofra, para além da indemnização por danos morais próprios devidos ao sofrimento ou morte do *pet*.

Será, então, que as situações jurídicas privadas ligadas aos animais só se individualizam por força da sua relação com os seus donos, como elementos "sensíveis" do património destes (art. 493.º-A do C.Civil); que, por serem "sensíveis" não são livremente, digamos, disponíveis e descartáveis, salvo "motivo legítimo" (art. 1305.º-A)? Analisemo-lo, em exame da admissibilidade da concepção de direitos subjectivos dos animais.

5. Da existência de direitos subjectivos dos animais

I. A consideração da existência de direitos subjectivos na titularidade de animais parece esbarrar com várias objecções, algumas delas facilmente superáveis.

Em primeiro lugar, ocorre objectar que os animais nunca poderiam *exercer* os direitos que lhes fossem reconhecidos. É certo, mas tal é comum aos humanos incapazes, como os menores, que também não podem exercer pessoal e livremente os seus direitos. Nada mais se

exigiria, então, do que alguns seres humanos — os seus proprietários, as associações zoófilas que a LPA (art. 9.º) já legitima para requerer medidas que evitem a violação da lei — actuassem em representação legal dos animais no exercício desses, então *seus*, direitos.

Acrescentar-se-á que a condição não-humana dos animais não permite que se possa conceber uma "vontade (do) animal" que orientasse o exercício de direitos. Isto distingui-los-ia de outras pessoas meramente jurídicas (não humanas), como as associações e as sociedades, que sempre formam a sua vontade através dos seus órgãos.

É realmente difícil conceber *quem*, legitimamente, possa formar a vontade jurígena de um animal. Identificar *de que actos* jurídicos eles seriam capazes (poderiam contratar? transaccionar em juízo?), mesmo que representados.

Interpretar a "vontade" de um animal, se os bens tuteláveis forem apenas a sua vida, a sua integridade física e a sua dignidade, não é especialmente difícil. Conciliá-la com os "interesses" dos humanos (à alimentação, ao desporto, ao espectáculo) é tarefa que, no actual ordenamento jurídico português, suscita um problema imediato: que animais são protegidos, visto que não são todos? A protecção dos "animais de companhia" é perfeitamente assimétrica da dos demais animais. Será um ónus dos humanos que pretendam conviver de perto e coabitar com animais?

II. A propriedade de animais está, como vimos, muito condicionada por deveres de cuidado (cf. art. 1305.º-A do C.Civil, já analisado).

Estes deveres não são limites ao direito de propriedade, tal como o enuncia o art. 1305.º C.Civil. O proprietário de um animal pode usá-lo, dele fruir e dispor, desde que dele cuide. Pode até — como vimos([33]) — infligir-lhe dor, sofrimento ou morte, ou abandoná-lo, desde que tenha "motivo legítimo" (cf. art. 1305.º-A/3 do C.Civil). Poderia o legislador civil ter ido mais longe em 2017? Talvez não.

No estádio actual de desenvolvimento civilizacional, pode proscrever-se a morte e o sofrimento gratuito infligidos por huma-

---

([33]) Cf. n.º 4-VI, *supra*.

nos a animais, mas com mil reservas: só quando "desnecessário" (art. 1.º/1 LPA) ou sem "motivo legítimo" (art. 1305.º-A/4 do C.Civil), o que deixa antever excepções. Estas correspondem a práticas ainda correntes, muitas delas já completamente inaceitáveis seja qual for a perspectiva em que se encarem os interesses dos animais([34]). Evoluir para a proibição *total* de infligir morte com sofrimento a um animal, de atentar contra a sua integridade física ou dignidade é um passo pequeno, quiçá próximo([35]).

Considerar os animais não como coisas, mas como seres dotados de sensibilidade não contém nenhuma valoração jurídica, nada altera o seu estatuto: os animais continuam a ser objecto de relações jurídicas. Mas nós vivemos de símbolos e é simbolicamente valiosa esta mudança de *nomen*.

Personificar os animais — sobretudo quando só se personificariam *alguns* animais (e quais?) — não parece necessário à salvaguarda de uma existência condigna, nem compaginável às acepções e estatuto que lhes encontramos no ordenamento jurídico português hodierno.

A consagração de deveres para com os animais não exige que se lhes reconheçam direitos subjectivos([36]). E o importante aqui é o estatuto, a vida, a integridade e a dignidade animais — não apenas como parte do ecossistema, mas individualmente considerados — que só os humanos podem assegurar.

Setembro 2017

([34]) Carlo Amado Gomes, *Animais experimentais: uma barbárie necessária?*, *in* "Direito (do) Animal", *cit.*, p. 105, salienta a crescente sensibilização para considerar direitos dos animais em confronto com interesses humanos, neste caso na experimentação científica e de produção de cosméticos.

([35]) Maria Luísa Duarte, *Direito da União Europeia e estatuto jurídico dos animais: uma grande ilusão?*, *in* "Direito (do) Animal", *cit.*, pp. 224 e segs., identifica a que chama "welfarist approach", que privilegia um tratamento correcto dos animais e coloca em segundo plano a questão da natureza jurídica do animal e a sua autonomia ou idoneidade como centro de imputação de verdadeiros direitos. Distingue-a da "rights approach", que pretende reconhecer o animal como titular de direitos que o libertem e protejam de todas as formas de exploração e de inflicção de sofrimento para benefício da espécie humana.

([36]) Neste sentido, aliás indiscutível, Fernando Araújo, *ob. cit.*, p. 338.

O MECANISMO ÚNICO DE RESOLUÇÃO: ANÁLISE À LUZ DO CASO BES

The Single Resolution Mechanism: analysis under case BES

Por André Mendes Barata(*)

Sumário:

1. Introdução. **2.** O Mecanismo Único de Resolução. *2.1.* A Directiva RRB. *2.2.* O Regulamento MUR. **3.** O Caso BES. *3.1.* Circunstancialismo do Caso Concreto. *3.2.* Medidas Aplicadas. **4.** Desafios Decorrentes das Novas Regras de Resolução. **5.** Conclusão. **6.** Referências.

ABSTRACT

O presente estudo versa sobre a resposta dada pela União Europeia e pelos Estados-Membros aos desafios colocados pela crise financeira que assola a região desde 2008, concretamente no que toca aos problemas do sector bancário e à resolução de bancos em dificuldades. Será enquadrada nesse contexto a construção europeia de um Mecanismo Único de Resolução, o qual será confrontado com os dados práticos resultantes da intervenção levada a cabo pelas autoridades portuguesas no cenário de resolução do Banco Espírito Santo. Subjacente a tal análise encontra-se o propósito de identificar os princípios e regras contidos nas novas normas europeias de

---

(*) Advogado, Mestre em Ciências Jurídico-Financeiras pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, <andremendesbarata@gmail.com>.

resolução bancária, o seu reflexo prático nas medidas aplicadas pelas autoridades portuguesas, bem como os desafios que se colocam perante tais soluções.

This study deals with the answer given by the European Union and the Member-States to the challenges posed by the financial crisis that is affecting the region since 2008, specifically with regard to the banking problems and the resolution of banks in distress. This paper will analyze the European construction of a Single Resolution Mechanism, which will be confronted with the practical evidence retrieved from the intervention carried out by the Portuguese authorities in the resolution of Banco Espírito Santo. Underlying this analysis is the purpose of identifying the principles and rules contained in the new European regime for banking resolution, its practical application carried out by the Portuguese authorities, as well as the challenges that emerge before them.

PALAVRAS-CHAVE

Crise Financeira, Mecanismo Único de Resolução, Resolução e Recuperação Bancária, União Bancária, União Europeia.

KEYWORDS

Bank Recovery and Resolution, Banking Union, European Union, Financial Crisis, Single Resolution Mechanism.

1. Introdução

Na sequência da crise financeira internacional que afectou os mercados financeiros e a economia mundial a partir do ano de 2008, a Europa em particular viu-se confrontada com graves problemas ao nível do sector bancário com origem em diversos Estados-Membros (doravante EM) da Zona Euro. Os mecanismos de intervenção no sistema bancário então existentes não se revelaram adequados para conter os efeitos negativos dessa crise que, em última análise, ameaçaram uma possível fragmentação do mercado financeiro da Zona Euro.

É nessa perspectiva que deve ser contextualizado o esforço realizado pelos EM no sentido de modernizarem o enquadramento europeu aplicável à intervenção pública em cenários de crise bancária. Esse esforço conduziu a uma solução que poderá vir a ter consequências mais profundas na própria União Europeia (doravante UE): a criação de uma União Bancária, destinada a assegurar uma verdadeira igualdade de regras, mecanismos de intervenção e condições de concorrência aplicáveis a todos os bancos por si abrangidos. Visou-se dessa forma limitar "o risco de ocorrência e os efeitos negativos das crises bancárias e, consequentemente, romper a ligação entre a dívida bancária e a dívida soberana", bem como para "travar o risco crescente de fragmentação dos mercados bancários, o qual compromete o mercado interno dos serviços financeiros e afecta a transmissão da política monetária para a economia real"([1]). Foi nesse contexto que a construção da União Bancária assentou os seus alicerces em três pilares:

i) o Mecanismo Único de Resolução (doravante MUR);

ii) o Mecanismo Único de Supervisão (doravante MUS)([2]);

([1]) Paula Vaz Freire, *Mercado Interno e União Económica e Monetária: Lições de Direito Económico da União Europeia*, AAFDL, 2013, p. 291.

([2]) Criado pelo Regulamento (UE) n.º 1024/2013 do Conselho, de 15 de Outubro de 2013 (JO L 287, de 29/10/2013). No intuito de reforçar a supervisão exercida sobre as instituições bancárias a operarem no espaço da Zona Euro, bem como para criar condições para que o Mecanismo Europeu de Estabilidade possa vir a recapitalizar directamente as instituições de crédito por si abrangidas, a Comissão decidiu assim lançar o projecto da

iii) o reforço dos Sistemas de Garantia de Depósitos (doravante SGD)([3]).

Considerando a temática a que o presente artigo se encontra subordinado, nos pontos seguintes será efectuada uma análise incidente sobre o desenvolvimento do MUR na ordem jurídica europeia, para de seguida se proceder a uma confrontação dessas regras com a acção levada a cabo no âmbito da resolução do Banco Espírito Santo (doravante BES) por parte das autoridades portuguesas.

2. O Mecanismo Único de Resolução

Por forma a ser realizada uma análise aprofundada dos princípios e regras que dão corpo ao MUR, terão de ser separadamente dissecados os dois instrumentos que conjugadamente procederam ao seu desenvolvimento: a Directiva 2014/59/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 15 de Maio de 2014([4]), que estabeleceu um enquadramento para a Recuperação e a Resolução de Bancos (doravante Directiva RRB); e o Regulamento UE n.º 806/2014 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 15 de Julho de 2014([5]) (doravante Regulamento MUR).

---

criação de um supervisor integrado de índole Europeia, centrado em novas competências atribuídas ao Banco Central Europeu (doravante BCE), com efeitos desde o dia 4 de Novembro de 2014, nos termos do art. 33.º, n.º 2 do Regulamento.

([3]) Pilar esse que foi reforçado pelas disposições da Directiva 2014/49/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 16 de Abril de 2014 (JO L 173/149, de 12/06/2014), a qual procedeu a um esforço de harmonização entre os EM, nomeadamente através da harmonização da protecção ao nível europeu para os depósitos iguais ou inferiores a 100 mil euros (art. 6.º, n.º 1 da Directiva). Porém, e não desconsiderando o esforço de harmonização contido em tal Directiva no sentido de fortalecer o terceiro pilar da União Bancária, tal objectivo ainda não foi plenamente concretizado. Pelo contrário, o principal objectivo europeu não é o de harmonizar algumas partes chave da aplicação dos SGD domésticos dos EM, ou mesmo de alguns SGD com natureza transfronteiriça; é sim o de criar um verdadeiro sistema único de garantia de depósitos à escala europeia, que funcione à semelhança do MUS e do MUR.

([4]) Publicada no Jornal Oficial n.º L 173, de 12/06/2014.

([5]) Publicado no Jornal Oficial n.º L 225, de 30/07/2014.

2.1. A Directiva RRB

O MUR começou a ser construído por via da aprovação da Directiva RRB(6), desenvolvida tendo por base a percepção bem ilustrada nos seus considerandos de que "a crise financeira demonstrou uma grande falta de instrumentos adequados a nível da UE para tratar com eficácia o problema das instituições de crédito e das empresas de investimento pouco sãs ou em situação de insolvência, no intuito de preservar as funções de importância sistémica das instituições em causa"(7). Na ausência de instrumentos de intervenção adequados, não foi possível prevenir a criação de maiores danos sistémicos que acabassem por "prejudicar a confiança mútua entre os EM e a credibilidade do mercado interno no sector dos serviços financeiros"(8). Foi exactamente essa incapacidade dos diversos EM da UE em conseguir estancar a crise financeira e bancária de um modo eficiente que conduziu a que a resposta à inadequação de mecanismos tivesse de ser colmatada através da aprovação da Directiva RRB, constatando-se uma vez mais que "a evolução da regulação financeira aparece intimamente associada à história das crises financeiras e à maior ou menor sensibilidade ao risco"(9). O aprofundamento das regras europeias relativas à resolução de instituições bancárias(10) desempenhou assim um papel central no reforço das capacidades de resposta à crise da UE, na medida em

---

(6) Construída tendo por base alguns contributos já previamente desenvolvidos tanto pela Comissão Europeia, através do documento técnico por si emitido em Janeiro de 2011 denominado *Technical Details of a Possible EU Framework for Bank Recovery and Resolution,* bem como pelo *Financial Stability Board*, que desenvolveu um documento de boas práticas internacionais relativo aos princípios que devem nortear um efectivo regime de resolução de instituições financeiras, intitulado *Key Attributes of Effective Resolution Regimes for Financial Institutions,* de Outubro de 2011.

(7) Directiva RRB, considerando 1.

(8) Directiva RRB, considerando 3.

(9) Rute Saraiva, *Direito dos Mercados Financeiros*, AAFDL, 2013, p. 18.

(10) Numa tentativa de criar através da Directiva RRB "um regime que ponha à disposição das autoridades um conjunto credível de instrumentos para uma intervenção suficientemente precoce e rápida nas instituições em situação precária ou de insolvência, de modo a garantir a continuidade das suas funções financeiras e económicas críticas, minimizando o impacto da situação de insolvência de uma instituição sobre o sistema económico e financeiro", cf. Directiva RRB, considerando 5.

que as regras e as práticas que vinham a ser aplicadas a esse nível pelos EM desde a eclosão da crise financeira não se encontravam ainda devidamente harmonizadas(11). Estes problemas de desenvolvimento e de harmonização de um mecanismo eficaz de resolução de bancos ao nível europeu podem ser entendidos como especialmente graves tendo em conta as posições que argumentam a favor da sua indispensabilidade: num cenário de crise bancária, a mobilização de um "processo de insolvência convencional pode não ser adequado, dada a sua importância para a economia, a existência de risco sistémico e a possibilidade de contágio que é específica das atividades financeiras, incluindo serviços bancários"(12).

Nesta perspectiva, o legislador europeu tentou proceder através da Directiva RRB à "aprovação de regras mínimas comuns harmonizadas que regulamentem a resolução das instituições"(13). Estas regras incidem sobre "instrumentos de recuperação e resolução adequados para gerir situações que envolvam tanto crises sistémicas como a situação de insolvência de instituições, os quais deverão incluir mecanismos que permitam às autoridades lidar de forma eficaz com instituições em ou risco de insolvência"(14). O n.º 1 do art. 130.º da Directiva RRB previu que os EM deviam proceder à transposição de tais regras até 31 de Dezembro de 2014, de modo a tal regime harmonizado ser aplicável a partir de 1 de janeiro de 2015.

---

(11) Tal falta de harmonização levou a que as "falências bancárias fossem tratadas em linhas nacionais durante a crise financeira. (…) Guiadas por tais objectivos domésticos, as Autoridades nacionais normalmente apenas levaram em conta as externalidades do próprio sistema financeiro nacional, enquanto as externalidades transfronteiriças foram muitas vezes ignoradas", e assim, sendo que *"e*sta abordagem país a país abalou a confiança no sistema financeiro internacional e ampliou as distorções da concorrência, aumentando os custos de resgate suportados pelos contribuintes, bem como a incerteza legal", pelo que se tornou necessária a busca por novas soluções que pudessem ser aplicadas numa lógica Comunitária e transfronteiriça, cf. Dirk Schoenmaker, *Banking Supervision and Resolution: the European Dimension*. DSF Policy Paper, n.º 19, Janeiro de 2012, pp. 3, 4.

(12) Nicolas Véron, Guntram B. Wolff, *From Supervision to Resolution: Next Steps on the Road to European Banking Union*, Bruegel Policy Contribution, Issue 2013/2014, 2013, p. 2.

(13) Directiva RRB, considerando 10.

(14) Directiva RRB, considerando 6.

Esse regime de harmonização europeia relativo à resolução de instituições de crédito prevê assim três diferentes níveis de intervenção.

Prevê uma primeira fase de planeamento e de articulação entre os bancos e as autoridades competentes, onde a elaboração de planos de reestruturação e de resolução deve desempenhar um importante papel(15). Desses planos devem constar as "possíveis medidas a tomar pelo órgão de administração da instituição caso estejam reunidas as condições para uma intervenção precoce"(16), bem como propostas de medidas destinadas a "reduzir ou eliminar os impedimentos à resolubilidade de uma instituição"(17). Essas propostas devem resultar das informações produzidas pelas entidades potencialmente beneficiárias em virtude do "conhecimento privilegiado das instituições relativamente ao seu próprio funcionamento e aos problemas dele decorrentes"(18). É assim clara a tomada de opção por parte do legislador europeu em trilhar um caminho que possa aliar um constante planeamento a um constante fluxo de informação entre supervisores e supervisionados.

Em segundo lugar, e de forma interligada com a obrigatoriedade de apresentação de planos de recuperação por parte das instituições bancárias, foram criados novos mecanismos de intervenção precoce ao dispor das autoridades públicas em situação de crise, cujo elenco consta dos arts. 27.º e seguintes da Directiva RRB(19).

---

(15) Sublinhe-se ainda que paralelamente à intenção do Legislador europeu em promover o planeamento e a troca de informações através da apresentação de planos de recuperação e resolução, procurou-se igualmente e desde logo iniciar a este nível o combate à *nacionalização das perdas* registada em recentes intervenções públicas em cenários de crise bancária, ao se prever claramente que tais planos não deverão, regra geral, pressupor o acesso a apoios financeiros públicos extraordinários, na letra dos arts. 5.º, n.º 3 e 10.º, n.º 3 alínea *a*) da Directiva.

(16) Directiva RRB, considerando 22.

(17) Directiva RRB, considerando 30.

(18) Directiva RRB, considerando 26.

(19) Nesse elenco de medidas passíveis de serem adoptadas pelas Autoridades constam a destituição dos membros da direcção de topo e do órgão de administração — estando a nomeação de novos membros sujeita ao consentimento das Autoridades Públicas — nos casos em que se tenham registado violações graves das regras aplicáveis à acção da instituição (art. 28.º da Directiva), a nomeação de um administrador temporário para trabalhar em substituição ou em conjugação com a administração da instituição (art. 29.º da

Efectivamente, a Directiva RRB coloca a tónica numa intervenção correctiva que permita preservar a estabilidade da instituição intervencionada, "antes que a mesma chegue a um ponto em que as autoridades não tenham outra alternativa que não seja a resolução"([20]). Este regime assenta na perspectiva de que "qualquer que seja o mecanismo para a resolução de um banco, o mais cedo que o mesmo seja aplicado, menores os custos que provavelmente terão de ser posteriormente cobertos"([21]).

Em terceiro lugar, caso as medidas de intervenção precoce não surtam os efeitos desejados, ou quando o ritmo de deterioração da situação não permita a sua aplicação([22]), as autoridades públicas devem desde logo desencadear os mecanismos de resolução aplicáveis, "antes que a instituição chegue a uma situação de insolvência contabilística e antes que os seus capitais próprios sejam esgotados"([23]).

Nos termos do n.º 2 do art. 31.º da Directiva RRB, a aplicação de medidas de resolução deve ser norteada pelos seguintes objectivos: assegurar a continuidade das funções críticas das instituições bancárias; evitar efeitos negativos significativos na estabilidade financeira, nomeadamente evitando o contágio e a quebra da disci-

---

Directiva), bem como a prerrogativa de exigir da parte da instituição em dificuldades a aplicação de medidas previstas no plano de recuperação, a convocação de uma assembleia geral de accionistas, a elaboração de um plano para a negociação da reestruturação da dívida existente, alterações ao nível da estratégia geral e das estruturas jurídicas e operacionais da instituição bem como a transmissão de todas as informações e avaliações necessárias à preparação de uma eventual resolução da instituição em causa (art. 27.º, n.º 1, alíneas *a*), *c*), *e*), *f*), *g*) e *h*) da Directiva).

([20]) Directiva RRB, considerando 40.

([21]) CHARLES A. E. GOODHART, *Funding Arrangements and Burden Sharing in Banking Resolution*, *In Banking Union For Europe: Risks and Challenges,* 2012, p. 112.

([22]) Na medida em que "a adopção prévia de uma medida de intervenção precoce nos termos do art. 27.º não constitui uma condição para aplicar uma medida de resolução", de acordo com a letra do art. 32.º, n.º 3 da Directiva RRB.

([23]) Ponto esse que, nos termos das várias alíneas do art. 32.º, n.º 4 da Diretiva RRB, será atingido quando "essa instituição não cumprir ou estiver num futuro próximo em risco de não cumprir os requisitos para a manutenção de autorização, quando os activos da instituição forem ou estiverem em risco de ser, dentro de pouco tempo incapaz de pagar as suas dívidas na data de vencimento, ou quando a instituição necessitar de apoio financeiro público extraordinário", cf. Directiva RRB, considerando 41.

plina de mercado; proteger as finanças públicas; proteger os depositantes; e proteger os fundos e activos dos clientes.

Por outro lado, a aplicação de medidas de resolução deve ainda respeitar diversos princípios elencados no n.º 1 do art. 34.º da Directiva RRB, onde são de destacar o princípio de que os accionistas e os credores deverão ser os primeiros a suportar as perdas([24]), o princípio da responsabilização e da cooperação que recai sob os membros do órgão de administração do banco intervencionado, bem como a protecção integral dos depositantes protegidos.

Consequentemente, quando uma autoridade se decidir pela resolução de um banco, deverá aplicar medidas que respeitem os objectivos e princípios supra enunciados([25]), e que correspondam a um dos quatro instrumentos previstos no n.º 3 do art. 37.º da Directiva RRB: a alienação da actividade, a criação de uma instituição de transição, a segregação de activos, e a recapitalização interna. Analise-se cada um deles separadamente.

A alienação da actividade da instituição objecto de resolução é regulada pelos arts. 38.º e 39.º da Directiva RRB. Este instrumento permite às autoridades "proceder à venda da instituição ou de partes da sua actividade a um ou mais adquirentes sem o consentimento dos accionistas (…) num processo aberto, transparente e não discriminatório, tentando obter o melhor preço de venda possível", sendo que quando a urgência da situação o impeça, "as autoridades deverão tomar medidas para rectificar os efeitos negativos na concorrência e no mercado interno"([26]).

([24]) Em conformidade com a ordem de prioridade dos créditos em cenário de insolvência, devendo os credores ser tratados de forma equitativa de acordo com a sua categoria, e sendo proibida a imputação de perdas superiores àquelas que resultariam de um processo de liquidação da instituição ao abrigo de um processo normal de insolvência.

([25]) Além de poderem previamente proceder à nomeação de um Administrador Especial para substituir os membros do órgão de administração da instituição objecto de resolução de acordo com a letra do art. 35.º, n.º 1 da Directiva RRB, bem como à necessária avaliação *justa, prudente e realista dos activos e dos passivos da instituição* nos termos do art. 36.º da Directiva RRB, que possibilite que sejam tomadas as medidas mais eficientes tendo em conta o circunstancialismo do caso concreto.

([26]) Directiva RRB, considerando 61.

Por seu lado, a criação de uma instituição de transição prevista nos arts. 40.º e 41.º da Directiva RRB tem por principal desígnio "garantir a continuidade da prestação dos serviços financeiros essenciais aos clientes da instituição em situação de insolvência e das suas actividades financeiras essenciais"([27]). Paralelamente, a administração da instituição deve ter em perspectiva a sua colocação no mercado assim que as condições o permitirem. Poderão assim ser transmitidos para essa instituição([28]) activos, passivos, direitos, acções ou outros instrumentos de uma instituição objecto de resolução, nos termos do n.º 1 do art. 40.º da Directiva RRB([29]).

As contrapartidas pagas em virtude da alienação ou da transferência para uma instituição de transição deverão beneficiar os titulares das acções e instrumentos de propriedade que tenham sido transferidos, ou a própria instituição objecto de resolução, caso a alienação tenha incidido sobre os seus activos ou passivos, nos termos do n.º 4 do art. 38.º e do n.º 4 do art. 40.º da Directiva RRB. Porém, podem em qualquer caso ser deduzidos a esses valores os custos resultantes da aplicação dos instrumentos de resolução.

Refira-se ainda, no que toca aos dois instrumentos de resolução já identificados, que em tais casos de transferência de "serviços de importância sistémica ou actividades viáveis de uma instituição para uma entidade sã (…) a parte remanescente da instituição deverá ser liquidada dentro de um prazo adequado tendo em conta qualquer necessidade de prestação de serviços ou de apoio por parte da instituição em situação de insolvência para permitir que o adquirente ou a instituição de transição assegurem o exercício das activi-

---

([27]) Directiva RRB, considerando 65.

([28]) A qual deve ser pelo menos parcialmente detida por uma Autoridade Pública, nos termos da alínea *a*) do n.º 2 do art. 40.º da Directiva RRB.

([29]) Sendo que, enquanto se encontrar em funcionamento, a instituição de transição deve agir de acordo com a estratégia e o perfil de risco delineados pela Autoridade de Resolução responsável, segundo o art. 41.º, n.º 1, alínea *d*), até ao momento em que venha a cessar a sua actividade por força da ocorrência de alguma das situações previstas no n.º 3 do art. 41.º da Directiva RRB, sendo de salientar as hipóteses da sua fusão com outra entidade, a venda do essencial dos seus activos, direitos ou passivos a um terceiro, ou a completa liquidação dos seus activos e exoneração dos seus passivos.

dades ou a prestação dos serviços adquiridos em virtude dessa transferência"([30]).

Quanto ao instrumento de segregação de activos, cujo funcionamento é balizado pelo art. 42.º da Directiva RRB, permite às autoridades transferir activos, direitos ou passivos de uma instituição objecto de resolução para um veículo separado. A sua particularidade face aos restantes instrumentos é a de que "só deve ser utilizado em conjunto com outros instrumentos para evitar uma vantagem concorrencial indevida para a instituição em situação de insolvência"([31]). Tais transferências podem ocorrer mesmo sem o consentimento dos accionistas da instituição em resolução, na medida em que sejam dirigidas para um veículo que seja detido pelo menos em parte por uma autoridade pública, o que tem por fim a maximização do valor dos activos transferidos através de uma eventual alienação ou liquidação ordenada, conforme resulta dos termos conjugados dos n.os 1, 2 e 3 do art. 42.º da Directiva RRB.

Por último, o mecanismo de recapitalização interna, previsto nos arts. 43.º e seguintes da Directiva RRB, permite a concretização dos objectivos e princípios enunciados([32]) "ao garantir que os accionistas e os credores da instituição em situação de insolvência suportem as perdas adequadas e uma parte adequada dos custos decorrentes da situação de insolvência da instituição"([33]). Mas o alcance deste instrumento vai mais além, pois ao incentivar "mais fortemente os credores e os accionistas das instituições a acompanharem a saúde de uma instituição em circunstâncias normais"([34]), poderá aumentar o grau de *accountability* dos agentes económicos presentes no mercado, criando condições para uma maior solidez do mercado bancário.

([30]) Directiva RRB, considerando 60.

([31]) Directiva RRB, considerando 66.

([32]) De facto, este mecanismo que corporiza de forma substancial dois dos grandes objectivos da Directiva RRB: a minimização dos custos a suportar por parte dos contribuintes em situações de intervenção pública em cenários de crise bancária, e a possibilitação de que qualquer instituição bancária, mesmo que de importância sistémica, possa ser objecto de resolução sem que daí resultem riscos para a estabilidade financeira.

([33]) Directiva RRB, considerando 67.

([34]) Directiva RRB, considerando 67.

Perante um caso de dificuldades numa determinada instituição bancária, as autoridades públicas podem optar pela realização de um *bail-in* em duas situações distintas. Num primeiro caso, podem recorrer a este instrumento como forma de proceder à recapitalização da instituição — sem recurso a capitais públicos —, mas apenas quando de tal operação resultar "uma perspectiva razoável de que a aplicação desse instrumento, juntamente com outras medidas pertinentes (…) permita, para além da realização dos objectivos relevantes da resolução, restabelecer a solidez financeira e a viabilidade a longo prazo da instituição", nos termos do art. 43.º, n.º 2 alínea *a*) e n.º 3, conjugado com os arts. 51.º e 52.º da Directiva RRB. O segundo caso verifica-se quando esteja planeada a transferência de créditos ou instrumentos de dívida da instituição para uma instituição de transição ou em virtude da aplicação dos instrumentos de alienação de actividade ou de segregação de activos, podendo ser efectuado um *bail-in* de modo a converter em capitais próprios ou a reduzir montantes totais a transferir, nos termos do art. 43.º, n.º 2 alínea *b*) da Directiva RRB.

No entanto, a indispensável necessidade de manter a solidez dos índices de confiança no mercado impõe que sejam protegidos os depositantes cobertos([35]) — na medida em que essa protecção se assume como um verdadeiro *princípio sagrado* do direito bancário. Assim, por aplicação do art. 44.º da Directiva RRB, num cenário de *bail-in* em caso algum devem ser afectados os depósitos cobertos — contrariamente à hipótese assumida nos corredores europeus no decurso do ano de 2013 perante a crise de Chipre([36]),

---

([35]) Protecção essa que não se basta com a garantia de que os depósitos cobertos estarão protegidos para o longo prazo, sendo acima de tudo imperioso garantir que o acesso a tais valores será imediatamente mantido dentro das margens de cobertura dos Fundos de Garantia de Depósitos — os quais devem ser mobilizados no contexto de aplicação de instrumentos de resolução, segundo o art. 109.º da Directiva RRB —, conforme se pode retirar do art. 44.º, n.º 2 da Directiva RRB.

([36]) No contexto da grave crise bancária que afectou o sistema bancário de Chipre, foi seriamente debatida — inclusivamente na reunião do Eurogrupo realizada no dia 15 de Março de 2013 — a hipótese de, no contexto da reestruturação e recuperação do sector, todos os depósitos existentes nos bancos Cipriotas serem sujeitos a uma taxa independentemente de estarem ou não protegidos pelo Fundo de Garantia de Depósitos. Desse modo, enquanto os depósitos superiores a 100 mil euros seriam sujeitos a uma *contribuição de*

onde se aventou a aplicação de uma medida de carácter irrestrito. Outro limite imposto pelo art. 48.º da Directiva RRB ao instrumento de recapitalização interna é a já mencionada necessidade de igualdade e de hierarquia no tratamento dos credores. Neste sentido, "as perdas deverão ser absorvidas em primeiro lugar pelos instrumentos de fundos próprios regulamentares e deverão ser distribuídas pelos accionistas através da extinção, da transferência ou de uma diluição substancial do valor das acções". Além disso, "os passivos séniores deverão ser convertidos ou reduzidos se as categorias de créditos subordinados já o tiverem sido na totalidade"([37]). A este limite acresce ainda a salvaguarda atribuída aos accionistas e credores baseada no princípio de que nenhum deles deverá ficar em pior situação do que aquela que se verificaria sem a aplicação dos instrumentos de resolução, nos termos dos arts. 73.º e seguintes da Directiva RRB.

Veja-se, porém, que a opção expressa pelo legislador europeu na preferência da aplicação de um dos instrumentos de resolução analisados cujos custos não colocassem riscos para os contribuintes não afastou totalmente a possibilidade de recurso a dinheiros públicos; apenas configurou a sua hipotética ocorrência em cenários de complementaridade para com os restantes instrumentos supra analisados. Uma vez que tenham sido esgotados os instrumentos de resolução disponíveis([38]), podem as autoridades públicas, ao abrigo do art. 56.º, n.º 5 da Directiva RRB, optar entre a aplicação de um instrumento público de apoio ao capital próprio da

---

solidariedade no valor de 9,9%, os depósitos inferiores a esse valor teriam de contribuir com uma percentagem de 6,75%, cf. Lee C. Buchheit, Mitu Gulati, *Walking back from Cyprus*, Working Paper, 2013, p. 1.

([37]) Directiva RRB, considerando 77.

([38]) Conforme se pode retirar dos termos conjugados dos n.os 1 e 3 do art. 56.º da Directiva, "os EM podem prestar um apoio financeiro público extraordinário através de instrumentos de estabilização financeira adicionais, mas apenas e só em último recurso, após terem sido examinados e explorados tanto quanto possível os outros instrumentos de resolução, mantendo simultaneamente a estabilidade financeira, como determinado pelo ministério competente ou pelo governo após consulta à autoridade de resolução*"* — onde desde logo se denota também a imposição da necessidade de existir troca de informações e conjugação de esforços entre todas as Autoridades Públicas responsáveis, firmada ainda mais pelo n.º 4 do mesmo artigo.

instituição em resolução ou a colocação dessa instituição sob propriedade pública temporária. Em ambos os casos, os EM devem assegurar que tais entidades publicamente participadas ou temporariamente controladas sejam geridas de "forma comercial e profissional e sejam transferidas para o sector privado logo que as circunstâncias comerciais e financeiras o permitam" (arts. 57.º, n.os 2 e 3 e 58.º, n.º 3 da Directiva) — pelo que este apoio, além de ser classificado como de último recurso, deve também ser temporário.

Além de todos os princípios e mecanismos supra dissecados, a Directiva RRB introduziu ainda interessantes novidades ao nível dos meios de financiamento para a sua aplicação, que incidem sobre dois pontos principais: a necessidade de reforço do *poder de fogo* de tais mecanismos de financiamento, tanto a nível nacional como europeu; e a necessidade de proteger as finanças públicas e os contribuintes em casos de intervenções públicas no sector bancário. No primeiro nível, é de salientar que o art. 99.º da Directiva RRB previu a criação de um sistema europeu de mecanismos de financiamento, composto por Fundos de Resolução criados a nível nacional(39), que podem inclusivamente conceder empréstimos entre si(40). No segundo nível, se é verdade que nos termos do art. 100.º, n.º 3 compete aos EM assegurar que tais mecanismos dispõem de meios financeiros adequados, não se pode olvidar que tanto as contribuições *ex ante*(41) como as contribuições *ex post*(42) devem ser prestadas pelas próprias instituições autorizadas no território dos EM. O valor das contribuições assenta numa fórmula ajustada aos

---

(39) Os quais, segundo o art. 102.º, n.º 1 da Directiva RRB, deveriam até ao dia 31 de Dezembro de 2014 ter meios financeiros disponíveis que atingissem "pelo menos 1% do valor dos depósitos cobertos de todas as instituições autorizadas no seu território".

(40) Quando algum desses mecanismos não detenha os capitais adequados para fazer face a uma situação de crise, nos termos do art. 106.º da Directiva RRB — além da possibilidade desses mesmos mecanismos poderem ser mutualizados em caso da resolução de um grupo nos termos do art. 107.º da Directiva RRB.

(41) Que devem assumir um carácter anual, nos termos do art. 103.º da Directiva RRB.

(42) Que devem ser cobradas quando "os meios disponíveis dos mecanismos de financiamento não sejam suficientes para cobrir as perdas, custos ou outras despesas decorrentes da utilização dos mecanismos de financiamento", conforme estipula o art. 104.º, n.º 1 da Directiva RRB.

passivos e perfis de risco(43) de cada uma das instituições segundo os critérios vertidos no art. 103.º, n.º 2 da Directiva RRB, de forma a que os custos das resoluções se mantenham dentro do próprio sistema bancário, sem se alastrarem para as finanças públicas.

2.2. O Regulamento MUR

Na prossecução do objectivo europeu de construção do MUR, a Directiva RRB foi complementada pela aprovação do Regulamento MUR. Enquanto o objectivo da Directiva RRB foi essencialmente o de prever "instrumentos de resolução e poderes de resolução comuns à disposição das autoridades nacionais de cada EM"(44), o objectivo do Regulamento MUR centrou-se na criação de um "poder centralizado de resolução"(45) ao nível europeu(46). O Regulamento MUR manteve assim os objectivos e mecanismos desenvolvidos pela Directiva RRB(47), tendo introduzido novida-

---

(43) É possível vislumbrar nesta interligação entre as contribuições e os riscos assumidos pelas instituições preocupações relacionadas com o risco moral, o qual se tentou prevenir em virtude da existência de "mecanismos aptos a internalizar qualquer mudança no impacto potencial do aumentar do nível dos riscos assumidos pelas instituições bancárias sobre a estabilidade do sector financeiro nacional, por via de uma reavaliação periódica das contribuições dos bancos para o fundo de resolução com basse em tais questões", destinados a enviar um sinal ao mercado no sentido de que "o Mecanismo de Resolução e Recuperação não é um fundo de seguro para que os bancos contribuintes possam ter perdas a partir do momento em que os fundos de resolução são implantados", cf. Maria J. Nieto, Gillian G. Garcia, *The Insufficiency of Traditional Safety Nets: What Bank Resolution Fund for Europe?*, *In Journal of Financial Regulation and Compliance*, Volume 20, n. 2, 2012, pp. 116-146.

(44) Regulamento MUR, considerando 10.

(45) Regulamento MUR, considerando 11.

(46) De acordo com a convicção do Legislador Europeu expressa no considerando 9 do Regulamento MUR de que "enquanto as regras, práticas e abordagens em matéria de resolução para a repartição de encargos permanecerem a nível nacional e os recursos financeiros necessários para o financiamento dos processos de resolução forem mobilizados e gastos a nível nacional, o mercado interno manter-se-á fragmentado, bem como de que além disso, as entidades nacionais de supervisão têm fortes incentivos para minimizar o impacto potencial das crises bancárias nas suas economias nacionais".

(47) Veja-se, ao nível dos objectivos e do elenco das medidas de resolução, a coincidência entre a letra dos arts. 31.º, n.º 2 e 37.º, n.º 3 do Regulamento MUR com os arts. 14.º, n.º 2 e 22.º, n.º 2 da Directiva RRB, pelo que se pode constatar que o objectivo

des como a criação do Conselho Único de Resolução (doravante CUR), ao qual o art. 5.º, n.º 1 do Regulamento MUR atribuiu poderes para exercer as competências contidas nesse diploma.

Outro importante aspecto do Regulamento MUR é a previsão da criação de um Fundo Único de Resolução (doravante FUR). Nos termos do art. 67.º, o FUR é propriedade do CUR e destina-se "unicamente para assegurar a eficiente aplicação dos instrumentos de resolução e o eficiente exercício dos poderes de resolução (…), sendo que (…) em caso algum o orçamento da União ou os orçamentos nacionais podem ser chamados a suportar as despesas ou perdas do Fundo". Está previsto que o FUR seja financiado em moldes semelhantes aos estipulados pela Directiva RRB para os Fundos de Resolução nacionais, através de contribuições *ex ante* e *ex post* cobradas às instituições alvo, nos termos dos arts. 67.º, n.º 4, 70.º e 71.º do Regulamento MUR([48]).

O Regulamento MUR tentou assim responder a algumas críticas que foram dirigidas ao desenho inicial da Directiva RRB, nomeadamente o facto de um mecanismo destinado a harmonizar as regras comunitárias relativas à recuperação e resolução de instituições bancárias continuar a depender essencialmente de decisões e financiamento alocadas a nível nacional através das Autoridades de Resolução e dos Fundos de Resolução de cada EM. Desse modo, o Regulamento MUR tentou aprofundar a resposta europeia face a tais questões, centralizando a nível europeu o poder de decisão e de financiamento em cenários de crises bancárias.

No entanto, o Regulamento MUR apenas entrou em vigor no dia 20 de Agosto de 2014, nos termos do seu art. 99.º, n.º 1; mais, relativamente ao CUR, foi previsto o seu "pleno funcionamento o

---

foi o de proceder a uma adaptação das regras e princípios da Directiva RRB para as especificidades do Regulamento MUR, pelo que, em termos gerais, "muitas das mais importantes disposições do Regulamento MUR são quase idênticas às da Directiva", cf. GEORGE S. ZAVVOS, STELLA KALTSOUNI, *The Single Resolution Mechanism in the European Banking Union: Legal Foundation, Governance Structure and Financing*, 2014, p. 15.

([48]) Estipulando ainda o art. 69.º, n.º 1 que os seus meios financeiros devem "atingir pelo menos 1 % do montante dos depósitos cobertos de todas as instituições de crédito autorizadas de todos os EM participantes" até um período de oito anos posterior à sua entrada em vigor no dia 1 de Janeiro de 2016.

mais tardar em 1 de Janeiro de 2015", nos termos do art. 98.º, n.º 1. Além disso, a maioria das suas normas apenas se tornou aplicável a partir do dia 1 de Janeiro de 2016, nos termos do n.º 2 desse mesmo normativo.

Consequentemente, à data do caso BES, tratavam-se ainda de medidas para o futuro, pelo que até à sua integral aplicação as regras constantes da Directiva RRB deveriam ser transpostas para a ordem jurídica dos EM, marcando um último reduto de decisão nacional em cenários de resoluções bancárias antes da passagem desse poder para uma esfera centralizada ao nível europeu.

3. O Caso BES

Dissecadas que estão as regras contidas na Directiva RRB e no Regulamento MUR, impõe-se proceder a uma análise prática que incida sobre a sua aplicação. É a essa luz que será analisada a resolução do BES ocorrida em Portugal durante o ano de 2014.

3.1. Circunstancialismo do Caso Concreto

Até meados do ano de 2013, e pelo menos de forma explícita, o supervisor do sistema bancário português — o Banco de Portugal (doravante BdP) — e os próprios investidores não desconfiavam da solidez do BES. De facto, no âmbito do programa de assistência financeira concedido a Portugal por parte da *Troika*([49]), os principais bancos portugueses tiveram de proceder a uma capitalização no valor global de 7.4 mil milhões de euros de modo a cumprirem a meta de 9% de rácio *Core Tier 1* definida para Junho de 2012. Destaca-se que o BES foi o único que conseguiu recapitalizar-se exclusivamente através de capitais privados, no valor de 1.510 milhões de euros. Esse facto demonstrou que os investidores privados mantinham a sua confiança

([49]) Sendo que um dos principais pontos de acção identificados rumo à estabilização da economia portuguesa foi o do reforço da estabilidade do sector financeiro.

na solidez do BES, lançando para o mercado um sinal de que não existiriam problemas de maior ao nível da gestão dessa instituição.

Porém, a partir do final do ano de 2013, o BdP([50]) tomou conhecimento de algumas situações que punham em causa a solidez do BES, onde se destacam a crescente exposição financeira ao Grupo Espírito Santo (doravante GES) que colocava em causa o cumprimento dos capitais mínimos regulamentares de *Core Tier 1*, bem como algumas práticas duvidosas ao nível dos processos e procedimentos de governo e controlo internos([51]). Nesse contexto, o BdP assegurou que o BES dispunha de "uma almofada de capital suficiente para acomodar possíveis impactos negativos resultantes da exposição ao braço não financeiro do GES"([52]), tendo por isso garantido não existirem motivos de alarme para os depositantes dessa instituição([53]). Não obstante, o BdP reconheceu que "o impacto mediático da situação do GES, o corte da notação de *rating* do BES e a evolução do spread do CDS, colocaram a acção do BES sob forte pressão e elevada volatilidade"([54]).

Foi por isso determinada pelo supervisor português a apresentação de medidas adicionais de recapitalização, bem como a realização de uma auditoria independente e uma auditoria forense que pudessem fornecer informação completa e fiável sobre a real situação do banco. Conjugadamente com tais iniciativas, o BdP forçou o BES a "reforçar o seu modelo de governo interno, em particular em matéria de independência e prevenção de conflito de interesses, e a recompor o seu órgão de administração por forma a eliminar situações de acumulação em cargos de administração noutras entidades do GES que se revelaram entretanto prejudiciais para o Grupo BES".

([50]) Em conjugação com o Fundo Monetário Internacional, o BCE, a Comissão Europeia, e com outros supervisores da UE, numa estratégia integrada de reforço da resiliência do sistema financeiro português.

([51]) Intervenção inicial do Governador Carlos da Silva Costa na Comissão de Orçamento, Finanças e Administração Pública do Banco Espírito Santo, 18 de Julho de 2014.

([52]) Intervenção inicial do Governador Carlos da Silva Costa na Comissão de Orçamento, Finanças e Administração Pública do Banco Espírito Santo.

([53]) Comunicado a propósito da situação financeira do Banco Espírito Santo, S.A., Banco de Portugal, 11 de Julho de 2014.

([54]) Intervenção inicial do Governador Carlos da Silva Costa na Comissão de Orçamento, Finanças e Administração Pública do Banco Espírito Santo.

Finalmente, no dia 30 de Julho de 2014, o BES anunciou prejuízos avultados no valor de 3.57 mil milhões de euros referentes ao primeiro semestre desse ano([55]) — reflexo da "prática de actos de gestão gravemente prejudiciais aos interesses do Banco Espírito Santo, S.A. e a violação de determinações do BdP que proibiam o aumento da exposição a outras entidades do Grupo Espírito Santo"([56]), excedendo as previsões efectuadas por parte do BdP com base nas informações disponibilizadas pela instituição e pelo seu auditor externo.

Consequentemente, o BES — que no final deste período, tentou fazer face às suas dificuldades através da assistência de liquidez de emergência concedida pelo BdP num valor de cerca de 3.500 milhões de euros([57]) — ficou vulnerável às pressões do mercado, especialmente a partir do momento em que deixou de cumprir com os rácios mínimos de solvabilidade e foi suspenso do acesso à liquidez fornecida por parte do Eurosistema — tendo sido informado pelo BCE da obrigação de reembolsar o seu crédito no valor aproximado de 10 mil milhões de euros([58]). Conjugadamente, estas situações levaram a que a percepção pública do BES fosse afectada de forma negativa, o que é exemplificado pela quebra da confiança dos depositantes — só no segundo trimestre do ano de 2014 registou-se uma redução de depósitos no valor de 310 milhões de euros([59]) —, bem como dos mercados — a Comissão de Mercado e dos Valores Mobiliários (doravante CMVM) determinou no dia 1 de Agosto a suspensão da negociação de acções do BES([60]).

Perante este cenário de incerteza que colocava em risco a prossecução da actividade bancária por parte do BES, e "dada a relevância de instituição no conjunto do sistema bancário e no financiamento da economia, estes problemas punham em causa a

---

([55]) Actividade e Resultados do Grupo Banco Espírito Santo, p. 3.

([56]) Comunicado do Banco de Portugal sobre os resultados divulgados pelo Banco Espírito Santo, S.A.

([57]) Deliberação do Conselho de Administração de 3 de Agosto de 2014 sobre a aplicação de uma medida de resolução ao Banco Espírito Santo, S.A.

([58]) Deliberação do Conselho de Administração de 3 de Agosto de 2014 sobre a aplicação de uma medida de resolução ao Banco Espírito Santo, S.A.

([59]) Actividade e Resultados do Grupo Banco Espírito Santo, p. 3.

([60]) Comunicado CMVM, disponível em <http://www.cmvm.pt/cmvm/comunicados/comunicados/pages/20140801a.aspx>.

estabilidade do sistema de pagamentos e do sistema financeiro nacional, tornou-se imperativa e inadiável a intervenção do Banco de Portugal"([61]). De facto, este banco detinha uma quota de mercado de 20% do total dos depósitos constituídos por pessoas ou entidades residentes ou com sede fora de Portugal, bem como 14% do total do crédito concedido no país (detendo, nesse âmbito, uma quota de 31% do crédito concedido a actividades financeiras e seguradoras). A relevância do BES não podia, portanto, ser colocada em causa pelo BdP, que reconheceu o "papel primordial desempenhado pelo Banco Espírito Santo, SA no domínio do financiamento a economia e, consequentemente, o significativo efeito sistémico que uma interrupção na prestação dos seus serviços financeiros poderia causar"([62]).

3.2. Medidas Aplicadas

À data dos factos, existiam na ordem jurídica portuguesa quatro vias ao dispor das autoridades para intervir no âmbito da crise do BES: a aplicação de uma medida de resolução([63]), a recapitalização com recurso ao investimento público([64]), a nacionalização([65]) e a liquidação judicial([66]).

([61]) Comunicado do Banco de Portugal sobre a aplicação de medida de resolução ao Banco Espírito Santo, S.A.

([62]) Deliberação do Conselho de Administração de 3 de Agosto de 2014 sobre a aplicação de uma medida de resolução ao Banco Espírito Santo, S.A.

([63]) Estando a sua aplicação prevista nos arts. 145.º-A e seguintes do Regime Geral das Instituições de Crédito e Sociedades Financeiras (RGICSF).

([64]) À data dos factos em causa, encontrava-se já em vigor a Lei n.º 1/2014, de 16 de Janeiro, que tinha procedido à oitava alteração e à republicação da Lei n.º 63-A/2008, de 24 de novembro, aplicável à concessão de medidas de reforço da solidez financeira das instituições de crédito no âmbito da iniciativa para o reforço da estabilidade financeira e da disponibilização de liquidez nos mercados financeiros.

([65]) Solução aplicável por força da Lei n.º 62-A/2008 de 11 de Novembro, que nacionalizou todas as acções representativas do capital social do Banco Português de Negócios, S. A. e aprovou o regime jurídico de apropriação pública por via de nacionalização, em decorrência da previsão constante do art. 83.º da Constituição da República Portuguesa.

([66]) O regime jurídico nacional aplicável aos cenários de saneamento e liquidação de uma instituição de crédito constam do Decreto-Lei n.º 199/2006, de 25 de Outubro.

Considerando os objectivos de garantir a prossecução da actividade do BES e de limitar o impacto para as finanças públicas resultante da intervenção, bem como considerando a importância sistémica do banco, o BdP optou pela aplicação de uma medida de resolução em detrimento das restantes alternativas. Por um lado, as alternativas da nacionalização e da recapitalização com recurso a fundos públicos do banco poderiam revelar-se suficientes para manter a instituição em actividade, mas poderiam igualmente vir a revelar-se dispendiosas para os contribuintes. Por outro lado, a simples colocação do BES em processo de liquidação conduziria em última análise à revogação da sua licença e à cessação da sua actividade, o que seria manifestamente contrário aos objectivos definidos pelo supervisor.

É neste âmbito que adquirem relevância as considerações tecidas quanto ao MUR: não obstante o facto de à data não se encontrar ainda em vigor o Regulamento MUR, nem tão pouco se ter atingido o período limite para a transposição da Directiva RRB, a lei portuguesa continha já parte substancial das inovações europeias, fruto de alterações efectuadas ao Regime Geral das Instituições de Crédito e Sociedades Financeiras (doravante RGICSF) a partir da aprovação do Decreto-Lei n.º 31-A/2012, de 10 de Fevereiro, com base na perspectiva de que um novo regime europeu de resolução de instituições bancárias viesse a ver a luz do dia no curto prazo([67]). O Decreto-Lei n.º 31-A/2012 procedeu assim à previsão de dois tipos de medidas de resolução no art. 145.º-C, n.º 1 do RGICSF, a "alienação parcial ou total da actividade a outra instituição autorizada a desenvolver a actividade em causa", e a "transferência, parcial ou total, da actividade a um ou mais bancos de transição". A aplicação destas medidas deveria respeitar as finalidades de "assegurar a continuidade da prestação dos serviços

([67]) Conforme resulta do preâmbulo desse diploma, o Legislador teve em consideração o facto de que "no âmbito da Comissão Europeia está em marcha a preparação de uma nova directiva com o objectivo de harmonização no espaço comunitário deste tipo de mecanismos, tendo sido preparados vários documentos de consulta nos últimos dois anos, entre os quais avulta um documento técnico, emitido em Janeiro de 2011, denominado *«Technical details of a possible EU framework for bank recovery and resolution»*, o qual apresenta os contornos essenciais de um novo futuro enquadramento comunitário".

financeiros essenciais, acautelar o risco sistémico, salvaguardar os interesses dos contribuintes e do erário público, de salvaguardar a confiança dos depositantes", bem como o princípio orientador de que "os accionistas e os credores da instituição de crédito assumem prioritariamente os prejuízos da instituição em causa, de acordo com a respectiva hierarquia e em condições de igualdade dentro de cada classe de credores", de acordo com os então aditados arts. 145.º-A e 145.º-B, n.º 1 do RGICSF. Adicionalmente, os poderes atribuídos por esse diploma ao BdP tornaram-no na prática como a verdadeira Autoridade de Resolução competente no território nacional, tendo ainda sido criado um Fundo de Resolução([68]) destinado a "prestar apoio financeiro à aplicação de medidas de resolução", nos termos dos arts. 153.º-B e 153.º-C do RGICSF.

Na prática, a legislação portuguesa em vigor à data da resolução do BES correspondia já em grande medida às regras contidas no MUR ao nível do elenco de medidas de resolução([69]), dos seus princípios orientadores, da criação de um Fundo de Resolução e da atribuição de poderes a uma instituição que deveria operar como Autoridade de Resolução. Além de tais semelhanças, o legislador nacional procedeu ainda a uma transposição parcial da Directiva RRB([70]) através do Decreto-Lei n.º 114-A/2014, de 1 de Agosto, e do Decreto-Lei n.º 114-B/2014, de 4 de Agosto, que novamente alteraram o RGICSF, dotando-o de uma ainda maior conformidade com o novo regime de resolução europeu.

Foi assim de acordo com uma legislação nacional inspirada nas novas regras europeias que o BdP decidiu aplicar ao BES uma medida de resolução. Nesse seguimento, procedeu-se a uma separação entre os "activos problemáticos (…) por cujas perdas respondem os accionistas e os credores subordinados do Banco Espírito

---

([68]) Regulamentado pela Portaria n.º 420/2012, de 21 de Dezembro.

([69]) Sendo que a este nível não se poderá deixar de fazer referência ao facto de as medidas de resolução relativas à criação de um Instrumento de Segregação de Activos e à efectivação de um Mecanismo de Recapitalização Interna, ainda que previstas no enquadramento do MUR, não constarem do RGICSF por força das alterações efectuadas pelo Decreto-Lei n.º 31-A/2012.

([70]) Tendo sido concluída a transposição de tal Directiva através da posterior aprovação da Lei n.º 23-A/2015, de 26 de Março.

Santo, S.A. e os restantes activos e passivos, que são integrados no Novo Banco, um banco devidamente capitalizado e que assegura a plena continuidade da actividade da instituição, sem impactos para os seus clientes, colaboradores ou fornecedores"([71]). Esta separação foi construída de forma a não implicar custos para os contribuintes, na medida em que o capital social do Novo Banco, no valor de 4.9 mil milhões de euros, foi integralmente subscrito pelo Fundo de Resolução([72]). Porém, no momento da resolução, foi necessária a mobilização de dinheiros públicos para a capitalização do Novo Banco, pois tendo o Fundo de Resolução existente em Portugal sido criado apenas em 2012, não estava "ainda dotado de recursos financeiros em montante suficiente para financiar a medida de resolução aplicada, e assim sendo o Fundo contraiu um empréstimo junto do Estado Português (…) temporário e substituível por empréstimos de instituições de crédito"([73]).

O BdP utilizou os poderes que estavam ao seu dispor ao abrigo do art. 145.º-G do RGICSF de modo a criar um banco de transição, para onde transferiu parte da actividade do BES de acordo com a medida de resolução prevista no art. 145.º-C, n.º 1, alínea *b*) do RGICSF([74]). Esse banco de transição, denominado Novo Banco, viu o seu capital social ser integralmente detido pelo Fundo de Resolução português, sendo este o responsável por realizar os fundos dessa instituição, nos termos dos n.os 3 e 4 do art. 145.º-G do RGICSF.

Quanto ao BES, perante a sua situação de debilidade no mercado e posterior transferência de parte significativa do seu património e actividade para o Novo Banco, o BdP decidiu-se pela aplicação de três medidas: a "proibição de concessão de crédito e de aplicação de fundos em quaisquer espécies de activos, excepto na

---

([71]) Comunicado do Banco de Portugal sobre a aplicação de medida de resolução ao Banco Espírito Santo, S.A.

([72]) Comunicado do Banco de Portugal sobre a aplicação de medida de resolução ao Banco Espírito Santo, S.A.

([73]) Comunicado do Banco de Portugal sobre a aplicação de medida de resolução ao Banco Espírito Santo, S.A.

([74]) Deliberação do Conselho de Administração de 3 de Agosto de 2014 sobre a aplicação de uma medida de resolução ao Banco Espírito Santo, S.A.

medida em que esta aplicação de fundos se revele necessária para a preservação e valoração do seu activo", nos termos do art. 141.º, n.º 1, alíneas *e*) e *f*) do RGICSF; a "proibição de recepção de depósitos", nos termos do art. 141.º, n.º 1, alínea *f*) do RGICSF; e a "dispensa, pelo prazo de um ano, da observância das normas prudenciais aplicáveis e do cumprimento pontual de obrigações anteriormente contraídas, excepto se esse cumprimento se revelar indispensável para a preservação e valorização do seu activo, caso em que o Banco de Portugal pode autorizar as operações necessárias"([75]), nos termos das alíneas *a*) e *b*) do n.º 1 do art. 145.º-J do RGICSF.

Em termos sintéticos, e fazendo uma utilização conjugada de medidas de resolução e de medidas de intervenção correctiva dirigidas ao BES, que conduziram à criação do Novo Banco, assistiu-se a uma verdadeira separação da actividade da instituição intervencionada em duas entidades: um *banco bom* e um *banco mau*.

Nesta intervenção foi notória a preocupação do BdP em dar seguimento a dois dos princípios estabelecidos nas novas regras europeias: a protecção dos contribuintes e dos depositantes, e a imputação das perdas aos accionistas e credores das instituições-alvo de medidas de resolução([76]). Neste caso, a protecção dos depositantes foi mesmo elevada a um nível superior ao que é previsto pela Directiva RRB: não só foram salvaguardados os depositantes cobertos, como também não tiveram de responder pela resolução os depositantes que viam os valores por si confiados ao BES

([75]) Deliberação do Conselho de Administração do Banco de Portugal, sobre dispensa temporária do Banco Espírito Santo, S.A., da observância de normas prudenciais e do cumprimento pontual de obrigações anteriormente contraídas, Reunião Extraordinária do Conselho de Administração do Banco de Portugal, 11 de Agosto de 2014.

([76]) É verdade que o poder concedido às Autoridades de Resolução de dividirem bancos falidos em partes boas e más pode ter suscitado preocupação junto dos bancos e dos investidores; porém, quando um banco está a falhar, é do interesse comum a sua resolução de forma rápida e eficaz. Essa maior capacidade de acção pública no sentido de evitar a propagação de ondas de choque no sistema bancário, conjugada com a garantia de que nenhum credor poderá feita em pior situação em virtude de tal divisão do que teria ficado num cenário de insolvência, pode ajudar a tranquilizar os agentes económicos ao invés de minar a sua confiança, cf. John Gieve, *Rebuilding Confidence in the Financial System*, *In Economic & Financial Review*, Volume 16, n. 1, pp. 25-36, 2009, p. 35.

excederem a marca dos 100 mil euros. A importância dada a esta protecção máxima dos depositantes(77) resultou não só do próprio figurino da medida de resolução aplicada pelo BdP, como também do teor dos diversos comunicados que foram lançados no período que mediou entre o surgimento de problemas na instituição intervencionada e a aplicação de tais medidas. Paralelamente, enquanto todos os depositantes viram os seus depósitos serem transferidos para o *banco bom* — o Novo Banco —, os accionistas e os credores subordinados do BES continuaram ligados a essa instituição, agora convertida em *banco mau* e impedida de manter as suas actividades bancárias, cabendo-lhes suportar "as perdas relacionadas com os activos problemáticos" de modo a garantir que tal operação não envolvesse "custos para o erário público"(78). Também esta medida foi de encontro aos princípios e regras estabelecidos no sentido de que as perdas resultantes da insolvência de um banco se devem manter na esfera privada, aumentando a *accountability* dos accionistas e credores da instituição e protegendo os contribuintes e as contas públicas. Porém, refira-se que essa decisão do BdP não assumiu um carácter pacífico e consensual, na medida em que tem vindo a ser contestada, inclusivamente em sede judicial, por parte de alguns desses investidores(79).

Por outro lado, e relativamente à capitalização do Novo Banco por parte do Fundo de Resolução, é de frisar que essa medida foi de encontro ao princípio de protecção dos contribuintes

---

(77) Que em última análise, se fundou numa tentativa de manter tanto quanto possível a estabilidade da confiança do mercado, evitando uma *corrida aos bancos* que agravasse ainda mais a já débil situação do BES.

(78) Comunicado do Banco de Portugal sobre a aplicação de medida de resolução ao Banco Espírito Santo, S.A.

(79) Tendo sido judicialmente pedida a declaração de nulidade da medida de resolução aplicada pelo BdP, com base na argumentação de que tal decisão violaria o direito de propriedade dos investidores previsto no art. 62.º da Constituição da República Portuguesa e no art. 17.º da Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia, bem como que a falta de pagamento de uma contrapartida em virtude da transmissão de património do BES para o Novo Banco violaria ainda o n.º 4, alínea *e*) e o n.º 11, alínea *b*) do art. 36.º e o n.os 6 e 7 do art. 42.º da Directiva RRB, cf. informação disponibilizada em <http://www.associacaodeinvestidores.com/index.php/comunicados/comunicados-publicos/320-lesados-bes-desenvolvimento-001-desenvolvimento-sobre-as-accoes-a-correr-termos-em-tribunal-001> [site consultado no dia 20 de Janeiro de 2015].

e das finanças públicas previsto na Directiva RRB. Porém, o Fundo de Resolução não dispunha à data dos fundos necessários para fazer face aos elevados custos dessa intervenção, pois as contribuições prestadas pelo sistema financeiro até ao momento apenas perfaziam um valor de 367 milhões de euros. Assim, no projecto inicial da medida, a esse valor seriam somados 133 milhões de euros resultantes de contribuições extraordinárias a prestar pelo sistema financeiro, bem como a fatia de leão de 4.4 milhões de euros oriunda de um empréstimo efectuado pelo Estado Português com recurso ao remanescente do montante financiado pela *Troika* e destinado à recapitalização dos bancos nacionais. Porém, num volte-face, as instituições financeiras acordaram na substituição da contribuição extraordinária por um empréstimo realizado a favor do Fundo de Resolução no valor de 700 milhões de euros, numa capitalização total do fundo de aproximadamente 1.000 milhões de euros. Esta solução permitiu reduzir o financiamento público destinado ao Fundo de Resolução de 4.4 para 3.9 milhões de euros, numa tentativa de criar condições para que o Novo Banco fosse alienado no mais curto espaço de tempo possível de modo a maximizar a recuperação dos capitais investidos na operação.

Sendo verdade que se verificou um recurso a um elevado montante de dinheiros públicos, na teoria esse investimento não configurou nenhuma nacionalização ou entrada directa no capital do Novo Banco por parte do Estado. Pelo contrário, a capitalização do Novo Banco foi feita pelo Fundo de Resolução, pelo que o Estado através do financiamento supra citado apenas se tornou credor do Fundo. Assim, as autoridades portuguesas tentaram salvaguardar os contribuintes ao evitarem criar uma ligação umbilical entre o sucesso futuro do Novo Banco e eventuais custos a suportar pelos contribuintes, com base no pressuposto de que os montantes investidos viriam a ser ressarcidos pelo Fundo de Resolução — quer através de eventuais mais-valias realizadas com a alienação da totalidade ou de parte do Novo Banco, ou no limite através do valor das contribuições que continuarão periodicamente a ser pagas por parte das instituições financeiras a operar em Portugal.

Importa, porém, tecer já algumas considerações quanto ao processo de venda do Novo Banco, não obstante o carácter recente

dessa operação. O primeiro processo de alienação do banco, lançado ainda no ano de 2014, foi concluído sem resultados práticos em Setembro de 2015([80]). Já o segundo processo destinado a essa venda foi concluído em 2017, sendo que, de acordo com as informações já divulgadas pelo BdP([81]) e pelo Fundo de Resolução([82]), o fundo *Lone Star* adquiriu 75% do capital do Novo Banco mediante a prestação de contrapartidas financeiras no valor global de mil milhões de euros, sob a forma de injecções de capital: 750 milhões de euros com a conclusão da operação, e 250 milhões de euros até ao final de 2017.

Quanto aos restantes 25% de capital do Novo Banco, estes continuam na esfera do Fundo de Resolução, que assumirá as responsabilidades decorrentes da sua participação. Mas a venda previu também um mecanismo de capitalização contingente, para o caso de o banco vir a revelar necessidades de capitalização adicionais decorrentes de perdas com alguns activos problemáticos, nos termos do qual o Fundo de Resolução pode ser chamado a injectar até 3.890 milhões de euros. Em simultâneo, o Fundo de Resolução assumiu também o compromisso de subscrever instrumentos de capital de *Core Tier 2* cuja emissão não seja integralmente absorvida pelo mercado([83]).

Para além destas garantias concedidas pelo Fundo de Resolução, o acordo de venda engloba ainda a possibilidade de o Estado português vir a conceder apoio de capital ao Novo Banco caso essa necessidade ocorra em virtude de circunstâncias adversas de mer-

---

([80]) No dia 15 de Setembro de 2015, o BdP decidiu concluir o processo de alienação do Novo Banco, sem aceitar as propostas de nenhum dos candidatos, por considerar que nenhuma "apresentava condições adequadas em matéria de preço e de risco para o Fundo de Resolução", manifestando ainda a intenção de relançar o processo de venda a breve trecho. Comunicado do Banco de Portugal sobre o processo de venda do Novo Banco, 15 de Setembro de 2015.

([81]) Comunicado do Banco de Portugal sobre a conclusão da venda do Novo Banco, 18 de Outubro de 2017.

([82]) Comunicado do Fundo de Resolução sobre a conclusão da venda do Novo Banco, S.A., 18 de Outubro de 2017.

([83]) *European Commission — Press release — State aid: Commission approves Portuguese restructuring plan and support for sale of Novo Banco, completing 2014 resolution of Banco Espírito Santo*, 11 de Outubro de 2017.

cado. Essa hipótese foi aceite pela Comissão Europeia à luz das regras sobre auxílios de Estado([84]), no seguimento da conclusão de que os accionistas e os credores subordinados tinham já sido chamados a suportar parte dos custos da resolução.

Quanto ao empréstimo inicialmente concedido pelo Estado ao Fundo de Resolução, de acordo com as informações disponibilizadas foram efectuados até ao mês de Março de 2017 pagamentos no valor de 270 milhões de euros a favor do Estado, o que deixa ainda o grosso das amortizações e do pagamento de juros por realizar. Reconhecendo-se essa realidade, foi já prorrogado o prazo de vencimento do empréstimo concedido pelo Estado ao Fundo de Resolução para o mês de Dezembro de 2046, com o intuito de ser assegurada a sustentabilidade e o equilíbrio financeiro do Fundo([85]).

Considerando esse cenário, e tendo em conta a hipótese de o Fundo de Resolução poder ter de vir a reforçar o capital do Novo Banco nos termos do acordo de venda, foi aprovada no dia 2 de Outubro de 2017 a Resolução do Conselho de Ministros n.º 151-A/2017. Essa resolução prevê que venha a ser celebrado um acordo-quadro entre o Estado português e o Fundo de Resolução, com vista a que o Fundo possa dispor dos recursos financeiros necessários à satisfação das obrigações contratuais por si assumidas, podendo ter por base a concessão de empréstimos ou de garantias públicas, nos termos do art. 153.º-J do RGICSF.

Face a tudo quanto foi analisado, é possível afirmar de forma sustentada que as medidas de resolução aplicadas pelo BdP no caso BES respeitaram as previsões constantes do RGICSF, bem como que tais regras coincidiam já de um modo geral com os desenvolvimentos europeus que têm vindo a ser realizados em torno da construção da União Bancária e do MUR. Tem assim forçosamente de se concluir que a acção das autoridades portuguesas em tal caso se pautou de acordo com as novas regras e princípios europeus aplicáveis à resolução de instituições bancárias.

([84]) *European Commission — Press release — State aid: Commission approves Portuguese restructuring plan and support for sale of Novo Banco, completing 2014 resolution of Banco Espírito Santo.*

([85]) Novas condições dos empréstimos do Fundo de Resolução, 21 de Março de 2017.

4. Desafios decorrentes das novas regras de resolução

Considerando que as medidas aplicadas pelo BdP na resolução do BES se conciliam com o regime do MUR, essa intervenção assumiu-se como o primeiro teste de fogo a que as novas regras europeias de resolução bancária foram submetidas desde a sua aprovação. É assim possível efectuar uma primeira análise dos desafios que se colocam perante o MUR, considerando que o caso BES ilustra já dificuldades ao nível da plena efectivação dos princípios e mecanismos contidos nesse regime.

Antes da resolução do BES, tinham já sido apontadas ao MUR — de acordo com a construção que lhe foi dada pela Directiva RRB antes da plena efectivação do Regulamento MUR — dificuldades resultantes do facto do seu enquadramento combinar "simultaneamente desafios de curto e de longo prazo: em poucas palavras, resolver a actual crise bancária (…) no curto prazo; e construir um quadro político bancário da UE sustentável, ou união bancária, a longo prazo"([86]). O caso BES veio concretizar esta difícil articulação entre efeitos de curto e de longo prazo, que se podem confirmar em dois exemplos.

Em primeiro lugar, foi alvo de crítica o facto de a competência centralizada atribuída ao BCE ao nível da supervisão não ter sido numa primeira fase estendida ao domínio da aplicação das medidas de recuperação e resolução de instituições bancárias, onde até à entrada em vigor do Regulamento MUR e do CUR as Autoridades de Resolução nacionais desempenham um papel chave. Apontou-se que "um sistema no qual a supervisão é centralizada, mas a resolução não é, pode prejudicar a eficácia e a credibilidade do supervisor. Enquanto o novo MUS poderia, em princípio, forçar

---

([86]) Considerando-se ainda que "a combinação de objectivos de curto e longo prazo é tanto inevitável como extremamente difícil num contexto de crise financeira sistémica. Demasiado foco nos desafios de curto prazo pode lançar as sementes de disrupções futuras. Por outro lado, o foco excessivo sobre os desafios de longo prazo acarreta o risco de poder ser ignorada a urgência da situação presente, e o habitual alto custo resultante do adiamento de acções decisivas", cf. Nicolas Véron, Guntram B. Wolff, *From,* p. 5.

uma resolução pela retirada de uma licença bancária, as autoridades nacionais de resolução podem recusar-se a agir"([87]). De outro prisma, as mesmas regras harmonizadas podem conduzir a acções substancialmente diversas por parte de diferentes Autoridades de Resolução nacionais: por exemplo, "elas podem distribuir perdas entre os credores e os contribuintes de forma diferente"([88]).

No caso BES, apenas no futuro se virá a revelar de forma clara se tais tensões se levantaram na relação entre o BCE e o BdP, o que pode perfeitamente ter ocorrido no seguimento da decisão do BCE acerca da obrigação de o BES reembolsar o seu crédito junto do Eurosistema. De facto, essa decisão acabou por forçar as autoridades portuguesas a procederem à resolução da instituição, numa intervenção possivelmente diferente daquela que seria inicialmente pretendida, cenário esse que se gerido de outra forma poderia ter originado graves tensões no desbloquear da situação. Em suma, este exemplo parece confirmar a tese de que "que um sistema de supervisão europeia e de resolução nacional não é de «incentivo compatível»"([89]).

Em segundo lugar, a solução transitória prevista pela Directiva RRB no sentido de que a aplicação dos mecanismos aí previstos deve ser custeada pelos Fundos de Resolução nacionais pode ver a sua eficácia comprometida por factores de curto prazo, considerando que o tempo necessário para a sua devida capitalização coloca em risco a sua capacidade de resposta para crises que possam surgir a breve trecho. Essa situação pode acarretar duas consequências nefastas: por um lado, *fintar* a lógica da protecção dos contribuintes e das finanças públicas; por outro lado, minar *ab initio* a credibilidade depositada nos recém-criados Fundos de Resolução. Sendo a confiança um dos activos mais preciosos do mercado bancário, um mecanismo destinado a intervir em cenários de crise não pode estar desprovido da base de capital necessária, sob

---

([87]) Nicolas Véron, Guntram B. Wolff, *From*, p. 11.

([88]) Jean Pisani-Ferry, Guntram B. Wolff, *The Fiscal Implications of a Banking Union*, Bruegel Policy Brief, n. 2, 2012, p. 6.

([89]) Dirk Schoenmaker, *Banking Union: Where We're Going Wrong*, *In Banking Union for Europe: Risks and Challenges*, Centre for Economic Policy Research, 2012, p. 100.

pena de ver a sua eficácia comprometida. Vários autores já salientaram a esse respeito que "dada a sensibilidade das questões bancárias, concretamente quanto às questões de confiança, de reputação e de expectativas, todos os novos mecanismos devem ser totalmente eficazes desde o primeiro dia de entrada em actividade"([90]). Indo mais longe, essa situação iria de encontro às perspectivas de que "uma união bancária parcial não é melhor do que nenhuma união bancária de todo, sendo até possivelmente pior"([91]). De facto, a demonstração da ineficácia de mecanismos de financiamento recém criados pode reforçar a ideia de que "existem sempre situações em que a resolução da crise sistémica exige um amplo acesso aos recursos públicos"([92]).

No caso BES, o Fundo de Resolução português teve de financiar uma intervenção na ordem dos 4.9 mil milhões de euros num momento em que tinha apenas uma capitalização de 367 milhões de euros, a que acresceu um empréstimo financiado pelas instituições bancárias no valor de 700 milhões de euros. Efectivou-se assim a necessidade de o Fundo de Resolução encontrar vias de financiamento alternativas que desbloqueassem o valor remanescente de cerca de 3.9 mil milhões de euros. Ou seja, se no longo prazo é possível que se possam vir a encarar os Fundos de Resolução([93]) como mecanismos totalmente habilitados a conter os custos resultantes de intervenções no sector bancário, essa hipótese é discutível no que respeita ao curto prazo. Na prática, e através do recebimento das contribuições periódicas que lhes são devidas, esses fundos não conseguem reunir capitais suficientes para enfrentarem por si sós uma crise como a do BES no curto prazo — ou, no caso do FUR, várias crises semelhantes ocorridas ao mesmo tempo em diversos EM. Além disso, também não parece viável a solução de exigir com carácter de urgência contribuições extraordi-

---

([90]) Nicolas Véron, Guntram B. Wolff, *From*, p. 8.

([91]) Charles Wyplosz, *Banking Union as a Crisis-Management Tool, In Banking Union for Europe: Risks and Challenges*, Centre for Economic Policy Research, pp. 19-23, 2012, p. 22.

([92]) Nicolas Véron, Guntram B. Wolff, *From*, p. 7.

([93]) Bem como o FUR, num cenário de plena efectivação do Regulamento MUR.

nárias na ordem dos vários milhões de euros aos restantes bancos do sistema.

Tem assim de se concluir que transitoriamente, até ao momento em que estes fundos se encontrem devidamente capitalizados, a excepção será de certa forma convertida em regra: terão de ser encontradas vias de financiamento que vão para além das contribuições do sistema financeiro. O caso BES parece indicar que essas vias alternativas irão necessariamente conduzir ao financiamento público, não enquanto recapitalização directa, concessão de uma garantia ou nacionalização, mas sim sob a forma de empréstimos ao Fundo de Resolução. Consequentemente, ficou aberta a porta para que, na fase transitória de capitalização dos Fundos de Resolução nacionais, bem como do FUR, as medidas de resolução continuem a ser aplicadas com recurso a dinheiros públicos, colocando assim em risco os contribuintes.

É verdade que esses riscos se encontram mais mitigados quando comparados aos riscos verificados em financiamentos públicos *directos* à banca. No novo cenário, o retorno do investimento público deixa de estar integralmente ligado aos resultados futuros que venham a ser apresentados por parte das instituições intervencionadas. Mas levanta-se uma dificuldade: no caso BES, após a conclusão da aplicação das medidas de resolução, o Fundo de Resolução carece ainda de uma capitalização na ordem de milhares de milhões de euros para se encontrar em condições de saldar integralmente o empréstimo público que lhe foi concedido. E isto excluindo necessidades futuras de capital que possam decorrer do mecanismo de capitalização contingente que foi acordado no âmbito da venda do Novo Banco. Fica assim por responder à seguinte questão: quem responderá pelo pagamento de tais valores?

À partida, essa responsabilidade teria de recair sobre o Fundo de Resolução, e consequentemente, sobre todas as instituições financeiras contribuintes. Porém, nessa hipótese, levanta-se um problema de difícil resolução: as contribuições prestadas pelas instituições financeiras a favor do Fundo de Resolução deixariam de estar destinadas, na prática, ao financiamento da futura aplicação de medidas de resolução, para terem por verdadeiro objectivo a

amortização de um empréstimo concedido pelo Estado no âmbito de uma resolução já ocorrida(94). Caso antecipadamente ao total reembolso de tal empréstimo o Fundo de Resolução tenha de assumir as responsabilidades previstas no mecanismo de capitalização contingente do Novo Banco ou seja chamado a fazer face a um novo cenário de crise — muito provavelmente, através de um novo financiamento público, no âmbito do acordo-quadro previsto pela Resolução do Conselho de Ministros n.º 151-A/2017 — a dependência financeira do Fundo face ao financiamento público terá todas as condições para se tornar crónica e de difícil inversão(95).

Esta problemática pode ser vista por duas ópticas distintas. Por um lado, caso o Estado exerça até às últimas consequências as suas prerrogativas de credor do Fundo de Resolução, pode criar uma pressão negativa junto dos restantes bancos do sistema(96), fragilizando a sua posição no mercado e criando riscos de disrupções futuras, nas quais as autoridades públicas teriam novamente de intervir. Por outro lado, caso os decisores públicos se decidam no sentido de o Estado assumir directamente a responsabilidade pelo financiamento — cenário cuja porta já foi aberta pela previsão da possível injecção de capitais no Novo Banco pelo Estado Português —, os encargos com a resolução passarão uma vez mais da esfera privada para a esfera pública.

---

(94) Esse cenário pode originar reacções controversas da parte dos bancos responsáveis pelo pagamento de tais contribuições, algo que já se verificou no caso do Banco Comercial Português, que anunciou ter apresentado uma acção judicial administrativa dirigida à apreciação da legalidade das obrigações para si decorrentes do mecanismo de capitalização contingente acordado pelo Fundo de Resolução no âmbito da venda do Novo Banco, cf. Comunicado — Banco Comercial Português, S.A. informa sobre acção administrativa, 1 de Setembro de 2017.

(95) Nesses cenários, dar-se-ia início a um ciclo vicioso conducente ao aumento constante da dívida existente do Fundo de Resolução perante o Estado, até alcançar um limite em que o seu pagamento se afigurasse como inexequível — cenário no qual, uma vez mais, seriam os contribuintes a *pagar a factura* da crise.

(96) Algo que tem foi registado na sequência da resolução do BES, sendo que os retrocessos nas negociações de alienação do Novo Banco colocaram pressão do lado do Fundo de Resolução, o que se traduziu em perdas para os bancos que nele participam, cfr. informação disponibilizada em <http://www.jornaldenegocios.pt/mercados/detalhe/bcp_e_bpi_perdem_mais_de_900_milhoes_de_euros_desde_fim_das_negociacoes_com_a_anbang.html> [site consultado no dia 29 de Setembro de 2015].

Essa pressão que incide sobre os Fundos de Resolução nacionais — e que pode também incidir sobre o FUR — é notória no caso BES, quando analisados os recursos financeiros mobilizados aquando da intervenção e os resultados do processo de alienação do Novo Banco. Note-se que a contrapartida financeira prestada pela entidade compradora do Novo Banco é 3.9 mil milhões de euros inferior ao valor inicial que foi mobilizado pelo Fundo de Resolução para a intervenção no BES. Mais, o valor da intervenção do Fundo de Resolução no Novo Banco poderá continuar a aumentar em virtude da manutenção da sua participação e também por força dos compromissos assumidos ao nível de futuras subscrições e injecções de capital.

Concretizam-se deste modo os desafios que foram já enunciados no presente estudo: não tendo a venda do Novo Banco conduzido à realização de mais valias que pudessem contribuir para a amortização do empréstimo concedido pelo Estado, o Fundo de Resolução continuará a ter de efectivar os pagamentos daí decorrentes a partir das contribuições oriundas do sistema bancário português. Este cenário poderá fragilizar a capacidade de resposta do Fundo de Resolução face a futuras crises, podendo também, em última análise, levar a que o Estado Português seja chamado a assumir pelo menos parte dos custos das medidas de resolução aplicadas.

Deste processo de venda retiram-se dificuldades e fragilidades que devem estar presentes no processo de tomada de decisão das autoridades de resolução e dos decisores públicos ao nível da futura aplicação de medidas de resolução e da concessão de recursos públicos para o seu financiamento. Dificuldades ao nível da concretização da própria operação de venda, que apenas foi concluída no segundo procedimento aberto para o efeito; e fragilidades resultantes do défice das contrapartidas financeiras obtidas com a venda quando comparadas com os montantes que foram mobilizados no momento da resolução, e com os que podem ainda vir a ser injectados no Novo Banco.

A imputação dos custos da aplicação de medidas de resolução ao sector bancário e a protecção dos contribuintes não fica assim assegurada por si só a partir da intervenção dos Fundos de Resolu-

ção, pois nos casos em que se verifique o recurso a mecanismos de financiamento público o sucesso da intervenção estará dependente de variáveis como as mais valias obtidas nos processos de alienação. Especificamente no caso BES, é já pertinente questionar se mesmo com a aplicação das novas regras europeias não se chegará uma vez mais aos resultados das intervenções anteriores a tal regime, em que invariavelmente os custos se repercutiram em grande medida nas contas públicas.

Daqui decorre que a curto, e mesmo a mesmo a médio prazo, pode ser discutível a capacidade dos Fundos para cumprirem com os seus compromissos. Como tal, e mesmo que se possa afirmar que perante o novo regime é conferida uma maior protecção aos contribuintes e ao dinheiro público em cenários de crise bancária, não se pode afirmar os riscos não existem([97]), especialmente na fase de transição que mediar entre a criação dos Fundos de Resolução, a sua devida capitalização, e a plena operacionalização e capitalização do FUR. Aliás, o próprio legislador europeu previu na Directiva RRB que estes fundos podem recorrer a fontes de financiamento alternativas às contribuições do sistema financeiro quando estas não sejam suficientes para fazer face aos encargos de resolução; no entanto, não previu nem criou mecanismos que possam proteger as finanças públicas dos EM nesses cenários([98]).

([97]) Na medida em que "um regime de resolução de bancos não deve ser visto como uma bala mágica que pode por si só pôr fim ao risco moral e ao risco sistémico. Há casos de resoluções bastante eficazes de uma crise bancária sistêmica sem a prévia existência de um regime de resolução (…). Por outro lado, um país pode introduzir um regime especial de resolução na sua legislação, mas acabar por não conseguir usá-lo quando necessário, ou usá-lo de uma forma que não evite o contágio sistémico. Mesmo com processos bem desenhados para impor perdas aos credores, um regime de resolução não pode garantir que a utilização de dinheiro público nunca venha a ser necessária, especialmente em cenários de crise muito grave", cf. NICOLAS VÉRON, GUNTRAM B. WOLFF, *From*, p. 3.

([98]) A título meramente exemplificativo, e perante os novos mecanismos europeus, poderia ter sido adoptada uma solução transitória destinada a conferir maior protecção aos contribuintes, que poderia passar por uma combinação de soluções entre o MUR e o Mecanismo Europeu de Estabilidade (MEE): não podendo o MEE financiar directamente bancos em dificuldades até ao efectivo estabelecimento do MUS, poderia ter sido criado um mecanismo transitório que possibilitasse que aquele mecanismo financiasse não só os próprios EM, como também os seus Fundos de Resolução, na medida em que o seu capital o permitiria fazer na maioria dos cenários previsíveis. Perante tal alteração, dois

Sintetizando os dois problemas extraídos do caso BES que já foram analisados, é possível seguir a afirmação de que um dos principais desafios do MUR "é como combinar a persistente relevância de estruturas nacionais de decisão e de financiamento de resolução, com a necessidade de tomada de decisão rápida e eficaz numa base que abrangesse todo o sistema"([99]). Essa combinação terá de ser equilibrada num contexto de disputa entre diferentes cenários de curto e de longo prazo, e sob o espectro das crises financeiras que têm afectado a Europa nos últimos anos.

Um último desafio que pode ser identificado é a dicotomia que se apresenta perante as autoridades de resolução ao aplicarem medidas de resolução, e que consiste na necessidade de conciliar o princípio de que os accionistas e os credores devem suportar parte adequada das perdas com o princípio da proporcionalidade que deve enquadrar essa solução. Na verdade, aqueles investidores não podem ser forçados a suportar custos superiores aos que resultariam de um cenário de liquidação ao abrigo de um processo normal de insolvência([100]). Nesse sentido, e face aos abrangentes poderes que foram concedidos às Autoridades de Resolução e ao CUR, alguns autores chegaram ao ponto de afirmar que "não é exagero descrever os poderes de uma autoridade de resolução como sendo «quase ditatoriais»"([101]), ao abrigo dos quais pode ocorrer uma

---

problemas seriam resolvidos: por um lado, seria garantida em qualquer eventual cenário a devida capitalização dos Fundos de Resolução para cumprirem as suas atribuições; por outro lado, seria conferida uma maior protecção aos contribuintes e às finanças públicas dos EM.

([99]) Nicolas Véron, Guntram B. Wolff, *From*, p. 12.

([100]) Conforme decorre do considerando 49 da Directiva RRB, e no contexto dos fundamentos invocados pelos accionistas do BES no seu pedido de declaração de nulidade da medida de resolução aplicada, veja-se que será lícita a restrição dos direitos daqueles investidores quando for "prevista por lei e respeitar o conteúdo essencial desses direitos e liberdades", além de que "na observância do princípio da proporcionalidade, essas restrições só podem ser introduzidas se forem necessárias e corresponderem efectivamente a objectivos de interesse geral reconhecidos pela União, ou à necessidade de protecção dos direitos e liberdades de terceiros", nos termos do n.º 1 do art. 52.º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia.

([101]) Ellís Ferran, *European Banking Union: Imperfect, But It Can Work*, University of Cambridge Faculty of Law Legal Studies Research Paper Series, Paper n.º 30/ /2014, 2014, p. 13.

"troca entre a protecção dos credores e proteção do sistema"([102]). Conforme se analisou, estas tensões efectivamente surgiram no caso BES, em que diversos investidores suscitaram a apreciação judicial da alegada violação dos seus direitos em virtude das medidas de resolução aplicadas pelo BdP. Isso mesmo é desde logo possibilitado pela letra do art. 145.º-AR do RGICSF, que estabelece que as decisões do BdP que apliquem medidas de resolução se encontram sujeitas aos meios processuais de contencioso administrativo. De facto, a aplicação das medidas de resolução assume um cariz administrativo e não judicial, onde ao invés de um juiz é chamada a intervir a autoridade de resolução competente. Esta situação pode aumentar a "necessidade de apreciação judicial" das decisões tomadas, pelo que, como uma questão de princípio, "tanto os credores como os accionistas prejudicados, bem como o próprio banco precisam de ter o direito de contestar as decisões das autoridades de resolução"([103]).

Consequentemente, e independentemente do que venha a ser decidido em sede judicial, resulta já do caso BES a necessidade de as autoridades responsáveis pela aplicação de medidas de resolução terem sempre presente a necessidade de imputarem perdas aos accionistas e credores de uma forma proporcional. Caso contrário, a disputa judicial de decisões potencialmente violadoras desse duplo princípio pode acabar por conduzir à alteração dos efeitos produzidos pelas medidas de resolução aplicadas, algo que além de lesar objectivamente os credores e accionistas dos bancos objecto de resolução, poderá em última análise causar maior instabilidade a todo o sistema, o que seria profundamente contrário aos objectivos prosseguidos pela intervenção.

([102]) Christoph Thole, *Bank Crisis Management and Resolution — Core features of the Bank Recovery and Resolution Directive*, 2014, p. 18.

([103]) Christoph Thole, *Bank*, p. 17.

5. Conclusão

No contexto do reforço dos mecanismos de resposta ao nível europeu face aos perigos que a crise financeira internacional colocou perante as instituições bancárias, a UE centrou os seus esforços na criação de uma União Bancária que pudesse responder de forma eficaz a tais desafios, sendo um dos seus pilares a criação do MUR.

Conforme resulta da análise desenvolvida no presente artigo, a partir da comparação entre o regime da Directiva RRB e do Regulamento MUR com o enquadramento legal existente em Portugal à data do caso BES, é possível afirmar que os mecanismos de resolução que foram aplicados a esse banco pela Autoridade de Resolução portuguesa correspondem de um modo geral às regras que foram implementadas ao nível europeu. Tem assim de se concluir não só que as medidas de resolução aplicadas ao BES respeitaram as previsões da lei portuguesa, como que o espírito e o figurino dessas medidas se reconduziram aos princípios e objectivos a partir dos quais a UE procedeu à construção do MUR.

Podendo o caso BES ser considerado um exemplo paradigmático das regras do MUR, foram a partir da sua análise identificados desafios que no futuro se poderão colocar de forma mais ou menos evidente perante o novo paradigma europeu de intervenção em cenários de crise bancária. Na verdade, a principal dúvida é a de saber como irão ser compatibilizados os seus objectivos de curto e de longo prazo, tanto ao nível do funcionamento e financiamento dos Fundos de Resolução e do FUR, como do desenrolar de cenários de resolução cujas competências de decisão serão da responsabilidade de Autoridades de Resolução nacionais enquanto as competências de supervisão estarão centradas no BCE. Além disso, outro desafio que se coloca perante uma aplicação plenamente eficaz desse regime é o de saber como serão ultrapassadas na prática as dificuldades resultantes da necessidade de terem de ser imputadas perdas aos accionistas e credores dos bancos intervencionadas, mas de forma limitada por considerações de proporcionalidade, sendo que este duplo princípio pode conduzir a um maior escrutínio da aplicação de medidas de resolução pelas instâncias judiciais, cujas decisões poderão vir a ter impactos significativos ao nível do sistema bancário.

Concluindo, não obstante o facto de a presente análise ter identificado a criação de novas regras de resolução de instituições bancárias ao nível Europeu, as quais se podem vir a traduzir em efeitos positivos em futuros cenários de disrupções financeiras, importa não olvidar os desafios que ainda se colocam no presente e que se colocarão no futuro perante uma aplicação em larga escala de tais mecanismos, desafios esses que podem ser agravados pela possível eclosão de novas crises bancárias de grande alcance sistémico.

6. Referências

Artigos e Monografias

Charles A. E. Goodhart, *Funding Arrangements and Burden Sharing in Banking Resolution*, *In Banking Union For Europe: Risks and Challenges,* Centre for Economic Policy Research, 2012, pp. 103-112, disponível em <http://financial-stability.org/fileadmin/research/studien/2012/VoxEU-CEPR_Banking_Union_10-2012_kl.pdf#page=107>.

Charles Wyplosz, *Banking Union as a Crisis-Management Tool, In Banking Union for Europe: Risks and Challenges*, Centre for Economic Policy Research, pp. 19-23, 2012, disponível em <http://financial-stability.org/fileadmin/research/studien/2012/VoxEU-CEPR_Banking_Union_10-2012_kl.pdf#page=107>.

Christoph Thole, *Bank Crisis Management and Resolution — Core features of the Bank Recovery and Resolution Directive*, 2014, disponível em <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2469807>.

Dirk Schoenmaker, *Banking Supervision and Resolution: the European Dimension*. DSF Policy Paper, n.º 19, Janeiro de 2012, disponível em <http://www.dsf.nl/wp-content/uploads/2014/10/DSF-Policy-Paper-No-19-Banking-Supervision-and-Resolultion-The-European-Dimension-Jan-2012.pdf>.

___, *Banking Union: Where We're Going Wrong*, *In Banking Union for Europe: Risks and Challenges*, Centre for Economic Policy Research, 2012, pp. 97-103, disponível em <http://financial-stability.org/fileadmin/research/studien/2012/VoxEU-CEPR_Banking_Union_10-2012_kl.pdf#page=107>.

Ellís Ferran, *European Banking Union: Imperfect, But It Can Work*, Uni versity of Cambridge Faculty of Law Legal Studies Research Paper Series, Paper n.º 30/2014, 2014, disponível em <http://papers.ssrn.com /sol3/papers.cfm?abstract_id=2426247>.

George S. Zavvos, Stella Kaltsouni, *The Single Resolution Mechanism in the European Banking Union: Legal Foundation, Governance Struc ture and Financing*, 2014, disponível em <http://papers.ssrn.com/sol3/ papers.cfm?abstract_id=2531907>.

Jean Pisani-Ferry, Guntram B. WOLFF, *The Fiscal Implications of a Ban king Union*, Bruegel Policy Brief, n. 2, 2012.

John Gieve, *Rebuilding Confidence in the Financial System*, *In Economic & Financial Review*, Vol. 16, n. 1, 2009, pp. 25-36.

Lee C. Buchheit, Mitu Gulati, *Walking back from Cyprus*, Working Paper, 2013, disponível em <http://scholarship.law.duke.edu/cgi/viewcon tent.cgi?article=5542&context=faculty_scholarship>.

Maria J. Nieto, Gillian G. Garcia, *The Insufficiency of Traditional Safety Nets: What Bank Resolution Fund for Europe?, in* Journal of Financial Regulation and Compliance, Vol. 20, n. 2, 2012, pp. 116-146.

Nicolas Véron, Guntram B. Wolff, *From Supervision to Resolution: Next Steps on the Road to European Banking Union*, Bruegel Policy Contri bution, Issue 2013/2014, 2013, disponível em <http://www.bruegel. org/publications/publication-detail/publication/771-from-supervision-to-resolution-next-steps-on-the-road-to-european-banking-union/>.

Paula Vaz Freire, *Mercado Interno e União Económica e Monetária: Lições de Direito Económico da União Europeia*, AAFDL, 2013.

Rute Saraiva, *Direito dos Mercados Financeiros*, AAFDL, 2013.

Documentos e Relatórios Oficiais

Actividade e Resultados do Grupo Banco Espírito Santo, disponível em <http://www.bes.pt/sitebes/cms.aspx?plg=94e26c98-a2f3-4764-81df-08394bfb3fa7>.

Comissão Europeia, *Technical Details of a Possible EU Framework for Bank Recovery and Resolution*, 2011, disponível em <http://ec.europa.eu/ internal_market/consultations/docs/2011/crisis_management/consulta tion_paper_en.pdf>.

Comissão Europeia, *State aid: Commission approves Portuguese restructu ring plan and support for sale of Novo Banco, completing 2014 resolu tion of Banco Espírito Santo*, 11 de Outubro de 2017, disponível em <http://europa.eu/rapid/press-release_IP-17-3865_en.htm>.

Comunicado — Banco Comercial Português, S.A. informa sobre ação admi nistrativa, 1 de Setembro de 2017, disponível em <https://ind.millen niumbcp.pt/pt/Institucional/investidores/Documents/comunica dos/2017/acao-administrativaPT.pdf>.

Comunicado a propósito da situação financeira do Banco Espírito Santo, S.A., Banco de Portugal, 11 de Julho de 2014, disponível em <https://www.bportugal.pt/pt-PT/OBancoeoEurosistema/Comunica doseNotasdeInformacao/Paginas/combp20140711.aspx>.

Comunicado do Banco de Portugal sobre a aplicação de medida de resolução ao Banco Espírito Santo, S.A., 3 de Agosto de 2014, disponível em <https://www.bportugal.pt/pt-PT/OBancoeoEurosistema/Comunicado seNotasdeInformacao/Paginas/combp20140803.aspx>.

Comunicado do Banco de Portugal sobre a conclusão da venda do Novo Banco, 18 de Outubro de 2017, disponível em <https://www.bportu gal.pt/comunicado/comunicado-do-banco-de-portugal-sobre-conclu sao-da-venda-do-novo-banco>.

Comunicado do Banco de Portugal sobre o processo de venda do Novo Banco, 15 de Setembro de 2015, disponível em <https://www.bportu gal.pt/pt-PT/OBancoeoEurosistema/ComunicadoseNotasdeInforma cao/Paginas/combp20150915.aspx>.

Comunicado do Banco de Portugal sobre o processo de venda do Novo Banco, 31 de Março de 2017, disponível em <https://www.bportu gal.pt/comunicado/comunicado-do-banco-de-portugal-sobre-o-pro cesso-de-venda-do-novo-banco-5>.

Comunicado do Banco de Portugal sobre os resultados divulgados pelo Banco Espírito Santo, S.A., 30 de Julho de 2014, disponível em <http:/ /www.bportugal.pt/pt-pt/obancoeoeurosistema/comunicadosenotas deinformacao/paginas/combp20140730.aspx>.

Comunicado do Fundo de Resolução sobre a conclusão da venda do Novo Banco, S.A., 18 de Outubro de 2017, disponível em <http://www.fun dododeresolucao.pt/pt-PT/ofundo/Documents/AlienacaoNB/20171018 _Comunicado%20do%20Fundo%20de%20Resolu%C3%A7%C3%A3 o%20em%2018%20de%20outubro%20de%202017.pdf>.

Deliberação do Conselho de Administração de 3 de Agosto de 2014 sobre a aplicação de uma medida de resolução ao Banco Espírito Santo, S.A., disponível em <https://www.bportugal.pt/pt-PT/OBancoeoEurosistema/ComunicadoseNotasdeInformacao/Documents/Anexo3_Deliberacao_3ago2014_medida_resolucao.pdf>.

Deliberação do Conselho de Administração do Banco de Portugal, sobre dispensa temporária do Banco Espírito Santo, S.A., da observância de normas prudenciais e do cumprimento pontual de obrigações anteriormente contraídas, Reunião Extraordinária do Conselho de Administração do Banco de Portugal, 11 de Agosto de 2014, disponível em <https://www.bportugal.pt/pt-PT/OBancoeoEurosistema/ComunicadoseNotasdeInformacao/Documents/Anexo2_Delibera%C3%A7%C3%A3o%2011-08-2014%20-%20Restri%C3%A7%C3%A3o%20de%20actividade%20e%20dispensa% 20de%20obriga%C3%A7%C3%B5es%20do%20BES.pdf>.

Financial Stability Board*, Key Attributes of Effective Resolution Regimes for Financial Institutions,* 2011, disponível em <http://www.financialstabilityboard.org/wp-content/uploads/r_111104cc.pdf?page_moved=1>.

Intervenção inicial do Governador Carlos da Silva Costa na Comissão de Orçamento, Finanças e Administração Pública do Banco Espírito Santo, 18 de Julho de 2014, disponível em <https://www.bportugal.pt/pt-PT/OBancoeoEurosistema/IntervencoesPublicas/Paginas/intervpub20140718. aspx>.

Novas condições dos empréstimos do Fundo de Resolução, 21 de Março de 2017, disponível em <http://www.fundoderesolucao.pt/pt-PT/Comunicados/Documents/20170321_Comunicado%20FdR.pdf>.

Legislação Europeia

Directiva 2014/49/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 16 de Abril de 2014, publicada no Jornal Oficial n.º L 173, de 12/06/2014, disponível em <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32014L0049&from=PT>.

Directiva 2014/59/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 15 de Maio de 2014, publicada no Jornal Oficial n.º L 173, de 12/06/2014, disponível em <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32014L0059&from=PT>.

Regulamento UE n.º 1024/2013 do Conselho, de 15 de Outubro de 2013, publicado no Jornal Oficial n.º L 287, de 29/10/2013, disponível em

<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2013:287:0063:0089:PT:PDF>.

Regulamento UE n.º 806/2014 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 15 de Julho de 2014, publicado no Jornal Oficial n.º L 225, de 30/07/2014, disponível em <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=OJ:L:2014:225:FULL&from=PT>.

Legislação Portuguesa

Decreto-Lei n.º 199/2006, de 25 de Outubro, disponível em <http://digestoconvidados.dre.pt/digesto//pdf/LEX/217/204938.PDF´>.

Decreto-Lei n.º 31-A/2012, de 10 de Fevereiro, disponível em <http://www.fgcam.pt/SiteCollectionDocuments/DL%2031_A_2012.pdf>.

Decreto-Lei n.º 114-A/2014, de 1 de Agosto, disponível em <http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=2198&tabela=leis&nversao=>.

Decreto-Lei n.º 114-B/2014, de 4 de Agosto, disponível em <http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=2199&tabela=leis&nversao=>.

Lei n.º 62-A/2008 de 11 de Novembro, disponível em <http://app.parlamento.pt/webutils/docs/doc.pdf?path=6148523063446f764c3246795a5868774d546f334e7a67774c336470626e526c6548527663313968634 84a76646d466b62334d764d6a41774f43394d587a5979583046664d6a41774f4335775a47593d&fich=L_62_A_2008.pdf&Inline=true>.

Lei n.º 1/2014, de 16 de Janeiro, disponível em <https://dre.pt/application/file/570838>.

Lei n.º 23-A/2015, de 26 de Março, disponível em <http://app.parlamento.pt/webutils/docs/doc.pdf?path=6148523063446f764c3246795a5868774d546f334e7a67774c336470626e526c654852766331396863484a76646d466b62334d764d6a41784e53394d587a497a583046664d6a41784e5335775a47593d&fich=L_23_A_2015.pdf&Inline=true>.

Portaria n.º 420/2012, de 21 de Dezembro, disponível em <https://www.bportugal.pt/pt-PT/Legislacaoenormas/Documents/Port420ano2012.pdf>.

Resolução do Conselho de Ministros n.º 151-A/2017, de 2 de Outubro, disponível em <https://dre.pt/web/guest/home/-/dre/108244230/details/maximized>.

O ACEITE DE LETRA ENTRE A NOVAÇÃO E A DAÇÃO EM CUMPRIMENTO: UM PARECER

Por Henrique Sousa Antunes(*)

Sumário:

1. Os factos. **2.** Síntese do problema. **3.** Enquadramento genérico da questão. **4.** A extinção da dívida de B a A por novação. *4.1.* A convenção executiva, em geral. *4.2.* A novação pelo aceite de uma letra. Breve referência histórica. *4.3.* A vontade expressa de novar na relação entre *A* e *B*. *4.3.1.* Introdução. *4.3.2.* O regime geral das declarações negociais (art. 217.º). *4.3.3.* A vontade expressa de novar. *4.3.4.* A vontade expressa de novar na convenção executiva celebrada entre *A* e *B*. **5.** A extinção da dívida de *B* a *A* por dação em cumprimento. **6.** Conclusões.

1. Os factos

I Entre *A* e *B* foi celebrado um contrato de cedência de direitos de espetáculo desportivo;

II *A* cedeu a *B*, em regime de exclusividade, os direitos de transmissão audiovisual — nas suas várias formas de reprodução e difusão — referentes aos jogos que a sua equipa de futebol dispute;

III As partes acordaram que, como contrapartida da cedência dos direitos referidos, *B* pagaria a *A* várias

(*) Professor Associado da Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa (Escola de Lisboa).

quantias correspondentes às diversas épocas desportivas consideradas;

IV Na data da celebração do contrato, e relativamente à época desportiva *X*, *B* entregou a *A* uma letra no valor de cento e cinquenta mil euros, antecipando, parcialmente, o pagamento da primeira prestação, de cento e oitenta mil euros. O credor entregou quitação;

V O pagamento do remanescente daquela primeira prestação foi também antecipado, por transferência bancária;

VI Na sequência de reunião havida entre as partes, *A*, por mensagem eletrónica, solicitou a *B* o pagamento antecipado das demais quantias respeitantes à época desportiva *X*;

VII *A* fundamentou o pedido, quer em grandes dificuldades financeiras, quer na necessidade de a tesouraria reforçar, com urgência, a sua liquidez;

VIII O remetente agradecia, nessa mensagem, a compreensão e a disponibilidade de *B*;

IX Na sequência do pedido de pagamento antecipado, e no mesmo dia da receção da mensagem, *B* enviou a *A* nove letras de câmbio, aceites, no valor e com prazos de vencimento coincidentes com as datas das prestações inicialmente acordadas;

X *B* foi notificada de que «(…) *se considera penhorado o crédito que o executado* A *detém em consequência de Direitos de Transmissão Televisiva de Jogos (...)*»;

XI *B* nada declarou no prazo de dez dias a contar da notificação da penhora do crédito referido, o que, nos termos da lei processual aplicável, determinou a presunção da existência da obrigação;

XII Esse silêncio de *B* foi justificado por um erro administrativo, tendo *B* mais tarde enviado comunicação

ao processo no qual declarava a inexistência do crédito penhorado por integral pagamento do mesmo;

XIII Em razão da falta de declaração de *B* no prazo devido, formou-se título executivo que serviu de base à execução comum que lhe foi movida;

XIV Lê-se no Relatório da Sentença que *B* deduziu embargos à execução *"alegando, no essencial, que à data da notificação para penhora já não existia qualquer crédito do executado* A *sobre* B*, pois a prestação global devida àquele executado (...) havia sido já integralmente paga, como decorrência do cumprimento antecipado da mesma prestação exigido pelo primeiro. Por isso, não obstante não se ter pronunciado quando notificada para penhora de crédito existente a favor de* A, *nada lhe deve (...)"*;

XV Todas as letras foram pagas nas datas de vencimento;

XVI *A* utilizou as letras em descontos bancários à medida das suas necessidades de tesouraria;

XVII No processo de execução comum referido, o Tribunal considerou improcedente a oposição à execução mediante embargos de executado, devendo a execução contra *B* prosseguir em conformidade com o assim julgado;

XVIII É controvertida a existência da relação fundamental;

XIX É relação fundamental ou obrigação causal o pagamento da quantia relativa à cedência de direitos ao espetáculo desportivo;

XX A decisão do Tribunal foi tomada com o enquadramento normativo seguinte: *a*) A *B* compete provar a inexistência da obrigação, em razão do reconhecimento da dívida que a ausência de declaração no prazo contado da notificação da penhora de créditos determina, por força da lei processual civil competente; *b*) A obrigação causal mantém-se por ausência

de uma declaração expressa de novar, constituindo o aceite das letras uma dação em função do cumprimento, nos termos da legislação civil; *c*) A extinção sucessiva da relação fundamental pelo pagamento das letras em data posterior à penhora é inoponível ao exequente (art. 820.º do Código Civil), devendo, pois, *B* realizar novo pagamento, de acordo com a relação fundamental, sem prejuízo de exigir ao executado a repetição do indevido;

XXI É a relação fundamental que serve de base à execução. Lê-se na sentença: *"É verdade que se (*B*) tivesse entregado as letras no processo (à ordem da execução) ou ao exequente não ficava liberada perante o executado (cf. arts. 769.º e 770.º, do CCiv), mas também o facto de não ter feito a declaração de satisfação do crédito penhorado através de letras de câmbio que aceitou pagar não a torna desobrigada de proceder ao depósito. Bastava-lhe ter feito essa declaração, em tempo útil"*. Nesta perspetiva, havendo, tão-só, uma dação em função do cumprimento, só extinguem a dívida os atos subsequentes à penhora e, estes, porque dependentes da vontade do executado, são inoponíveis ao exequente. Apura-se, assim, que é em razão da extinção da dívida principal que a procedência ou improcedência da execução é decidida. E não poderia ser, na verdade, de outra forma.

2. Síntese do problema

Considerando que a sentença tem por fundamento principal a manutenção da obrigação causal, versa o parecer sobre a extinção da relação fundamental pelo aceite das letras e o seu contexto.

3. Enquadramento genérico da questão

A respeito da qualificação da relevância jurídica do aceite das letras, lê-se na sentença que "é pacífica a constatação de que a assunção de uma obrigação cambiária não importa, *per se*, a extinção da relação jurídica fundamental, que subsiste ao lado da relação cambiária, embora independentes entre si por força do princípio da abstracção do direito cartular, por modo que o tomador mantém a faculdade de poder exigir judicialmente o cumprimento da obrigação causal. Para que a relação jurídica fundamental se mostre extinta por novação, a declaração negocial de novar (de contrair uma nova obrigação em substituição da antiga) tem de ser expressa e conjuntamente manifestada por credor e devedor. (…)".

Desta fundamentação ressaltam duas conclusões preliminares que importa, desde já, apreciar, à luz da orientação comum dos nossos tribunais(1). Assim:

1 — *A assunção de uma obrigação cambiária pode extinguir a relação jurídica fundamental por novação, havendo acordo expresso das partes*. A afirmação de que a assunção de uma obrigação cambiária pode extinguir a relação jurídica fundamental subjacente ou uma outra relação jurídica cambiária por novação é recorrente nas decisões dos tribunais. Citam-se, apenas a título exemplificativo:

— O Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 26 de março de 1996(2): "(…) A reforma de letras, no caso mais vulgar de simples redução do seu montante, por amortização parcial, reconduz-se melhor ao conceito de alteração do que ao de novação e, de qualquer modo, não é suficiente o elemento objectivo de substituição de uma letra por outra, sendo ainda indispensável a declaração de vontade de extinção da primitiva obrigação cambiária, manifes-

---

(1) Neste parecer, os artigos mencionados sem indicação da respetiva fonte legal referem-se ao Código Civil português vigente.

(2) Processo 088003 (Relator: Martins da Costa). Pode ser consultado nas bases de dados jurídico-documentais do Instituto de Gestão Financeira e Equipamentos da Justiça, I.P.

tada pelo modo expresso já apreciado (…). Um meio directo de manifestação daquela vontade é a devolução dos títulos reformados pois, se ela não ocorrer, justifica-se mesmo a presunção de as partes se quererem manter vinculadas por esses títulos. Tal presunção tem ainda lugar, e mais vincadamente, na hipótese de esses títulos conterem assinaturas de outros obrigados cambiários, mesmo de simples garantes, não reproduzidas nas letras de reforma, por não ser normal que o seu portador queira prescindir das garantias dadas por tais assinaturas";

— O Acórdão do Tribunal da Relação de Évora de 14 de janeiro de 1999([3]): "Aceita-se, em princípio (a menos que haja circunstâncias a apontar noutro sentido), que, quando se reforma uma letra para diferir o seu pagamento, se visa substituir a obrigação inicial (cartular) por uma nova obrigação cambiária, deixando a primeira letra desactivada, sem validade. Impõe-se, por isso, nesta situação que o portador entregue a letra reformada ao receber a de reforma. Pode, porém, acontecer, como é o caso dos autos, que a letra de reforma seja de valor inferior à reformada e que o devedor não tenha pago a diferença entre os dois valores. Não repugna, nesta situação, estabelecer um certo paralelismo com o que se passa no caso de pagamento parcial de uma letra, previsto no art. 39.º da LULL, e tratar tal situação em termos idênticos. (…) Ora, segundo aquele artigo, o sacado só pode exigir que a letra lhe seja entregue com a respectiva quitação, quando salde a totalidade da dívida. No caso de pagamento parcial, o sacado apenas pode exigir que desse pagamento se faça menção na letra e que lhe seja dada a correspondente quitação. Quanto ao montante ainda em dívida, o devedor continua vinculado ao título";

— O Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 18 de dezembro de 2001([4]): "(…) As letras de reforma, sacadas e aceites para continuar a facilitar o pagamento da parte do preço em falta,

---

([3]) Processo 562/98 (Relator: Maria Laura de Carvalho Santana Maia Tomás Leonardo). Pode ser consultado na base de dados *online* da Coletânea de Jurisprudência.

([4]) Processo 7680 (Relator: Tomé Gomes). Pode ser consultado na base de dados *online* da Coletânea de Jurisprudência.

substituíram as letras reformadas, implicando, nessa medida, a novação destas. Mas tal não significa que tenham operado a novação da obrigação subjacente. Com efeito, as letras de reforma continuaram a inserir-se no quadro da primitiva *datio pro solvendo*. Mas, embora não se traduzam em novação da obrigação subjacente, os respectivos prazos de vencimento funcionam como novos prazos de cumprimento dessa obrigação, como se salienta na sentença recorrida. Tudo se passa como se o credor/sacador concedesse ao devedor/aceitante uma moratória para o cumprimento integral da prestação ainda em falta. E essa moratória, repercutida na obrigação subjacente ao título não é prejudicada pelo facto de prescrever a obrigação cambiária nos termos do art. 70.º da LULL, precisamente porque as letras não se traduziram, como ficou dito, em novação da obrigação fundamental";

— O Acórdão do Tribunal da Relação de Évora de 30 de abril de 2009(5): "Inexistindo manifestação expressa pelo credor da vontade de novar a obrigação ou de extinguir a obrigação, o saque e aceite de letras de reforma configura-se como mera acção *pro solvendo*, referindo-se a letra reformada e a de reforma à mesma relação jurídica fundamental e à satisfação do mesmo interesse patrimonial sem com isso implicar a multiplicação de obrigações a cumprir na totalidade pelo devedor; ao invés, como se disse, ele desobriga-se cumprindo qualquer delas, muito embora, em princípio, impenda sobre o credor o dever de exigir o cumprimento, começando pela prestação incluída na dação *pro solvendo*. (…) O executado e opoente, depois da 1.ª reforma — em que amortizou a dívida com tal pagamento — limitou-se a aceitar letras de reforma. Mas nem estas nem aquela proveniente da 1.ª reforma da letra primitiva tinham o condão de neutralizar a eficácia representativa do crédito (…)";

— O Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 27 de maio de 2014(6): "Está assente nos autos que a letra dada à execução se

---

(5) Processo 1583/06 (Relator: Fernando da Conceição Bento). Pode ser consultado na base de dados *online* da Coletânea de Jurisprudência.

(6) Processo 268/12.0TBMGD-A.P1.S1. (Relator: Martins da Costa). Pode ser

encontra prescrita (art. 70.º da LULL). Daí decorre a perda da ação cambiária, o mesmo não sucedendo, porém, com a ação fundada na obrigação fundamental ou subjacente: a assunção da obrigação cambiária constitui simples dação *pro solvendo* e não produz, em princípio, novação da relação jurídica fundamental (só assim não será se houver manifestação expressa no sentido de a nova obrigação implicar a substituição da anterior — art. 859.º do CC). Assim, perdida a natureza cambiária, a letra passa a constituir mero documento particular, quirógrafo daquela dívida causal ou subjacente. A letra deixa, por conseguinte, de ser título constitutivo da relação cambiária, para passar a valer como título certificativo da relação obrigacional subjacente, constituindo meio próprio para o reconhecimento dessa dívida pré-existente. Reconhecida assim essa dívida, o credor fica dispensado de provar a relação fundamental, cuja existência se presume até prova em contrário — art. 458.º, n.º 1 do CC".

2 — *A novação é a única forma de extinção da obrigação considerada*. Diversamente do que se considera na sentença, também a dação em cumprimento é considerada um modo de extinção da relação jurídica fundamental pelo aceite de uma letra, assim ajuizando a jurisprudência. Uma vez mais, a título exemplificativo, citam-se:

— O Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 21 de março de 2006([7]): "A emissão e aceite de uma letra, tendo subjacente uma relação jurídica de onde emerge a obrigação que com a letra se pretende cumprir, pode integrar uma de duas figuras: uma dação em pagamento ou uma dação em função de pagamento (dação "pro solvendo"). Com a primeira verifica-se a imediata e simultânea extinção da primitiva obrigação, com a segunda, tal obrigação mantém-se, vindo a extinguir-se apenas quando e na medida em que a letra for paga — arts. 837.º e 840.º. Dizendo-se

---

consultado nas bases de dados jurídico-documentais do Instituto de Gestão Financeira e Equipamentos da Justiça, I.P.

([7]) Processo 7158/05 (Relator: Rosa Maria Mendes Cardoso Ribeiro Coelho). Pode ser consultado na base de dados *online* da Coletânea de Jurisprudência.

nos pontos 7.º e 10.º do contrato-promessa que o preço não pago imediatamente em dinheiro seria liquidado em prestações com vencimento futuro, conclui-se que a emissão e a entrega das letras — previstas no ponto décimo primeiro do contrato-promessa — não extinguiria logo a dívida da correspondente parte do preço, sendo apenas destinadas a titular essas prestações. Aliás, a existir dúvida sobre qual teria sido a vontade das partes, estando-se no âmbito de negócio oneroso, sempre seria de seguir a interpretação conducente ao maior equilíbrio das prestações, que seria naturalmente a de que a dívida de preço se extingue só com o efectivo recebimento do seu valor — art. 237.º. E, assim, seríamos também levados a concluir que se está perante dação "pro solvendo". Logo, o pagamento efectivo das letras constitui cumprimento das obrigações que para o autor emergiram do contrato-promessa; sem ele, não pode considerar-se efectuada a correspondente prestação".

— O Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 11 de novembro de 2008 (a propósito de letras de reforma)([8]): "Sabe-se que a emissão de uma letra, com vista à satisfação de uma obrigação, é um acto que se aproxima da figura jurídica da dação. A lei prevê, neste campo, a dação em cumprimento e a dação *pro solvendo* — cf. os arts. 837.º e 840.º do Código Civil (…). Sendo diversos os alcances e efeitos destas duas figuras, e estando-se em matéria de factos extintivos dos direitos, nos termos do n.º 2 do art. 342.º, é sobre o devedor que impende o ónus da respectiva prova. Porém, os réus não alegaram nem provaram que a emissão das letras e a sua entrega ao autor tenham sido feitas com o objectivo, entre ambos acordado, de exonerar o promitente-comprador das obrigações de pagamento assumidas no contrato-promessa. Por isso, representando as letras as importâncias a pagar pelo promitente-comprador no âmbito do contrato-promessa, tais importâncias só podem ter-se como efectivamente entregues ao credor, na medida em que o devedor satisfaça as obrigações consubstanciadas nas letras iniciais e, bem assim, naquelas que procederam às res-

([8]) Processo 4189/08-7 (Relator: Rosa Maria Mendes Cardoso Ribeiro Coelho). Pode ser consultado na base de dados *online* da Coletânea de Jurisprudência.

pectivas reformas sucessivas por não satisfação das primeiras. Ou seja, na falta de demonstração de factos que evidenciem uma dação em cumprimento, apenas se pode aceitar a existência de uma dação 'pro solvendo'".

4. A extinção da dívida de *B* a *A* por novação

4.1. A convenção executiva, em geral

Na sentença sobre que este parecer versa, decide-se que o recebimento das letras por *A* não consubstancia uma declaração expressa de *animus novandi*: "Tal comportamento das partes traduz não mais do que uma declaração de ciência destinada à verificação de uma *datio pro solvendo*, como forma de facilitar a satisfação do crédito (cf. art. 840.º, n.º 1, do CCiv), desde logo promovendo o desconto bancário das letras. (…) Porque a entrega de uma letra de câmbio consubstancia um ato recognitivo de dívida, presume-se que a sua utilização pelos sujeitos da relação jurídica tem as finalidades de uma *datio pro solvendo* (cf. o n.º 2 do art. 840.º, do CCiv.). Existindo dois créditos, o credor pode, em princípio, exigir potestativamente a satisfação de qualquer deles, embora a vontade presumida das partes seja o cumprimento da obrigação cambiária".

Estamos em manifesto desacordo com a decisão, em razão dos termos da convenção executiva que determina o sentido da constituição da relação cambiária. Sem prejuízo da natureza abstrata desta relação, as partes definem, por acordo, a função de uma letra, condicionando, assim, a subsistência da obrigação fundamental.

A emissão dos títulos de crédito vem associada a um determinado negócio extracartular, numa dependência funcional a que o intérprete não pode ser alheio(9): "*A* aceita uma letra de um montante determinado para *pagar* o preço de um rádio que *comprou*;

---

(9) Ver José A. Engrácia Antunes, *Os Títulos de Crédito. Uma Introdução*, 2.ª ed., Coimbra, 2012, p. 37.

subjacente à obrigação cambiária do aceitante há o negócio de compra e venda (relação fundamental) e aquela obrigação é assumida por uma determinada causa (pagamento do preço do rádio). (…) Embora o negócio cambiário seja abstracto, possa preencher uma multiplicidade de funções, em cada caso concreto ele é dominado por uma determinada causa, visa um único fim (pagamento, garantia, etc.). Não é pelo próprio negócio cambiário, visto ser abstracto, que determinamos esse fim, mas o fim é fixado por outro negócio havido entre as partes: *a convenção executiva*. Pela convenção executiva — causa próxima do negócio cambiário — fica escolhida a função deste negócio em face da relação subjacente (causa remota). Assim, *A*, tendo comprado um rádio a *B* — relação fundamental — acorda com este sacar uma letra a seu favor para pagamento do respectivo preço — convenção executiva"([10]).

É certo que a natureza abstrata da relação cambiária a torna imune a exceções decorrentes da relação fundamental: "Estando a causa fora da obrigação cambiária (abstracção), esta (é) vinculante independentemente dos possíveis vícios da sua causa e por isso se (tornam) inoponíveis ao portador mediato e de boa fé as excepções causais: falta, nulidade ou ilicitude da relação fundamental, *exceptio inadimpleti contractus*, etc."([11]). Também: "(…) o credor de um mútuo ou do preço derivado de um contrato de compra e venda, a favor do qual o mutuário ou o comprador subscreva uma letra *pro solvendo*, poderá, endossando a letra, conseguir a sua satisfação mais facilmente do que se tivesse de demandar o devedor com base no contrato de mútuo ou no de compra e venda: ao endossado de boa fé não pode o devedor cambiário opor excepções fundadas no contrato de mútuo ou de compra e venda, como é próprio do regime dos títulos de crédito e, em especial, da letra de câmbio"([12]).

([10]) A. Ferrer Correia, *Lições de Direito Comercial*, Lisboa, 1994 (reimpressão dos três volumes), pp. 437 e seguinte.

([11]) A. Ferrer Correia, *Lições de Direito Comercial*, *cit.*, p. 438.

([12]) Adriano Vaz Serra, *Anotação ao Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 25 de janeiro de 1974*, *in* "Revista de Legislação e de Jurisprudência", ano 108.º, n.º 3539, maio de 1975, p. 28.

No entanto, *a convenção executiva associa geneticamente, a obrigação cartular à relação fundamental, com implicações nas vicissitudes desta*: "Vê-se daqui que a natureza abstracta da obrigação cambiária não significa que esta seja assumida sem causa: ninguém se obriga sem causa. O significado da abstracção está em que a causa é *separada* do negócio cambiário, decorre, não dele próprio, mas de uma convenção subjacente, extra-cartular: a convenção executiva em conexão com a relação fundamental"([13]).

A convenção executiva pode extinguir a relação jurídica fundamental, se essa for a vontade das partes. Naquele acordo descobrimos os fundamentos para afetar a subsistência da obrigação primitiva, sendo a emissão do titulo de crédito destinada a solver a dívida: "A abstracção da obrigação cambiária não significa (…) que tal obrigação não tenha causa, mas apenas que é dela independente. A causa da obrigação cambiária é fixada na convenção executiva, que entre as partes vigora plenamente, e nesta convenção bem podem elas acordar em que a letra seja subscrita ficando extinta a relação jurídica fundamental. Assim se deduz do princípio segundo o qual as partes, dentro dos limites da lei, podem fixar livremente o conteúdo dos contratos, celebrar contratos diferentes dos previstos no Código ou incluir nestes as cláusulas que lhes aprouver (Cód. Civ., art. 405.º, 1). Nem se descobre princípio jurídico imperativo que lhes tolha aqui essa liberdade"([14]).

4.2. A novação pelo aceite de uma letra. Breve referência histórica

Questão, relevante, respeita, naturalmente, ao modo de exteriorização da vontade de extinguir a obrigação primitiva. Pergunta-se se a mera constituição de uma relação cambiária tem o efeito de fazer cessar a relação fundamental. Em Assento de 8 de julho de 1928, o Supremo Tribunal de Justiça decidiu que "o aceite de

---

([13]) A. Ferrer Correia, *Lições de Direito Comercial*, *cit.*, p. 438.

([14]) A. Ferrer Correia, *Lições de Direito Comercial*, *cit.*, pp. 443 e seguinte.

uma letra importa a novação da dívida anterior, que fica extinta com todos os seus direitos e obrigações acessórias, substituindo-se-lhe a dívida cambiária"(15).

Diversamente, contudo, dispôs um Assento posterior do Supremo Tribunal de Justiça, de 8 de maio de 1936: «Diz o art. 339.º do Código Comercial: "Todas as acções relativas a letras prescrevem em cinco anos, a contar do seu vencimento ou do último acto judicial, se a respeito dela não houver sentença condenatória ou se a dívida não foi reconhecida por documento autêntico ou autenticado feito em separado". Só por si, a letra deste texto da lei repele a pretensão de se tornar extensiva a prescrição à obrigação causal, fundamental ou subjacente. (…) A letra da lei e a moral apoiam este modo de ver, e em tal caso a prescrição da obrigação fundamental há-de regular-se pelos preceitos da lei geral, a civil, subsidiária do direito comercial (art. 3.º do Código Comercial)»(16).

A interpretação deste Assento conclui pela manutenção da relação fundamental na ausência de uma vontade declarada de extingui-la com a constituição da relação cambiária: "(…) extinta a obrigação cambiária por prescrição, pode ainda reportar-se o credor à obrigação fundamental e com base nesta accionar o devedor. Desta forma, foi consagrada no referido Assento, para o caso da prescrição, a doutrina de que a relação fundamental não se extingue por novação"(17). Esta converteu-se na orientação comum: "Se a letra, dada *pro solvendo*, for entretanto negociada, o credor obterá por esse meio a satisfação do seu crédito, na medida respectiva. Sendo a letra endossada e exigindo um portador de boa fé ao devedor o pagamento, este não poderá opor-lhe certas excepções, baseadas na relação causal, que poderia acaso opor ao credor primitivo, mas isso não significa que a emissão da letra importe nova-

---

(15) Citado por A. Ferrer Correia, *Lições de Direito Comercial*, *cit.*, p. 441. Conforme salienta, porém, o alcance desta doutrina era limitado a uma disposição do Código Comercial, entretanto revogada pela Lei Uniforme relativa às Letras e Livranças. Ver, também, A. Simões Raposo, *O Problema da Novação da Obrigação Causal, em Direito Cambiário*, *in* "Gazeta dos Advogados da Relação de Luanda", ano XII, n.º 9, 1942, p. 135.

(16) Pode ser consultado nas bases de dados jurídico-documentais do Instituto de Gestão Financeira e Equipamentos da Justiça, I.P.

(17) A. Ferrer Correia, *Lições de Direito Comercial*, *cit.*, p. 442.

ção, pois o que extinguiu a obrigação do devedor para com o credor originário foi o pagamento obtido mediante a negociação da letra, e a inoponibilidade das excepções não é senão uma consequência do carácter abstracto da obrigação cambiária"([18]).

A doutrina do Assento é invocada como princípio geral aplicável, em razão do silêncio das Leis Uniformes. Eis, também, o entendimento seguido na sentença sobre que versa o nosso parecer: "Este Assento, restrito aos casos de prescrição da obrigação cambiária, foi proferido no domínio do art. 339.º do Código Comercial, já revogado, e por isso à margem dos textos das Leis Uniformes. Todavia, a sua doutrina deverá considerar-se ainda válida, uma vez que tanto a Lei Uniforme sobre Letras e Livranças como a Lei Uniforme Relativa ao Cheque não regulam especificamente esta questão, sendo que de acordo com o § 2.º do art. 16.º do anexo I (reservas à convenção) da Convenção de Genebra de 1930, que estabelece uma Lei Uniforme em matéria de Letras e Livranças, as questões respeitantes às relações jurídicas que serviram de base à emissão da letra estão fora do âmbito da Lei Uniforme, pelo que tem pertinente aplicação o disposto no Código Civil, *maxime* nos arts. 405.º, n.º 1, 840.º e 859.º".

Ora, a aplicação do regime do art. 859.º garante que a convenção executiva tem o poder de extinguir a obrigação fundamental, em razão da vontade das partes. Ou seja, à constituição de uma relação cambiária pode estar associado um fenómeno de novação e, em consequência, a cessação da relação fundamental.

Exige a lei, porém, uma manifestação expressa de vontade nesse sentido: "É necessário ver qual a extensão da regra que se induz da decisão do Supremo: deverá entender-se que a novação nunca se verifica? Ou será que só não se verifica nalguns casos? O art. 859.º ilumina a questão agora aflorada. (…) Daqui que a extinção da relação jurídica fundamental, por novação, possa verificar-se, mas apenas quando resulte da convenção executiva que foi essa a intenção das partes. Caso contrário, isto é, convencionando-se simplesmente a subscrição da letra, deverá entender-se

---

([18]) Adriano Vaz Serra, *Anotação ao Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 25 de janeiro de 1974*, *cit.*, p. 28.

que o credor não renuncia à situação proveniente da relação fundamental: esta persiste ao lado da relação cambiária. E a solução impõe-se com força redobrada para o caso de o crédito fundamental ter privilégio ou garantia. É pouco crível que o credor tenha consentido aqui em abdicar da garantia ou do privilégio"([19]).

4.3. A vontade expressa de novar na relação entre *A* e *B*

4.3.1. Introdução

Seguindo a jurisprudência já citada, a extinção do direito de crédito pelo aceite de uma letra é, como vimos, enquadrável no regime da novação. Esclareça-se que *a manifestação de vontade das partes parece, nesse caso, essencialmente determinada pelo efeito extintivo*: "Cotejando a fórmula legal com os trabalhos preparatórios, onde principalmente se tratou, neste aspecto introdutório, da distinção entre a *substituição* da dívida, própria da novação, e a simples *modificação* da relação obrigacional, fácil será concluir que a exigência do art. 859.º se reporta menos à *vontade* de *contrair a obrigação* do que à ideia de que esta contracção da dívida se faz em *substituição* da antiga. É sobretudo a vontade de *substituir* a antiga obrigação, mediante a contracção de novo vínculo, que há-de resultar de declaração *expressa*"([20]).

Na assunção de dívida que pretenda extinguir a obrigação primitiva, expressiva doutrina identifica uma sobreposição de fenómenos extintivos, em resultado de uma compreensão ampla acerca do objeto da dação em cumprimento. A extinção dá-se, simultaneamente, por novação e por dação em cumprimento: "Quando a prestação diferente da devida, que o obrigado efectuou com assentimento do credor, consista na contracção de uma nova obrigação, não há, por via de regra, uma *datio in solutum*, mas uma *dação pro*

([19]) A. Ferrer Correia, *Lições de Direito Comercial*, *cit.*, p. 443.

([20]) João de Matos Antunes Varela, *Das Obrigações em Geral*, Vol. II, 7.ª ed., Coimbra, 2014 (reimpressão), p. 237.

solvendo. E a *dação pro solvendo* não se confunde com a novação, porque não envolve a *extinção* da obrigação, mas apenas a criação de um novo título, ao lado dela, destinado a facilitar a satisfação do crédito. Quando, porém, a tal prestação diferente realizada pelo devedor consista na atribuição de um novo crédito ao credor e essa atribuição vise *extinguir* a primitiva obrigação (e não facilitar apenas a sua realização) haverá simultaneamente um caso de *novação* e de *datio in solutum*"([21]). Considerando, no entanto, que a lei exige uma declaração expressa para a novação, afigura-se que a dação em cumprimento perde, na orientação descrita, autonomia prática.

Em nosso entender, os factos do caso sobre que versa o parecer demonstram, sem margem para dúvidas, a existência de uma manifestação expressa da vontade de novar, em razão dos próprios factos e em virtude da interpretação do art. 859.º.

A vontade de extinguir a obrigação é feita por escrito, meio direto de manifestação da vontade. Trata-se, pois, de uma declaração expressa, no sentido do art. 217.º. As declarações encontram-se no campo lexical da extinção das obrigações.

Se outra fosse a interpretação, porque faltaria a utilização terminológica específica de novação ou de substituição da obrigação anterior, o sentido da vontade apresenta-se, no entanto, claro ou inequívoco e, como veremos, tal é bastante para o preenchimento da exigência estabelecida no art. 859.º.

O regime do art. 859.º não pode restringido à utilização das expressões novação ou substituição da obrigação anterior. A demonstração desta tese dá-se pela análise do regime geral das declarações negociais e pela sua articulação com o regime específico da novação.

([21]) João de Matos Antunes Varela, *Das Obrigações em Geral*, Vol. II, *cit.*, p. 232. Em sentido diverso, ver Luís Manuel Teles de Menezes Leitão, *Direito das Obrigações*, Vol. II (*Transmissão e Extinção das Obrigações. Não Cumprimento e Garantias do Crédito*), 9.ª ed., Coimbra, 2014, pp. 176 e seg., e nota 394 da p. 176.

4.3.2. O regime geral das declarações negociais (art. 217.º)

O art. 217.º estabelece a equivalência entre a declaração negocial expressa e a declaração negocial tácita. A distinção parece marcada pela forma de exteriorização. A declaração é expressa quando resulta de palavras, escrito ou qualquer outro meio direto de manifestação da vontade. A declaração é tácita na medida em que se deduza de factos que, com toda a probabilidade, a revelem. Aparentemente, é o instrumento declarativo o critério da classificação. É evidente, porém, que esse critério é insuficiente: "As perplexidades aumentam quando nos damos conta de que nos meios de expressão da vontade, considerados objectivamente e em si, não parece que possa descortinar-se uma destinação a um fim. (…) Não parece que o comportamento ou os meios declarativos, em si, como realidades objectivas, possam *visar* um resultado ou ter uma "destinação", isto é, dirigir-se intencionalmente para uma manifestação de vontade (…)"([22]).

A definição tem de ser complementada pela averiguação da congruência entre a expressão da vontade e os efeitos considerados. Várias abordagens têm sido, a este respeito, ensaiadas ao longo da história, dividindo a doutrina em conceções diversas, de natureza subjetiva, objetiva ou pragmática([23]).

Segundo um entendimento corrente entre nós "a qualificação da modalidade de uma declaração é um problema a resolver através da avaliação objetiva do comportamento do declarante, segundo as regras da interpretação"([24]). E convocando essas regras (arts. 236.º e seguintes), apreciado o critério do declaratário normal, é declaração expressa aquela que permite ao seu destinatário reconhecer nela a intenção declarativa do agente. A doutrina da impressão do destinatário é, deste modo, aplicada à identificação de uma decla-

---

([22]) Paulo Mota Pinto, *Declaração Tácita e Comportamento Concludente no Negócio Jurídico*, Coimbra, 1995, p. 461.

([23]) Ver Paulo Mota Pinto, *Declaração Tácita e Comportamento Concludente no Negócio Jurídico*, *cit.*, pp. 463 e segs.

([24]) Evaristo Mendes/Fernando Sá, *Comentário ao artigo 217.º do Código Civil*, *in* "Comentário ao Código Civil — Parte Geral. Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa", Lisboa, 2014, p. 490.

ração expressa. Assim, «há que imaginar uma pessoa com razoabilidade, sagacidade, conhecimento e diligência medianos, considerando as circunstâncias que ela teria conhecido e o modo como teria raciocinado a partir delas, mas figurando-a *na posição do real declaratário*, isto é, acrescentando as circunstâncias que este concretamente conheceu (mesmo que um declaratário normal delas não tivesse sabido — por exemplo, devido ao facto de o real declaratário ser portador de uma cultura invulgarmente vasta e superior à média) e o modo como aquele concreto declaratário poderia a partir delas ter depreendido um sentido declarativo»([25]).

Concede-se, porém, na crítica de que a classificação da declaração depende, assim, do conhecimento real do declaratário (art. 236.º, n.º 2), introduzindo um grau de variabilidade numa comunicação que é, por definição, única: "Assim, se um destinatário soube da intenção declarativa do agente, mas esta objectivamente não era perceptível, por aplicação das regras de interpretação (ou de "compreensão") a declaração deveria ser expressa *para ele*, mas não em geral. O que levaria à seguinte consequência: se, por exemplo, existindo dois declaratários, um deles sabe que o agente adoptou certo comportamento com intenção de declarar, mas objectivamente essa intenção não é reconhecível e o outro não conhece a intenção do agente, uma e a mesma declaração pode, também para este critério, ser expressa para um e tácita para o outro. Deste modo, por exemplo, uma declaração de fiança com mais do que um declaratário poderia ser válida em relação a um, mas já não para o outro (art. 628.º, n.º 1). Esta consequência não parece recomendável, pois a natureza expressa ou tácita, referida à declaração em si, não deve ser afectada apenas pelo facto de o declaratário *casualmente conhecer* um dado *escopo* do declarante"([26]).

Sem invalidar o contributo da doutrina da impressão do destinatário, eis a razão para a adoção de um critério perspetivado na

---

([25]) Paulo Mota Pinto, *Declaração Tácita e Comportamento Concludente no Negócio Jurídico*, *cit.*, p. 208.

([26]) Paulo Mota Pinto, *Declaração Tácita e Comportamento Concludente no Negócio Jurídico*, *cit.*, p. 488.

relação entre os elementos declarativos e o significado declarado, conforme propõe Paulo Mota Pinto: "O critério resulta (…) de a declaração se efectuar através de elementos manifestantes que estão com o manifestado numa relação significativa pré-estabelecida, não dependendo totalmente das circunstâncias concretas. (…) Já para a noção de declaração expressa (…) pode-se entender aqui por meios directos de manifestação da vontade aqueles em relação aos quais existe uma relação significativa *pré-estabelecida* e *fixa*, um código fixo como *linguagem* — entende-se "meio directo" como meio que significa univocamente, sem necessidade de uma ilação apenas pelas circunstâncias. (…) Cremos, pois, que o que interessa não é tanto a reconhecibilidade da intenção declarativa, mas antes a relação entre manifestante e manifestado"([27]).

Este critério traduz o sentido geral do alcance da exigência de uma declaração expressa na lei, fundamentalmente orientado para a demonstração clara, inequívoca, da vontade, na tradução que daquela exigência vem a jurisprudência fazendo: «A razão da distinção declaração expressa/declaração tácita é, como vimos, sobretudo uma maior certeza significativa, resultante da desnecessidade de fazer uma inferência — isto é, da significação ilativa — atendendo às circunstâncias. Ora, parece óbvio que para o declaratário é melhor o símbolo, a linguagem, em que existe uma relação de significação fixa e pré-estabelecida, sendo o elemento manifestante representativo de conceitos ou ideias»([28]). Ainda: "O símbolo tem uma dimensão semântica constante, uma identidade objectiva, conservando a sua base *convencional* nos diversos contextos em que se insere. É, por isso, menos ambíguo, menos equívoco, mesmo se o significado se precisa definitivamente apenas na situação concreta. O sinal, diferentemente, muda por completo com o contexto externo, não tendo qualquer independência dele"([29]).

([27]) *Declaração Tácita e Comportamento Concludente no Negócio Jurídico*, *cit.*, pp. 518 e seguinte.

([28]) Paulo Mota Pinto, *Declaração Tácita e Comportamento Concludente no Negócio Jurídico*, *cit.*, pp. 518 e seguinte.

([29]) Paulo Mota Pinto, *Declaração Tácita e Comportamento Concludente no Negócio Jurídico*, *cit.*, p. 516.

Enfim, "constituindo-se a relação entre manifestante e manifestado apenas em face da moldura de circunstâncias concretas, a manifestação por sinais apresenta inconvenientes, sendo menos certa e mais equívoca. Enquanto a declaração por símbolos corresponde a uma significação completa, estabelecida por convenção e em certa medida unívoca, a declaração tácita depende totalmente da 'moldura de circunstâncias' a considerar, só se constituindo o seu significado tendo estas em consideração([30])".

Se é a autonomização das circunstâncias concretas que o legislador procura com a previsão de uma declaração expressa, é clara e, assim, expressa a vontade manifestada por conceitos inequívocos, mesmo que se apure uma linguagem técnica alternativa. Serve de exemplo, e considerando os factos que agora apreciamos, a contraposição entre antecipação do pagamento ou liquidação da prestação e novação, quitação, cumprimento ou dação em cumprimento da obrigação.

4.3.3. A vontade expressa de novar

Centremos a nossa análise na declaração expressa de novação da obrigação. Escreve Antunes Varela: "A lei não se contentou com a exigência de uma declaração *clara* do *animus novandi*, sugerida no Anteprojecto Vaz Serra, nem aceitou a presunção (formulada no mesmo texto) que aponta para a fisionomia *económica* da relação obrigacional, antes e depois da alteração convencionada entre as partes. A opção deliberada pela fórmula constante do art. 859.º (declaração *expressamente* manifestada), reforçada pela delimitação da presunção sugerida por Vaz Serra e pela aceitação da presunção exarada no n.º 2 do art. 840.º, revela que só haverá novação, no entender da lei, quando as partes tenham *directamente* manifestado a vontade de *substituir* a antiga obrigação pela criação

---

([30]) Paulo Mota Pinto, *Declaração Tácita e Comportamento Concludente no Negócio Jurídico*, *cit.*, p. 517.

de uma outra em seu lugar (art. 217.º, 1)([31])". Acrescenta em nota: "Segundo o art. 1204 do Código espanhol (cuja 1.ª parte se aproxima do texto do Código português), "para que uma obrigação seja extinta por outra que a substitua, é preciso que assim se declare *terminantemente* ou que a antiga e a nova (obrigações) sejam de todo o ponto incompatíveis". Esta declaração *terminante*, que afasta o simples recurso a *presunções*, equivale à declaração *expressa* exigida pelo Código português vigente (…)([32])".

O propósito de Antunes Varela era excluir a legitimidade de declarações tácitas de novação: «Em princípio, não parece razoável presumir, nem que o devedor queira renunciar, sem fundamento plausível, aos meios de defesa de que dispõe contra a pretensão do credor, nem que o credor se disponha, sem mais, a abdicar das garantias que asseguram o cumprimento da obrigação (…). Outra era, porém, a orientação fixada no art. 803.º do Código velho, cuja parte final admitia francamente as declarações *tácitas*([33])». E, retomando agora, parcialmente, texto já citado, lê-se ainda: «(…) só haverá novação, no entender da lei, quando as partes tenham *directamente* manifestado a vontade de *substituir* a antiga

---

([31]) João de Matos Antunes Varela, *Das Obrigações em Geral*, Vol. II, *cit.*, p. 237.

([32]) João de Matos Antunes Varela, *Das Obrigações em Geral*, Vol. II, *cit.*, p. 237, nota 2. Em sentido diverso, veja-se Adriano Vaz Serra, *Anotação ao Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 25 de janeiro de 1974*, *cit.*, p. 27, nota 1.

([33]) João de Matos Antunes Varela, *Das Obrigações em Geral*, Vol. II, *cit.*, p. 238, nota 1. Em desarmonia com a passagem do texto, escrevem, contudo, Pires de Lima e Antunes Varela: «Não havendo, portanto, em qualquer dos casos, declaração *expressa* de que se pretende novar *(animus novandi)*, a obrigação primitiva não se extingue, sendo apenas modificado ou transmitido o crédito ou a dívida para terceiro. É expressa a declaração quando feita por palavras, escrito ou qualquer outro meio *direto* de manifestação da vontade, nos termos do n.º 1 do art. 217.º. Era já esta a doutrina do Código de 1867 (cf. art. 803.º). E pareceu conveniente não a alterar, não obstante Vaz Serra, por inspiração dos Códigos francês (art. 1273.º) e italiano (art. 1230.º), ter sugerido que se substituísse a declaração expressa por uma declaração *claramente manifestada* (…). Esta fórmula seria bastante mais imprecisa do que a do Código de 1867. Não se viu, por isso, qualquer vantagem na substituição, devendo considerar-se manifestamente contrária à determinação da lei a tese sustentada por Vaz Serra, ao arrepio do texto do art. 859.º e dos trabalhos preparatórios, de que a vontade de novar não precisa de ser manifestada expressa ou diretamente, bastando que seja clara ou inequívoca» (*Código Civil Anotado*, Vol. II, 4.ª ed., Coimbra, 1997, p. 146).

obrigação pela criação de uma outra em seu lugar (art. 217.º, 1). Não bastam os simples *facta concludentia*, em que as declarações tácitas se apoiam, assim se explicando ainda que a lei tenha prescindido de afastar a presunção da novação, como fazia o Anteprojecto Vaz Serra, nos casos de simples alteração de elementos acessórios da obrigação e de inclusão do crédito numa conta corrente ou de reconhecimento do saldo num negócio de liquidação de contas([34])».

A passagem citada tem, no entanto, de ser enquadrada no desenvolvimento histórico do regime da novação. Segundo o art. 803.º do Código de Seabra, "a novação não se presume; é necessário que seja expressamente estipulada, ou que se deduza claramente dos termos do novo contrato". Dispunha, entretanto, o art. 648.º do mesmo Código que "a manifestação do consentimento pode ser feita de palavra, por escrito, ou por factos donde ele necessariamente se deduza".

Há uma diferença assinalável entre os conceitos de declaração tácita dados pelo Código de Seabra e pelo Código atual. Segundo o art. 217.º, n.º 1, vigente, é inexigível que a vontade seja uma consequência necessária dos factos: "Resulta claramente da formulação legal que a *inequivocidade dos factos concludentes* não exige que a dedução, no sentido do auto-regulamento tacitamente expresso, seja forçosa ou necessária, bastando que, conforme os usos do ambiente social, ela possa ter lugar *com toda a probabilidade*([35])". Na verdade, é suficiente que a vontade, «com toda a probabilidade», se deduza desses factos: "Como tem sido posto em relevo na doutrina, o juízo de concludência não requer total inequivocidade — isto é, que a declaração tácita seja a única possibilidade em questão([36])". *Em nosso entender, com este alargamento da declaração tácita, o legislador fez confluir no conceito de declaração expressa, quando a impõe, a vontade que constitua um efeito necessário da conduta do declarante*.

([34]) João de Matos Antunes Varela, *Das Obrigações em Geral*, Vol. II, *cit.*, pp. 237 e seg.

([35]) Carlos Alberto da Mota Pinto, *Teoria Geral do Direito Civil*, 4.ª ed. (por António Pinto Monteiro e Paulo Mota Pinto), Coimbra, 2005, p. 423.

([36]) Paulo Mota Pinto, *Declaração Tácita e Comportamento Concludente no Negócio Jurídico*, *cit.*, p. 773.

Enfim, porque a declaração tácita corresponde, agora, a uma vontade tão-só provável, admitindo outros sentidos possíveis, nas matérias em que o legislador exigia uma estipulação expressa ou uma vontade clara, requer agora uma declaração expressa, de sentido equivalente. Foge, assim, aos riscos de uma declaração tácita, tal como ela é descrita no Código atual: "(…) Se puder encontrar-se um *fundamento geral* para ela (a exigência legal de uma declaração expressa), parece-nos que esse deverá procurar-se sobretudo do lado do declaratário, na maior *certeza* e *univocidade* proporcionadas pela declaração "expressa", e, designadamente, na *menor dificuldade da interpretação*([37])".

A esta luz se deve interpretar a reflexão de uma certa doutrina, influenciada pela orientação subscrita por Antunes Varela. Assim: Menezes Leitão ("(…) nos termos legais, só há novação se as partes exteriorizarem directamente o *animus novandi*, o que implica não se admitirem presunções de novação, nem poder resultar essa declaração tacitamente através de factos concludentes")([38]) e Brandão Proença («Dado o impacto que o acordo novatório traz à relação existente, o legislador (art. 859.º) exige que as partes manifestem expressamente essa vontade. Apesar da redacção menos restritiva de outras legislações, como a francesa (o art. 1273.º do *Code Civil*, sem afastar a presença de uma intenção não equívoca, apenas exige que a vontade "resulte claramente do acto") e a brasileira (o art. 361.º do diploma de 2002 admite um "ânimo de novar, expresso ou tácito mas inequívoco") corresponde à opinião dominante na nossa doutrina e jurisprudência *não ser bastante uma revelação tácita da vontade novativa*») (itálico nosso)([39]). Acompanhamos Brandão Proença na identificação de uma orientação consensual que afasta a novação fundada na probabilidade dos factos. Diversamente, porém, no que diz respeito à dimensão clara ou

---

([37]) Paulo Mota Pinto, *Declaração Tácita e Comportamento Concludente no Negócio Jurídico*, *cit.*, p. 504.

([38]) *Direito das Obrigações*, Vol. II (*Transmissão e Extinção das Obrigações. Não Cumprimento e Garantias do Crédito*), *cit.*, p. 203.

([39]) *Lições de Cumprimento e Não Cumprimento das Obrigações*, Coimbra, 2011, p. 39.

unívoca da manifestação de vontade, como as referências doutrinais e jurisprudenciais que, oportunamente, faremos demonstram.

Incorre no erro de identificar os conceitos de declaração tácita no Código de Seabra e no Código vigente, sem prejuízo da latitude com que admite a manifestação expressa da vontade de novar, o Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 13 de janeiro de 1977([40]): "(A Ré) considera tudo isto 'meios claros e directos, da manifestação da vontade (…) no convergente sentido de haverem estabelecido a invocada novação'. Pretende, assim, socorrer-se do art. 217.º, n.º I, do Código Civil ao estabelecer que a declaração negocial pode ser expressa ou tácita, sendo expressa quando feita por palavras, escrito ou qualquer outro meio directo de manifestação da vontade. Todavia (…) nos casos em que a declaração negocial não se exprime, quer por palavras quer por escrito, terão os outros meios directos de manifestação da vontade permitidos pela citada disposição legal, de serem *inequívocos* de modo a que não haja necessidade de recorrer a deduções ou interpretações de atitudes das partes. A ter de se entrar nesta operação reconstitutiva já a manifestação de vontade será tácita nos precisos termos da parte final daquele n.º I do art. 217.º. E esta última não é admissível para declarar o *animus novandi* (…). A este propósito o Código Civil actual é bem mais exigente do que o Código anterior (art. 803.º), que *admitia declarações tácitas, posto que claramente deduzíveis dos termos do novo contrato*" (itálico nosso)([41]).

A obrigatoriedade de uma declaração expressa tem uma intencionalidade negativa, excludente, afastando as declarações tácitas fundadas num critério de probabilidade, em razão da opção tomada pelo legislador no art. 217.º. Na novação, a declaração expressa não se restringe, pois, à estipulação expressa que o art. 803.º previa, antes compreende a comunicação que evidencia, de forma inequívoca ou clara, a vontade de novar, o animus novandi: "A exigência de uma declaração novatória expressa ou, pelo menos, clara, é já antiga, desde há muito se tendo posto restri-

---

([40]) Processo 66354 (Relator: Daniel Ferreira). *In* «Boletim do Ministério da Justiça», n.º 263, fevereiro de 1977, pp. 265 e seguintes.

([41]) *In* «Boletim do Ministério da Justiça», n.º 263, *cit.*, pp. 267 e seguinte.

ções para a declaração novatória (subjectiva e objectiva), pois é importante saber se as partes quiseram efectivamente substituir a anterior obrigação (por exemplo, com as suas garantias e o seu regime próprio) pela nova. Assim, entre nós, já o art. 803.º do Código de Seabra preceituava que "a novação não se presume; é necessário que seja expressamente estipulada, ou que se deduza claramente dos termos do novo contrato", bastando, portanto, uma declaração que se pudesse depreender *claramente* do novo contrato(42)".

A opinião de Antunes Varela, contrapondo declaração expressa a declaração clara, pode legitimar interpretações conducentes à *estipulação expressa* a que se referia o art. 803.º do Código Civil. Erradamente, porque com a reforma da classificação que distingue a declaração expressa da declaração tácita, identifica-se esta com uma vontade provável, embora de elevada probabilidade, pressupondo, assim, que a manifestação de vontade não é inequívoca ou clara. Conforme reconhecem Pires de Lima e o próprio Antunes Varela, "ao definir a declaração tácita, o art. substituiu a palavra *necessariamente* que constava do texto do art. 648.º do Código de 1867. É que se não devem pôr sempre de parte, como formas possíveis de manifestação tácita da vontade, os casos susceptíveis de duas interpretações. O que deve é verificar-se «aquele grau de *probabilidade* que basta na prática para as pessoas sensatas tomarem as suas decisões», como se exprimia Manuel de Andrade no domínio do Código de 1867. Prevalece aqui, pois, um critério *prático*, *social*, e não rigorosamente *lógico* ou *formal*(43)".

Na orientação daqueles que no art. 803.º do Código de Seabra consideravam legitimada a novação por declaração tácita, a vontade clara de novar coincidia com a dedução que, necessariamente, os factos impõem, segundo o art. 648.º citado. Veja-se, por exemplo, o Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 22 de maio de 1956: "(…) Sabido é que a novação por substituição do devedor

---

(42) Paulo Mota Pinto, *Declaração Tácita e Comportamento Concludente no Negócio Jurídico*, *cit.*, p. 496.

(43) *Código Civil Anotado*, Vol. I, 4.ª ed. (revista e atualizada com a colaboração de M. Henrique Mesquita), Coimbra, 1987, p. 209.

(a que é aplicável o art. 803.º) tem que resultar claramente da intenção, por qualquer forma manifestada, de substituir a obrigação antiga por uma nova mesmo na *expromissio* em que tem de ficar demonstrado que o credor teve o intuito de desonerar o antigo devedor, embora sem a intervenção deste. É fundamental que se prove a *inequívoca* existência de um acordo entre o novo devedor e o credor pelo qual o primeiro devedor fique libertado e *quando para deduzir-se a intenção de novar pudesse usar-se de presunções teriam elas de ser graves, precisas e concordantes*" (itálico nosso)([44]).

É neste sentido que a lei atual pode, ainda, ser interpretada, aceitando que o legislador estabeleceu uma linha de continuidade nos regimes da novação. Escreve Ferrer Correia, à luz do direito vigente: "(…) A assunção da obrigação cambiária não extingue a relação jurídica fundamental, *a não ser naqueles casos em que da convenção executiva se deduza claramente que as partes quiseram a novação*" (itálico nosso)([45]). A vocação negativa da exigência de declaração expressa confere, então, a tal requisito uma amplitude maior do que à definição de declaração expressa o art. 217.º empresta. Neste sentido, Vaz Serra: "(…) Parece de entender que a palavra "expressamente" do art. 859.º não está aí empregue no sentido do art. 217.º, n.º 1, mas no de "claramente", "inequivocamente", significando que a vontade de novar não se presume, que ela deve manifestar-se clara ou inequivocamente([46])".

É verdade que a orientação de Vaz Serra parece marcada por uma intencionalidade mais ousada, tributária da sua proposta em sede de trabalhos preparatórios do Código Civil, posição, ulteriormente, retomada: "(Art. 1.º, n.º 2) A vontade de criar uma nova obrigação deve ser claramente manifestada, sendo de presumir, na dúvida, quando a relação obrigacional se apresentar economicamente como uma relação por completo distinta da que existia. Uma

---

([44]) *In* «Revista de Legislação e de Jurisprudência», ano 89.º, n.º 3087, janeiro de 1957, p. 287.

([45]) A. Ferrer Correia, *Lições de Direito Comercial*, *cit.*, p. 444.

([46]) *Anotação ao Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 25 de janeiro de 1974*, *cit.*, p. 27.

simples alteração da quantia devida ou da taxa de juro, o aditamento ou supressão de um prazo, de uma condição ou de uma pena convencional, a redacção de um documento ou a sua renovação e qualquer outra modificação acessória não dão, na dúvida, lugar a novação(47)". A relevância da *dúvida* evidenciava a abertura à admissibilidade da declaração tácita fundada num critério de *probabilidade*.

Escreve, no mesmo sentido, mais tarde, invocando o paralelismo com a remissão tácita da dívida: "A vontade de novar deve ser *clara*, *inequívoca*, dados os prejuízos que a novação pode causar às partes; não se nos afigura, contudo, que tenha de ser manifestada *expressamente*, no sentido de *directamente* (art. 217.º, n.º 1), por meios dirigidos a manifestá-la. (…) Ora, se a lei não exigir especialmente que a vontade de extinguir a obrigação e a de constituir a nova obrigação se manifestem expressamente, podendo, por isso, manifestar-se tacitamente, por factos que, com toda a probabilidade, as revelem (art. 217.º, n.º 1), parece de concluir que também a novação pode ser tacitamente convencionada. O principal efeito da novação que poderia explicar a exigência de uma expressa manifestação da vontade de novar é a extinção da obrigação anterior, designadamente das suas garantias e outras vantagens a ela adstritas. Mas esse efeito poderia também resultar de uma remissão da dívida (art. 863.º) e, todavia, a lei não exige que a vontade de remitir seja expressamente manifestada(48)". Constituem exemplos significativos da abertura à novação por declaração tácita as hipóteses de contratos extintivos de uma relação obrigacional que Vaz Serra pretende, para aquele efeito, análogos: "Haverá que supor que existe este acordo, *v.g.*, quando se deixe não cumprido durante largo tempo um contrato de fornecimento acerca de mercadorias de preço variável no mercado, sem que nenhuma das partes exija o seu cumprimento. E o mesmo quando um vendedor aceite sem reserva a mercadoria que se lhe devolve ou disponha por outro modo da coisa vendida e que o

---

(47) *Novação*, *in* «Boletim do Ministério da Justiça», n.º 72, janeiro de 1958, p. 71.

(48) *Anotação ao Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 25 de janeiro de 1974*, *cit.*, p. 26.

comprador se negou a aceitar([49])". Trata-se de factos que, *com toda a probabilidade*, permitem deduzir a manifestação de vontade considerada. Exclui-se, porém, que se apure nestes casos uma manifestação clara ou inequívoca dessa vontade.

E, no entanto, Vaz Serra, em escrito posterior, parece ter restringido o alcance da sua orientação às declarações tácitas que apresentem o sentido da vontade de forma unívoca, de modo necessário: "De resto, o facto de a novação extinguir a obrigação anterior, com as suas garantias e outras vantagens, fica suficientemente tido em conta se se exigir *que a vontade de novar seja inequívoca ou claramente manifestada. Daí derivaria que, quando o art. 859.º fala em manifestação «expressa» da vontade de novar quereria tão-somente exigir que essa vontade seja manifestada "inequivocamente", isto é, que ela se manifeste de modo a não ser duvidosa*" (itálico nosso)([50]). Ora, "*desta disposição (o art. 217.º, n.º 1) resulta que os 'factos concludentes', em que assenta a declaração tácita, não têm, necessariamente, de ser inequívocos em absoluto*, sendo suficiente que eles 'com toda a probabilidade' a revelem" (itálico nosso)([51]).

Finalmente, o direito comparado serve a Vaz Serra como um argumento adicional acerca da desnecessidade de uma estipulação expressa e, julga-se, adequável ao sentido por último apontado: «Não parece de exigir uma declaração *expressa*. O Código francês (art. 1273.º) exige que a vontade de novar "resulte claramente do acto". Também o Código italiano (art. 1230.º, alínea 2) se contenta com que a vontade de novar resulte "de modo não equívoco", o que não significa a necessidade de uma declaração expressa (…)([52])».

Eis, então, as conclusões da análise que efetuámos:

([49]) *Anotação ao Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 25 de janeiro de 1974*, *cit.*, p. 26.

([50]) *Anotação ao Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 13 de janeiro de 1977*, *in* «Revista de Legislação e de Jurisprudência», ano 110.º, n.º 3609, abril de 1978, p. 377.

([51]) *Anotação ao Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 13 de janeiro de 1977*, *cit.*, p. 377.

([52]) *Novação*, *cit.*, p. 47, nota 74.

1 — *Exclui-se, certamente, a necessidade de utilização da expressão novação ou substituição da obrigação anterior para a verificação deste fenómeno extintivo*. Veja-se o exemplo paralelo da fiança, na orientação jurisprudencial, considerando que o art. 628.º, n.º 1, exige que a vontade de prestar fiança seja expressamente declarada. Cita-se, a este respeito, o Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 14 de junho de 1972([53]): "Concluindo as instâncias que a fórmula — 'o presente contrato é abonado com a assinatura do Ex.mo Sr. Joaquim da Silva Barreira' — quis exprimir a fiança pelo recorrente concedida ao comprador, fica-se em face de uma vontade de afiançar expressamente declarada, como requer o art. 628.º do Código Civil. Tornando-se o negócio formal por vontade das partes, é de exigir para o sentido atribuído à declaração um mínimo de correspondência com o texto do respectivo documento, ainda que imperfeitamente expresso, como impõe o art. 238.º do Código Civil. As instâncias afirmaram a existência dessa correspondência, e o Supremo Tribunal também a reconhece. *Pois conceder abonação é conferir garantia por abonador, e se é certo que, em direito, a abonação significa em regra responsabilização pela solvência do fiador, esse sentido não podia ter o contexto porque nenhum outro fiador nele se refere; a abonação ou garantia que no mesmo contexto melhor se pode divisar é precisamente a concedida para o pagamento do preço convencionado*" (itálico nosso)([54]).

2 — *A aceitação de uma letra extingue a dívida por novação se esse for um efeito claro ou inequívoco da convenção executiva*. Neste sentido, a jurisprudência que concretiza o tema da relação entre o aceite de uma letra e a extinção da dívida vem considerando a necessidade de uma manifestação de vontade expressa de novar em sintonia com tal critério, entendimento que, aliás, serve, também, de fundamento à construção referida:

([53]) Processo 64123 (Relator: Eduardo Arala Chaves). *In* «Boletim do Ministério da Justiça», n.º 218, julho de 1972, pp. 222 e seguintes.

([54]) *In* «Boletim do Ministério da Justiça», n.º 218, *cit.*, pp. 224 e seguinte.

a) No Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 25 de janeiro de 1974 analisava-se a reivindicação do direito de propriedade sobre os ascensores e monta-cargas fornecidos e montados pela autora, e, subsidiariamente, o pedido de pagamento do preço correspondente, tendo o devedor assinado, como aceitante, letras no montante da dívida, que não foram pagas([55]). Nas condições de fornecimento, integradas no acordo das partes, excluía-se o direito de o fornecedor "retirar todos ou parte dos materiais fornecidos e ou montados" na hipótese de pagamento "em dinheiro ou por meio de letra aceite". A Relação julgou improcedente o reconhecimento da propriedade, por novação. O Supremo Tribunal de Justiça manteve a decisão. Vale a pena atentar na fundamentação, embora aplicando o art. 803.º do Código de Seabra (que, aliás, Pires de Lima e Antunes Varela, como vimos em nota, consideram acolhida no art. 859.º do Código Civil vigente)([56]): "(…) A entrega da letra (basta) para assegurar a não retirada dos ascensores e seus acessórios. Equivale, portanto, a pagamento, aliás, como tal considerado nas 'condições de fornecimento referidas'. Foi intenção das partes, com a emissão das letras, extinguir a relação causal. Não há uma declaração expressa de novação; mas basta que se deduza claramente dos termos do contrato (art. 803.º do Cód. Civil de 1867), ou dos 'factos concludentes'). (…) Não foi infringido (…) o art. 803.º do Código Civil de 1867. Com efeito, não se verificou tal violação, já que a locução 'novo contrato' do pré-citado dispositivo não computa o sentido estrito propugnado pela recorrente. Para que se dê novidade não se faz mister que os dois contratos constem de documentos diferentes. O caso em apreço contém duas formas de pagamento: em dinheiro ou mediante o aceite

---

([55]) Processo 64501 (Relator: Manuel José Fernandes Costa). *In* «Boletim do Ministério da Justiça», n.º 233, fevereiro de 1974, pp. 179 e segs., e «Revista de Legislação e de Jurisprudência», ano 108.º, n.º 3539, maio de 1975, pp. 19 e seguintes.

([56]) *Código Civil Anotado*, Vol. II, *cit.*, p. 146.

de uma letra de igual montante. A modalidade que figura em segundo lugar é nova em relação àquela que figura *in principio*. A Relação (…) pronunciou-se pelo pagamento (…). Efectivamente, proclamou que 'não se fez, neste aspecto, qualquer restrição; daí que a entrega da letra baste para assegurar a não retirada dos ascensores e seus acessórios. Equivale, portanto, a pagamento, aliás, como tal considerado nas condições de fornecimentos referidos'. Tal posição foi sintetizada no aresto em termos incisivos: 'Em face do exposto, interpreta-se aquele documento no sentido de ser intenção das partes, com a emissão das letras, extinguir a relação causal'. É certo que não há uma declaração expressa de novação; mas, consoante o disposto no citado art. 803.º, basta que se deduza claramente dos termos do contrato. (…) E tal interpretação foi deduzida claramente dos termos em que nas 'condições de fornecimento' foi estipulada a outra forma de pagamento([57])";

b) No Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 1 de junho de 1988 considerou-se que da interpretação de um conjunto de cláusulas de um acordo de apoio financeiro era possível concluir pela manifestação expressa da vontade de novar e, assim, exonerar os devedores da obrigação primitiva, neste caso os avalistas de livranças vencidas e não pagas e respetivos juros de mora([58]). Embora provando-se que o contrato de assistência financeira tinha como propósito viabilizar a empresa devedora, evitando a sua falência, julgou-se, também, demonstrado que, sem estipulação direta da novação ou substituição da obrigação anterior, a vontade foi, no entanto, expressamente manifestada. A decisão fundamenta-se, como se escreveu na consideração integral das cláusulas do contrato: "Se tomarmos de per si cada uma destas cláusulas e isoladamente as interpretarmos, bem

---

([57]) *In* «Boletim do Ministério da Justiça», n.º 233, *cit.*, pp. 181 e segs., e «Revista de Legislação e de Jurisprudência», ano 108.º, n.º 3539, *cit.*, pp. 21 e seguinte.

([58]) Processo 75953 (Relator: Baltazar Coelho). *In* «Boletim do Ministério da Justiça», n.º 378, julho de 1988, pp. 707 e seguintes.

> pode pensar-se não manifestar qualquer delas expressamente a vontade de novar. Mas, se as tomarmos no seu conjunto, e, sem mais, as apreciarmos em função da vida de qualquer empresa e da dinâmica creditícia, não podemos — cremos — deixar de ver nelas a manifestação expressa da vontade de novar([59])".

Julga-se adequado transcrever a passagem do Acórdão em que as cláusulas são analisadas, fundamentando a decisão do Supremo Tribunal de Justiça. Na verdade, ao contrário do que sucede no caso que é objeto deste parecer, em nenhum momento do contrato entre o devedor e os seus credores é feita referência a um fenómeno de extinção da dívida, circunstância que legitima, porventura, a dúvida sobre a verificação de uma substituição da relação anterior ou, tão-só, uma modificação da obrigação primitiva. O litígio, aliás, respeita aos coobrigados da empresa assistida, que não subscreveram a título pessoal o acordo: "— O passivo da Metalurgia Casal a curto e médio prazo foi *transformado* em passivo a longo prazo; — Procedeu-se à *reestruturação* dos planos de reembolso do passivo a médio prazo, crédito directo da Banca comercial; *Transformaram-se* em passivo a longo prazo as prestações de capital vencidas e não liquidadas e, — *Reestruturou-se* o plano de reembolso das prestações vincendas devidas ao Banco de Fomento Nacional; — Idênticas *transformações e reestruturações* foram feitas relativamente às prestações de capital vencidas e não liquidadas e vincendas do empréstimo do Fundo EFTA; — O passivo da Metalurgia Casal foi *estruturado de novo*; — Estabeleceu-se a abertura de *novas contas bancárias* e conferiu-se a estas instituições 'o direito de exigir a todo o momento a *titulação* dos seus créditos emergentes do Acordo de Assistência Financeira por *livranças*'; — A Metalurgia Casal obrigou-se a *'constituir* no prazo de noventa dias a contar…, *em garantia da totalidade dos passivos bancários, hipoteca e penhor mercantil* de todo o imobiliário existente', a favor dos Bancos do Fundo EFTA([60])".

([59]) *In* «Boletim do Ministério da Justiça», n.º 378, *cit.*, p. 714.
([60]) *In* «Boletim do Ministério da Justiça», n.º 378, *cit.*, p. 714.

E, sublinhe-se, a decisão abona-se num parecer de Antunes Varela. Cita-se uma passagem elucidativa deste parecer: "As expressões *transformação* de débitos, *transformação* de passivo, *reestruturação* dos planos de reembolso do passivo, postas na banca ou saídas da pena de um jurista ao serviço da Banca, apontam muito mais para a *substituição* das dívidas *antigas* pela criação dos *novos* débitos do que para a simples *alteração* das obrigações existentes, que o acordo pretendesse manter. As *expressões* usadas no texto devem mesmo, de harmonia com o *sentido* que um *declaratário normal* delas pode deduzir, nos termos do art. 236.º, 1, do Cód. Civil, ser consideradas como a tal *declaração expressa* da *vontade de novar*, de que a lei não prescinde para haver novação([61])".

E em versão ainda mais abrangente, nesse parecer: "Pode, portanto, dar-se como solução assente, à luz do texto e do espírito das cláusulas do acordo, bem como dos elementos extrínsecos capazes de auxiliar a sua interpretação, que houve realmente a vontade de extinguir as antigas obrigações da empresa, mediante *novação* (…)([62])".

Julgamos tratar-se de uma manifestação clara e inequívoca da vontade, como se lê, finalmente, no texto que citamos: "Os termos em que, na cláusula primeira do acordo, foi remodelado todo o passivo da empresa, a forma como repetidamente é designada no texto do Acordo a operação *(transformação de débitos… em passivo a longo prazo)* e o modo como na cláusula terceira foram definidos e regulados os *novos débitos* da empresa para com a Banca apontam claramente para a ideia de que os outorgantes quiseram *novar* e não apenas *alterar* ou *modificar* as obrigações anteriores([63])".

Em sentido diverso, argumentava Galvão Telles, considerando que as providências do acordo de assistência financeira se identificam com uma simples moratória. E, contudo, em entendimento convergente com a orientação que defendemos, escreve: "O mais conforme com a vontade normal das partes será que elas

---

([61]) *In* «Coletânea de Jurisprudência», ano XII, Tomo II — 1987, p. 44.
([62]) *In* «Coletânea de Jurisprudência», ano XII, Tomo II, *cit.*, p. 48.
([63]) *In* «Coletânea de Jurisprudência», ano XII, Tomo II, *cit.*, p. 50.

queiram a manutenção da obrigação existente; a substituição desta por uma obrigação nova envolve uma rotura que subverte o estado de coisas e pode ter consequências graves; e por isso compreende-se que o legislador exija que a vontade das partes favorável a essa rotura seja um dado *particularmente seguro*, não se prestando a *dúvidas e discussões*. Já o Código Civil de 1867 exigia que a vontade de novar se manifestasse *claramente* (art. 803.º); nos mesmos termos se exprime o Código Civil francês (art. 1273.º); e também o Código Civil italiano requer que a vontade de extinguir a obrigação precedente se manifeste de modo *não equívoco* (art. 1230.º)([64])".

c) Alguns anos mais tarde, em Acórdão de 27 de outubro de 1992, a Relação de Coimbra julgou um litígio com as mesmas características dos factos descritos na alínea anterior([65]). Tratava-se da ação proposta por um Banco contra os avalistas de livranças que à posse daquele vieram pelo desconto que fez, em razão do incumprimento da dívida no vencimento. O montante devido, acrescido de juros de mora, era contestado pelos réus com fundamento no acordo de assistência financeira celebrado entre o subscritor das livranças, de novo a Metalurgia Casal S.A, e os seus credores, circunstância que, em seu juízo, implicou a extinção das dívidas anteriores por novação. Decide a Relação no mesmo sentido do Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, acima citado: "O direito à titulação dos créditos por livrança — não à reforma dos anteriores títulos, repare-se —, a constituição pela Metalurgia, para garantia da totalidade dos passivos bancários, de hipoteca e penhor mercantil de todo o imobilizado existente e a adquirir — em clara substituição das garantias anteriores —, a transformação do passivo de curto prazo para longo prazo, a reestruturação dos planos de reembolso do passivo de médio prazo, a transformação em passivo de longo

([64]) *In* «Coletânea de Jurisprudência», ano XII, Tomo II, p. 35.

([65]) *In* «Coletânea de Jurisprudência», ano XVII, Tomo IV — 1992, pp. 95 e seguintes.

prazo das prestações vencidas e vincendas do capital, a abertura de novas contas para movimentos de caixa correspondentes, bem como os restantes elementos constantes, como os anteriores do Acordo de Assistência Financeira junto aos autos, a par da *falta de reserva expressa quanto à obrigação dos avalistas*, ora apelados, *patenteia clara e inequivocamente a vontade de aceitação pelo B.P.A. da extinção da dívida inicial — com a criação de outra — e das garantias prestadas pelos avalistas daquela, constituídas que fossem, e foram, as garantias reais*. *Até porque conhecendo, como conhecia, o B. P. Atlântico a vontade de novar de que estava animada a Metalurgia Casal, a declaração negocial vale com o sentido que um declaratário normal, colocado na posição real do declaratário possa deduzir do comportamento do declarante… e sempre que o declaratário conheça a vontade do declarante é de acordo com ela que vale a declaração emitida (n.os 1 e 2 do art. 236.º do C.C.)*" (itálico nosso)(66). Acresce a aplicação do art. 861.º, aliás subjacente a certa passagem do texto citado: "1. Extinta a obrigação antiga pela novação, ficam igualmente extintas, na falta de reserva expressa, as garantias que asseguravam o seu cumprimento, mesmo quando resultantes da lei; 2. Dizendo a garantia respeito a terceiro, é necessária também a reserva expressa deste"(67). É impressiva a ligação que a instância estabelece entre os termos do acordo e uma manifestação de vontade clara e inquívoca, remetendo-nos para o que, *expressamente*, dispunha o art. 803.º do Código de Seabra, acerca da exteriorização da vontade de novar.

d) Nos casos da letra de reforma, a entrega do título é considerada declaração expressa da novação da relação cambiária anterior. Veja-se ainda, neste sentido, o Acórdão do Supremo

(66) *In* «Coletânea de Jurisprudência», ano XVII, Tomo IV, *cit.*, pp. 97 e seguinte.
(67) *In* «Coletânea de Jurisprudência», ano XVII, Tomo IV, *cit.*, p. 97.

> Tribunal de Justiça de 26 de novembro de 2014([68]): "(…) foi proposto o pagamento da dívida titulada por todos aqueles cheques mediante o aceite da letra dada à execução nos presentes autos. A totalidade da quantia constante dos cheques é exactamente a mesma que consta da letra de câmbio dada à execução. O oposto (exequente) devolveu todos aqueles cheques ao senhor HH (então, legal representante da opoente) e ficou portador da letra aqui dada à execução. Esta factualidade é mais própria do instituto da novação (cf. art. 857.º do C. Civil) que, aqui, tem a sua expressão decisiva na devolução dos cheques que o exequente fez ao referido António Jorge aquando do aceite da letra aqui em questão. Na verdade, a dívida relacionada com os cheques é agora substituída pela titulada pela letra oferecida à execução (cf. art. 857.º do C. Civil). A factualidade que vem provada supra referenciada traduz seguramente a vontade expressa das partes nesse sentido e preenche a exigência do estatuído no art. 859.º do C. Civil. Note-se que 'é expressa a declaração quando feita por palavras, escrito ou qualquer outro meio directo de manifestação de vontade nos termos do n.º 1 art. 217.º do C. Civil' (cf. P. Lima e A. Varela *in* C. Civil Anotado, 2.ª ed., Vol. II, p. 131)".

Em suma, quando os tribunais são chamados a pronunciarem-se sobre factos de que resulte a vontade de novar, aceitam que o requisito da manifestação expressa se encontra preenchido se aquela vontade for clara ou inequívoca.

Afigura-se que esta é, também, a posição de Pessoa Jorge([69]): «Admitindo que nalguns casos as partes tenham interesse em recorrer à novação, o novo Código Civil manteve-a, como instituto autónomo. Todavia, *à semelhança do que já fazia o Código velho,*

([68]) Processo 1281/10.7TBAMT-A.P1.S1. (Relator: Tavares de Paiva). Pode ser consultado nas bases de dados jurídico-documentais do Instituto de Gestão Financeira e Equipamentos da Justiça, I.P.

([69]) Em sentido diverso do enquadramento que propomos, ver Luís Manuel Teles de Menezes Leitão, *Direito das Obrigações*, Vol. II, *cit.*, p. 204, nota 462 da página anterior.

exigiu que a vontade de novar fosse expressamente manifestada (art. 859.º); disto resulta que, havendo acordo das partes tendente à alteração da prestação ou à substituição do devedor ou do credor, na ausência dessa manifestação expressa de novar, o acto se deva qualificar como acordo modificativo do objecto da prestação ou como cessão do crédito ou assunção de dívida» (itálico nosso)([70]).

Manifesta abertura a uma análise congruente com a apreciação jurisprudencial citada, Almeida Costa: "(…) A distinção entre ambas as situações — a de verdadeira novação ou a de pura modificação ou alteração do vínculo obrigacional — oferece, não raro, árduas dificuldades práticas. Importará, em cada situação concreta, *apurar a exacta intenção das partes, através da interpretação e integração das respectivas declarações negociais*. Daí que a lei estabeleça, no art. 859.º, que "a vontade de contrair a nova obrigação em substituição da antiga deve ser expressamente manifestada". O preceito aplica-se, sem dúvida, tanto à novação objectiva como à subjectiva" (itálico nosso)([71]).

Parece, ainda, acompanhar esta orientação, Menezes Cordeiro([72]): "A vontade de novar das partes, traduzida na intenção patente de contrair nova obrigação em substituição da anterior, deve ser expressamente manifestada — art. 859.º. Este requisito é importante: só através dele é possível distinguir a novação objectiva da mera modificação contratual de obrigações e a novação subjectiva da cessão de créditos ou da assunção de dívidas. *Deve ficar claro*, numa hipótese ou na outra, que as partes pretendem, efectivamente, a extinção de uma obrigação e a constituição de obrigação diversa *(animus novandi)* e não, apenas, simples alterações" (itálico nosso)([73]).

([70]) *Direito das Obrigações*, Lisboa, 1975/76, pp. 656 e seguinte.

([71]) *Direito das Obrigações*, 12.ª edição, Coimbra, 2009, pp. 1112 e seguinte. Também aqui, parece-nos equívoco ver nesta orientação a exclusão da doutrina do Código de Seabra, como entende Luís Manuel Teles de Menezes Leitão, *Direito das Obrigações*, Vol. II, *cit.*, p. 204, nota 462 da página anterior.

([72]) Discorda dessa convergência Luís Manuel Teles de Menezes Leitão, *Direito das Obrigações*, Vol. II, *cit.*, p. 204, nota 462 da página anterior.

([73]) *Tratado de Direito Civil*, IX *(Direito das Obrigações. Cumprimento e Não Cumprimento. Transmissão. Modificação e Extinção. Garantias)*, Coimbra, 2014, p. 370.

É neste sentido que se manifesta, por último, Paulo Mota Pinto: "Onde se exige uma manifestação 'expressa' da vontade de contrair a nova obrigação em substituição da antiga, Vaz Serra requeria, portanto, uma declaração *clara*, *unívoca*. A novação da relação fundamental por uma obrigação cambiária, se não resulta do simples reconhecimento de dívida, ou de se contrair a obrigação cambiária, poderia, pois, resultar de factos claros, unívocos nesse sentido, assumindo o termo 'expresso' tal significado neste contexto. Isto, aliás, compreende-se também em face da *ratio* da exigência do art. 859.º, que consiste na necessidade de deixar claro que as partes quiseram a extinção da anterior obrigação e a sua substituição por uma nova. O decisivo, parece ser, portanto, a certeza ou clareza do acto praticado pelas partes (razão por que nalgumas legislações se refere que 'a novação não se presume'), e não tanto a noção de declaração tácita do art. 217.º, n.º 1 (sobretudo se determinada de modo correspondente a uma teoria subjectiva)([74])".

Acrescenta, ainda, com bastante interesse: «O problema da necessidade de uma *novatio expressis verbis* tem-se posto noutras ordens jurídicas e provém já do direito comum. Assim , por ex. E. Ehrlich, *Die Stillschweigende Willenserklärung*, cit., p. 294, escrevia: "apesar de C. 8 *de nov. et deleg.* 8.42 dificilmente permitir uma interpretação diversa do que a de que uma novação pressupõe uma declaração de vontade expressa, a opinião claramente maioritária dos autores e da jurisprudência vai, porém, no sentido de que para a novação já baste a intenção novatória *claramente* declarada (itálico nosso!). Ehrlich concluía, portanto, para o direito comum (citando nesse sentido as opiniões de Windscheid e Arndts), que o que interessava para a novação não era uma declaração expressa, oposta a uma declaração tácita, mas sim uma declaração clara.

(em apoio do texto, é citado, significativamente, um Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, decidindo que o *animus novandi* não se presume, deve ser provado por quem o invoque — p. 370, nota 849). No mesmo sentido, ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Direito das Obrigações*, 2.º Vol., Lisboa, 1980, p. 230.

([74]) PAULO MOTA PINTO, *Declaração Tácita e Comportamento Concludente no Negócio Jurídico*, *cit.*, pp. 498 e seguinte.

Também aqui o que interessaria não é um conceito de declaração tácita, mas perguntar "onde está a fronteira entre tal declaração expressa e aquela 'tácita' que (…) deve ficar sem efeitos"(75)».

4.3.4. A vontade expressa de novar na convenção executiva celebrada entre *A* e *B*

Feito este excurso para a determinação do conteúdo da vontade expressa de novar, estão construídos os alicerces para evidenciar a *extinção da obrigação de pagamento das prestações em dívida* emergentes do contrato de cedência de direitos relacionados com espetáculos desportivos celebrado entre *A* e *B*. Outro não seria o entendimento mesmo que a declaração expressa equivalesse à estipulação expressa a que o art. 803.º do Código de Seabra se referia.

Há vontade expressa de novar, porque se declarou por escrito a extinção da relação fundamental. Há vontade expressa de novar, porque, de qualquer modo, é clara ou inequívoca a intenção de extinguir a obrigação causal.

Foi dado como provado que *A* "solicitou o pagamento antecipado do contrato estabelecido entre as partes (…) por motivos de dificuldades financeiras (…) e necessidade de reforço da (…) liquidez". O acordo das partes é formalizado através da resposta, em carta, ao pedido do credor. É outro facto provado. No mesmo dia da mensagem, responde o devedor, nos seguintes termos: "(…) Conforme solicitado (…), junto enviamos em anexo os nossos aceites (…) para liquidação da prestação contratual devida (…). Mais informamos, que os encargos com o desconto dos aceites, serão da vossa responsabilidade, bem como os encargos que possam vir a ocorrer (…)".

A obrigação extinguiu-se porque o devedor satisfez a dívida anterior, assumindo uma nova obrigação. São sinónimos de cum-

---

(75) Paulo Mota Pinto, *Declaração Tácita e Comportamento Concludente no Negócio Jurídico*, *cit.*, p. 499, nota 180.

primento o *pagamento* e a *liquidação*, termos utilizados em sentido convergente pelo credor e pelo devedor desta relação.

Observa, com interesse para a nossa análise, Almeida Costa: "(…) Os autores e a lei empregam também a palavra *pagamento* para designar o cumprimento voluntário de toda e qualquer obrigação, mesmo de prestação de facto. Este sentido técnico-jurídico de pagamento não coincide com o seu significado na linguagem vulgar, em que se circunscreve ao cumprimento das obrigações pecuniárias([76])".

E à *liquidação* refere-se, também, a doutrina e a lei como expressão de conteúdo equivalente ao cumprimento. A respeito da lei, tem especial relevância, neste contexto, o disposto no art. 781.º: "Se a obrigação puder ser *liquidada* em duas ou mais prestações, a falta de realização de uma delas importa o vencimento de todas". Trata-se, evidentemente, de *cumprimento*.

Verifica-se, pois, uma estipulação expressa, no sentido que àquela era conferido pelo art. 803.º do Código de Seabra. Esta é a apreciação que se nos afigura correta. Há uma vontade expressa de extinguir a obrigação nessa formulação mais estrita, ainda que se silencie a menção ao instrumento técnico da extinção, ao fenómeno de cessação da obrigação, a novação.

De qualquer modo, a intenção de novar é *clara* ou *inequívoca*, pelo que, considerando a doutrina e a jurisprudência citadas, crê-se que a extinção da obrigação por novação é inevitável. Não há interpretação alternativa à extinção descoberta na *simbologia* ou *linguagem* utilizada, ou, segundo uma orientação comum, outro não é o sentido que o declaratário normal colhe da manifestação de vontade que se exprime por referência ao *pagamento* ou à *liquidação* da dívida.

Recorde-se, ainda, que, na data da celebração do contrato, e relativamente à época desportiva *X*, *B* entregara a *A* uma letra, antecipando, parcialmente, o pagamento da primeira prestação. A vontade de novar era, já, *inequívoca*, entregando o credor quitação. Acrescenta-se que o pagamento do remanescente daquela primeira prestação foi também antecipado, por transferência bancária.

([76]) *Direito das Obrigações*, *cit.*, p. 994.

Verifica-se, pois, uma *prática relacional* que, pretendendo facilitar o pagamento ao credor, *A*, extingue, também, a obrigação do devedor, *B*. Assim foi no contrato, assim é na dívida que agora se aprecia.

5. A extinção da dívida de *B* a *A* por dação em cumprimento

Reiteramos que a vontade de novar foi manifestada de forma expressa. O que agora se escreve pretende, tão-só, prevenir as consequências da interpretação que na convenção executiva descobrisse apenas uma declaração tácita e, desse modo, as consequências manifestamente injustas que para o devedor, considerando os factos enunciados, a subsistência da obrigação implicaria.

Julga-se admissível considerar que, em razão das circunstâncias do caso concreto, a assunção de uma dívida extinga a prestação devida por dação em cumprimento, desacompanhada de uma novação objetiva.

A interpretação da vontade das partes não pode ficar *aprisionada* aos efeitos do reconhecimento da ausência de uma declaração expressa, quando se conclui que as circunstâncias do caso concreto atestam a *iniquidade* da permanência da vinculação do devedor que se limitou a satisfazer um interesse do credor, a auxiliá-lo em grandes dificuldades financeiras e de tesouraria.

Nesse sentido o determina o art. 236.º do Código Civil, sobre o conteúdo da declaração, impondo que a declaração seja interpretada de acordo com o juízo que um declaratário normal pudesse deduzir do comportamento do declarante, nas circunstâncias em que se encontrava o declaratário real. *Se o credor solicita a antecipação do pagamento da dívida e a motiva com graves entorpecimentos do exercício da sua atividade, agradecendo a compreensão do devedor, a prestação deste só pode significar a extinção da obrigação.*

A dação em função do cumprimento assenta, preferentemente, na satisfação do interesse do devedor: "A vontade normal

das partes parece ser que o credor procure, primeiro, a sua satisfação mediante a coisa ou direito prestados em função do cumprimento, *pois o devedor, se fez essa prestação, é porque achou preferível que o credor se pague por tal meio*"([77]). A referência legal ao propósito de facilitar a satisfação do crédito parece ocultar a razão principal desta forma de extinção e que é, manifestamente, beneficiar o devedor. Escreve Ribeiro de Faria, a respeito do pagamento com cheque: "(…) A tese de Andrade (…), para o domínio legislativo anterior, de *que o pagamento com cheque não significava, no consentimento que o credor dava para ser pago dessa forma, mais do que a assunção do 'incómodo' da cobrança mas nunca a assunção de quaisquer 'riscos'*, e, por isso mesmo, que não exorbitava dos limites da dação 'pro solvendo', deve continuar a privilegiar-se ainda hoje na caracterização do regime de cumprimento efetuado dessa forma e não obstante a mutação legislativa de considerar esse 'cumprimento' de aceitação obrigatória" (itálico nosso)([78]).

Outro não pode ser o entendimento, considerando a interpretação do regime da dação em cumprimento, forma imediata de satisfação do crédito. Se nesta a extinção da obrigação ocorre com a prestação alternativa, sem que o credor assuma os riscos de um pagamento diferido, e, portanto, se facilita, *inequivocamente* a satisfação do seu crédito, a construção da norma do art. 837.º esclarece o objetivo que o regime acautela: a exoneração do devedor *("A prestação de coisa diversa da que for devida (...) só exonera")*. É certo que o interesse do credor é salvaguardado, pois o assentimento daquele é exigido, mesmo que a prestação alternativa seja de valor superior, e que razões práticas aconselham o seu acordo. Essa salvaguarda, porém, não obscurece que o devedor é, deste modo, exonerado da prestação substituída: "O cumprimento representa (…) a forma específica de realizar o fim da obrigação: o

---

([77]) A. Vaz Serra, *Dação em função do cumprimento e dação em cumprimento*, *in* «Boletim do Ministério da Justiça», n.º 39, novembro de 1953, p. 27.

([78]) *Direito das Obrigações*, Vol. II, Coimbra, 1990, p. 217, nota 2. No mesmo sentido, ver Luís Manuel Teles de Menezes Leitão, *Direito das Obrigações*, Vol. II, *cit.*, p. 183.

devedor assume aquele preciso comportamento a que se vinculou para com o credor. E, em princípio, só a realização da prestação devida — aquela e não outra qualquer — exonera o devedor. Todavia, de acordo com o princípio da autonomia da vontade, que domina em larga escala o direito das obrigações, nada impede que o credor dê o seu acordo a que o devedor realize uma prestação diversa da devida e que, assim, se libere. (…) Nada impede que o credor *aceda* a ver satisfeito o seu direito mediante a realização de um comportamento diferente do inicialmente previsto" (itálico nosso)([79]). Ainda: "O assentimento do credor é perfeitamente justificado já que, na sua ausência, o devedor não ficaria exonerado (por violar o princípio da pontualidade), podendo o credor, sem incorrer em mora, recusar uma prestação divergente da devida. Por outro lado, o credor deve poder ponderar sobre a utilidade ou valor da prestação sub-rogada([80])".

Neste contexto, a doutrina vê, geralmente, na dação em função do cumprimento um mandato conferido pelo devedor ao credor, reconhecendo, é certo, um interesse deste último em ver satisfeito o seu crédito, mas fundado em benefício do devedor. O interesse principal é do mandante, do devedor. "Supõe-se, na verdade, no n.º 2 deste art. 1170.º, o caso de o mandato ter sido conferido *também* no interesse do mandatário ou de terceiro, e não *apenas* no interesse destes. (…) Na *datio pro solvendo*, o mandante *visa obter a satisfação de um crédito* e, através da quantia recebida, *salda uma dívida*([81])".

A presunção estabelecida no art. 840.º, n.º 2, e a exigência de uma declaração expressa para a novação são congruentes com a proteção do interesse do credor contra um ato seu destinado, desde logo, a satisfazer uma pretensão do devedor. Em muitos

---

([79]) Fernando Augusto Cunha de Sá, *Modos de Extinção das Obrigações*, in «Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Inocêncio Galvão Telles», Coimbra, 2002, pp. 195 e seg.

([80]) José Carlos Brandão Proença, *Lições de Cumprimento e Não Cumprimento das Obrigações*, *cit.*, p. 25.

([81]) Pires de Lima e Antunes Varela, *Código Civil Anotado*, Vol. II, *cit.*, p. 810. Ver, com indicações bibliográficas, Luís Manuel Teles de Menezes Leitão, *Direito das Obrigações*, Vol. II, *cit.*, p. 183 e nota 418 dessa página.

casos, o benefício do devedor advém da vinculação do credor à prestação sinalagmática ou do favorecimento das condições de pagamento, proveito que a concessão de uma garantia, pelo aceite de uma letra, lhe proporciona. São diversos os exemplos de aplicação do art. 840.º, n.º 2, como sinalização da contrapartida das vantagens reconhecidas ao devedor:

a) No Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 12 de março de 1974, foi provado que houve entrega de cheques para garantia da restituição das quantias emprestadas([82]): "Em face da data das várias entregas de dinheiro, o diploma que regula o assunto é o Código Civil de Seabra. (…) Sucede que o Código de Seabra não formulou a teoria da dação em pagamento, fazendo-lhe, apenas, vagas referências (…). Só se verificaria uma dação em pagamento se se demonstrasse a intenção das partes de substituírem uma prestação por outra. O art. 840.º do Código Civil de 1966, é, pelo que se disse, inaplicável à hipótese, *sendo porém de notar que se não provou que os cheques tivessem sido entregues para o efeito de o autor os ir descontar mas como mera garantia*. (…) Não houve uma dação em pagamento tal como se entendia no regime previgente por tal conceito se contrapor ao de garantia" (itálico nosso)([83]).

b) Lê-se no Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 5 de março de 1976([84]): "(…) O negócio jurídico causal da emissão, ou seja a obrigação subjacente, é (…) o seguinte: o réu marido aceitou as letras em causa e entregou-as aos autores, tendo aposto nas mesmas a sua assinatura, *com o fim de garantir créditos* destes sobre si, isto porque os autores financiaram, em parte, o réu marido na construção dum prédio feito num lote de terreno situado na Reboleira,

---

([82]) Relator: Francisco Bruto da Costa. *In* «Revista de Legislação e de Jurisprudência», ano 108.º, n.º 3544/3545, 1 e 15 de agosto de 1975, pp. 106 e seguintes.

([83]) *In* «Revista de Legislação e de Jurisprudência», ano 108.º, n.º 3544/3545, *cit.*, p. 107.

([84]) Processo 66073 (Relator: João Moura). *In* «Boletim do Ministério da Justiça», n.º 255, abril de 1976, pp. 168 e seguintes.

terreno adquirido por este àqueles e que o réu marido pagou na totalidade, na altura da escritura. Portanto, tendo *sido as letras emitidas como garantia de créditos*, claro que o facto da emissão não extinguiu a obrigação preexistente donde derivam tais créditos; o *que se constituiu foi apenas uma obrigação cambiária, destinada a facilitar ao credor a satisfação do seu crédito. A entrega dos títulos representa neste caso uma dação 'pro solvendo'* (…)" (itálico nosso)([85]);

c) A respeito do Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 3 de dezembro de 1981, havendo a devedora aceite duas letras para obtenção de diferimento dos prazos de pagamento de prestações acordadas em dois contratos-promessas celebrados entre as partes e relativos à aquisição de um apartamento e do equipamento dessa fração, escreve Antunes Varela([86]): "O que a promitente-vendedora manifestamente pretendeu, com o capital de queixa acumulado durante o ano e meio de mora da contraparte e com a moratória que generosamente lhe concedeu, *não foi abdicar da antiga relação de crédito*, mas apenas reforçá-la com um título mais facilmente negociável e de exequibilidade mais expedita".

Se a iniciativa de promover uma prestação diferente daquela que foi inicialmente acordada entre as partes é do credor e em satisfação de interesses alheios à relação obrigacional, só o enquadramento dogmático numa forma de extinção imediata da obrigação se apura uma solução aceitável.

Neste caso, estaríamos perante uma dação em cumprimento resultante de iniciativa do credor, se excluirmos a existência de uma novação objetiva por ausência da declaração expressa respetiva. *A dicotomia entre a aplicação da presunção do art. 840.º, n.º 2, qualificando o ato do devedor como uma dação em função*

([85]) *In* «Boletim do Ministério da Justiça», n.º 255, *cit.*, p. 169.

([86]) *In* «Revista de Legislação e de Jurisprudência», ano 118.º, n.º 3730, maio de 1985, respetivamente, pp.23 e segs., e 31.

do cumprimento, e a novação, causa extintiva da obrigação nas hipóteses em que o devedor aceita uma letra em substituição da prestação inicialmente devida, desampara, injustificadamente, factos que a expressão da autonomia privada quis, manifestamente, subtrair à permanência da obrigação. Silenciar símbolos ou significados correntes é desnecessário para o afastamento da presunção do art. 840.º, n.º 2: "Nos termos do art. 840.º, n.º 2, presume-se que a dação que consista em cessão de crédito ou em assunção de dívida é feita *pro solvendo*. Visto tratar-se de mera presunção, não só as partes podem, naturalmente, estipular outra coisa como é possível produzir prova de que a dação realizada o foi, realmente, em cumprimento(87)".

Reitera-se, a presunção que essa norma estabelece tem uma *intencionalidade determinada*, protegendo o credor no exercício da sua colaboração com o devedor no cumprimento da obrigação. *Assim, a expressão de uma vontade, fosse até tacitamente manifestada, é juridicamente relevante, permitindo ilidir a presunção de dação em função do cumprimento na assunção de uma nova dívida para com o credor.* Na ausência de disposição em contrário, a lei equipara a declaração tácita à declaração expressa e aquela deduz-se de factos que com toda a probabilidade a revelam (art. 217.º). *Parece clara e unívoca a intenção das partes formalizada na troca de correspondência. Clareza e univocidade que, como se disse, permitiria adjetivar a vontade negocial como uma manifestação expressa nos termos exigíveis para o fenómeno de novação objetiva.*

Este entendimento respeita a prevalência da autonomia privada, sem excecionar a tipicidade dos factos que permitem a extinção das obrigações além do cumprimento. *É certo que haverá uma relação cambiária entre as partes, após o aceite da letra destinada a substituir a prestação pecuniária inicialmente devida. A consequência é, no entanto, irrelevante para a dação em cumprimento.*

A extinção dá-se com a «prestação de coisa diversa» (art. 837.º). Ora, o sentido atribuído a essa exigência é amplo, como sabemos.

---

(87) António Menezes Cordeiro, *Tratado de Direito Civil*, IX, *cit.*, p. 347. No mesmo sentido, António Menezes Cordeiro, *Direito das Obrigações*, 2.º Vol., *cit.*, pp. 211 e seguinte.

Reforçando a análise já efetuada, eis o que a esse respeito escreve, de forma bastante elucidativa, Fernando Augusto Cunha de Sá: "Nada autoriza (…) a interpretar restritamente o termo "coisa", de que o preceito lança mão. E tão pouco faria sentido argumentar com a própria designação do instituto (*dação* é substantivo que exprime a acção de *dar*), já que nem a utilização daquele termo nem a desta designação andaram associados a tal entendimento. De resto, nunca ele foi perfilhado pela doutrina, mesmo quando, à face do Código Civil de 1867, o instituto era tratado episodicamente, a propósito da compra e venda entre casados (art. 1564.º, § ún.) e, portanto, sem qualquer alcance geral. Claro está que se pode extinguir uma obrigação de *dare* mediante a prestação de uma coisa diversa da devida, como se o devedor da entrega de certa marca e modelo se exonera desta obrigação entregando ao credor, com consentimento deste, determinada soma pecuniária. Mas nada impede que, ainda no exemplo considerado, a liberação do devedor se opere através da realização por este de determinado serviço, *v.g.*, proceder à montagem da escrituração mercantil do credor. De igual modo, poderá extinguir-se uma obrigação de prestação de facto dando em pagamento dinheiro ou qualquer outra coisa. Assim, cabe falar de tantas modalidades da dação em cumprimento quantos os seus diversos objectos: a transmissão de um direito (*v.g.*, de um direito de usufruto ou de um direito de crédito), a assunção de uma dívida, a prestação de um serviço, a realização de um simples facto, a entrega de uma coisa (quer consista na transmissão da sua propriedade, quer da mera posse), etc. E tanto a nova prestação pode ser realizada pelo devedor, como por terceiro([88])".

Neste contexto, é admissível que a dação em cumprimento tenha por objeto o aceite de uma letra: "Figure-se a hipótese de *A* ser devedor de certa quantia a B e de acordar com ele solver esta dívida mediante o aceite de uma letra de câmbio, por importância igual ou superior, que B saca sobre A. O saque representa uma ordem de pagamento que B dá a A e o aceite significa que A se obriga a pagar a letra na data do respetivo vencimento. A criação

---

([88]) *Modos de extinção das obrigações*, in «Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Inocêncio Galvão Telles», Vol. I *(Direito Privado e Vária)*, Coimbra, 2002, pp. 196 e seg.

da obrigação cambiária e a correlativa extinção da obrigação originária, que está na intenção (por hipótese expressamente declarada) das partes corresponde (…) à figura da novação objectiva; mas porque esta novação objectiva é feita com *animus solvendi*, constitui ela também uma dação em pagamento(89)". E vimos que neste sentido se orienta alguma jurisprudência.

A nossa discordância relativamente a tal abordagem respeita à exigência da verificação cumulativa de um fenómeno de extinção da obrigação por novação objetiva. Como se a taxatividade dos modos diversos da cessação da obrigação além do cumprimento determinasse que a inaplicabilidade de uma causa excluísse a legitimidade de outra.

A lei diz que a novação objetiva assenta numa manifestação expressa da vontade, o que tão-só pode significar a impossibilidade de extinguir por novação sem a clareza da vontade das partes. Em sentido diverso, a dação em cumprimento basta-se com uma declaração tácita, inclusivamente para ilidir a presunção do art. 840.º, n.º 2.

Em geral, é fundamento relevante da diferença a diversidade estrutural destes modos de extinção: na dação em cumprimento, o credor recebe uma prestação, enquanto na novação recebe, apenas, um novo crédito, um novo direito a exigir uma prestação. Naquela está presente, em regra, a satisfação do direito do credor, nesta a criação de um novo vínculo obrigacional. A dilação temporal entre o nascimento do crédito e a extinção da obrigação justifica a cautela adicional da lei acerca da relevância da expressão da vontade das partes.

A conclusão não diverge, porém, se admitirmos que a cessão de um crédito ou a assunção de uma dívida pode significar, ainda, uma dação em cumprimento, independentemente da simultaneidade da novação objetiva. Ilide-se, pois, a presunção do art. 840.º, n.º 2, sem exigência de uma declaração expressa. Sabendo que é constituída uma nova obrigação, carece de justificação a possibilidade de uma declaração tácita. Na análise da relevância económica

---

(89) Fernando Augusto Cunha de Sá, *Modos de extinção das obrigações*, *cit.*, p. 197. Ver, também, A. Vaz Serra, *Dação em função do cumprimento e dação em cumprimento*, *cit.*, pp. 33 e seguinte, nota 17, p. 34, pp. 47 e seguintes e nota 39, p. 47.

da cessão de créditos ou da assunção de dívida, e nos regimes da dação em cumprimento e da novação objetiva, encontramos os dois pilares da resposta.

Desde logo, na cessão de créditos ou na assunção de dívida pode apurar-se um benefício económico direto do credor, constituindo o aceite de uma letra uma ilustração clara da afirmação. *A letra tem um valor económico autónomo, realizável pelas operações comerciais que, independentemente da data do vencimento da prestação, aproveitam, de imediato, ao credor.* Aqueles atos estarão, pois, mais próximos da prestação do que da «mera celebração do acordo transmissivo do direito», utilizando a expressão de Menezes Leitão(90).

Em segundo lugar, os regimes da dação em cumprimento e da novação objetiva. É certo que a extinção das garantias associadas à obrigação anterior e a inoponibilidade dos meios de defesa relativos à obrigação que se extinguiu são regimes comuns à novação e à dação em cumprimento. Sucede, porém, que a equivalência de efeitos não é plena: se a dação em cumprimento for declarada nula ou anulada, subsiste a vinculação do devedor à realização da prestação inicialmente devida, obrigação primitiva que, no caso da novação, permanece extinta se o cumprimento da nova obrigação for declarado nulo ou anulado(91). O art. 860.º, n.º 2, ressalva as hipóteses de nulidade ou de anulação da nova obrigação, mas, em razão da natureza da própria forma de extinção, a obrigação inicial é imune à invalidade do incumprimento.

Na hipótese de novação, o credor está impossibilitado de exigir a prestação originária se o cumprimento da nova obrigação for invalidado por vícios da vontade, incapacidade jurídica ou outra causa atendível. Verificando-se uma dação em cumprimento, renasce a obrigação anterior. Eis uma razão significativa para a relevância de uma vontade tácita, admitindo uma dação em cumprimento desacompanhada de uma novação objetiva. Enfim, *porque a desvinculação das partes da obrigação primitiva apresenta*

---

(90) *Direito das Obrigações*, Vol. II, *cit.*, p. 177.

(91) Cf. Fernando Augusto Cunha de Sá, *Modos de extinção das obrigações*, *cit.*, pp. 203 e seg.

um alcance maior na novação objetiva, é razoável, neste caso, exigir uma manifestação expressa da vontade.

Em sentido convergente com a solução que agora se propõe, escreve Brandão Proença: "Tendo (…) em conta a abertura propiciada pelo n.º 2 do art. 840.º, a relevância da autonomia privada e a circunstância de o legislador exigir que a novação objectiva seja expressão de uma vontade expressa, não vemos razões para não aceitar, no acordo extintivo, o diferimento da entrega do bem cuja propriedade já foi transmitida ao credor, a cedência de um crédito do devedor ou, mesmo, a assunção pelo devedor da obrigação (assumida *in solutum*) de pagar uma dívida do seu credor. O decisivo será sempre podermos considerar a obrigação assumida não com um sentido novo, autónomo, substitutivo da primitiva obrigação *(novandi causa)*, mas inserida num acordo que visa, apesar de tudo, a imediata extinção da obrigação existente(92)".

Justificando-se, assim, a autonomia da dação em cumprimento relativamente à novação, evita-se a solução manifestamente injusta que, a respeito de *B*, a aplicação singela das normas competentes, desacompanhada da ponderação concreta da convenção executiva celebrada entre as partes, determina. Nos termos da sentença, e porque se trata de uma *datio pro solvendo*, sem extinção da obrigação, é aplicável o art. 820.º: "Sendo penhorado algum crédito do devedor, a extinção dele por causa dependente da vontade do executado ou do seu devedor, verificada depois da penhora, é igualmente inoponível à execução". Ou seja, o devedor responde a um apelo do credor, motivado por dificuldades financeiras que àquele tão-só dizem respeito, por factos alheios à relação obrigacional, e, em razão de comportamentos exclusivamente imputáveis ao credor, torna-se responsável pelas dívidas do credor a um terceiro.

Assim, se não tivesse respondido prontamente a um apelo do credor, em razão das graves dificuldades financeiras e de tesouraria deste, o devedor estaria, agora, desonerado do encargo de pagar duas vezes a mesma dívida. É desajustado desconsiderar a razão, o motivo, que levou à constituição da relação cambiária ou conside-

---

(92) *Lições de Cumprimento e Não Cumprimento das Obrigações*, *cit.*, p. 27.

rar esse motivo, apenas, para efeitos de novação. E, acrescente-se, porque de uma relação cambiária se trata, o instrumento de extinção da dívida está na disponibilidade material do executado. As letras estão na sua posse([93]).

Deste modo, se o devedor satisfaz um interesse exclusivo do credor, antecipando o cumprimento da obrigação causal através do aceite de letras, e sem reserva mental, facto que o pagamento das letras no vencimento evidencia, concluir pela *datio pro solvendo* e, em consequência, pela aplicação do art. 820.º, é permitir um *enriquecimento antijurídico* (e não apenas *ajurídico*) de *A*.

6. Conclusões

Após a análise precedente, sintetizamos os resultados a que se chegou:

I Na sentença sobre que este parecer versa, decide-se que o recebimento das letras por *A* não consubstancia uma declaração expressa de *animus novandi*;

II Estamos em manifesto desacordo com a decisão, em razão dos termos da convenção executiva que determina o sentido da constituição da relação cambiária;

III Sem prejuízo da natureza abstrata desta relação, as partes definem, por acordo, a função de uma letra, condicionando, assim, a subsistência da obrigação fundamental;

IV A emissão dos títulos de crédito vem associada a um determinado negócio extracartular, numa

([93]) Sobre a dimensão real da letra, embora criticando a hiperbolização desse perfil, ver, por todos CAROLINA CUNHA, *Letras e Livranças. Paradigmas Atuais e Recompreensão de um Regime*, Coimbra, 2012, pp. 373 e segs.

dependência funcional a que o intérprete não pode ser alheio;

V A convenção executiva associa geneticamente, a obrigação cartular à relação fundamental, com implicações nas vicissitudes desta;

VI A convenção executiva pode extinguir a relação jurídica fundamental, se essa for a vontade das partes. Naquele acordo descobrimos os fundamentos para afetar a subsistência da obrigação primitiva, sendo a emissão do titulo de crédito destinada a solver a dívida;

VII Na novação, a manifestação de vontade das partes parece essencialmente determinada pelo efeito extintivo;

VII Em nosso entender, os factos do caso sobre que versa o parecer demonstram, sem margem para dúvidas, a existência de uma manifestação expressa da vontade de novar, em razão dos factos e em virtude da interpretação do art. 859.º;

IX Desde logo, a vontade de extinguir a obrigação é feita por escrito, meio direto de manifestação da vontade. Trata-se, pois, de uma declaração expressa, no sentido do art. 217.º. As declarações encontram-se no campo lexical da extinção das obrigações;

X Se outra fosse a interpretação, porque faltaria a utilização terminológica específica de novação ou de substituição da obrigação anterior, o sentido da vontade apresenta-se, no entanto, claro ou inequívoco e, como veremos, tal é bastante para o preenchimento da exigência estabelecida no art. 859.º;

XI O sentido geral do alcance da exigência de uma declaração expressa na lei tem sido fundamentalmente orientado para a demonstração clara, ine-

quívoca, da vontade, na tradução que daquela exigência vem a jurisprudência fazendo;

XII Se é a autonomização das circunstâncias concretas que o legislador procura com a previsão de uma declaração expressa, é clara e, assim, expressa a vontade manifestada por conceitos inequívocos, mesmo que se apure uma linguagem técnica alternativa. Serve de exemplo, e considerando os factos que agora apreciamos, a contraposição entre antecipação do pagamento ou liquidação da prestação e novação, quitação, cumprimento ou dação em cumprimento da obrigação;

XIII Segundo o art. 803.º do Código de Seabra, "a novação não se presume; é necessário que seja expressamente estipulada, ou que se deduza claramente dos termos do novo contrato". Dispunha, entretanto, o art. 648.º do mesmo Código que «a manifestação do consentimento pode ser feita de palavra, por escrito, ou por factos donde ele necessariamente se deduza»;

XIV Há uma diferença assinalável entre os conceitos de declaração tácita dados pelo Código de Seabra e pelo Código atual. Segundo o art. 217.º, n.º 1, vigente, é inexigível que a vontade seja uma consequência necessária dos factos. Na verdade, é suficiente que a vontade, "com toda a probabilidade", se deduza desses factos;

XV Em nosso entender, com este alargamento da declaração tácita, o legislador fez confluir no conceito de declaração expressa, quando a impõe, a vontade que constitua um efeito necessário da conduta do declarante;

XVI Enfim, porque a declaração tácita corresponde, agora, a uma vontade tão-só provável, admitindo outros sentidos possíveis, nas matérias em que o

legislador exigia uma estipulação expressa ou uma vontade clara, requer agora uma declaração expressa, de sentido equivalente. Foge, assim, aos riscos de uma declaração tácita, tal como ela é descrita no Código atual;

XVII A obrigatoriedade de uma declaração expressa tem uma intencionalidade negativa, excludente, afastando as declarações tácitas fundadas num critério de probabilidade, em razão da opção tomada pelo legislador no art. 217.º. Na novação, a declaração expressa não se restringe, pois, à estipulação expressa que o art. 803.º previa, antes compreende a comunicação que evidencia, de forma inequívoca ou clara, a vontade de novar, o *animus novandi*;

XVIII Na orientação daqueles que no art. 803.º do Código de Seabra consideravam legitimada a novação por declaração tácita, a vontade clara de novar coincidia com a dedução que, necessariamente, os factos impõem, segundo o art. 648.º citado;

XIX Em face do art. 859.º, e ponderando a doutrina e a jurisprudência relevantes, consideram-se teses fundamentadas as seguintes: *a*) exclui-se a necessidade de utilização da expressão novação ou substituição da obrigação anterior para a verificação deste fenómeno extintivo; *b*) a aceitação de uma letra extingue a dívida por novação, se esse for um efeito claro ou inequívoco da convenção executiva;

XX Neste sentido, escreve Antunes Varela, em parecer: "As expressões *transformação* de débitos, *transformação* de passivo, *reestruturação* dos planos de reembolso do passivo, postas na banca ou saídas da pena de um jurista ao serviço da Banca, apontam muito mais para a *substituição*

das dívidas *antigas* pela criação dos *novos* débitos do que para a simples *alteração* das obrigações existentes, que o acordo pretendesse manter. As *expressões* usadas no texto devem mesmo, de harmonia com o *sentido* que um *declaratário normal* delas pode deduzir, nos termos do art. 236.º, 1, do Cód. Civil, ser consideradas como a tal *declaração expressa* da *vontade de novar*, de que a lei não prescinde para haver novação";

XXI Foi dado como provado que *A* "solicitou o pagamento antecipado do contrato estabelecido entre as partes (…), por motivos de dificuldades financeiras (…) e necessidade de reforço da sua liquidez";

XXII O acordo das partes é formalizado através da resposta, em carta, ao pedido do credor. É outro facto provado;

XXIII A obrigação extinguiu-se porque o devedor satisfez a dívida anterior, assumindo uma nova obrigação. São sinónimos de cumprimento o pagamento e a liquidação, termos utilizados em sentido convergente pelo credor e pelo devedor desta relação;

XXVI Verifica-se, pois, uma estipulação expressa, no sentido que àquela era conferido pelo art. 803.º do Código de Seabra. Esta é a apreciação que se nos afigura correta. Há uma vontade expressa de extinguir a obrigação nessa formulação mais estrita, ainda que se silencie a menção ao instrumento técnico da extinção, ao fenómeno de cessação da obrigação, a novação;

XXV De qualquer modo, a intenção de novar é *clara* ou *inequívoca*, pelo que, considerando a doutrina e a jurisprudência citadas, crê-se que a extinção da obrigação por novação é inevitável. Não há interpretação alternativa à extinção descoberta na *sim-*

bologia ou *linguagem* utilizada, ou, segundo uma orientação comum, outro não é o sentido que o declaratário normal colhe da manifestação de vontade que se exprime por referência ao *pagamento* ou à *liquidação* da dívida;

XXVI Recorde-se, ainda, que, na data da celebração do contrato, *B* entregara a *A* uma letra, antecipando, parcialmente, o pagamento da primeira prestação. A vontade de novar era, já, *inequívoca*, entregando o credor quitação. Acrescenta-se que o pagamento do remanescente daquela primeira prestação foi também antecipado, por transferência bancária;

XXVII Verifica-se, pois, uma *prática relacional* que, pretendendo facilitar o pagamento ao credor extingue, também, a obrigação do devedor. Assim foi no contrato, assim é na dívida que agora se aprecia;

XXVIII A vontade de novar foi manifestada de forma expressa. Subsidiariamente, pretende-se, no entanto, prevenir as consequências da interpretação que na convenção executiva descobrisse apenas uma declaração tácita e, desse modo, as consequências manifestamente injustas que para o devedor, considerando os factos enunciados, a subsistência da obrigação implicaria;

XXIX Julga-se admissível considerar que, em razão das circunstâncias do caso concreto, a assunção de uma dívida extinga a prestação devida por dação em cumprimento, desacompanhada de uma novação objetiva;

XXX A interpretação da vontade das partes não pode ficar *aprisionada* aos efeitos do reconhecimento da ausência de uma declaração expressa, quando se conclui que as circunstâncias do caso concreto atestam a *iniquidade* da permanência da vinculação do devedor que se limitou a satisfazer um

interesse do credor, a auxiliá-lo em grandes dificuldades financeiras e de tesouraria;

XXXI Nesse sentido o determina o art. 236.º do Código Civil, sobre o conteúdo da declaração, impondo que a declaração seja interpretada de acordo com o juízo que um declaratário normal pudesse deduzir do comportamento do declarante, nas circunstâncias em que se encontrava o declaratário real. Se o credor solicita a antecipação do pagamento da dívida e a motiva com graves entorpecimentos do exercício da sua atividade, agradecendo a compreensão do devedor, a prestação deste só pode significar a extinção da obrigação;

XXXII A dação em função do cumprimento assenta, preferentemente, na satisfação do interesse do devedor;

XXXIII A presunção estabelecida no art. 840.º, n.º 2, e a exigência de uma declaração expressa para a novação são congruentes com a proteção do interesse do credor contra um ato seu destinado, desde logo, a satisfazer uma pretensão do devedor;

XXXIV Se a iniciativa de promover uma prestação diferente daquela que foi inicialmente acordada entre as partes é do credor e em satisfação de interesses alheios à relação obrigacional, só o enquadramento dogmático numa forma de extinção imediata da obrigação se apura uma solução aceitável;

XXXV A dicotomia entre a aplicação da presunção do art. 840.º, n.º 2, qualificando o ato do devedor como uma dação em função do cumprimento, e a novação, causa extintiva da obrigação nas hipóteses em que o devedor aceita uma letra em substituição da prestação inicialmente devida, desampara, injustificadamente, factos que a expressão da autonomia privada quis, manifestamente, subtrair à permanência da obrigação;

XXXVI A expressão de uma vontade, fosse até tacitamente manifestada, é juridicamente relevante, permitindo ilidir a presunção de dação em função do cumprimento na assunção de uma nova dívida para com o credor. Na ausência de disposição em contrário, a lei equipara a declaração tácita à declaração expressa e aquela deduz-se de factos que com toda a probabilidade a revelam (art. 217.º). Parece clara e unívoca a intenção das partes formalizada na troca de correspondência. Clareza e univocidade que, como se disse, permitiria adjetivar a vontade negocial como uma manifestação expressa nos termos exigíveis para o fenómeno de novação objetiva;

XXXVII É certo que haverá uma relação cambiária entre as partes, após o aceite da letra destinada a substituir a prestação pecuniária inicialmente devida. A consequência é, no entanto, irrelevante para a dação em cumprimento;

XXXVIII A doutrina, em geral, reconhece que a dação em cumprimento pode ter por objeto a assunção de uma dívida;

XXXIX Em geral, é fundamento relevante da diferença entre a novação e a dação em cumprimento a diversidade estrutural destes modos de extinção: na dação em cumprimento, o credor recebe uma prestação, enquanto na novação recebe, apenas, um novo crédito, um novo direito a exigir uma prestação. Naquela está presente, em regra, a satisfação do direito do credor, nesta a criação de um novo vínculo obrigacional. A dilação temporal entre o nascimento do crédito e a extinção da obrigação justifica a cautela adicional da lei acerca da relevância da expressão da vontade das partes;

XL A cessão de um crédito ou a assunção de uma dívida pode significar, ainda, uma dação em cumprimento, sem a simultaneidade da novação objetiva. Ilide-se, pois, a presunção do art. 840.º, n.º 2, demonstrando a existência de uma declaração tácita;

XLI E tal solução é ajustada ao alcance das formas de extinção convocadas: *a*) na cessão de créditos ou na assunção de dívida pode apurar-se um benefício económico direto do credor, constituindo o aceite de uma letra uma ilustração clara da afirmação. A letra tem um valor económico autónomo, realizável pelas operações comerciais que, independentemente da data do vencimento da prestação, aproveitam, de imediato, ao credor. Aqueles atos estarão, pois, próximos da prestação; *b*) na hipótese de novação, o credor está impossibilitado de exigir a prestação originária se o cumprimento da nova obrigação for invalidado por vícios da vontade, incapacidade jurídica ou outra causa atendível. Verificando-se uma dação em cumprimento, renasce a obrigação anterior. Enfim, porque a desvinculação das partes da obrigação primitiva apresenta um alcance maior na novação objetiva, é razoável, neste caso, exigir uma manifestação expressa da vontade;

XLII Justificando-se, assim, a autonomia da dação em cumprimento relativamente à novação, evita-se a solução manifestamente injusta que, a respeito do devedor, a aplicação singela das normas competentes, desacompanhada da ponderação concreta da convenção executiva celebrada entre as partes, determina. Nos termos da sentença, e porque se trata de uma *datio pro solvendo*, sem extinção da obrigação, é aplicável o art. 820.º: "Sendo penhorado algum crédito do devedor, a extinção dele

por causa dependente da vontade do executado ou do seu devedor, verificada depois da penhora, é igualmente inoponível à execução". Ou seja, o devedor responde a um apelo do credor, motivado por dificuldades financeiras que àquele tão-só dizem respeito, por factos alheios à relação obrigacional, e, em razão de comportamentos exclusivamente imputáveis ao credor, torna-se responsável pelas dívidas do credor a um terceiro;

XLIII Assim, se não tivesse respondido prontamente a um apelo do credor, em razão das graves dificuldades financeiras e de tesouraria deste, o devedor estaria, agora, desonerado de pagar duas vezes a mesma dívida. É desajustado desconsiderar a razão, o motivo, que levou à constituição da relação cambiária ou considerar esse motivo, apenas, para efeitos de novação. E, acrescente-se, porque de uma relação cambiária se trata, o instrumento de extinção da dívida está na disponibilidade material do executado. As letras estão na sua posse;

XLIV Deste modo, se o devedor satisfaz um interesse exclusivo do credor, antecipando o cumprimento da obrigação causal através do aceite de letras, e sem reserva mental, facto que o pagamento das letras no vencimento evidencia, concluir pela *datio pro solvendo* e, em consequência, pela aplicação do art. 820.º, é permitir um *enriquecimento antijurídico* (e não apenas *ajurídico*) a *A*.

Lisboa, 18 de maio de 2015

DIVÓRCIO, CESSAÇÃO DA COABITAÇÃO CONJUGAL E CRITÉRIO LEGAL DA PARTILHA

Por João Espírito Santo(*)

SUMÁRIO:

1. A questão: um caso real. **2.** O divórcio e o segundo Código Civil português: entre 1967 e 1978. **3.** O divórcio e o segundo Código Civil português: entre reformas (1977-2008). **4.** A reforma do direito matrimonial de 2008: (I) o termo das relações patrimoniais entre os cônjuges e (II) o critério legal da partilha.

1. A questão: um caso real([1])

A e **B** casaram em 1999. Em setembro de 2009, **A** cessou a coabitação com **B**, abandonando a casa de morada de família e fixando domicílio num outro local. Em janeiro de 2011, **A** instaurou ação de divórcio contra **B** com o fundamento do art. 1780.º, *a*), e requereu a fixação da data do início da separação, nos termos e

---

(*) Professor Auxiliar da Faculdade de Direito de Lisboa. O presente escrito foi elaborado para os *Estudos em homenagem aos Professores João de Castro Mendes e Adelino da Palma Carlos*.

([1]) Os preceitos legais citados sem indicação da origem reportam-se ao Código Civil português vigente, exceto se outra integração sistemática resultar implicitamente do contexto discursivo.

para os efeitos do art. 1789.º, n.º 2. A conciliação, tentada pelo juiz nos termos do art. 1779.º, n.º 1, resultou gorada.

B apresentou contestação mas não impugnou a alegada falta de coabitação há mais de um ano. O juiz designou data para julgamento. Na data do julgamento os cônjuges aceitaram convolar o divórcio sem consentimento em divórcio por mútuo consentimento. Por essa razão, o julgamento não se efetuou. O tribunal decretou o divórcio por mútuo consentimento.

Em subsequente ação de partilha do património conjugal, **A** veio sustentar que a data da produção dos efeitos do divórcio seria a do trânsito em julgado da decisão que decretou o divórcio. **B**, por seu turno, instaurou incidente visando a demonstração da data do termo da coabitação inicialmente alegada por **A** na ação de divórcio, para os efeitos do art. 1789.º, n.º 2.

2. O divórcio e o segundo Código Civil português: entre 1967 e 1978([2])

Na versão originária do Código Civil, o divórcio — causa de dissolução do casamento (art. 1789.º) introduzida no direito nacional pelo primeiro ato legislativo promanado do poder republicano, o Decreto n.º 1, de 3 de novembro de 1910([3]/[4]) — só era admitido,

---

([2]) Os anos indicados são os do início de vigência, respetivamente, do Código Civil e do DL n.º 496/77, de 25 de novembro.

([3]) No primeiro Código Civil português (1867) o casamento era considerado como *contrato perpétuo* (art. 1056.º), só dissolúvel *mortis causa*, pese embora o facto de a relação jurídica matrimonial poder ser modificada *inter vivos* através de separação judicial de pessoas e bens ou de simples separação judicial de bens, tidas legalmente como modalidades de *interrupção da sociedade conjugal* (arts. 1203.º e ss.). O código reconhecia dois institutos de casamento, o católico e o civil (art. 1057.º: *os católicos celebrarão os casamentos pela forma estabelecida na igreja católica. Os que não professarem a religião católica celebrarão o casamento perante o oficial do registo civil, com as condições e pela forma estabelecida na lei civil*), atribuindo ao primeiro efeitos civis [art. 1069.º: *o casamento católico só produz efeitos civis, sendo celebrado em conformidade com as leis canónicas recebidas neste reino, ou por elas reconhecido* (…)].

([4]) A fonte próxima do Decreto n.º 1 terá sido o projeto de lei do divórcio de Luís de Mesquita, advogado no Porto [cf., entre outros, Eduardo dos Santos, *Curso de Direito da Família*, Tomo II, Lisboa, 1978-1979, 270, polic.; Pires de Lima/Antunes Varela,

diretamente, com carácter litigioso (art. 1792.º)([5]) e fundado em causas típicas, exceto no que se reportava à cláusula geral do *facto que ofendesse gravemente a integridade física ou moral do outro cônjuge* (art. 1778.º *ex vi* art. 1792.º), e, ainda assim, nem todos os casamentos eram dissolúveis *inter vivos*. Na verdade, determinava o art. 1790.º serem indissolúveis por divórcio os casamentos católicos celebrados após 1 de agosto de 1940 e, bem assim, os casamentos civis, *quando, a partir dessa data houvesse sido celebrado casamento católico entre os mesmos cônjuges*, no que, aliás, o Estado Português dava execução à Concordata celebrada com a Santa Sé([6]), e cerca de vinte anos após a aprovação do DL n.º 30.615, de 25 de junho de 1940, que introduziu no ordenamento nacional o casamento católico com efeitos civis, modificando a emblemática *Lei do Divórcio* da I.ª República: a n.º 1, de 25 de Dezembro de 1910([7]).

Dissolúveis por divórcio seriam apenas os casamentos (exclusivamente) civis, bem como os católicos celebrados antes de 1 de

---

Código Civil Anotado, IV, Reimp. (2011) da 2.ª ed. (1992), Coimbra Editora, Coimbra, 521]. Para alguns traços caracterizadores do sistema do divórcio introduzido pelo decreto republicano, cf., entre outros, Patrícia Rocha, "O divórcio sem culpa", *in Comemorações dos 35 anos do Código Civil e dos 25 anos da reforma de 1977*, AA. VV., I, Coimbra Editora, Coimbra, 567; Rita Lobo Xavier, "A relação especificada de bens comuns: relevância jurídica da sua apresentação no divórcio por mútuo consentimento", *in Julgar*, 8, 2009, 13 e 14; Jorge Duarte Pinheiro, *O Direito da Família contemporâneo*, 3.ª ed., reimp., 2011, 678 e 679.

([5]) Art.1792.º *(Carácter litigioso)*, redação originária: "[o] divórcio só pode ser requerido judicialmente por um dos cônjuges com fundamento em algum dos factos referidos no art. 1778.º, ou mediante conversão da separação judicial de pessoas e bens".

([6]) Art. XXII: "[o] Estado Português reconhece efeitos civis aos casamentos celebrados em conformidade com as lei canónicas, desde que a ata do casamento seja transcrita nos competentes registos do estado civil […]"; art. XXIV: "[e]m harmonia com as propriedades essenciais do casamento católico, entende-se que, pelo próprio facto da celebração do casamento canónico, os cônjuges renunciarão à faculdade civil de requererem o divórcio, que por isso não poderá ser aplicado pelo tribunais civis aos casamentos católicos". Relativamente aos casamentos indissolúveis por divórcio, não podia, obviamente, ser requerida a conversão de uma prévia separação judicial de pessoas e bens em divórcio (cf. a n. anterior).

([7]) É interessante, neste domínio, a leitura da monografia de Filipe de Arede Nunes, *Estado Novo, casamento e Código Civil: contributo para o estudo da história do pensamento político português*, AAFDL, Lisboa, 2011, 161, sobre as condicionantes ideológicas do direito matrimonial nos anteprojetos do Livro do Direito da Família.

agosto de 1940, que, no quadro da realidade sociológica do Portugal de então, se mostravam — prova-se estatisticamente — quase inexpressivos. As causas que lhe serviam de fundamento eram comuns à separação judicial litigiosa de pessoas e bens (arts. 1773.º, 1778.º e 1792.º)([8]): (*i*) o adultério do outro cônjuge; (*ii*) as práticas anticoncecionais ou de aberração sexual exercidas contra a vontade do requerente; (*iii*) a condenação definitiva do outro cônjuge, por crime doloso, em pena de prisão superior a dois anos, qualquer que fosse a natureza desta; (*iv*) a condenação definitiva pelo crime de lenocínio praticado contra descendente ou irmã do requerente, ou por homicídio doloso, ainda que não consumado, contra o requerente ou qualquer parente deste na linha reta ou até ao terceiro grau da linha colateral; (*v*) a vida e costumes desonrosos do outro cônjuge; (*vi*) o abandono completo do lar conjugal por parte do outro cônjuge, por tempo superior a três anos; e, (*vii*) qualquer outro facto que ofendesse gravemente a integridade física ou moral do requerente. Ainda assim, só justificariam que fosse decretado o divórcio se o juiz entendesse que as circunstâncias do caso não aconselhavam apenas a separação judicial de pessoas e bens (art. 1794.º)([9]). Refira-se ainda, e a terminar este ponto, que, sendo aplicável ao divórcio o regime dos arts. 1779.º a 1785.º([10]), relativos à separação litigiosa de pessoas e bens, o juiz, se decretasse o divórcio, deveria fixar ainda a culpa do mesmo: apenas de um dos cônjuges ou de ambos, podendo, neste último caso, ser declarado um *principal culpado* (art. 1783.º)([11]). Do *estabelecimento* da culpa, exclusiva ou principal, decorria o efeito previsto no art. 1784.º: o cônjuge em questão não podia receber na partilha mais do que receberia se o casamento houvesse sido celebrado segundo o regime da comunhão de adquiridos (art. 1784.º)([12]), o que, no contexto normativo-sistemático em causa, tinha o significado de uma sanção patrimonial.

([8]) Todos na respetiva redação originária.
([9]) Redação originária.
([10]) Todos na respetiva redação originária.
([11]) Redação originária.
([12]) Redação originária.

A Revolução de 1974 determinou um novo paradigma constitucional, sendo que a nova Constituição, de 1976, ditaria a necessidade de uma reforma do Código Civil no âmbito da regulação da família, para o harmonizar com o recém erguido princípio constitucional da igualdade dos cônjuges no casamento (art. 36.º, n.º 3)([13]), que tornara supervenientemente inconstitucional o princípio civil do poder marital (art. 1674.º)([14]), bem como as normas, relativas ao casamento, que pressupunham a hierarquização dos cônjuges *qua tale*([15]). Era, portanto, o trilho inicial de uma transição entre paradigmas no direito matrimonial, que viria depois a consolidar-se na reforma do Código Civil de 1977 (DL n.º 496/77, de 25 de novembro), incidindo fundamentalmente sobre os Direitos da Família e das Sucessões([16]). Entre estes dois polos cronológicos há exemplos de legislação intercalar que prenunciou algumas das opções que viriam depois a constar do Código Civil([17]).

A reforma do Código Civil veio, por um lado, confirmar a possibilidade da dissolução por divórcio a todos os casamentos, independentemente de se tratar de casamento civil ou católico, e,

---

([13]) *Os cônjuges têm iguais direitos e deveres quanto à capacidade civil e política e à manutenção e educação dos filhos*. A este preceito há que acrescentar o do art. 293.º, que, sob a epígrafe *direito ordinário anterior* determinava, no n.º 1, que *o direito anterior à entrada em vigor da Constituição mantém-se, desde que não seja contrário à Constituição ou aos princípios nela consignados*, e, no n.º 3, que *a adaptação das normas atinentes ao exercício dos direitos, liberdades e garantias consignados na Constituição estará concluída até ao fim da primeira sessão legislativa*.

([14]) Redação originária.

([15]) Cf., entre outros, Jorge Duarte Pinheiro, *O ensino do Direito da Família contemporâneo*, AAFDL, Lisboa, 2008, 51.

([16]) Uma interessante retrospetiva sobre os trabalhos da reforma encontra-se em Isabel de Magalhães Collaço (que presidiu à Comissão encarregada pelo Governo de rever o Código Civil), "A reforma de 1977 do Código Civil", *in Comemorações dos 35 anos do Código Civil e dos 25 anos da reforma de 1977*, AA. VV., I, Coimbra Editora, Coimbra, 17-40, sendo que, nas palavras da A., e por referência ao teor do originário art. 293.º, "[e]mbora se encontrassem, ao longo de todo o Código Civil, muitos preceitos contrários à Constituição ou aos princípios nela consignados, que dele teriam que ser expurgados ou 'adaptados' à nova lei fundamental, era sobretudo no domínio do Livro IV (Direito da Família) e no Livro V (Direito das Sucessões) que se detetavam as grandes contradições entre as prescrições aí contidas e os novos princípios trazidos pela Constituição de 1976".

([17]) Sobre os movimentos reformistas verificados, em diversos países, a partir de finais de década de sessenta, Jorge Duarte Pinheiro, *O ensino…*, *cit.*, 47 e ss.

por outro lado, admitir o divórcio por mútuo consentimento dos cônjuges, sendo que o regime do divórcio litigioso foi reformulado. Quanto aos casamentos católicos posteriores a 1 de agosto de 1940, a admissibilidade de divórcio implicou, previamente, a modificação da Concordata celebrada com a Santa Sé em 7 de maio de 1940, o que ocorreu em 15 de fevereiro de 1975, com a assinatura de um protocolo adicional à mesma, que alterou a redação do art. XXIV. Sequência interna desse protocolo foi a aprovação do DL n.º 261/75, de 27 de maio (*Diário do Governo* n.º 122, I.ª Série), que alterou a redação do art. 1792.º do Código Civil, do qual, sob a epígrafe de *divórcio litigioso e por mútuo consentimento*, passou a constar que "[o] divórcio pode ser requerido judicialmente por um dos cônjuges com fundamento em algum dos factos referidos no art. 1778.º, ou mediante conversão da separação judicial de pessoas e bens, ou por mútuo consentimento". No n.º 4 do seu preâmbulo pode ainda ler-se que "[m]ais extensa e profunda alteração se pretende para o direito da família vigente, mas não se quer deixar de imediatamente dar satisfação aos desejos de muitos portugueses verem regularizada a sua situação e a dos filhos, pelo que se legisla já no sentido de permitir o divórcio dos casados catolicamente […]".

O divórcio — direto — por mútuo consentimento é, desde então, uma constante no direito português, mas a sua concreta configuração variou nos mais de trinta anos que decorreram desde a reintegração, em 1975, no ordenamento civil. Essa variação tem sido sempre no sentido da eliminação de limites à autonomia privada dos cônjuges quanto à obtenção consentida do divórcio, cujo *levantamento* é manifestação de um *favor matrimonii* que não temos por justificado e de reprovável *paternalismo legislativo*. Na verdade, na formulação do divórcio por mútuo consentimento resultante da reforma de 1977, o mesmo só poderia ser obtido se os cônjuges, concordantes embora na sua obtenção, estivessem casados há mais de três anos (art. 1775.º, n.º 1). Ainda assim, o direito dos cônjuges ao divórcio por mútuo consentimento era de exercício necessariamente judicial, contemplando o respetivo processamento duas conferências: na primeira, que o juiz convocaria se reunidos os requisitos legais para a obtenção do divórcio (designa-

damente, os acordos a que se referia o art. 1775.º, n.º 2), deveria tentar conciliá-los e, se o não conseguisse, adverti-los de que deveriam renovar o pedido de divórcio num prazo não inferior a três meses, legalmente qualificado como *período de reflexão*, e não superior a um ano (art. 1776.º, n.º 1); na segunda, o juiz deveria, de novo, tentar a conciliação dos cônjuges (art. 1777.º); se o não conseguisse e se se tivessem obtido acordos que acautelassem suficientemente os interesses de ambos os cônjuges e dos filhos, seria decretado o divórcio (art. 1778.º).

Quanto à realização da primeira conferência é de salientar que o art. 1420.º, n.º 1, do Código de Processo Civil([18]) permitia ao juiz que para a mesma convocasse "[p]arentes ou afins dos cônjuges ou quaisquer pessoas em cuja presença veja utilidade".

Já no que respeita ao divórcio litigioso, resultou da reforma de 1977 que qualquer dos cônjuges poderia requerer o divórcio se o outro violasse culposamente os deveres conjugais [fidelidade, coabitação, cooperação e assistência (art. 1672.º)] quando, pela sua gravidade ou reiteração, tal comprometesse a possibilidade da vida em comum (art. 1779.º, n.º 1). Ao que fica dito acresciam os fundamentos de divórcio litigioso previstos no art. 1781.º: (*i*) separação de facto por seis anos consecutivos; (*ii*) ausência, sem que do ausente houvesse notícias, por tempo não inferior a quatro anos; (*iii*) alteração das faculdades mentais do outro cônjuge, quando durasse há mais de seis anos e, pela sua gravidade, comprometesse a possibilidade de vida em comum.

Abandonou-se, assim, no divórcio litigioso, o sistema puro da *sanção*, para as causas que se elencavam no art. 1778.º (redação originária), a partir do instituto da separação judicial de pessoas e bens [art. 1778.º (redação originária)], para o centrar, por uma via, numa combinação de duas cláusulas gerais (*i*) *violação culposa de deveres conjugais* (*ii*) que, *por razões de gravidade ou de reiteração*, *comprometa a possibilidade da vida em comum*, a meio caminho entre o *divórcio-sanção* e a conceção do chamado *divórcio-rutura* e, por outra via, na criação de uma tipologia de causas *não*

([18]) Redação do DL n.º 513-X/79, de 27 de dezembro.

culposas de divórcio (art. 1781.º), correspondente à conceção do chamado *divórcio-remédio*([19]).

3. O divórcio e o segundo Código Civil português: entre reformas (1977-2008)

O direito matrimonial português relativo ao divórcio sofreu nova reforma em 2008, produto da Lei n.º 61/2008, de 31 de outubro([20]). A qualificação de *reforma* para a alteração legislativa verificada é justa: o novo regime reflete uma valoração geral do instituto diversa da do direito anterior([21]).

Não vá sem assinalar-se, contudo, que, entre as duas reformas (1977-2008) se produziram algumas modificações legislativas no regime do divórcio que foram prenunciando o sentido evolutivo atingido em 2008.

Assim, em 1995 (DL n.º 163/95, de 13 de julho) foi modificada a redação do n.º 2 do art. 1773.º, permitindo que o divórcio por mútuo consentimento fosse requerido nas conservatórias do

---

([19]) Cf., entre outros, João de Castro Mendes, *O Direito da Família*, AAFDL, 1978/1979, 171; Miguel Teixeira de Sousa, *O regime jurídico do divórcio*, Almedina, Coimbra, 1991, 9; Carlos Pamplona Corte-Real/José Silva Pereira, *Direito da Família. Tópicos para uma reflexão crítica*, 2.ª ed., AAFDL, Lisboa, 2011, 179; Jorge Duarte Pinheiro, *O ensino…*, *cit.*, 54.

([20]) Sobre a sua *fonte de inspiração*, os *Princípios de Direito da Família Europeu*, cf. Jorge Duarte Pinheiro, "Ideologias e ilusões no regime jurídico do divórcio e das responsabilidades parentais", *in Estudos em homenagem ao Professor Doutor Carlos Ferreira de Almeida*, III, Almedina, Coimbra, 2011, 485-487.

([21]) Uma reforma do direito matrimonial, mais amplamente, resultou da posterior — e exígua — Lei n.º 9/2010, de 31 de maio, que, alterando a redação do art. 1577.º do Código Civil *(Noção de casamento)*, veio permitir o casamento civil entre pessoas do mesmo sexo. Do nosso ponto de vista, tal constituía um imperativo constitucional (art. 13.º, n.º 2, da CRP, após a revisão de 2004) e de cidadania; revemo-nos, pois, na doutrina que, a partir da alteração de 2004 do art. 13.º, n.º 2, da CRP, para nele integrar uma proibição da discriminação entre cidadãos em razão da orientação sexual, clamou pela alteração do art. 1577.º do Código Civil, em razão de inconstitucionalidade superveniente [entre outros, Carlos Pamplona Corte Real/Isabel Moreira/Luís Duarte d'Almeida, *O casamento entre pessoas do mesmo sexo, três pareceres sobre a inconstitucionalidade dos arts. 1577.º e 1628.º, alínea* e)*, do Código Civil*, Almedina, Coimbra, 2008, *passim*; Pedro Múrias, *Um símbolo como bem juridicamente protegido (Parecer)*, disponível em <http://muriasjuridico.no.sapo.pt/PMuriasParecerCPMS.pdf> (consultado em 9 de abril de 2013)].

registo civil e decretado por conservador, eliminando-se a segunda conferência antes exigida no processo (exclusivamente) judicial destinado a decretá-lo (revogação do art. 1777.º). Esta alteração do Código Civil surgiu na sequência da aprovação de um novo Código do Registo Civil, pelo DL n.º 131/95, de 6 de junho, que passou a incluir um processo, privativo do registo civil, de divórcio e de separação de pessoas e bens por mútuo consentimento (arts. 271.º a 274.º).

Em 1998 (Lei n.º 47/98, de 10 de agosto) foi eliminado, relativamente ao divórcio por mútuo consentimento, o requisito cronológico de duração do casamento por mais de três anos (art. 1775.º, n.º 1, na redação da reforma de 1977), passando a constar do art. 1775.º, n.º 1, que o divórcio poderia ser requerido pelos cônjuges *a todo o tempo*. Foi ainda alterada a epígrafe do art. 1781.º, passando a ser *rutura da vida em comum*, e tendo-lhe sido acrescentada uma nova alínea *b*), nos termos da qual constituiria causa de divórcio litigioso a separação de facto por um ano, se o mesmo fosse requerido por um dos cônjuges sem a oposição do outro([22]).

Em 2001 (DL n.º 272/2001, de 13 de outubro) foi atribuída competência exclusiva às conservatórias de registo civil para decretar o divórcio por mútuo consentimento quando requerido *qua tale* por ambos os cônjuges, preservando-se a competência dos tribunais judiciais para o efeito relativamente aos casos de divórcio por mútuo consentimento que tivessem resultado da convolação de processos de divórcio litigioso.

No domínio do divórcio litigioso, é de assinalar que se não prescindiu da declaração do cônjuge culpado ou principal culpado, se culpa houvesse a imputar quanto à dissolução do casamento (art. 1787.º)([23/24]), tendo-se mantido no art. 1790.º([25]) a regra de

---

([22]) Sobre o âmbito desta reforma, cf. JORGE DUARTE PINHEIRO, *O ensino*…, *cit.*, 95.

([23]) Redação do DL n.º 496/77.

([24]) Imediatamente antes da reforma de 2008, JORGE DUARTE PINHEIRO, *O ensino*…, *cit.*, 97, antecipava ser "[…] natural a evolução para um sistema em que seja abolido o divórcio com fundamento em violação culposa de deveres conjugais […] e em que seja admissível, sem grandes restrições, a dissolução do vínculo matrimonial por decisão unilateral de um dos cônjuges".

([25]) Redação do DL n.º 496/77.

que o cônjuge culpado não poderia receber na partilha mais do que receberia se o casamento houvesse sido celebrado sob o regime da comunhão de adquiridos.

Para os efeitos que aqui interessam, importa ainda considerar que a reforma de 1977 fixou um conjunto de regras novas relativamente ao momento da produção dos efeitos do divórcio: (*i*) tais efeitos, pessoais e patrimoniais, produzem-se a partir do trânsito em julgado da respetiva sentença, mas retrotraem à data da propositura da ação quanto às relações patrimoniais entre os cônjuges; e, (*ii*) estando provada no processo a falta de coabitação dos cônjuges, qualquer deles pode requerer que os efeitos do divórcio retrotraiam à data, que a sentença fixará, em que a coabitação tenha cessado por culpa exclusiva ou predominante do outro (art. 1789.º, n.os 1 e 2, respetivamente). A retroação dos efeitos patrimoniais do divórcio é, todavia, inoponível a terceiros, que podem prevalecer-se da data do registo da sentença (art. 1789.º, n.º 3).

Este conjunto de regras insere-se numa subsecção — a quarta do Capítulo XII *(Divórcio e separação judicial de pessoas e bens)* do Título II *(Do casamento)* do Livro IV *(Direito da Família)* —, relativa aos efeitos do divórcio, que, na sistematização legal resultante da reforma de 1977, era comum às duas modalidades de divórcio legalmente reconhecidas. Por esse motivo, compreendia-se que a regra do n.º 1 se referisse ao trânsito em julgado da *respetiva sentença*: no quadro dessa reforma, o divórcio, qualquer que fosse a modalidade em causa, só poderia resultar de uma decisão judicial; mal se compreende, porém, que uma tal referência não tenha sido eliminada *qua tale* logo em 1995, quando se admitiu, quanto ao divórcio por mútuo consentimento, que o mesmo pudesse resultar de decisão de conservador do registo civil e menos se compreende que continue a manter-se, mesmo depois da metamorfose do processo de divórcio por mútuo consentimento num procedimento administrativo, da competência das conservatórias do registo civil([26]). É certo que o art. 1778.º-A, aditado pelo DL n.º 163/95, de 13 de julho, estabelecia, no n.º 2, que as decisões

([26]) *Supra*, neste número.

proferidas pelos conservadores, no âmbito da sua competência, produziam os mesmos efeitos das sentenças judiciais sobre divórcio por mútuo consentimento([27]), mas tal não colmatava o *defeito material* de que o n.º 1 do art. 1789.º, depois das modificações introduzidas no ordenamento pelo referido DL n.º 163/95, passou a padecer, por *demasiado estreito*.

A regra do n.º 2 do art. 1789.º comporta, na redação da reforma de 1977, um defeito sistemático originário: embora integrada numa subsecção que respeita aos efeitos do divórcio, independentemente da modalidade (litigioso ou por mútuo consentimento, no contexto dessa reforma), tinha o seu âmbito limitado ao divórcio litigioso, uma vez que pressupunha uma aferição de declaração da culpa, exclusiva ou predominante de um dos cônjuges([28]/[29]).

4. A reforma do direito matrimonial de 2008: (I) o termo das relações patrimoniais entre os cônjuges e (II) o critério legal da partilha

I — A reforma do Direito da Família de 2008 (Lei n.º 61/ /2008, de 31 de outubro) rompeu com a conceção do *divórcio-sanção*, eliminando o divórcio assente na violação culposa de deveres conjugais, que foi substituído pelo *divórcio sem o consentimento de um dos cônjuges* (art. 1773.º, n.º 1, na redação dessa lei). O direito nacional conhece hoje, portanto, o divórcio por mútuo consentimento, e o que, sendo litigioso *lato sensu*, não se estriba na culpa de um dos cônjuges: é requerido apenas por um dos cônjuges, contra o outro, fundando-se no *catálogo* de causas do art. 1781.º, *a*) a *c*), e na cláusula geral da alínea *d*), cuja redação atual resulta tam-

---

([27]) Atual art. 1776.º, n.º 3 (redação da Lei n.º 61/2008, de 31 de outubro).

([28]) *Infra*, 4.

([29]) Cf., entre outros, Miguel Teixeira de Sousa, *O regime jurídico do divórcio*, *cit.*, 105; Pereira Coelho/Guilherme de Oliveira, *Curso de Direito da Família*, I, 4.ª ed. (2007; reimp., 2011), Coimbra Editora, Coimbra, 2011, 669 e 670; Nuno de Salter Cid, "Desentendimentos conjugais e divergências jurisprudenciais", *in Lex Familiae*, Ano 4, n.º 8 (2007), 5.

bém da Lei n.º 61/2008([30]). Na vigente redação do art. 1781.º espelha-se um sistema de divórcio que combina as conceções do *divórcio-constatação*, do *divórcio-rutura* e do *divórcio-remédio*([31]).

Neste conspecto podemos, assim, notar que: (*i*) os factos elencados no art. 1781.º, que antes fundavam o divórcio litigioso, para além da cláusula geral da *violação culposa dos deveres conjugais* (art. 1779.º, n.º 1, na redação do DL n.º 496/77), passaram, *grosso modo*, a constituir fundamentos de *divórcio sem consentimento de um dos cônjuges*; (*ii*) o elenco desses factos foi alargado com a separação de facto por um ano consecutivo, que antes constituía fundamento de divórcio litigioso, sendo requerido por um dos cônjuges sem oposição do outro([32]/[33]).

Sendo o principal sentido da reforma do direito matrimonial a proscrição da culpa no instituto do divórcio e a consequente eliminação de um conjunto normativo significativo da conceção do *divórcio-sanção*, era expectável a eliminação ou, pelo menos, a modificação da regra do n.º 2 do art. 1789.º([34]). Assim aconteceu: a regra vigente determina agora que *se a separação de facto entre os cônjuges estiver provada no processo, qualquer deles pode requerer que os efeitos do divórcio retrotraiam à data, que a sentença fixará, em que a separação tenha começado*. Prescindindo da questão da culpa, a consequência jurídica mantém-se: fazer retroagir os efeitos patrimoniais do divórcio à data do início da separa-

---

([30]) Cf., entre outros, JORGE DUARTE PINHEIRO, *O Direito da Família contemporâneo*, *cit*., 689.

([31]) *Idem*, 692.

([32]) Tratava-se da norma do art. 1781.º, n.º 1, *b*), na redação da Lei n.º 47/98, de 10 de agosto; a alínea *a*) do mesmo artigo, na redação da referida Lei n.º 47/98, determinava constituir fundamento do divórcio *a separação por três anos consecutivos*. Na redação do art. 1781.º resultante da reforma de 1977, este último prazo era de seis anos [sobre os antecedentes da reforma, que podem encontrar-se na legislação posterior à Revolução de 1974, cf. PIRES DE LIMA/ANTUNES VARELA, *Código Civil Anotado*, IV, *cit.*, 539 (anot. ao art. 1781.º)].

([33]) O que seja *separação de facto*, para este efeito, corresponde à noção do art. 1782.º, n.º 1.

([34]) Próxima, RITA LOBO XAVIER, *Recentes alterações ao regime jurídico do divórcio e das responsabilidades parentais. Lei n.º 61/2008, de 31 de outubro*, Almedina, Coimbra, 2010 (reimp. da edição de 2009), 32.

ção de facto, o que pode ser relevante para efeitos de partilha, *v. g.*, para fundar direitos de crédito de um dos ex-cônjuges sobre a massa patrimonial comum, resultantes do cumprimento integral pelo mesmo de obrigações que, nos termos do n.º 3 do art. 1789.º e do regime de bens de comunhão concretamente aplicável, devessem considerar-se comunicáveis.

Aparentemente, ao legislador de 2008 não se suscitaram dúvidas sobre a permanência de um sentido útil para tal solução — uma vez que introduziu no preceito respetivo uma modificação tendente a harmonizá-lo com a nova conceção do divórcio — nem sobre a do art. 1790.º, como de seguida veremos, apesar de a configuração do ordenamento resultante da reforma não compreender já os pressupostos histórico-normativos que estiveram na origem da norma do n.º 2 do art. 1789.º, na redação da reforma de 1977: o *divórcio-sanção* e a culpa, exclusiva ou principal, de um dos cônjuges no divórcio(35).

O que nos propomos avaliar é, pois, se a solução em causa tem um sentido útil no contexto normativo que resultou da reforma de 2008 para o divórcio e, a ser a resposta positiva, qual é o âmbito da mesma relativamente às duas modalidades de divórcio que o ordenamento conhece atualmente.

Antes de 2008, e desde 1977, o direito português conhecia já o divórcio direto por mútuo consentimento — como foi visto —, modalidade que não estava abrangida no âmbito da regra do n.º 2 do art. 1789.º, na redação que para a mesma resultou da reforma de 1977; na verdade, a regra não se circunscrevia expressamente ao divórcio litigioso, uma vez que se fixava na *culpa* relativa à cessação da coabitação e não à culpa imputada pelo próprio divórcio(36). A ligação exclusiva da regra do n.º 2 do art. 1789.º com o divórcio litigioso intuía-se, todavia, da existência de uma *culpa*, conceito

---

(35) *Infra*, neste número.

(36) Sobre as dificuldades interpretativas colocadas pelo preceito, cf., entre outros, Nuno de Salter Cid, "Desentendimentos conjugais…", *cit*. 5 e ss., sustentando a interpretação restritiva do mesmo, que só beneficiaria o cônjuge inocente ou menos culpado no divórcio, mesmo que o outro não fosse o culpado ou principal culpado da separação da cessação da coabitação, com o que se concorda; Rita Lobo Xavier, *Recentes alterações*…, *cit.*, 32 e 33.

totalmente alheio ao divórcio por mútuo consentimento. Existiam, todavia, motivos técnicos que permitiam explicar a referida circunscrição da regra do n.º 2 do art. 1789.º, que se passam a expor.

No sistema original, resultante da reforma de 1977 do Código Civil, o divórcio por mútuo consentimento teria necessariamente que resultar de uma decisão judicial, proferida no termo de um processo de jurisdição voluntária (arts. 1419.º a 1424.º do Código de Processo Civil, na redação do DL n.º 573-X/79, de 27 de setembro); na introdução de um divórcio por mútuo consentimento com carácter administrativo (DL n.º 163/95, de 13 de julho) preocupou-se o legislador com a determinação do respetivo procedimento, que correspondeu inicialmente ao dos arts. 271.º a 274.º do Código do Registo Civil aprovado pelo DL n.º 131/95, de 6 de junho. Compreensivelmente, tratando-se de uma dissolução do casamento obtido com base no consentimento de ambos os cônjuges, no qual estes não têm que revelar a causa do divórcio (art. 1775.º, n.º 2, na redação do DL n.º 496/77; art. 1773.º, n.º 1, na redação da reforma de 2008), a estrutura processual-civil e procedimental-administrativa nunca comportou um ónus de alegação de factos e de demonstração dos mesmos compatível com a *especificação e o questionário* do processo declarativo, até à reforma de 1995 do Código de Processo Civil (art. 511.º), e, depois dela, dos *factos assentes* e da *base instrutória* (art. 511.º, n.º 2, do Código de Processo Civil, na redação do DL n.º 329-A/95, de 12 de dezembro), dois conjuntos de questões probatórias reportados ao despacho saneador.

Ora, a vigente redação do art. 1789.º, n.º 2, parece, a uma primeira análise, comportar um resultado paralelo ao do divórcio culposo no contexto de um sistema normativo concebido como de *divórcio-sem-o-estigma-da-culpa* e, portanto, como um *corpo estranho* ao mesmo. Na verdade, se a prova da separação de facto no processo, aí referida, for estritamente entendida como o resultado da fixação de um facto provado, constitutivo de um direito para o qual se requer tutela, contra a pretensão, efetiva ou potencial, de uma contraparte, não se compreende a razão da manutenção da regra num contexto normativo que lhe é globalmente antitético.

O enunciado agora constante do art. 1789.º, n.º 2, foi já objeto de pronúncias doutrinárias que, descontada a atribuição de culpa no

divórcio, convergem para uma interpretação paralela à que antes podia fazer-se a partir da sua anterior redação, limitando o seu âmbito ao divórcio litigioso([37]), a variante, agora, seria a de que o âmbito da regra se limitaria ao divórcio requerido por um dos cônjuges sem o consentimento do outro; convergência total entre as normas, com ambas as redações, existiria quanto à exclusão do seu âmbito do divórcio por mútuo consentimento([38]). Todavia, deve o intérprete questionar-se, criticamente, se o novo contexto normativo global do divórcio não terá tido um influxo no sentido objetivo que deva agora atribuir-se à *reformada* regra do n.º 2 do art. 1789.º.

Repare-se, um dos cônjuges pode ter interesse na retroação dos efeitos patrimoniais do divórcio à data da separação de facto — atente-se no caso atrás apresentado — e, a ser correta a interpretação *convergente* do art. 1789.º, n.º 2, será o mesmo *empurrado* para a modalidade de divórcio *sem o consentimento de um dos cônjuges*, e mais do que isso, forçado a rejeitar a conversão do mesmo em divórcio por mútuo consentimento (art. 1779.º, n.º 2), submetendo a causa de pedir ao escrutínio de um julgamento, porque só essa modalidade de divórcio lhe garantiria a possibilidade de fazer retroagir os efeitos à data da separação de facto [poder-se-ia contra-argumentar aqui que, se o outro cônjuge não se opõe à retroação dos efeitos patrimoniais do divórcio, nada impede que, divorciando-se por mútuo consentimento (eventualmente por conversão de um divórcio que se iniciou por um dos cônjuges sem o consentimento do outro), obtenham os ex-cônjuges um resultado material equivalente através da partilha; é verdade, mas também o é que o cônjuge que tem interesse na retroação e, não obstante isso, consente no divórcio, não tem garantia alguma de que a não oposição do outro à obtenção de um resultado material equivalente à retroação se manterá no momento de efetuar a partilha].

Não cremos que este resultado — que é um *corpo estranho* num sistema legal de divórcio que baniu a culpa e privilegiou o

---

([37]) *Supra*, n. 29.

([38]) Rita Lobo Xavier, *Recentes alterações…*, *cit.*, 37 e 38; Tomé d'Almeida Ramião, *O divórcio e questões conexas. Regime jurídico atual*, 3.ª ed., *Quid Iuris?*, Lisboa, 2011, 87.

consenso — tenha sido o pretendido pelo legislador de 2008. É mesmo contraditório com o espírito do sistema.

Há que verificar, assim, se a letra da norma do art. 1789.º, n.º 2, tem elasticidade suficiente para comportar um outro resultado interpretativo. Cremos que a resposta é afirmativa. Na verdade, se ambos os cônjuges, num comum requerimento de divórcio por mútuo consentimento alegarem a separação de facto e a data do seu início, por um lado, e, por outro lado, requererem que os efeitos retroajam a essa data, não vemos razão de monta para que o juiz, na decisão que decrete o divórcio, deixe de fixar essa data. O mesmo se diga, relativamente a um divórcio iniciado por um dos cônjuges sem o consentimento do outro, quando este não conteste a alegação da separação de facto e as partes estejam de acordo quanto à data em que a mesma se iniciou: não havendo risco de desaplicação da regra, não constituirá isso obstáculo à conversão do divórcio à modalidade do mútuo consentimento (art. 1779.º, n.º 2). Cremos que se trata de um resultado interpretativo coerente com as coordenadas de um conjunto normativo que, por um lado, proscreveu a culpa como matriz orientadora do divórcio sem mútuo consentimento e, por outro lado, privilegia o divórcio por mútuo consentimento.

A este resultado interpretativo não constitui obstáculo de monta o uso legislativo da locução *sentença*, sendo que a decisão de um processo de divórcio por mútuo consentimento não configura uma sentença em sentido estrito, mas antes uma *resolução*. Na verdade, de *sentença* pode, corretamente, falar-se em sentido amplo, valendo a expressão por *decisão judicial*, sentido que seria o considerado na interpretação fixada para o preceito; aliás, é esse sentido amplo de *sentença* que comparece no n.º 3 do art. 1789.º, que vem já da reforma de 1977.

Já no que respeita ao divórcio requerido junto de Conservatória do Registo Civil, cremos que a remissão do art. 1776.º, n.º 3, tem amplitude suficiente para abranger a norma do art. 1789.º, n.º 2, desde que, naturalmente, e por se tratar necessariamente de divórcio por mútuo consentimento, ambos os cônjuges aleguem a data do início da separação de facto e requeiram a retroação nos termos daquela norma.

Suscita-se por último, a questão de saber se, não tendo nenhum dos cônjuges requerido a retroação até à decisão final do processo judicial que decreta o divórcio, caduca o respetivo direito, ou se o mesmo pode ainda ser exercido posteriormente à decisão final, provocando, assim, um processamento autónomo. Dividem-se nesta matéria a doutrina e a jurisprudência. Não se tratando de questão que possa aqui ser analisada na amplitude de toda a argumentação de ambas as teses, declaramos a nossa adesão à opinião favorável à possibilidade de o requerimento da retroação dos efeitos ser eficazmente efetuado depois de promanada a decisão que decreta o divórcio([39]). Tratando-se de divórcio decretado por conservador do registo civil, não parece que exista meio processual que acoberte essa possibilidade, não sendo para tal suficiente a consideração de ser o Código de Processo Civil subsidiariamente aplicável aos processos privativos do registo civil (art. 231.º do Código do Registo Civil).

II — Já foi atrás visto que o legislador português de 1966 associou à culpa de um dos cônjuges no divórcio a consequência de não poder o mesmo receber na partilha mais do que receberia se o casamento houvesse sido celebrado sob o regime da comunhão de adquiridos (art. 1784.º, na versão originária; art. 1790.º, na da reforma de 1977), o que, bem vistas as coisas, constituía uma forma de o fazer perder benefícios que eventualmente pudesse haver adquirido em consequência de o casamento haver sido submetido ao regime típico da comunhão geral ou a um regime atípico com uma comunhão mais intensa do que a que resultaria do regime típico da comunhão de adquiridos([40]).

Na reforma de 2008 foi modificado o art. 1790.º, que agora conta com uma curiosa formulação: em caso de divórcio, nenhum

---

([39]) Sobre o assunto veja-se, com ampla indicação de jurisprudência, Nuno de Salter Cid, "Desentendimentos conjugais…", *cit.*, 7 e ss. Para uma perspetiva doutrinária adversa à sustentada no texto, cf. Tomé d'Almeida Ramião, *O divórcio…*, 87.

([40]) Cf., entre outros, Rute Teixeira Pedro, "A partilha do património comum do casal em caso de divórcio", *in Estudos em homenagem ao Professor Doutor Carlos Ferreira de Almeida*, I, Almedina, Coimbra, 2011, 439 e ss.

dos cônjuges pode na partilha receber mais do que se receberia se o casamento tivesse sido celebrado segundo o regime da comunhão de adquiridos. Percebe-se o que visou o legislador: banido que foi do ordenamento o *divórcio-sanção* não poderia aceitar-se a manutenção de uma solução legal assente na culpa([41]). Mas a regra, sendo *cega* quanto a circunstâncias que deveriam ser ponderadas para efeitos de justiça material, é — e na medida em que desconsidera o princípio da força vinculativa dos contratos (art. 406.º, n.º 1) relativamente à escolha pré-nupcial do regime típico da comunhão geral ou de um regime de bens atípico de comunhão mais intensa do que a resultante do regime típico de comunhão de adquiridos (art. 1698.º)([42]) — um dos mais estranhos resultados da reforma([43]).

Lê-se no Projeto de Lei n.º 509/X, com o título "Alterações ao regime jurídico do divórcio" (Grupo Parlamentar do Partido Socialista; 1.4.2008), neste ponto arrimado ao ordenamento alemão, que *em caso de divórcio, a partilha far-se-á como se os cônjuges tivessem estado casados em comunhão de adquiridos, ainda que o regime convencionado tivesse sido a comunhão geral, ou um outro regime misto mais próximo da comunhão geral do que da comunhão de adquiridos; a partilha continuará a seguir o regime convencionado no caso de dissolução por morte. Segue-se, neste ponto, o direito alemão, que evita que o divórcio se torne um meio de adquirir bens, para além da justa partilha do que se adquiriu com o esforço comum na constância do matrimónio, e que resulta da partilha segundo a comunhão de adquiridos. Abandona-se o regime atual que aproveita o ensejo para premiar um inocente e castigar um culpado.*

([41]) Próxima, Rita Lobo Xavier, *Recentes alterações*…, *cit.*, 32.

([42]) Próximas, Cristina M. Araújo Dias, *Uma análise do novo regime jurídico do divórcio; Lei n.º 61/2008, de 31 de Outubro*, 2.ª ed. Almedina, Coimbra, 2009, 26 e 27, e Rita Lobo Xavier, *Recentes alterações*…, *cit.*, 33 e 34.

([43]) Não temos, porém, a regra do n.º 2 do art. 1790.º por injuntiva (nesse sentido, também, Rita Lobo Xavier, *Recentes alterações*…, *cit.*, 35), mas a que determina o critério da partilha quando exista desacordo entre os cônjuges sobre a questão, pois não vemos por que razão haveria de ser afrontada a sua autonomia privada, se ambos estiverem de acordo quanto à partilha segundo o regime de bens convencionado ou nos termos, diversos, em que acordem, nos limites dessa sua autonomia (nesse sentido, também, Rita Lobo Xavier, *Recentes alterações*…, *cit.*, 35).

O argumento de que o divórcio não deve constituir meio para adquirir bens, sendo apelativo, mas simplista, não resiste a uma análise material. Não cremos que possa ser eficazmente combatido com recurso a contra-argumentação *sucedânea* da culpa([44]), que não deixa de se mostrar um resquício de uma conceção de divórcio que a lei já não alberga. É simplista porque assume a solução acolhida como aquela que é justa, na medida em que a partilha *se limita ao que se adquiriu com o esforço comum na constância do matrimónio*, como se tudo o que adquire onerosamente na constância do matrimónio, que é comum por força do regime da comunhão de adquiridos, resultasse de um *esforço comum*… bastando que se avance, para contrariar esse simplismo, o exemplo do produto do trabalho de cada um dos cônjuges, que a lei considera como fazendo parte da comunhão [art. 1724.º, *a*)].

Ademais, e num plano de *justiça abstrata*, não se compreende porque é que é que o regime convencionado (eventualmente, a comunhão geral) serve como critério de partilha para a dissolução do casamento por morte, mas já não em caso de divórcio. Acaso os herdeiros do cônjuge falecido não merecem a proteção que ao mesmo seria conferida em vida, se se divorciasse?

Dir-se-á sobre o argumento atrás reportado, em suma, que assenta numa ficção de justiça e que a solução legal que fundamenta não tem uma justificação idónea para a postergação da autonomia da vontade dos cônjuges quanto à fixação de um regime de bens que implique comunhão, típico ou atípico([45]).

([44]) Nesta linha argumentativa, Cristina M. Araújo Dias, *Uma análise do novo regime jurídico do divórcio*, *cit.*, 28 e 29.

([45]) Próximas, Cristina M. Araújo Dias, *Uma análise do novo regime jurídico do divórcio*, *cit.*, 26-28; Rita Lobo Xavier, *Recentes alterações…*, *cit.*, 33 e 34; diversamente, elogiando a solução legal, Rute Teixeira Pedro, "A partilha do património comum do casal em caso de divórcio", *cit.*, 453: "[…] a partilha segundo o regime da comunhão de adquiridos opera a partilha *mais justa*, por conduzir à partilha *apenas* do produto do esforço conjunto dos cônjuges".

ASPETOS JURÍDICOS DAS *STARTUPS*

Por João Vieira dos Santos(*)

Sumário:

1. Introdução. **2.** Conceito de *startup*. **3.** O financiamento de *startups*; *a*) Investimento em capital de risco; *b*) *Crowdfunding*; *c*) *Initial Coin Offerings*. **4.** Incubadoras e programas de aceleração. **5.** A relação entre as *startups* e as grandes empresas. **6.** Incentivos públicos às *startups*; *a*) Políticas e programas de apoio na União Europeia; *b*) Políticas e programas de apoio nacionais; *c*) Participação pública em incubadoras e fundos de capital de risco; *d*) Regulação e supervisão. **7.** Conclusões.

1. Introdução

As maiores exigências de competitividade das empresas, no contexto global, têm-se repercutido, de sobremaneira, na organização económica da nossa sociedade, tendo surgido uma quantidade nunca antes vista de novos projetos de inovação a tentar ganhar a sua quota de mercado. "A forma como as empresas e os territórios constroem, acedem e reproduzem o conhecimento aparece como um aspecto central na actual economia assente na informação, no conhecimento e na aprendizagem"([1]).

(*) Advogado e Doutorando em Direito na Faculdade de Direito da Universidade do Porto. Email: <joaovsantos-56674p@adv.oa.pt>.

([1]) Rui Gama e Ricardo Fernandes, *Políticas públicas de inovação em Portugal — Uma análise do QREN*, 2011, p. 2, disponível em <https://estudogeral.sib.uc.pt/handle/10316/20470>.

No mesmo sentido, "a disseminação dos equipamentos móveis acarreta uma multigeração de aplicativos e plataformas de desenvolvimento, o que dificulta, em uma visão mais ampla, a própria construção dos modelos de negócios das empresas, principalmente porque as frequentes alterações redirecionam as trajetórias tecnológicas e redesenham, em consequência, os possíveis cenários futuros"([2]).

A busca de novas soluções para velhos problemas é um desafio cada vez mais comum e mais acessível aos cidadãos. Devido à revolução tecnológica, pode-se considerar dispensável, em muitos casos, a estrutura de uma grande empresa para a formação destes processos inovadores, dando-se mais importância à dinâmica e desformalização de procedimentos no contexto empresarial.

Ademais, a competição global e os desequilíbrios do mercado provocados pela crise financeira de 2007-2008 constituíram uma oportunidade única para a exploração de soluções criativas que caracterizam o perfil destas novas empresas, a que se dá o nome de *startups*([3]). O seu surgimento ganhou uma dimensão digna de análise devido às inúmeras consequências positivas e negativas que podem advir dos seus novos modelos de negócio na coesão económica e social.

Desta forma, cabe-nos analisar neste estudo de que forma as entidades públicas têm reagido e podem reagir a este fenómeno, no contexto de arranjar respostas aos grande desafios atuais, suscitados pela crise instalada no sistema económico mundial e pelas suas repercussões na qualidade de vida das populações, nomeadamente, nos elevados níveis de desemprego e nas crescentes desigualdades na redistribuição de riqueza.

Teremos em conta o papel essencial do Estado na promoção da inovação, porque esta "tem desempenhado um fundamental

---

([2]) Laércio Ferreira, Jorge Benardino e Eveline Ferreira, *A inovação tecnológica e as plataformas abertas: Estudo comparativo entre empresas incubadas no Brasil e em Portugal*, 2013, p. 10, disponível em <http://www.altec2013.org/programme_pdf/1278.pdf>.

([3]) Cf. Liliana Silva, Luís Gomes e Patrícia Ramos, *Estrutura de financiamento das empresas start-up em Portugal*, 2015, p. 2, disponível em <http://www.aeca1.org>.

papel na elevação dos padrões de vida das sociedades"([4]), e na atração de investimento estrangeiro. O foco tem que incidir, cada vez mais, na internacionalização das empresas, devido ao alcance que as inovações por ela produzidas potenciam e porque "a mobilidade domina o mundo global. A mobilidade física e mobilidade de ideias, de conhecimentos, de aspirações e de influências"([5]).

Na nossa análise, começaremos pela conceptualização das *startups*, de forma a percebermos o seu âmbito e as suas principais características, perscrutando, posteriormente, as suas formas de financiamento, tendo em conta o contexto económico atual. De seguida, examinaremos as incubadoras e os programas de aceleração, como meios de promoção e incentivo ao crescimento das *startups*, bem como as relações estabelecidas entre estas e as grandes empresas, de forma a compreendermos que dinâmicas têm surgido no contexto empresarial através deste novo fenómeno de proliferação de *startups*.

Por último, analisaremos os incentivos públicos que existem e que poderão existir na União Europeia e na Administração Pública Portuguesa para *startups* com a finalidade de estimular a inovação na nossa sociedade.

2. Conceito de *startup*

A falta de antecedentes históricos dificulta, naturalmente, a conceptualização deste fenómeno. No entanto, costuma-se determinar que o termo *"startup"* começou a ser muito usado na chamada "bolha da internet" entre 1996 e 2001, nos Estados Unidos da América, nomeadamente para especificar um grupo de pessoas que trabalhava com uma ideia diferente que poderia alcançar um grande nível de lucro e crescimento.

([4]) Gabriela Figueiredo Dias, *A assistência técnica nos contratos de know-how*, Coimbra Editora, Coimbra, 1995, p. 14.

([5]) Rita Calçada Pires, *Tributação Internacional do Rendimento Empresarial gerado através do Comércio Electrónico — Desvendar mitos e construir realidades*, Almedina, Coimbra, 2011, p. 42.

Este termo foi evoluindo ao longo dos anos, mas a sua premissa essencial mantém-se: as *startups* tem necessariamente um carácter inovador, sendo normalmente criadas a partir de ideias inovadoras e promissoras, e por essa razão, a sua especificidade mais relevante é a sua possibilidade de crescimento. Devido a este potencial de crescimento e, também, pela sua raridade, costuma-se chamar às *startups* com uma avaliação de mil milhões de euros de "unicórnios"([6]). Destarte, as *startups* são feitas para aumentar muito rapidamente, sendo que o seu foco é no crescimento independentemente do local onde o negócio se desenvolve([7]).

Ademais, é possível identificar mais especificidades das *startups*, como a sua tendência para se ligarem a áreas tecnológicas, de investigação e desenvolvimento([8]), ou o seu estado embrionário, devido a encontrarem-se geralmente em processos de implementação e organização das suas operações, em que podem não ter ainda iniciado a comercialização dos seus produtos ou serviços, mas já estão a funcionar ou, pelo menos, em processo final de instalação. Outra é o risco associado, uma vez que as *startups* apresentam-se "no mercado como uma novidade e sem historial associado, o seu investimento inicial costuma, por norma, ser baixo sendo proveniente do capital pessoal dos seus fundadores, uma vez que o recurso ao crédito bancário é, muitas vezes, impossível"([9]).

Em termos de definições, a literatura económica costuma recorrer ao estudo de Racolta-Paina e Mone, de 2009, no qual define-se *startup* como uma empresa que é nova no mercado e que está a tentar ganhar uma posição (não necessariamente para se tornar líder, mas para se tornar funcional no seu mercado relevante)([10]).

([6]) Em Portugal, temos o exemplo da Farfetch, cf. <http://saldopositivo.cgd.pt/empresas/como-transformar-sua-startup-num-unicornio/>.

([7]) Cf. Armando Santos e Pedro Rossetti, *Startups de Base Tecnológica na UPTEC — Caracterização e Análise das Startups*, 2014, p. 6, disponível em <http://paginas.fe.up.pt>.

([8]) Cf. Ana Gual, *Determinantes da Estrutura de Capital das Startups Portuguesas*, 2015, p. 40, disponível em <https://sapientia.ualg.pt/handle/10400.1/8281>.

([9]) Ana Gual, *Determinantes… ob. cit.*, p. 45.

([10]) Cf. Mone e Racolta-Paine, *Start-up Marketing: How to Become a Player on the B2B Services Market in Romania*, 2009, pp. 63-78, disponível em <http://www.managementmarketing.ro>.

Em Portugal, contemos já uma definição no Dicionário Priberam da Língua Portuguesa de 2016: "*Start-up* é uma empresa ou negócio novo ou em fase de arranque, geralmente de caráter inovador e ligado à tecnologia".

Na lei portuguesa, a Portaria 432/2012, de 31 de Dezembro, que cria a medida de apoio à contratação de trabalhadores por empresas *startups*, define estas através dos seguintes requisitos: ser uma pessoa singular ou coletiva de natureza jurídica privada, com ou sem fins lucrativos, regularmente constituída e registada, ter obtido certificação de PME (pequena ou média empresa), nos termos do Decreto-Lei n.º 372/2007, de 6 de novembro, ter iniciado atividade há menos de 18 meses e ser uma empresa baseada em conhecimento, com potencial de exportação ou de internacionalização.

Com efeito, podemos considerar que este fenómeno teve um impacto muito recente, o que explica a sua muito difícil conceptualização. Esse impacto deveu-se sobretudo à crise financeira de 2007-2008, que levou à contração do crédito às pequenas e médias empresas (PME), a maiores custos em *compliance* por parte das empresas, devido a maiores exigências regulatórias, e ao desvio da atividade bancária de uma função tradicional de financiamento da economia real para uma política de investimento nos mercados financeiros – "os bancos reforçaram os seus capitais próprios e dedicaram-se a um negócio mais seguro de captar fundos do banco central para os utilizarem na compra de dívida pública *(carry trade)*, abandonando o seu negócio natural de operações de crédito"([11]).

Outra razão foi o nascimento de um "mercado virtual" e o surgimento da revolução tecnológica, que tem demonstrado uma verdadeira força transformadora de fenómenos existentes e exploradora de espaços desconhecidos e novos paradigmas, fazendo-nos questionar e "reconsiderar os nossos princípios, regras e a nossa conceção do modelo de convivência social"([12]), numa ótica de contribuir, cola-

---

([11]) Fernando Zunzunegui, "Régimen jurídico de las plataformas de financiación participativa *(«crowdfunding»)*", *in La regulación del shadow banking en el contexto de la reforma del mercado financiero*, Dir. Rafael Marimón Durá, Aranzadi, Madrid, tradução livre, 2016, p. 270.

([12]) Cf. Teresa Rodríguez de las Heras Ballell, "El *crowdfunding*: una forma

borar e comunicar de forma a arranjar melhores soluções para um mundo, que se tornou tão pequeno. Atualmente, tornou-se vital aprender a colaborar, criar em conjunto, auto-organizarmo-nos para satisfazer as necessidades de inovação, simplicidade e celeridade na comunicação deste admirável mundo novo, onde abundam *smartphones*, *tablets* e redes sociais, "que incentivam a colaboração, cooperação e interatividade — o utilizador *online* deixou de ser apenas um mero consumidor, para também ser um agente ativo na colocação e difusão de conteúdos na Internet"([13]).

Deste modo, apesar de ter sido necessário uma grande dose de criatividade para realizar a adaptação a esta nova realidade singular, as tecnologias emergentes permitiram um melhor tratamento da informação([14]) e uma maior facilidade para concretizar ideias e desenvolver produtos ou serviços tecnológicos por parte do cidadão comum([15]), tendo-se, assim, facilitado, em grande medida, o rápido crescimento das *startups*. Neste contexto, aproveitou-se positivamente a cultura *hacker* deste século, no sentido da auto-responsabilização, auto-emprego, de se produzir ou aplicar o abstrato à informação e de expressar a possibilidade de novos mundos. Outrossim, existiu o grande contributo da simplificação administrativa para a criação de novas empresas, sendo que o crescimento de *startups* está, naturalmente, relacionado com a diminuição de custos para começar um empreendimento([16]).

---

de financiación colectiva, colaborativa y participativa de proyectos" in *Revista Pensar en Derecho*. N.º 3, Año 2, University of Buenos Aires, tradução livre, 2013, p. 121, disponível em <http://www.derecho.uba.ar/>.

([13]) João Fachana, *A responsabilidade civil pelos conteúdos ilícitos colocados e difundidos na Internet — Em especial da responsabilidade pelos conteúdos gerados pelos utilizadores*, Almedina, Coimbra, 2012, pp. 29 e 30.

([14]) "Os meios de aceder e propagar informação *online* tornaram-se omnipresentes", Inês Castro, *O Impacto das Redes Sociais Online nas Startups*, 2015, p. 1, disponível em <http://www.repository.utl.pt/handle/10400.5/8985>.

([15]) "Além disso, são negócios que assentam em moldes flexíveis, e que facilmente se adaptam às constantes mudanças do mercado", João Barroca, *O sucesso das startups em tempo de crise*, 2012, p. 24, disponível em <https://repositorio.iscte-iul.pt/handle/10071/6272>.

([16]) Cf. Duarte Garcia, *Do cohorts accelerate? Startups accelerators and entrepeneurial learning*, 2017, p.7, disponível em <https://repositorio.ucp.pt/>.

Em Portugal, a forma jurídica predominante das *startups* é a sociedade por quotas, por questões de dimensão (sobretudo, micro e pequenas empresas) e flexibilidade (necessidade de uma grande dinâmica e pouca burocracia). Normalmente, para além da sua formalização em termos societários (contrato de sociedade), as *startups* são criadas através de um acordo entre os seus fundadores, no qual podem constar as seguintes estipulações: o objetivo global do negócio, as consequências da saída de um ou mais dos fundadores, a duração mínima de permanência de cada fundador e a natureza da contribuição de cada fundador para o desenvolvimento do projeto.

3. O financiamento de *startups*

"Um dos principais problemas das economias atingidas por fortes crises como aquela que a área do euro atravessou nos últimos anos é a redução drástica do financiamento disponível, devido, em grande parte, à excessiva dependência das empresas do recurso ao financiamento bancário"([17]). Este problema ainda se acentua mais nas *startups* devido aos seus ativos maioritariamente intangíveis, curto historial de crédito e ao elevado grau de incerteza quanto ao seu sucesso([18]), tendo em conta que os bancos geralmente demonstram-se relutantes em emprestar dinheiro a novos negócios com garantias limitadas([19]). Tal dificuldade inviabiliza grande parte das *startups*, uma vez que estas necessitam de financiamento para o lançamento de produtos, serviços ou de conceitos, até então, desenvolvidos, bem como ao marketing inicial.

([17]) Tomás Virtuoso, Ana Gouveia e Ana Martins, "A União dos Mercados de Capitais: Análise Crítica", in *Boletim Mensal de Economia Portuguesa*, n.º 8, 2015, p. 7, disponível em <gee.min-economia.pt>.

([18]) Cf. José Freitas, *O venture capital: a transformação de uma ideia inovadora numa empresa de sucesso*, 2014, p. 14, disponível em <https://repositorio-aberto.up.pt/handle/10216/76812?locale=pt>.

([19]) Cf. Joana Sequeira, *Financiamento de startups com recurso a financiamento angel em Portugal — Estudo de Caso*, 2014, p. 12, disponível em <http://www.repository.utl.pt/handle/10400.5/7499>.

Não obstante o teorema económico de Modigliani-Miller determinar que a "escolha da política de financiamento da empresa não afeta o seu valor de mercado contando que se mantenha a distribuição de fluxos de caixa *(cash-flows)*"([20]), é notória a grande necessidade de financiamento externo por parte das *startups*, devido à insuficiência de capital dos seus fundadores. Apesar de inúmeras *startups* iniciarem o seu desenvolvimento com o capital mínimo requerido para o efeito e serem subsistentes por si mesmas (o chamado *bootstrapping*) ou apenas com o financiamento dos elementos conhecidos como "3Fs" *(family, friends and fools)*, num determinado ponto do seu ciclo de vida será inevitável uma injeção de capital ainda antes de qualquer retorno financeiro. A ideia subjacente à progressão da *startup* manifesta-se mais no rápido crescimento do que a sua subsistência interna e é essa a função do financiamento externo, a de colmatar a lacuna do *cash flow* no estado inicial de uma *startup* até este ser internamente suficiente para manter um crescimento ótimo([21]). Isto posto, destacamos duas formas de financiamento a que as *startups* costumam recorrer.

a) Investimento em capital de risco

O investimento em capital de risco é uma forma de investimento empresarial com o objetivo de financiar empresas, apoiando o seu desenvolvimento e crescimento, com fortes reflexos na gestão([22]), sendo que uma das suas características essenciais "é a limitação do tempo do investimento sendo o retorno decorrente do ganho ou mais-valia da participação no desinvestimento"([23]).

([20]) Ana Perestrelo de Oliveira, *Manual de Corporate Finance*, 2.ª ed., Almedina, Coimbra, 2017, p. 33.

([21]) Cf. Patrícia Rodrigues, *O Capital de Risco e o Conflito de Interesses, 2012*, p. 17, disponível em <http://repositorio.ucp.pt>.

([22]) Cf. Rui Caldeira, *O Contributo das Sociedades de Capital de Risco para o Empreendedorismo*, 2014, p. 13, disponível em <http://comum.rcaap.pt/handle/123456789/7307>.

([23]) Pedro Pais de Vasconcelos, "O acionista de capital de risco — dever de gestão", *in II Congresso Direito das Sociedades em Revista*, Almedina, Coimbra, 2012, p. 158.

"O investimento em capital de risco é surpreendentemente antigo. Vem da velhíssima comenda, contrato em que o mercador obtinha financiadores que entravam com capitais para uma empresa determinada e com quem partilhava no fim o resultado. Da comenda evoluíram, num longo processo histórico, as contas (associações) em participação e as comanditas"([24]). Nos nossos dias, o capital de risco está mais associado a investimentos em empresas em arranque, com grandes perspetivas de crescimento e com projeto dinâmicos. O alto risco que assumem os investidores de capital de risco é compensado por uma alta taxa de rentabilidade([25]).

No regime jurídico do capital de risco, do empreendedorismo social e do investimento especializado (aprovado pela Lei n.º 18/ /2015, de 4 de março), o investimento em capital de risco é definido como "a aquisição, por período de tempo limitado, de instrumentos de capital próprio e de instrumentos de capital alheio em sociedades com elevado potencial de desenvolvimento como forma de beneficiar da respetiva valorização".

Desta forma, o investimento em capital de risco é considerado um meio de financiamento de relevo para empresas de inovação e tecnologia, incentivando e suportando a sua dinâmica, produtividade e rápido crescimento([26]), com o benefício de uma maior capacidade de monitorização em detrimento das instituições bancárias. As *startups* podem, através do capital de risco, "assegurar os meios necessários ao desenvolvimento de soluções tecnológicas e de estratégias de eficiência (de produção, distribuição e promoção), contribuindo para a valorização do negócio e, em última instância, para o crescimento económico e a criação de emprego"([27]).

([24]) Pedro Pais de Vasconcelos, "O acionista…", *ob.cit.*, p. 159.

([25]) Cf. Maria Mandaloniz, *La Financiacion de las PYMES*, Aranzadi, Navarra, 2003, p. 307.

([26]) Cf. Antonin Rosek, *Capital Markets Union: The Key to Restoring the Economic Growth and the Real Convergence in the Eurozone*, 2015, p. 5, disponível em <scholarpublishing.org>.

([27]) Relatório anual da Atividade de Capital de Risco, de 31.12.2014, da Comissão do Mercado dos Valores Mobiliários (CMVM), p. 6.

O regime jurídico do capital de risco, do empreendedorismo social e do investimento especializado regula o exercício da atividade de investimento através de:

— Sociedades de capital de risco;

— Sociedades gestoras de fundos de capital de risco;

— Sociedades de investimento em capital de risco;

— Fundos de capital de risco, incluindo os fundos europeus de capital de risco designados «EuVECA», para os efeitos previstos no Regulamento (UE) n.º 345/2013, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 17 de abril;

— Investidores em capital de risco *(Business Angels)*;

— Sociedades de empreendedorismo social;

— Fundos de empreendedorismo social, incluindo os fundos europeus de empreendedorismo social designados «EuSEF», nos termos e para os efeitos previstos no Regulamento (UE) n.º 346/2013, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 17 de abril.

Dentro destas figuras, cabe destacar os *Business Angels*, devido à sua rápida expansão nos países anglo-saxónicos, onde os mercados de capitais são muito desenvolvidos, permitindo, facilmente, aos *Business Angels* colocar *startups* nesses mercados([28]). Destaca-se, também, que o mercado de investimento dos *Business Angels* na União Europeia, em 2013, foi cerca de 5,5 mil milhões de euros([29]).

Antes de mais, convém referir que um *Business Angel* é um investidor que fornece fundos para uma *startup*, geralmente em troca de dívida convertível ou de participação no capital([30]). A sua importância para as *startups*, numa fase muito inicial, é notória,

---

([28]) Cf. Maria Mandaloniz, *La Financiacion…*, *ob. cit.*, p. 342.

([29]) Cf. Maxence Décarre e Emilie Wetterhag, *Uncovering the Outcomes of Equity Crowdfunding*, 2014 p. 21, disponível em <papers.ssrn.com>.

([30]) Cf. Eduardo Sá Silva, *Dicionário de Gestão*, Porto, Vida Económica, 2013, p. 24.

porque, além do investimento financeiro, os *Business Angels* são ainda uma mais-valia na busca de parceiros e clientes graças à sua rede de contactos e uma fonte de conhecimentos e conselhos de elevado valor acrescentado (o chamado *smart money*). No entanto, apenas algumas *startups* conseguem passar do *angel financing* (financiamento através de *Business Angels*) para o *venture financing* (financiamento através de fundos ou sociedades de capital de risco), tendo este uma capacidade para investimentos maiores.

Os *Business Angels* distinguem-se da banca porque baseiam-se, muitas vezes, na confiança, na ética e nas habilidades do empreendedor, tendo uma maior apetência para tolerar riscos elevados nas ideias, que por não estarem desenvolvidas em negócio têm, à partida, pouco valor de mercado. Já a banca, apenas fornece financiamento quando o desenvolvimento do produto ou ideia de negócio mostram garantias de viabilidade, ou seja numa fase posterior.

b) *Crowdfunding*

Como referido, as *startutps* têm muito poucas oportunidades de encontrar o financiamento adequado, limitando-se a escolher a opção menos custosa e mais simples. Nesse sentido, e aproveitando a crise do crédito bancário, surgiu uma nova fonte de financiamento, o *Crowdfunding*.

O *Crowdfunding* pode ser definido como "uma forma de financiamento de projetos e empreendimentos, geralmente com recurso à *internet*, através de um convite ao investimento do público *(crowd)*"([31]). O seu escopo pode dirigir-se à celebração de contratos de diversa natureza como a doação, o mútuo e a subscrição ou aquisição de valores mobiliários.

Uma das maiores vantagens do *Crowdfunding* é a sua capacidade de reduzir o risco de determinado projeto, por muitas vezes

([31]) João Vieira dos Santos, "Crowdfunding como forma de capitalização das sociedades" in *Revista Electrónica de Direito*, n.º 2, 2015, p. 7, disponível em <www.cije.up.pt/revistared>.

funcionar como estudo de mercado — uma ferramenta de marketing *online*([32]) — para posterior recurso a outros meios de financiamento mais desenvolvidos. "Logo, ao permitir-se o lançamento de ideias facilmente e com um baixo risco, mais ideias serão testadas, nas quais umas sobressairão, criando-se um espaço onde a sorte se encontra com a sagacidade"([33]). Poderá, também, haver uma mitigação das assimetrias de informação entre as *startups* e os investidores através das plataformas de *Crowdfunding*.

Ademais, apresenta-se como uma oportunidade única de facilitar o acesso ao mercado de capitais a pequenos investidores. Num estudo feito no Reino Unido, 62% de 290 investidores em *Crowdfunding*, através da aquisição de valores mobiliários, não tinham qualquer experiência em investimentos([34]). O *Crowdfunding* poderá, também, corrigir uma falha do mercado, ao conseguir financiar as *startups* em montantes mais elevados do que os *Business Angels* são capazes, e em montantes mais reduzidos do que aqueles que interessam aos fundos e sociedades de capital de risco.

Em Portugal, a Lei n.º 102/2015, de 24 de Agosto, aprovou o Regime Jurídico do Financiamento Colaborativo *(Crowdfunding)*, que entrou em vigor a 1 de Outubro de 2015. Estão previstas as modalidades de *Crowdfunding* através de donativo, com recompensa, de capital e por empréstimo.

Estas duas últimas modalidades destacam-se pela sua envolvência nas atividades financeiras e de crédito, sendo importantes fontes de financiamento para *startups* em muitos países, mas, em Portugal, o seu regime ainda não se encontra em vigor, uma vez que o Regulamento da CMVM, n.º 1/2016, relativo ao financiamento colaborativo *(Crowdfunding)* de capital e por empréstimo, apenas entra em vigor na data de entrada em vigor do regime apli-

---

([32]) Cf. Filipa Lucas, *Organizações sem fim lucrativo: o caso da Fundação Serralves. O afirmar de novas formas de financiamento*, Porto: Dissertação da UCP — Faculdade de Economia e Gestão 2014, pp. 48 e 49.

([33]) Pedro Leite, *Crowdfunding: critical factors to finance a project sucessfully*, 2012, tradução livre, p. 24, disponível em <http://repositorio-aberto.up.pt/>.

([34]) Cf. Peter Baeck, Liam Collins e Brian Zhang, *Understandting Alternative Finance — The UK Alternative Finance Industry Report 2014*, 2014, p. 53, disponível em <www.nesta.org.uk>.

cável à violação do regime jurídico do financiamento colaborativo de capital ou por empréstimo, algo que ainda não sucedeu([35]).

Apesar do exposto, existem, em Portugal, três plataformas de *Crowdfunding* de empréstimo: a Raize, a Portugal Crowd e a Clicinvest. Tal deve-se ao facto da sua atividade não colidir com o princípio da exclusividade da atividade de concessão de crédito. As plataformas referidas não se dedicam à receção e gestão de depósitos ou outros fundos reembolsáveis, mas somente à apresentação de anúncios ao público de pedidos de concessão de crédito e a operacionalização das transações.

Em relação ao *Crowdfunding* de capital, não existe, em Portugal, qualquer plataforma, devido às dificuldades de enquadrar esta figura no regime do Código dos Valores Mobiliários. Mesmo com a entrada em vigor do Regulamento da CMVM, n.º 1/2016, prevê-se grandes dificuldades no desenvolvimento desta modalidade de *Crowdfunding*, porque a Lei nº102/2015 não afastou a aplicação do regime das sociedades abertas a esta modalidade. Sem esse afastamento, qualquer sociedade comercial que emita instrumentos financeiros através de uma plataforma de *Crowdfunding* adquirirá a qualidade de sociedade aberta, segundo o art. 13.º do CVM, desencorajando a democratização do investimento para as *startups*([36]).

c) *Initial Coin Offerings*

O mais inovador meio de financiamento de *startups* tem sido as *Initial Coin Offerings*, basicamente, uma oferta pública de criptomoedas. Apesar da existência de criptomoedas estar comumente associada às *bitcoins*, existem mais de 1300 criptomoedas diferen-

---

([35]) A Lei n.º 102/2015 prevê, no art. 22.º, que sejam definidos em diploma próprio os regimes contraordenacional e penal aplicáveis à violação do disposto na referida lei, nomeadamente no que respeita ao desenvolvimento da atividade de financiamento colaborativo sem registo na CMVM, ao incumprimento de obrigações de informação, à violação de segredo profissional e à violação de regras sobre conflitos de interesses.

([36]) Convergentemente, Paulo Câmara, *Manual de Direito dos Valores Mobiliários*, 3.ª ed. Almedina, Coimbra, 2016, pp. 589 a 591.

tes em que se pode investir([37]). Geralmente, as diferentes *Blockchains* têm um ativo inerente a que se chama de criptomoeda, normalmente com uma quantidade limitada([38]), cuja propriedade é determinada pelos dados inseridos na *Blockchain*, e que permite a gestão diária da plataforma ou da comunidade([39]) e incentivar os "mineiros", como acima referido.

A certa altura, a rápida compra e venda de criptomoedas([40]) tornou-as um meio eficaz de obter financiamento para projetos, sobretudo *startups*, tendo surgido, deste modo, as *Initial Coin Offerings* como meio alternativo de financiamento que não está, para já, sujeito ao *tsunami* regulatório europeu das ofertas públicas de distribuição e de venda. Nas *Initial Coin Offerings*, os promotores do projeto desenvolvem, inicialmente, um *white paper* onde explicam os contornos do seu projeto, o seu plano de negócios e os direitos e obrigações atribuídos aos adquirentes das criptomoedas, que serão emitidas através da tecnologia *Blockchain* e *Smart Contracts*([41]). Posteriormente, publicitam o *white paper* nas redes sociais e vendem ou distribuem as criptomoedas, emitidas através da tecnologia *Blockchain,* a interessados([42]). Normalmente, os

---

([37]) Cf. <https://coinmarketcap.com/>.

([38]) A limitação do número de criptomoedas emitidas deve-se a preocupações relacionadas com a sua valorização, nomeadamente, para servirem de incentivo aos "mineiros" e às suas finalidades monetárias e de investimento, cf. Paolo Tasca, Thayabaran Thanabalasingham e Claudio Tessone, Ontology of Blockchain Technologies. Principles of Identification and Classification, 2017, p. 35, disponível em <https://papers.ssrn.com/>.

([39]) Cf. Paolo Tasca, Thayabaran Thanabalasingham e Claudio Tessone, Ontology of Blockchain Technologies. Principles of Identification and Classification, 2017, p. 33, disponível em <https://papers.ssrn.com/>.

([40]) Existem *Initial Coin Offerings* que duram poucos minutos, cf. Jonathan Rohr e Aaron Wright, Blockchain-Based Token Sales, Initial Coin Offerings, and the Democratization of Public Capital Markets, p. 1, disponível em <https://papers.ssrn.com/>. O Bancor Protocol conseguiu angariar mais de 150 milhões de dólares numa Initial Coin Offering que durou apenas três horas, cf. Iris Barsan, Legal Challenges of Initial Coin Offerings (ICO), 2017, p. 54, disponível em <https://papers.ssrn.com/>.

([41]) Cfr. Iris Barsan, Legal Challenges of Initial Coin Offerings (ICO), 2017, p. 55, disponível em <https://papers.ssrn.com/>.

([42]) Cf. Philipp Hacker e Chris Tomale, Crypto-Securities Regulation: ICOs, Token Sales and Cryptocurrencies under EU Financial Law, 2017, p. 11, disponível em <https://papers.ssrn.com/>.

developers formam uma sociedade para desempenhar determinada atividade económica e financiam-se a através das *Initial Coin Offerings*, sendo que, maioritariamente, os projetos financiados também se baseiam na tecnologia *Blockchain*, de modo a aproveitarem os benefícios da uniformidade de todo o processo. Em relação aos investidores, estes poderão vender as suas criptomoedas no mercado secundário (plataformas de troca de criptomoedas), para poderem ser trocadas por euros, dólares ou outras criptomoedas já emitidas, como *bitcoins*, tendo a *startup*, que cria a *Initial Coin Offering,* apenas o papel de emitente/oferente das criptomoedas em causa, podendo desenvolver a sua atividade económica sem que exista, posteriormente, qualquer relação com as criptomoedas por si emitidas.

Este fenómeno é muito recente, mas ganhou já algum relevo social, tendo existido já algumas posições institucionais firmes sobre o assunto, nomeadamente alertas para os riscos associados, nomeadamente, por parte da CMVM (Comissão do Mercado de Valores Mobiliários)(43) e da ESMA *(European Securities and Markets Authority)*(44). Apesar das dificuldades quanto ao alcance deste novo fenómeno, parece-nos importante que exista uma iniciativa de regulação específica de forma a legitimar os processos de financiamento que utilizam este método sem qualquer má-fé. É essencial, portanto, que o regulador clarifique quando poderemos estar perante uma *Initial Coin Offerings* relativa a valores mobiliários, nomeadamente, um critério que atenda em cada *Initial Coin Offering* ao disposto no seu *white paper* e na publicidade feita à *Initial Coin Offering*. Tal critério deverá ser a criação de expetativas de obtenção de mais-valias através da transação das criptomoedas emitidas, à luz da teoria da impressão do destinatário(45).

---

(43) Cf. <http://www.cmvm.pt/pt/Comunicados/Comunicados/Pages/20171103a.aspx>.

(44) Cf. <http://www.esma.europa.eu/press-news/esma-news/esma-highlights-ico risks-investors-and-firms>.

(45) Isto é, deverá atender-se à expetativa razoável que teria o declarante, posto na posição de um declaratário típico, cf. Pedro Pais de Vasconcelos, *Teoria Geral do Direito Civil*, 6.ª ed., Almedina, Coimbra, 2010, pp. 545 e ss. Parece-nos adequado aplicação deste regime do Código Civil, porque as ofertas públicas regem-se, subsidiariamente, por ele,

4. As incubadoras e os programas de aceleração

As incubadoras são, maioritariamente, associações de direito privado sem fins lucrativos, que normalmente oferecem um conjunto de serviços básicos às *startups*: ajuda com a modelagem básica do negócio; atividades de *networking*; assistência de *marketing*; acesso à internet; ajuda com contabilidade e com a gestão financeira; acesso a empréstimos bancários, fundos de empréstimo e programas de garantia; ajuda com técnicas de apresentação; acesso a recursos de ensino superior; acesso a parceiros estratégicos; acesso aos investidores e aos fundos de capital de risco; conselhos consultivos; ajuda na etiqueta empresarial e assistência na comercialização de tecnologia([46]).

O conceito de incubadora nasceu em 1956 em Nova Iorque, quando, depois da falência de um grande parque industrial, o proprietário decidiu arrendar o espaço a várias pequenas empresas, tendo a proliferação das incubadoras coincidido com o início do uso do termo *startup*, durante a chamada bolha da internet([47]). As incubadoras começaram por ser fornecedoras de espaços de trabalho a *startups* com uma renda reduzida, mas rapidamente progrediram para o aconselhamento, através de mentores([48]), e para o estabelecimento de relações de negócio para que as *startups* conseguissem concretizar as suas ideias.

O objetivo das incubadoras é, assim, promover a criação de novas empresas de base tecnológica, científica e criativa, onde é valorizado o clima de troca de conhecimento, criatividade e inova-

---

cf. António Barreto Menezes Cordeiro, *Manual de Direito dos Valores Mobiliários*, reimpressão, Almedina, Coimbra, 2017, p. 183.

([46]) Cf. Sara Ferrão, "Empreendedorismo e Empresas Startup: Uma nova visão estratégica como motor da empregabilidade jovem", *in Boletim de Sociologia Militar*, número 4, Centro de Psicologia Aplicada do Exército, Lisboa, 2013, p. 17.

([47]) Cf. Jin-Hyuk Kim e Liad Wagman, in-Hyuk Kim, *Portfolio Size and Information Disclosure: An Analysis of Startup Accelerators*, 2012, p. 3, disponível em <https://papers.ssrn.com/>.

([48]) Uma das dificuldades sentidas pelas *startups* é o apoio durante a execução do negócio. Assim, sugeriu-se que uma das formas de colmatar este ponto seria através de mentores (pessoas com larga experiência na área que pudessem ajudar estes novos atores a entrar no mercado).

ção empresarial para que as empresas se sintam seguras e tenham uma base sólida para poderem desenvolver o seu projeto empresarial e, consequentemente, para poderem evoluir.

O número de incubadoras em Portugal tem vindo a crescer a um ritmo elevado, nos últimos anos. Enumeramos, a mero título exemplificativo, algumas incubadoras portuguesas: Incubadora de Empresas da Universidade de Aveiro, Inova Gaia, Beta-i, StartUp Lisboa, Startup Braga, Fábrica de Santo Thyrso, DNA Cascais, UPTEC e TagusPark.

Por outro lado, os programas de aceleração compreendem usualmente eventos estruturados com um apoio de curta duração às *startups*, tendo alcançado um grande reconhecimento devido ao contributo oferecido por estes programas a *startups* que alcançaram um enorme sucesso como a Dropbox, a Airbnb e a Reddit. As incubadoras também podem ser consideradas programas de apoio a *startups*, mas consistem, sobretudo, em programas mais longos, mais detalhados e mais completos do que os programas de aceleração([49]). Ao passo que as incubadoras fornecem um acompanhamento longo, prevenindo os riscos das *startups*, as aceleradoras colocam as *startups* a enfrentar a realidade rapidamente, estando na sua essência a seleção e o desenvolvimento das *startups* em apenas alguns meses.

Os programas de aceleração organizam-se em *bootcamps* e são basicamente competições de *startups*, com a finalidade de aferir o seu potencial. Através de uma orientação intensiva, os programas de aceleração são capazes de escolher as *startups* vencedoras e ajudá-las a crescer. Para participarem, as *startups* devem candidatar-se ao programa mais adequado para o seu perfil, sendo as mais promissoras eleitas para participar. Durante o programa de aceleração, as *startups* concorrem entre si por um prémio final que pode incluir valores em dinheiro, investimento, participação em *roadshow*s e outros benefícios.

Os temas, incluídos nos programas de aceleração vão desde assessoria jurídica e fiscal até à prática de uma apresentação de

---

([49]) Cf. Duarte Garcia, *Do cohorts*…, *ob. cit.*, p. 12.

ideias e negócio, a que se costuma chamar de *pitch*([50]). São um ótimo recurso para as *startups* porque permitem a obtenção de experiência e de financiamento através da exposição que alcançam.

Os programas de aceleração são fundamentais para o ecossistema das *startups*, porque podem ser o primeiro passo para encorajar as pessoas a criarem o seu próprio negócio, e servem como uma espécie de primeiro teste do projeto e do seu potencial de mercado. Estes programas permitem testar a equipa, a tecnologia, a existência de mercado para o produto, a resposta dos clientes; permitem também identificar se há um erro fatal a todos os níveis, algo que é essencial detetar logo no início do projeto.

Os programas de aceleração funcionam também como intermediários, acrescentando valor às incubadoras([51]), e como um núcleo aglomerador que junta debaixo da mesma alçada todos os intervenientes para a criação e desenvolvimento de novas empresas tecnológicas, criando assim sinergias e fomentando a interação entre os mesmos a nível nacional e internacional.

5. A relação entre as *startups* e as grandes empresas

"Na economia do conhecimento em que vivemos, a vantagem competitiva das empresas decorre dos processos de inovação que desenvolvem e que decorrem dos seus recursos humanos e do conhecimento que estes têm, seja ele tácito ou explícito"([52]). Tendo isto em conta, as grandes empresas deviam obter vantagem na inovação porque têm mais meios para investigar, sistemas de distribuição estabelecidos e podem financiar e suportar o risco dos projetos, só que às empresas instaladas não interessa muitas vezes explorar as inovações tecnológicas, porque a mudança pode ter custos muito elevados.

([50]) Cf. Aurora Teixeira, *Aceleradores de comercialização de tecnologias em Portugal*, 2016, p. 14, disponível em <https://repositorio-aberto.up.pt/handle/10216/86571>.

([51]) Cf. Aurora Teixeira, *Aceleradores…*, *ob. cit.*, p. 48.

([52]) Lourenço Booth, *Lisboa: Startup City — Caraterização do Ecossistema empreendedor de Lisboa*, 2016, p. 37, disponível em <https://repositorio.ipl.pt/>.

Atualmente, a celeridade e a facilidade com que se produzem inovações é, de facto, propícia ao surgimento e ascensão de *startups*. Nesta medida, as grandes empresas necessitam de analisar qual é a melhor forma de se relacionarem com estes potenciais concorrentes, e as *startups* também precisam de analisar como poderá ser esta relação tendo em conta a viabilidade dos projetos que se encontram a desenvolver. Isto posto, concebem-se três modelos de cooperação que as grandes empresas podem optar:

— Incorporação da *startup*;

— Parceria exclusiva com uma *startup* ou com uma incubadora;

— Parcerias com várias *startups* e incubadoras.

Analisando estas opções, verificamos que as duas primeiras acarretam um risco maior, devido ao elevado número de *startups* que não alcançam sucesso. Na perspetiva de uma *startup*, a sua incorporação numa grande empresa também pode não ser positiva, devido ao nível de flexibilidade e independência que a *startup* necessita. O melhor será a manutenção da dimensão da *startup*, porque a subordinação a uma hierarquia superior e a sujeição a uma enorme burocracia numa grande empresa pode não se coadunar com a criatividade e a celeridade que, normalmente, um projeto de inovação envolve.

Com efeito, a terceira acaba por ser a melhor opção como modelo de cooperação, porque o estabelecimento de várias parcerias é o caminho ideal para reagir rapidamente a transições emergentes e novas oportunidades, sendo determinante que essas parcerias não bloqueiem a inovação.

Nestas parcerias, estabelece-se a forma de financiamento da *startup*, que pode ser realizado diretamente pela grande empresa, por uma sociedade ou fundo de capital de risco ou apenas por um *Business Angel*, através de um contrato de financiamento, em que as principais questões contratuais estão relacionas com o montante do investimento, a periodicidade das rondas de financiamento, a participação de cada sócio, os direitos de voto, os direitos aos lucros, os direitos de informação, a representação no conselho de

administração, a explicitação das medidas de performance, frequência e tipo de informação a ser providenciada e a estratégia e os prazos de desinvestimento.

Para assegurar este financiamento, também se costuma utilizar *convertible notes* (obrigações convertíveis em ações), ou um instrumento chamado SAFE *(simple agreement for future equity)*, que consiste na atribuição de um *warrant* ao investidor para adquirir ações da *startup* futuramente.

Outra questão essencial que se coloca nestas parcerias trata-se da proteção dos direitos de propriedade intelectual. Elementos como o acelerado ritmo da inovação, desenvolvimento da globalização, evolução das tecnologias da informação e comunicação, a transição para uma economia baseada no conhecimento e o acesso a esse conhecimento são claramente elementos que contribuem para o destaque da propriedade intelectual.

Tanto os fundadores como potenciais investidores que tenham viabilizado o arranque do negócio devem assegurar-se de que a empresa, por um lado, protege os seus direitos de propriedade intelectual e, por outro, evite infringir os direitos de propriedade intelectual de terceiros. Tal proteção efetua-se através do registo de patentes, pela tutela dos segredos de negócio ou através de acordos de confidencialidade, também conhecidos como *non-disclosure agreements*.

Em Portugal, desde 1992, é possível proteger a invenção não só pela via nacional, mas também pela via europeia (Convenção da Patente Europeia, de Munique, 1973) e pela via internacional (Tratado de Cooperação em matéria de patentes, de Washington, 1970. (…) A via nacional implica que cada entidade administrativa tem de verificar a forma e a substância de cada pedido"([53]).

Segundo o art. 51.º do Código da Propriedade Industrial, existem quatro requisitos cumulativos para a concessão de uma patente:

— Que se trate de uma invenção;

([53]) Luís Costa Gonçalves, *Manual de Direito Industrial — propriedade industrial e concorrência desleal*, 6.ª ed., 2015, p. 71.

— Que essa invenção seja nova, por não estar compreendida no estado da técnica(54);

— Que implique uma atividade inventiva;

— Que seja suscetível de aplicação industrial.

Um terceiro que desrespeite qualquer um dos poderes conferidos pela patente (de fabrico, uso ou comércio), isolada ou cumulativamente, pratica um ilícito criminal de contrafação, nos termos do art. 321.º do Código da Propriedade Industrial.

Em termos de conteúdo do direito, a patente dá o direito exclusivo de explorar o invento em qualquer parte do território português, bem como, o direito de impedir a terceiros, sem o seu consentimento, o fabrico, a oferta, a armazenagem, a introdução no comércio ou a utilização de um produto objeto de patente, ou a importação ou posse do mesmo para algum dos fins mencionados. Em relação aos segredos de negócio, a sua proteção tem a sua "raiz mais funda no regime da concorrência desleal"(55).

De facto, os custos que se podem despoletar pela existência de uma patente são muito desafiantes para *startups*(56) e "existe a ideia de que, em algumas áreas de negócio, especialmente no caso das tecnologias de informação, a proteção dada pelas patentes é relativamente fraca"(57). No entanto, "muitas empresas veem as patentes como um instrumento que aumenta a probabilidade de atrair investimento"(58).

Com efeito, o registo de patentes, marcas, desenhos industriais ou até de programas de computadores pode gerar segurança e crescimento, por alguns motivos:

---

(54) Cf. Carlos Olavo, *Propriedade Industrial — Sinais Distintivos do Comércio, Concorrência Desleal*, Vol. I, 2.ª ed., Almedina, Coimbra, 2005, p. 18.

(55) Nuno Sousa e Silva, "Um Retrato Do Regime Português Dos Segredos De Negócio", in *Revista da Ordem dos Advogados*, Ano 75, Vol. I e II, Jan./Jun., 2015, p. 225.

(56) Cf. Colleen Chien, *Startups and Patent Trolls*, 2012, p. 4, disponível em <http://digitalcommons.law.scu.edu>.

(57) Pedro Neves, *Gestão da Propriedade Intelectual nas Startups: Principais impusonadores e inibidores ao patenteamento para startups portuguesas*, 2015, p. 15, disponível em <https://www.repository.utl.pt>.

(58) Pedro Neves, *Gestão…*, *ob.cit.*, p. 19.

— Redução de problemas de litígio: em setores com rápida evolução técnica ou tecnológica, a patente de um produto ou *design* (desenho industrial) diferenciado é uma importante garantia. Além disso, a concorrência em tais setores costuma utilizar táticas de litigância para gerar problemas para pequenas empresas (que usualmente não possuem capital para manter um longo processo judicial);

— Maior diferenciação: à medida que o produto ou serviço vai ganhando mercado, a marca a ele associada ganha valor e pode significar um selo de qualidade. Nesse contexto é importante que o processo de registo de marca já esteja em curso, evitando cópias ou problemas com concorrentes;

— Mitigação do risco de problemas com trabalhadores: o registo dos ativos de propriedade intelectual em nome da *startup* (mesmo dando a autoria aos trabalhadores) evita potenciais problemas futuros com trabalhadores e antigos trabalhadores que poderiam solicitar o direito sobre os ativos. Até mesmo o registo de *software*, muitas vezes considerado algo dispensável, pode ser utilizado com esse fim e também para evitar que antigos trabalhadores utilizem trechos do código-fonte do produto em desenvolvimento em *softwares* concorrentes.

— Aumento do valor de mercado: o registo de uma patente de qualidade e bem vista no mercado valoriza a empresa nas suas estratégias de crescimento e na sua reputação, e facilita a procura de parceiros e de eventuais investidores;

— Possibilita a captação de mais recursos: uma patente interessante permite à *startup* captar mais financiamento.

6. Incentivos públicos às *startup*s

Em Portugal as pequenas e médias Empresas, segundo dados do INE (2013) relativos a 2008, têm um peso de 99,7%, uma dimensão média de 8,6 trabalhadores e um volume médio de negócios de 993,3 mil euros, sendo responsáveis por criar 57% do emprego na indústria e de 69% nos serviços. O peso das micro e pequenas empresas em Portugal é de 97,8%, geram 53% do emprego e 36,3% do volume de negócios nacional.

Por este motivo, destaca-se a importância das entidades públicas promoverem uma política de desenvolvimento económico socialmente sustentável, orientada para o reforço da competitividade, através do apoio às micro, pequenas e médias empresas. Neste âmbito, surge o apoio essencial das entidades públicas às *startups*, devido à sua proliferação e à sua importância crescente na economia atual.

O desafio situa-se, assim, no trabalho em rede e em parceria, interdepartamental na Administração Pública, mas também entre esta e os diversos atores da sociedade civil. Se cada entidade pública olhar com preocupações de mudança social para a realidade em que se joga a sua intervenção rapidamente perceciona que as transformações desejadas requerem atuação articulada de diversos agentes, a começar pelos cidadãos ou coletividades que são objeto da ação pública.

Neste contexto, cabe realçar a inovação como área fundamental, devido, sobretudo, ao facto desta área estar relacionada "com o domínio da democracia, da participação e da afirmação da cidadania, quer no desafio ao uso das novas tecnologias de informação e comunicação, quer em novas formas de envolvimento e de parceria"([59]). "A realidade demonstra que competitividade e coesão não têm que ser objectivos antagónicos, inovação não significa, necessariamente, menor equidade e justiça. Pelo contrário, sociedades mais competitivas e inovadoras são frequentemente sociedades com maior coesão e justiça social"([60]).

([59]) Cf. Arminda Neves, *A Inovação Social nas Políticas Públicas*, 2009, p. 4, disponível em <https://dspace.uevora.pt/rdpc/handle/10174/2205>.

([60]) Arminda Neves, *A Inovação..., ob.cit.*, p. 6.

A complexidade do processo de inovação, os múltiplos agentes envolvidos no processo de inovação e a necessidade de existir um contexto institucional-organizacional favorável ao conhecimento e à inovação, sublinham a importância das características dos territórios e a natureza localizada da inovação. Comprova-se, deste modo, a importância do meio envolvente como preditor do desempenho das *startups*, alertando-se para a necessidade de criar um meio ambiente mais propício com menos burocracia, maior celeridade de processos e melhor informação.

Impõe-se, destarte, a participação ativa da Administração Pública nas *startups*, através da sua cooperação e colaboração, aproveitando o contexto de empresarialização e privatização do Estado, que tem ocorrido nos últimos anos. Fala-se mesmo numa "economização do Direito Administrativo e publicização do Direito Comercial"(61).

Destacamos, também, a importância da política legislativa, sendo essencial que o Estado promova e facilite a utilização dos instrumentos de financiamento a *startups*, e que torne atrativas as normas de proteção dos direitos de propriedade intelectual, para que estas encontrem "um equilíbrio adequado entre o grau de protecção necessário para incentivar inovações socialmente úteis, por um lado, e a garantia de disseminação e utilização óptima dessas inovações, por outro"(62).

Isto posto, prosseguimos para uma análise da forma como os incentivos públicos têm sido organizados, estruturados, regulamentados e promovidos pelas diferentes pessoas coletivas de direito público.

a) Políticas e programas de apoio na União Europeia

No Tratado de Roma, assinado em 1957, um dos objetivos da Comunidade Económica Europeia era, já, a coesão económica e

---

(61) Juliana Coutinho, *O Público e o Privado na Organização Administrativa — Da relevância do sujeito à especialidade da função*, Almedina Coimbra, 2017, p. 457.

(62) Miguel Moura e Silva, *O abuso de posição dominante na nova economia*, Almedina, Coimbra, 2010, p. 455.

social. Desse modo, as reestruturações económicas, com o objetivo de melhorar a mobilidade dos trabalhadores e as oportunidades de emprego no mercado comum, eram cofinanciados, primeiramente pelo Fundo Social Europeu. Em 1975, o FEDER (Fundo Europeu de Desenvolvimento Regional) foi instituído com o grande objetivo de financiar a ajuda estrutural através de programas de desenvolvimento regional orientados para as regiões menos desenvolvidas, atuando em função de uma estratégia global e integrada com os restantes fundos estruturais.

Mesmo após o Tratado de Maastricht, de 1993, e o Tratado de Amesterdão, de 1999, "os programas de fomento da União Europeia destinam-se à garantia da coesão económica e social de todo o território da União e o valor da solidariedade (entre os Estados-Membros), a que os tratados instituintes fazem constantemente apelo em várias matérias e circunstâncias, e que dá origem a um princípio fundamental autónomo — o princípio da solidariedade"([63]).

No início deste século, no Conselho Europeu de Lisboa, concluiu-se que a União Europeia está confrontada com uma enorme mutação resultante da globalização e dos desafios de uma nova economia baseada no conhecimento, cujas mudanças estão a afetar todos os aspetos da vida das pessoas e requerem uma transformação radical da economia europeia. A passagem para uma economia digital e baseada no conhecimento, impulsionada pela existência de novos bens e serviços, constitui um poderoso motor para o crescimento, a competitividade e a criação de emprego, que permite melhorar a qualidade de vida dos cidadãos e o ambiente. Por este motivo, decidiu-se avançar com a criação do Mercado Único Digital.

Deste modo, a Estratégia para o Mercado Único Digital na Europa inclui referências aos Fundos Europeus Estruturais e de Investimento como meio de financiamento reservado para infraestruturas e serviços do Mercado Único Digital, bem como para a investigação e para a promoção das *startups* inovadoras, tendo-se verificado a implementação desta Estratégia, por exemplo, com a publicação do

---

([63]) João Pacheco de Amorim, *Direito Administrativo da Economia, Vol. I (Introdução e Constituição Económica)*, Almedina, Coimbra, 2014, p. 236.

Regulamento (CE) n.º 772/2004 de 27 de Abril de 2004, relativo às categorias de acordos de transferência de tecnologia.

No Tratado de Lisboa, que entrou em vigor a 1 de dezembro de 2009 e foi assinado a 13 de dezembro de 2007, consolidou-se o fomento do progresso científico e tecnológico, o empenho no desenvolvimento sustentável da Europa, assente num crescimento económico equilibrado e na estabilidade dos preços, numa economia social de mercado altamente competitiva que tenha como meta o pleno emprego o progresso social, a promoção da coesão económica, social e territorial, e a solidariedade entre os Estados-Membros.

Por sua vez, o Tratado de Funcionamento da União Europeia estabelece, no seu artigo 179.º, que a União tem por objetivo reforçar as suas bases científicas e tecnológicas, através da realização de um espaço europeu de investigação no qual os investigadores, os conhecimentos científicos e as tecnologias circulem livremente, bem como, fomentar o desenvolvimento da sua competitividade, incluindo a da sua indústria, e, para o efeito, incentivar, em todo o seu território, as empresas, incluindo as pequenas e médias empresas, os centros de investigação e as universidades nos seus esforços de investigação e de desenvolvimento tecnológico de elevada qualidade. Outrossim a União deve apoiar os seus esforços de cooperação, tendo por objetivo dar aos investigadores a possibilidade de cooperarem livremente além-fronteiras e às empresas a possibilidade de explorarem plenamente as potencialidades do mercado interno, através, nomeadamente, da abertura dos concursos públicos nacionais, da definição de normas comuns e da eliminação dos obstáculos jurídicos e fiscais a essa cooperação.

Nesta medida, o foco da União tem incidido, mais recentemente, no financiamento das *startups* e na promoção da concorrência. Relativamente a este último ponto, é importante notar que a concorrência é uma consequência das liberdades económicas, um verdadeiro motor da economia do mercado, que, no entanto, é um mecanismo frágil, que dificilmente subsistiria entregue a si próprio(64).

---

(64) Cf. António Santos, Maria Gonçalves, e Maria Leitão Marques, *Direito Económico*, 5.ª ed., Almedina, Coimbra, 2010, p. 100.

Deve-se atender, portanto, a uma política de concorrência para concretizarmos o âmbito do direito da concorrência. Esta política ilustra-se facilmente através da comparação entre propriedades de dois arquétipos extremos de estrutura de mercado: a concorrência perfeita e o monopólio. Isto posto, apesar da irreversibilidade do fim da utopia da concorrência perfeita, a monopolização dos mercados tem, do ponto de vista do conjunto da sociedade, vários potenciais inconvenientes, sendo que por outro lado, do ponto de vista dos vendedores, a monopolização é uma fonte de potenciais benefícios, pelo que é de esperar que eles a tentem promover. Destarte, o papel do direito da concorrência é o de evitar que estes últimos adotem práticas anti-concorrenciais em detrimento do conjunto da sociedade"([65]). Além disto, o objetivo do direito da concorrência tem que passar pela prossecução de finalidades económicas mais concretas como o crescimento, o equilíbrio e o pleno emprego([66]).

A necessidade de um mercado concorrencial deve-se, entre outras razões, à liberdade de entrada e de saída no mercado, impedindo-se a imposição de investimentos iniciais tão elevados que os recém-chegados fiquem reféns dos agentes já estabelecidos no mercado e tenham dificuldade em abandonar o mercado quando as condições económicas assim o aconselham([67]).

De facto, é indispensável para o pleno desenvolvimento das *startups* a eliminação dos obstáculos que impedem a livre concorrência entre as partes([68]) e assegurar que a concorrência não seja falseada([69]). "O caminho a seguir não pode deixar de ser o caminho de concorrer num mundo globalizado, de acordo com as lições não só da teoria como também da experiência, com a remoção das

---

([65]) Vasco Rodrigues, *Análise Económica do Direito — uma introdução*, Almedina, Coimbra, 2007, pp. 157-167.

([66]) Cf. António Santos, Maria Gonçalves, e Maria Leitão Marques, *Direito…*, *ob. cit.*, p. 322.

([67]) Cf. Fernando Araújo, *Introdução à Economia*, 3.ª ed., Almedina Coimbra, 2009, p. 314.

([68]) Convergentemente, Tomás Virtuoso, Ana Gouveia e Ana Martins, "*A União…*", *ob. cit.*, p. 8.

([69]) Cf. Miguel Gorjão-Henriques, *Direito da União — História, Direito, Cidadania, Mercado Interno e Concorrência*, 7.ª ed., Almedina, Coimbra, 2014, pp. 638-643.

imperfeições do mercado e a criação das indispensáveis economias externas"([70]).

Para esta promoção da concorrência muito contribui o surgimento de novos procedimentos pré-contratuais no quadro das diretivas sobre contratação pública como o diálogo concorrencial ou o concurso para trabalhadores de conceção ou ainda os chamados contratos pré-comerciais. Estes últimos contratos visam adquirir serviços de investigação e desenvolvimento para encontrar novas soluções na perspetiva da eventual aquisição de um contrato público normal, numa fase ulterior.

Neste sentido, é um exemplo notório do trabalho da União a adoção da Diretiva 2014/104/UE de 26 de Novembro, que estabelece as regras que vão reger as ações de indemnização no âmbito do direito nacional e do direito europeu por infrações às disposições do direito da concorrência — comummente conhecido por *private enforcement*.

Outro dos fios condutores das novas iniciativas legislativas que concernem a promoção da concorrência, é a simplificação dos procedimentos de formação de contratos públicos, tornando-os mais flexíveis e céleres, com manifesto benefício, quer para as entidades públicas adjudicantes, quer para os operadores económicos e em particular as pequenas e as médias empresas. Neste contexto, o princípio da concorrência([71]) assegura o maior número de concorrentes, em condições de igualdade, ao procedimento pré-concursal.

Neste âmbito, sobressai a Diretiva 2014/24/UE([72]), de 26 de fevereiro de 2014, em que se teve em conta que "a participação das

---

([70]) Manuel Porto, *Teoria de Integração e Políticas Comunitárias, Face aos Desafios da Globalização*, 4.ª ed., Almedina, Coimbra, 2009, p. 573.

([71]) "O princípio da concorrência, frequentemente sinalizado, mas poucas vezes densificado, distingue-se de outros princípios fundamentais na contratação pública como os princípios da igualdade de tratamento, de não discriminação e de transparência", Nuno Cunha Rodrigues, "Os princípio da concorrência nas novas diretivas sobre contratação pública", *in Revista de Concorrência e Regulação*, Ano V, n.º 19, Julho/Setembro 2014, p. 215.

([72]) Esta Diretiva é essencial também na promoção à inovação. "Resulta da conjugação do art. 2.º (22) e do art. 31.º da Diretiva 2014/24/UE que inovação deve ser definida,

PME's nos processos de contratação pública constitui um dos factores essenciais de coesão económica e social a nível nacional e europeu, devido à contribuição decisiva para o emprego e para a viabilidade económica e social, nomeadamente, de regiões menos favorecidas"(73).

Já no Código Europeu das melhores práticas para acesso a pequenas e médias empresas, de 2008, enalteceu-se que uma das alterações mais importantes a efetuar é a tentativa de mudança de cultura das entidades responsáveis pelo lançamento do concurso, de forma a conceberem que a crescente participação das PME pode conduzir a um aumento da concorrência e ao aumento do *value for money* para as entidades públicas, para além de incrementar os níveis de inovação, as perspetivas de crescimento, gerando assim um impacto positivo na economia(74).

Quanto ao financiamento dos *startups*, a Comissão Europeia lançou, a 18 de Fevereiro de 2015, o Livro Verde sobre a "Construção de uma União de um Mercado de Capitais", visando, como prioridades, o crescimento e o emprego. A ideia principal é, basicamente, criarem-se mercados de capitais mais robustos que aguentem os choques das crises financeiras e complementem o financiamento bancário, permitindo, assim, mobilizar mais investimento para as pequenas e médias empresas(75), tornar o sistema financeiro mais estável e diversificar as fontes de financiamento.

Ademais, cabe destacar outros programas de apoio da União, que se relacionam com a promoção das *startups*, como o programa

---

tendo em conta dois elementos: (*i*) um elemento ontológico — criação de produto, serviço ou processo novo ou significativamente melhorado; e (*ii*) um elemento teleológico — com o objectivo de resolução de desafios societais". Pedro Cerqueira Gomes, "Alterações em procedimentos", *in Relatório de análise e de reflexão crítica sobre o Anteprojeto de Revisão do Código dos Contratos Públicos*, CEDIPRE, Coimbra, 2016, p. 27.

(73) Nuno Cunha Rodrigues, *A contratação pública como instrumento de política económica*, reimpressão, Almedina, Coimbra, 2015, p. 280.

(74) Cf. José Braz da Silva, com a colaboração de Diogo Leite de Campos, *Parcerias Público-Privadas*, Almedina, Coimbra, 2016, p. 35.

(75) Na Recomendação n.º 2003/361/CE, de 6 de Maio, a Comissão Europeia definiu a qualificação de pequenas e médias empresas (PME) como "empresas que empregam menos de 250 pessoas e cujo volume de negócios anual não excede 50 milhões de euros ou cujo balanço total anual não excede 43 milhões de euros".

Horizonte 2020, em que se pretende garantir que os Estados-Membros produzam ciência e tecnologia de craveira mundial que sejam capazes de sustentar o crescimento económico através de mecanismos de financiamento específicos que contribuem para garantir que as melhores ideias cheguem mais depressa ao mercado.

No âmbito do programa Horizonte 2020, já foi criado programa específico para financiamento de *startups*, em 2014 — o Odine — Open Data Incubator Europe. Durante três anos, apoiou 57 projetos que geraram 16 milhões de euros em vendas e criaram 268 empregos. Também está planeado a criação do Data Pitch, uma aceleradora europeia para *startups* que trabalhem dados gerados por grandes empresas. O Data Pitch vai ser coordenado pela incubadora portuguesa Beta-i, em conjunto com a Universidade de Southampton, o Open Data Institute e a plataforma francesa de dados Dawex.

b) Políticas e programas de apoio nacionais

Nos termos do artigo 86.º da Constituição da República Portuguesa, o Estado incentiva a atividade empresarial, em particular das pequenas e médias empresas, e fiscaliza o cumprimento das respetivas obrigações legais, em especial por parte das empresas que prossigam atividades de interesse económico geral.

No mesmo enquadramento, a Lei Orgânica do Ministério da Economia (Decreto-Lei n.º 11/2014, de 22 de janeiro) estabelece como atribuições deste Ministério a promoção e apoio à inovação, empreendedorismo e internacionalização das empresas.

No cumprimento destes desideratos, têm surgido vários programas de apoio a *startups* no nosso país, na sequência do que já se efetuava na Alemanha com o programa de apoios a *startups*, chamado *Grundungszuschuss*(76). Estes tipos de programas têm sido promovidos, sobretudo, por entidades como a Comissão Ministerial de Coordenação do QREN (Quadro de Referência Estratégia

(76) Cf. Marco Caliendo, Steffen Kunn e Martin Weissenberg, *Personality Traits and the Evaluation of Start-Up Subsidies*, 2016, p. 5, disponível em <https://papers.ssrn.com>.

Nacional)([77]) e o IAPMEI — Agência para a Competitividade e Inovação, I.P.

O QREN apresenta como grande desígnio estratégico a qualificação dos portugueses e das portuguesas, valorizando o conhecimento, a ciência, a tecnologia e a inovação, bem como a promoção de níveis elevados e sustentados de desenvolvimento económico e sócio-cultural e de qualificação territorial. O QREN avançou já com programas como o COMPETE, com o objetivo de concretização dos investimentos do Portugal 2020 que estão fortemente direcionados para a investigação, desenvolvimento tecnológico e inovação. O programa COMPETE conta com uma série de incentivos às empresas para apoiar o investimento produtivo de inovação, o empreendedorismo, a I&DT (Investigação e Desenvolvimento Tecnológico) para a dinamização da economia portuguesa.

Em termos de instrumentos de financiamento de *startups*, também existem apoios a fundos de capital de risco público através do programa COMPETE e do SAFRI, Sistema de Apoio ao Financiamento e Partilha de Risco da Inovação.

Isto posto, podemos aferir que o QREN tem revelado, como prioritário, a necessidade de reforçar a especialização e produtividade, de promover a melhoria das dinâmicas empresariais e de inovação e de aumentar o conhecimento científico e tecnológico, sendo o maior responsável pelo financiamento das *startups* portuguesas em termos da própria inovação([78]).

O IAPMEI foi criado Lei Orgânica do Ministério da Economia, em 2011, e tem como objetivos estimular e gerir plataformas de interação entre as empresas e o Sistema Científico e Tecnológico Nacional, potenciando a transferência de conhecimento, tec-

---

([77]) O Quadro de Referência Estratégico Nacional (constituiu o enquadramento para a aplicação das políticas comunitárias de coesão económico-social em Portugal, tendo sido aprovado pela Resolução do Conselho de Ministros a 3 de Julho de 2007, onde estão discriminadas todas as orientações necessárias para a organização e distribuição dos fundos comunitários a nível nacional durante o período vigente e para a nova estrutura dos diversos programas operacionais.

([78]) Cf. Pedro Lima, *A Eficácia do Sistema de Incentivos do QREN para a Internacionalização de PME's*, 2014, p. 11, disponível em <https://repositorio-aberto.up.pt/handle/10216/77341>.

nologia, investigação e inovação para o tecido empresarial, e desenvolver competências e sensibilidades do foro empresarial junto do meio científico, nomeadamente na promoção de criação de *spin-offs* (projetos de inovação realizados em universidades), *startups* e na utilização do I&D para o aumento da inovação e competitividade de empresas existentes.

Desta forma, foi esta a entidade escolhida para executar a Estratégia Nacional para o Empreendedorismo, designada por Programa Startup Portugal, e que tem como objetivo para os quatro anos, mais do que fomentar o espírito empreendedor, apoiar os empreendedores, assegurando a longevidade das empresas criadas e garantindo que produzem maior impacto em termos de criação de emprego e de valor económico. Esta Estratégia destina-se a organizar, desbloquear e promover a partilha de benefícios, boas práticas e recursos, assim como entender onde há falhas regionais e setoriais e retificar lacunas, focando 3 áreas de atuação: ecossistema, financiamento e internacionalização.

No âmbito do Programa Startup Portugal, encontram-se medidas de apoio importantes como o Startup voucher, que se destina a jovens universitários que estejam a terminar os cursos, ou já licenciados, e visa que estes tenham uma verba mensal, durante alguns meses, para que possam desenvolver o seu projeto.

Outra medida de apoio de destaque é o Programa Semente que visa dar benefícios fiscais às pessoas que investem em *startups* numa fase inicial. As deduções fiscais podem atingir um máximo de 40% no IRS dos investidores. O investimento terá de ser feito em *startups* que reúnam um conjunto de condições prévias que as qualifiquem como aptas para este programa:

— Sejam uma micro ou pequena empresa com menos de 5 anos;

— Tenham 20 trabalhadores ou menos;

— Não detenham bens ou direitos em valor superior a 200.000€;

— Não estejam cotadas em mercado regulamentado ou não regulamentado de valores mobiliários;

— Tenham a sua situação fiscal e contributiva regularizada;
— Sejam certificadas pela Rede Nacional de Incubadoras.

Releva neste âmbito referir, também, a iniciativa Indústria 4.0 promovida pelo Ministério da Economia e reúne um conjunto de peritos e de empresas, no sentido de criar as bases para uma compreensão uniforme do potencial da Indústria 4.0 a nível nacional e produzir recomendações ambiciosas, mas realizáveis. A estratégia é composta por um conjunto de 60 medidas de iniciativa pública e privada e procurará ter impacto no tecido empresarial português e na requalificação e formação de trabalhadores em competências digitais.

c) Participação pública em incubadoras e fundos de capital de risco

Outra forma de promoção e apoio das entidades públicas, que despoletou nos últimos anos, tem sido a criação ou participação no capital de incubadoras e de fundos ou sociedades de capital de risco, na ótica de colaboração e cooperação que a economia do conhecimento inspira. A atividade destas indústrias (capital de risco e incubação de empresas) contribui positivamente para aumentar a taxa de empreendedorismo da economia e para a redução da mortalidade das *startups*([79]).

Em relação ao investimento em capital de risco, existe uma entidade que se enquadra neste objetivo, a Portugal Ventures. É uma sociedade gestora de fundos de capital de risco que tem como associados entidades públicas bem como entidades de direito privado (instituições financeiras). Um dos seus grandes objetivos estratégicos é melhorar a competitividade da economia portuguesa e o investimento em indústrias e setores que podem competir globalmente com base em tecnologias de ponta. Privilegia os investimentos liga-

([79]) Cf. Fernando Gaspar, "Fomentar o Empreendedorismo Através do Capital de Risco e da Incubação de Empresas — Um estudo empírico em Portugal", *in Revista Portuguesa e Brasileira de Gestão,* v. 7, n. 3, Almedina, Coimbra, 2008, p. 19.

dos às ciências da vida, tecnologias de informação, comunicações e eletrónica, possuindo uma unidade focada no investimento em *start-ups* com projetos tecnológicos inovadores, contribuindo para a transformação do conhecimento em valor económico e para a criação e desenvolvimento de empresas com elevado potencial de crescimento. Os investimentos destinam-se maioritariamente a projetos de aplicação clara e com foco no mercado, que se baseiem em fundamentos científicos e tecnológicos com origem em laboratórios nacionais ou centros de pesquisa e universidades.

Outrossim, tem-se desenvolvido uma linha de financiamento a investidores informais em capital de risco, chamada de Iniciativa Portugal Inovação Social, e um fundo de co-investimento (*matching fund*) para investidores em capitais de risco. O objetivo será, sobretudo, atrair fundos internacionais com conhecimento especializado nas áreas de investimento. A Portugal Ventures e a PME Investimento (instituição de crédito do setor empresarial do Estado) são as instituições encarregadas de selecionar os investidores que podem ser elegíveis.

Relativamente às incubadoras, o seu processo de desenvolvimento tem visto um coenvolvimento de uma multiplicidade de atores, de natureza privada ou pública, como por exemplo, câmaras municipais, juntas de freguesia, universidades, parques científicos e tecnológicos, câmaras do comércio, bancos e grandes empresas. Deste modo, para sistematizar estes modelos heterogéneos, salientamos quatro tipos de entidades, que normalmente gerem incubadoras com, por vezes, diferentes objetivos:

— As incubadoras das universidades, que têm como objetivo o apoio a *spin-offs* das universidades e estão inseridas nas próprias([80]) (exemplos: UPTEC da Universidade do Porto,

([80]) Se na sociedade industrial os recursos mais importantes para o desenvolvimento foram as matérias-primas, as fontes de energia e a localização, na economia do conhecimento e da aprendizagem as elevadas qualificações da mão-de-obra, as universidades e outras instituições criadoras de conhecimento e o domínio de competências técnicas *(expertise)* assumem-se como os recursos decisivos. Deste modo, será o papel essencial do Estado promover as incubadoras em pé de igualdade com os parques tecnológicos e os centros de inovação.

a Incubadora de Empresas da Universidade de Aveiro e a TecMinho, da Universidade do Minho);

— As incubadoras associadas a Municípios ou a entidades do Estado, que têm como objetivo apoiar o empreendedorismo de base local (exemplos: a StartUp Lisboa, a Startup Braga e a INOVA Gaia);

— As incubadoras geridas por associações empresariais (exemplos: a INOVISA — Associação para a Inovação e o Desenvolvimento Empresarial, a IEMINHO e a Startup Benedita);

— As incubadoras criadas ou geridas por empreendedores, empresas ou instituições financeiras (exemplos: a Beta-i e a Aitec).

Os apoios das entidades públicas também se estendem aos programas de aceleração. Como por exemplo, o programa de aceleração Lisbon Challenge, promovido pela Beta-i, tendo como parceiros a Câmara Municipal de Lisboa, a Presidência da República Portuguesa, o Governo de Portugal, a Comissão Europeia, a Caixa Geral de Depósitos, o Turismo de Portugal e o IEFP.

Louva-se, assim, o espírito de iniciativa que as entidades públicas têm demonstrado na formação de parcerias([81]), na promoção da investigação e inovação nas universidades e nos apoios a *startups*. No entanto, Portugal ainda se posiciona no último lugar, no seio da União Europeia([82]), em termos de contribuições para a formação na área do empreendedorismo no Ensino Básico e Secundário, alertando-se, deste modo, para a urgente necessidade de um maior leque de políticas neste âmbito.

([81]) "Particulares e Administração Pública podem tornar-se parceiros ou sócios de uma entidade de composição mista, pública e privada. Esta entidade, em regra de direito privado, poderá estar sob influência dominante da Administração (será então uma entidade administrativa privada) ou não (estaremos, então, diante de uma entidade privada com participação pública)", Pedro Costa Gonçalves, *Entidades privadas com poderes públicos — o exercício de poderes públicos de autoridade por entidades privadas com funções administrativas*, reimpressão, 2008, Almedina, Coimbra, p. 453.

([82]) Cf. João Barroca, *O sucesso…*, *ob. cit.*, p. 10.

d) Regulação e supervisão

As autoridades reguladoras integram-se na Administração Pública, embora de modo distinto da sua forma tradicional de organização, de forma a corresponderem a meio mais adequado para a prossecução de um determinado propósito, função ou fim do Estado([83]). Desta forma, "a finalidade da regulação é de garantia dos direitos, da proteção do mercado e da concorrência, da libertação dos custos excessivos suportados pelos contribuintes, da maior racionalidade e eficiência na prestação de serviços públicos, e na independência orgânica e funcional dos novos modelos de organização encarregados da regulação"([84]).

As *startups*, no entanto, apresentam enormes dificuldades às autoridades reguladoras devido ao seu caráter inovador, tecnológico e disruptivo. Ademais, este cenário piorou quando as *startups* da "bolha da internet" dos anos 90, que apenas se dedicavam à criação de novas realidades virtuais na internet, passaram, no século XXI, a aplicar essas realidades virtuais ao mundo físico. Desta forma, encontramos um grande número de *startups* com atividades que levantam inúmeros problemas regulatórios, em que as autoridades reguladoras não conseguem reagir, como a Airbnb e a Uber.

Destarte, podem ser três, as abordagens das autoridades reguladoras a estas novas realidades:

— Abordagem restritiva: proibindo novos modelos de negócio.

— Abordagem observadora: sem intervenção direta, apenas reagindo a alguma consequência grave provocada por um novo modelo de negócio.

— Abordagem catalisadora: promovendo os benefícios que estes modelos de negócio podem oferecer à sociedade.

([83]) Cf. João Gonçalves, *Da independência das autoridades reguladoras independentes*, 2014, p. 26, disponível em <http://repositorio.ucp.pt/bitstream/>.

([84]) Maria Celeste Cardona, *Contributo para o conceito e a natureza das entidades administrativas independentes — as autoridades reguladoras*, 2016, Almedina, Coimbra, 2016, p. 731.

Dentro destas, é natural a escolha pela terceira, apesar da sua dificuldade prática. Apesar de não ser consensual, os novos modelos de negócio adotados pelas *startups* podem contribuir positivamente para a economia em geral, garantindo, por exemplo, um melhor acesso a informação por parte do cidadão comum. Também se verifica que as *startups* têm vantagens em abordar as autoridades reguladoras e em serem transparentes quanto à estrutura das suas atividades. Com efeito, este comportamento pode implicar mais custos, mas as *startups* ganham um maior acesso aos principais investidores do mercado.

Uma área de enorme relevância em termos de problemas regulatórios é o setor financeiro, onde tem surgido um fenómeno — usualmente designado sob a qualificação genérica de *FinTech* — de desenvolvimento tecnológico que propicia a adoção de novas técnicas e modelos de negócio. Como exemplos de novos modelos *FinTech,* temos o *Crowdfunding*, já explicitado, e o *Blockchain*, uma nova tecnologia que permite armazenar informação de uma forma irreversível e incorruptível. É, portanto, uma plataforma digital que guarda e verifica toda a história de transações entre utilizadores. Permitiu a criação da moeda *bitcoin*, que permitiu o envio e a receção de pagamentos para qualquer local do mundo, sem quaisquer comissões ou taxas e sem a conexão a qualquer conta bancária.

A crise regulatória neste setor tem levado muitas *startups* a atuar através do *shadow banking*, podendo este ser definido como a atividade de intermediação de crédito que não está sujeita a regulação e supervisão bancária e que não tem acesso direto e explícito à rede de segurança dos bancos([85]).

Como resposta a esta crise e com o objetivo de adotar uma abordagem regulatória catalisadora, a autoridade reguladora do setor financeiro britânico, a FCA (Financial Conduct Authority),

---

([85]) Em 1980 existiu a morte dos depósitos com o fortalecimento dos mercados de capitais, e por isso, os reguladores bancários quiseram aumentar o poder dos bancos permitindo que entrassem nos mercados de capitais, tanto que Basileia III aplica-se a bancos e a outras instituições financeiras, cf. José Rosa, "Shadow banking — new shadow entities come to light", *in Revista de Concorrência e Regulação*, Ano V, n.º 18, Abril/Junho, 2014, p. 140.

criou um mecanismo regulador inovador, a *regulatory sandbox*([86]). Esta figura pretende ser um espaço flexível que potencie as inovações, através de um acompanhamento muito próximo das atividades das *startups* que promovam alterações aos modelos mais tradicionais do setor financeiro. As *regulatory sandboxes* são, assim, parcerias entre a autoridade reguladora e as *startups*, em que estas obtêm uma autorização para desenvolverem a sua atividade sem constrangimentos, permitindo a redução dos seus riscos regulatórios, sendo que, por outro lado, a autoridade efetua uma monitorização muito próxima dessas *startups*, com o objetivo de avaliar quais as consequências regulatórias das suas atividades.

Esta figura parece ser um exemplo positivo a seguir pelas autoridades reguladoras nacionais, não se podendo olvidar, no entanto, que podem existir inconvenientes relevantes como a criação de vantagens competitivas injustas para as *startups* que participem na *regulatory sandbox*, razão pela qual esta figura foi afastada pelas autoridades reguladoras do setor financeiro francês.

Importa, também, referir o surgimento da *RegTech (Regulatory Technology)*, que consiste no uso de novas tecnologias, por parte das autoridades reguladoras, para o cumprimento das exigências regulatórias, de uma forma mais simples, fiável e eficiente, sendo essencial o seu desenvolvimento para atender a questões de cibersegurança, como a deteção de fraudes e de *phishing*.

7. Conclusões

Através da contextualização apresentada deste novo fenómeno de proliferação das *startups*, verificamos a sua importância no contexto empresarial atual e o contributo social que nos pode oferecer a inovação pelas *startups*, na medida em que esse contributo só surtirá efeitos se a sociedade tiver liberdade para usar os seus resultados.

([86]) Cf. <https://www.fca.org.uk/firms/innovate-innovation-hub/regulatory-sandbox>.

A promoção do seu desenvolvimento demonstra-se essencial, devido à capacidade inovadora e criativa das *startups* portuguesas, apesar das dificuldades no acesso a financiamento. Desta maneira, o papel das entidades públicas é decisivo de forma a estimular as *startups*, ao mesmo tempo, que asseguram a proteção dos investidores, a credibilidade e a fiabilidade do sistema económico e financeiro, e evitam a burocratização e os entraves ao investimento.

Na nossa análise, verificamos o papel positivo e dinâmico das medidas de estímulos às *startups* por parte da Administração Pública. A quantidade e qualidade das políticas nacionais têm demonstrado um impacto muito significante no contexto das *startups* portuguesas, verificando-se o enorme sucesso destas, quer nacionalmente, quer internacionalmente.

No entanto, ao longo do nosso estudo, realçamos também alguns pontos que podem ser melhorados como a necessidade de um maior investimento na formação na área do empreendedorismo no Ensino Básico e Secundário, a introdução de *regulatory sandboxes* pelas autoridades reguladoras do setor financeiro, de forma a tomarem uma abordagem catalisadora com os novos modelos de negócio das *startup*s, e a promoção de mais fontes de financiamento com a abertura do *Crowdfunding* de capital e das *Initial Coin Offerings* às pequenas e médias empresas.

Acrescenta-se, também, a necessidade de uma política legislativa mais estável, de forma a estimular o investimento e uma perspetiva mais holística nas políticas de adaptação do sistema económico aos novos modelos de negócio das *startups*. É essencial uma abordagem frontal para enfrentar modelos disruptivos, não só com os novos agentes de mercado, mas também com os agentes já instalados que sofrem as consequências destas novas dinâmicas. Sendo que, por um lado, a história mostra-nos que quando os novos modelos de negócio não vingam devido a condições adversas, o Estado é forçado a agir: a formalizar novos sistemas, a recompensar novas tecnologias e a fornecer capital e proteção aos inovadores, por outro lado, as consequências sociais de uma revolução no sistema económico e financeiro podem ser catastróficas e cabe ao Estado compreender e equilibrar os novos posicionamentos no mercado, com justiça, segurança e equidade.

EM TORNO DA (IN)ADMISSIBILIDADE DE PACTOS DE PERMANÊNCIA ANTERIORES AO CONTRATO DE TRABALHO(*)

Por João Zenha Martins(**)

I. Os pactos de permanência dirigem-se à garantia de que o "contrato dura o suficiente para que certas despesas importantes do empregador fiquem compensadas"([1]), sendo, por isso, pactos conformados pela situação laboral subjacente. Esta conformação da autolimitação pela situação laboral em curso assume marcada importância no que respeita à subsistência do acordo: a verificação de alterações na situação laboral pode determinar o desaparecimento do interesse que justifica a limitação à liberdade de trabalho em razão da exigência de que esta só deve vigorar na medida do

---

(*) O presente texto, escrito segundo o novo acordo ortográfico, surge na sequência da minha intervenção na sessão de formação contínua, subordinada ao tema "Pactos de permanência e de não concorrência", que teve lugar no Centro de Estudos Judiciários em 02.06.2017, visando aprofundar algumas das questões suscitadas no espaço de debate que se seguiu à intervenção.

(**) Professor da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa e Diretor Adjunto do CEDIS.

([1]) António Monteiro Fernandes, *Direito do Trabalho* (18.ª ed.), Almedina, Coimbra, 2017, 292. Ainda: Joana Vasconcelos, "Pacto de permanência, liberdade de trabalho e desvinculação do trabalhador", *Estudos em Homenagem a Miguel Galvão Teles,* Almedina, Coimbra, 2012, 821-839.

estritamente necessário([2]). E a dependência existente entre os dois vínculos é unilateral: se o pacto pode cessar ou ser nulo sem que o contrato de trabalho fique afetado, já a nulidade do contrato de trabalho afeta a validade de um pacto de permanência, pois este baseia-se na concretização do próprio vínculo laboral. Sendo o pacto diretamente instrumental à execução da *causa função* do contrato de trabalho, não faria sentido exigir uma permanência ao trabalhador em algo que entretanto cessou ou já não existe (nulidade). Aqui, a liberdade negocial quanto ao afastamento da relação de indissociabilidade entre estes pactos e o contrato de trabalho encontra-se ontologicamente espartilhada, visto que, se assim não fosse, conceber-se-ia um trilho ínvio destinado à extensão de eficácia de um contrato que, sendo contrário às coordenadas básicas do sistema, não pode continuar a produzir efeitos: a declaração de nulidade impede a produção futura de efeitos do contrato de trabalho, inviabilizando a continuidade da situação laboral; a declaração de nulidade efectiva-se; logo, os pactos não podem determinar a continuidade da situação que pressupõe a obrigação de permanência, infirmando o desvalor, cifrado na nulidade, que o ordenamento atribui ao contrato de trabalho([3]).

([2]) Por exemplo: a formação extraordinária que justificou o pacto de permanência queda descompassada, em razão da mudança de actividade, com o feixe de interesses em que se move a execução do vínculo laboral.

([3]) Diferente é, todavia, o enquadramento que seguimos em relação a um pacto de não concorrência, cujo desenho se encontra no art. 136.º do CT. Assumimos, para este efeito, um critério que se baseia na simultaneidade da execução do contrato de trabalho e do acordo de limitação à liberdade de trabalho, numa formulação lógica que se ampara na sincronia subjacente à execução dos vínculos e que não desconhece, ou não pode desconhecer, que a independência dos negócios que formam a coligação não implica, necessariamente, que o respetivo regime jurídico se mantenha impermeável às vicissitudes que marcam o nexo juridicamente relevante. Na verdade, se o pacto de não concorrência apresenta causas de extinção e de invalidade *a se* que não se comunicam à situação laboral, na situação inversa, em que um vício do negócio-base é sancionado com a nulidade, não se vê razão para operar uma extensão irrestrita de tal invalidade ao pacto: por um lado, este só produz efeitos *de pleno* após a extinção do contrato de trabalho, situação que se acomoda ao regime previsto para a nulidade do contrato de trabalho, em que este vai produzir efeitos como se fosse válido relativamente ao período durante o qual esteve em execução; por outro, não havendo um vício genético do pacto de não concorrência que determine a sua invalidade, não se entrevê a existência de uma razão grave que, justificando a nulidade do pacto, implique a determinação *recta via* de que todo e qualquer pacto de não concorrência

Embora a generalidade dos sistemas não restrinja subjetivamente a validade destes pactos a determinados trabalhadores (*v. g.:* em função das funções exercidas ou da retribuição auferida, como sucede, por exemplo, no ordenamento belga)([4]), é inegável a sua vocação aplicativa a *white-collar workers,* visando-se, assim, uma redução do chamado *substitution effect*([5]).

São, por isso, os *core workers,* i.e., aqueles que são fundamentais à empresa e nos quais os empregadores investem recursos substanciais na respectiva formação, os destinatários preferenciais dos mecanismos de permanência([6]), havendo sectores de atividade em que estes são um *deux ex machina.* É o caso do sector da aviação, onde, não raro, os tribunais superiores são chamados a pronunciar-se sobre a atendibilidade de pactos de permanência que antecedem a celebração de um contrato de trabalho.

II. A jurisprudência portuguesa tem sido longânime quanto à validade de pactos de permanência que antecedam a existência de um contrato de trabalho, propendendo para a sua admissão. Em ilustração,

---

é contagiado pela nulidade do contrato de trabalho quando o seu objeto não revela qualquer contrariedade com a lei. Tratando-se de incorporar na ponderação do problema o regime previsto para a nulidade do contrato de trabalho — já que, em fundo, do que se cuida é da delimitação da sua projeção nos pactos acessórios —, é mister afastar a aplicação de juízos mecânicos que, podendo desconsiderar os interesses de que o pacto se faz portador, vêem na nulidade do contrato de trabalho uma fatalidade que se apodera dos pactos acessórios, não atendendo, nessa medida, à eficácia conformativa do princípio da boa fé e às razões que a acomodaram ao regime da nulidade incidente sobre o contrato de trabalho cuja comunicação ao pacto é problematizada (art. 123.º do CT).

([4]) Na Bélgica, desde a Lei de 27.12.2006, que é considerada inexistente uma *clause d'écolage* subscrita por um trabalhador cuja remuneração anual é inferior 31.467 € (montante aplicável a 01.01.2012), valor que é aplicado proporcionalmente aos trabalhadores a tempo parcial. Cf. Bernard Nyssen, "Les aménagements conventionnels du droit de démissioner: la clause d`écolage", *Quelques propos sur la rupture du contrat de travail: hommage à Pierre Blondiau,* Anthemis, Louvain, 2008, 390-1.

([5]) Tão decantado nas mais recentes análises económicas sobre o mercado de trabalho: Anne C. L. Davies, *Perspectives on Labour Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2004, 23 e ss.

([6]) Cf. Carlo Zoli, "Clausole di fidelizzazione e rapporti di lavoro", *Rivista Italiana di Diritto del Lavoro* 2003, n.º 4, 449.

(*i*) em Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 30.06.2011 (Gonçalves Rocha)([7]) considerou-se que (*i.i*) *tendo as partes celebrado um contrato de formação profissional e promessa de contrato de trabalho a termo certo, no qual o trabalhador se obrigou, finda, com aproveitamento, a formação, a exercer a actividade profissional resultante da formação ministrada, durante um período mínimo de três anos a contar da outorga do contrato de trabalho, está-se perante um contrato misto*; (*i.ii*) *entre o contrato-promessa de trabalho e o contrato definitivo verifica-se não só uma sequência temporal como também uma interligação, o que significa que o contrato definitivo está condicionado pelo que foi estabelecido no contrato-promessa, mormente quanto ao pacto de permanência, que vincula o trabalhador na vigência do contrato de trabalho*; (*i.iii*) *o trabalhador que denuncie o contrato de trabalho antes de esgotado o período de permanência a que se vinculou torna-se responsável pela reparação do prejuízo causado ao empregador*.

(*ii*) em Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 27.10.2010 (Isabel Tapadinhas)([8]) lavrou-se que (*ii.i*) *o Contrato de Formação Profissional e Promessa de Contrato de Trabalho a Termo Certo é um contrato misto, que reúne, em termos de fusão, elementos próprios de dois contratos distintos — o de formação profissional e o de promessa de contrato de trabalho — mas assumindo-se como um único contrato*; (*ii.ii*) *o contrato-promessa de trabalho e o contrato definitivo são contratos coligados em que se verifica não só uma sequência temporal como também uma interligação, razão pela qual a cláusula que consigna o pacto de permanência vincula o trabalhador na vigência do contrato de trabalho*.

(*iii*) em Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 20.11.2013 (Paula Santos)([9]) julgou-se que, (*ii.i*) *verificando-se, no*

([7]) Processo n.º 2779/07.0TTLSB.L1.S1, <http://www.dgsi.pt>.

([8]) Processo 2779/07.0TTLSB.L1-4, <http://www.dgsi.pt>.

([9]) Processo n.º 593/09.TTLSB.L1-4, <http://www.dgsi.pt>. Embora com juízo decisório direcionado à indagação, na falta de elementos bastantes para determinar o montante indemnizatório, da possibilidade de uma condenação ilíquida (juízo procedente, com

mesmo suporte contratual, cláusulas respeitantes a um acordo de formação e outras consubstanciadoras de uma promessa unilateral de celebração de contrato de trabalho, está-se perante um clausulado atípico, que faz concluir pela existência de uma coligação de contratos, embora ligados por um nexo funcional, que não afecta a sua individualidade; (*iii.ii*) *com a celebração do contrato de trabalho entre Autora e Réu caducou o acordo de formação entre eles vigente, nos termos do disposto no art. 12.º, n.º 3 do Dec. Lei 405/91 de 16.10, mas a cláusula de permanência não faz parte do acordo de formação tal como ele é gizado no diploma legal, antes integrando uma promessa unilateral de celebração de contrato de trabalho, nos termos da qual o trabalhador renunciou, de forma unilateral, ao direito de rescindir o contrato por determinado período*.

III. Sem que, neste contexto, se conheça sinal jurisprudencial que afaste a atendibilidade de uma obrigação de permanência em função da sua anterioridade em relação a um contrato de trabalho, impõe-se ponderar os argumentos subjacentes a cada um dos enquadramentos possíveis, numa combinação dialógica que entrecorra os diferentes vetores sistemáticos chamados a depor.

O que está em causa com um pacto de permanência é a adoção de uma conduta abstensiva por banda do trabalhador quanto ao exercício do direito de desvinculação *ad nutum*([10]), dando-se a esse compromisso foros de uma condição de segurança([11]), de natureza compensatória([12]). E o pacto, por princípio, é suscetível de celebra-

---

a consequente remissão do apuramento da responsabilidade para momento posterior, desde que essa segunda oportunidade de prova não incida sobre a existência dos danos, mas apenas sobre o respetivo valor) em sequência de montante inscrito em "acordo de formação", o Ac. STJ de 30-04-2014 (Mário Belo Morgado), processo n.º 593/09.7TTLSB.L1.S1, deu como admitida uma obrigação de permanência inscrita em promessa unilateral de contrato de trabalho.

([10]) Neste sentido: Júlio Vieira Gomes, *Direito do Trabalho. Volume I: Relações Individuais de Trabalho*, Coimbra Editora, Coimbra, 2007, 624.

([11]) François Gaudu & Raymonde Vatinet, *Les contrats du travail: contrats individuels, conventions collectives et actes unilatéraux,* LGDJ, Paris, 2001, 251.

([12]) Ainda Marc-Olivier Huchet, "La clause de dédit formation", RJO 2000, n.º 4, 378, que, fazendo apelo à função económico-social do pacto, incorpora a amortização do investimento feito pelo empregador no seu fim último: a fidelização.

ção a todo instante([13]), podendo *inclusive* tratar-se de um documento autónomo que se junte ao contrato de trabalho([14]).

Afastando-se, apenas, por impossibilidade lógica, a celebração de um pacto de permanência após a cessação da relação laboral, e, de molde a garantir a genuinidade da vontade do trabalhador, também um pacto proposto ao trabalhador após o início da formação([15]), não é, todavia, claro que se admita a celebração de um pacto que preceda a própria celebração do contrato de trabalho. Pensamos, designadamente, na promessa de contrato de trabalho, que hoje se encontra prevista no art. 103.º do CT, instrumento que, criando a obrigação de celebrar o contrato definitivo (*contrato que tem por objeto a celebração de outro contrato*), visa, desde logo, a laboração subordinada([16]) e que, *in potentia*, pode vir associado a um pacto de permanência, como se verificou nos arestos ora sumariados.

Se aí não se vislumbram obstáculos a que na promessa de contrato de trabalho se preveja a frequência por banda do trabalhador de um curso de formação — condicionando-se até a celebração do contrato de trabalho ao aproveitamento formativo obtido pelo trabalhador([17]) —, a admissibilidade de uma obrigação de perma-

---

([13]) Assinalando que "a cláusula de permanência tanto pode ser contemporânea como posterior à conclusão do contrato", v. Jorge Leite, *A Extinção do Contrato de Trabalho por Vontade do Trabalhador,* Coimbra, polic., 1990, 90 e Júlio Vieira Gomes, *Direito do Trabalho* (2007), *cit.*, 627.

([14]) Assim, Pedro Romano Martinez, *Direito do Trabalho* (5.ª ed.), Almedina, Coimbra, 2010, 692.

([15]) Cf. António Monteiro Fernandes, *Direito do Trabalho* (2017), *cit.*, 294. Cuidando-se ainda de garantir que, perante a caracterização do investimento extraordinário feito pelo empregador como condição de validade material do pacto e simultaneamente como contraprestação, não se confeciona atipicamente uma correspetividade *ex tunc*, essa é a posição seguida pela jurisprudência que se tem pronunciado sobre a questão em diferentes ordenamentos: na Alemanha, v. BAG 24.07.1991, NZA 1992, 405, e, em França, Cass. Soc. 04.02.2004, n.° 01-43.651, RJS 04.04, n.º 438. Ainda: Marc-Olivier Huchet, "La clause de dédit formation", RJO 2000, n.º 4, 377 e, entre nós, com posição idêntica, Júlio Vieira Gomes, *Direito do Trabalho* (2007), *cit.*, 628.

([16]) António Menezes Cordeiro, *Manual de Direito do Trabalho*, Almedina, Coimbra, 1997, 527.

([17]) Verificado o incumprimento por parte do empregador, como se lê no Ac. STJ de 02.12.2008 (Sousa Lamas), proc. n.º 80/98, *Boletim do Ministério da Justiça* 1999, n.º 482, 150-160, "(a) indemnização pelo injustificado incumprimento da promessa do

nência inscrita em promessa de contrato de trabalho ou, menos nitidamente, a atendibilidade de uma promessa de pacto permanência associada a uma promessa de contrato de trabalho são configurações negociais que, estando aparentemente isentas de problemas, encontram potencialmente dois importantes freios, que merecem análise detida.

IV. Um primeiro aspeto atina com a consagração, por via legal, de um período experimental, fase em que a formação necessária ao desempenho das funções deve ocorrer, e em que avulta "a preocupação de assegurar uma experiência suficiente para adequação às exigências da função e características do posto de trabalho"([18]). O período experimental, como é frequentemente assinalado, não substancia um período de puras expectativas: as obrigações recíprocas que pautam a relação entre os sujeitos surgem *ab origine*, criando-se condições para aferir, com a concretização factual da relação de trabalho, da compatibilidade do contrato com os respetivos interesses, conveniências ou necessidades([19]), contexto em que a

---

contrato de trabalho terá de ser equivalente, quanto possível, ao prejuízo causado pela não celebração do contrato prometido, medida, por isso, pela diferença entre a situação patrimonial em que o trabalhador ficou em consequência da falta de celebração do contrato de trabalho". E, na fixação da indemnização, "deverá ter-se em conta que o contrato de trabalho prometido estaria sujeito a um período experimental e poderia, durante esse período, ser rescindido por qualquer das partes, sem aviso prévio, sem justa causa e sem direito a qualquer indemnização". Tratando-se de um incumprimento por banda do empregador, "a indemnização pelo não cumprimento ilícito da promessa de contrato de trabalho não pode, em termos equitativos, ser superior àquela que seria devida ao trabalhador se o contrato prometido tivesse sido celebrado e fosse rescindido ilicitamente pela entidade patronal".

([18]) *Os Acordos de Concertação Social em Portugal* (II textos), Lisboa, 1993, 99 e ss. O interesse no estudo do período experimental centra-se aliás, conforme nota Júlio Vieira Gomes, *Do uso e abuso do período experimental*, RDES, ano XXXXI, n.os 1 e 2, 37, na "sua compatibilização com um direito do trabalho em que a defesa da estabilidade da relação e do emprego desempenha ainda um papel".

([19]) Assim, entre vários: G.H. Camerlynxck, *Droit du Travail. Le contrat de travail*, T. 1 (10.ª ed.), Dalloz, Paris, 1982, 175, Cecília Assanti, *Corso di Diritto del Lavoro* (2.ª ed.), Cedam, Pádua, 1993, 305, Luisa Galantino, *Diritto del Lavoro* (5.ª ed.), Giappichelli Editore, Turim, 1995, 180, Michel Miné & Daniel Marchand, *Le droit du travail en pratique* (24.ª ed.), Eyrolles, Paris, 2012, 150, e, entre nós, Raúl Ventura, *Teoria da Relação Jurídica de Trabalho. Estudo de Direito Privado*, Imprensa Portuguesa, Porto, 1944, 339. Contudo, ao contrário do que referia Martín Valverde, *El período de prueba*

aquisição de conhecimentos/habilitações para o exercício de uma atividade assume visível relevância e tem albergado a celebração de acordos de formação, designadamente no sector da aviação([20]).

É, aliás, em concretização desta proposição que o n.º 1 do art. 113.º do CT, na sequência do que estabelecia o n.º 1 do art. 106.º do CT2003, estabelece que a contagem do período experimental começa "a partir do início da execução da prestação do trabalhador, compreendendo ação de formação determinada pelo empregador, na parte em que não exceda metade da duração daquele período".

Esta associação entre formação e período experimental, que corresponde a uma execução do contrato de trabalho e aparece inserida no poder de direção do empregador([21]), implica, por um lado, que o empregador disponha de pelo menos metade da duração do período concretamente aplicável ao trabalhador para fazer um juízo acerca da adaptação do trabalhador às exigências da função e às características do posto de trabalho — perdendo préstimo o argumento de que a utilidade subjacente à outorga de formação em contexto diverso e anterior ao contrato de trabalho se prende com a impossibilidade de o empregador fazer um juízo de conveniência acerca das capacidades do trabalhador em razão de este se encontrar em formação e de não dispor de oportunidade para avaliar a colocação dos conhecimentos formativos em prática —, e,

---

en el contrato de trabajo, ed. Montecorvo, Madrid, 1976, 141-4, apesar da consideração de que o reconhecimento da faculdade de denúncia livre, que constitui a essência do período experimental, está vocacionado para a defesa dos interesses da entidade empregadora, o período experimental não tem carácter *unilateral*, tal como não tem o contrato de trabalho que o justifica, pelo que deve considerar-se instituído em benefício de ambos os contraentes. Na Lei n.º 1952, de 10.03.1937, o período experimental, conforme se podia ler no art. 12.º, encontrava-se desenhado apenas em benefício da entidade patronal; mas, com o Decreto-Lei n.º 47.032, de 27.05.1966, com o Decreto-Lei n.º 49.408, de 24.11.1969, e agora, também, com o CT, a bilateralidade da *prova* é incontroversa. Ainda António Menezes Cordeiro, *Manual de Direito do Trabalho* (1997), *cit.*, 578 e Tatiana Guerra de Almeida, *Do período experimental no contrato de trabalho*, Almedina, Coimbra, 2007, 27 e ss.

([20]) Em amostra, v. Ac. STJ de 13.10.2010 (Pinto Hespanhol), CJ-STJ 2010, Ano XVIII, T. III, 260.

([21]) Assim: Júlio Vieira Gomes, *Direito do Trabalho* (2007), *cit.*, 495 e Pedro Furtado Martins, *A Cessação do contrato de trabalho* (3.ª ed.), Principia, Cascais, 2012, 588-9.

por outro lado, que um contrato de formação não pode ser utilizado como um expediente materialmente instituinte de um período experimental, tendo em atenção, designadamente, a faculdade desvinculativa que assiste ao empregador nesta fase prodrómica da relação laboral.

É, aliás, também por essa razão que, por princípio, se deve considerar afastado ou reduzido o período experimental nos casos em que o contrato de trabalho surge como *subsequens* de um contrato de formação(22), de estágio ou com tessitura similar, embora esse afastamento ou redução não sejam automáticos: o n.º 1 do art. 113.º do CT, sendo restrito à formação determinada pelo empregador no decurso do contrato de trabalho, tem, a par do n.º 4 do art. 112.º do CT, um importante valor dilucidativo.

Mau grado a jurisprudência afastar a sua aplicação às situações em que a formação teve lugar antes do contrato de trabalho(23), a formação recebida pelo trabalhador para o exercício subsequente de funções de âmbito laboral, sempre que formador e empregador coincidam, não pode ser irrelevada, desconsiderando o juízo aprovatório subjacente à firmação do vínculo laboral.

Embora o contexto de adaptação aos métodos e modos de organização do trabalho da empresa e a atitude exigível não sejam coincidentes com os que caracterizam um contrato de aprendizagem, de estágio ou de formação(24), importa, por um lado, ponderar que o regime incidente sobre os contratos precedentes se encontra largamente moldado pelo regime aplicável ao contrato de trabalho (direção e orientação da formação ou estágio, período normal de

---

(22) Por exemplo, e à semelhança da previsão ínsita no § 3 do n.º 1 do art. 14.º do ET, no domínio do contrato de trabalho desportivo em que intervenha um futebolista profissional, este enquadramento logrou previsão expressa no n.º 3 do art. 11.º do CCT celebrado entre a Liga Portuguesa de Futebol Profissional e o Sindicato dos Jogadores Profissionais de Futebol, ao dispor que "(n)ão é admissível o estabelecimento do período experimental no primeiro contrato de trabalho desportivo celebrado pelo jogador com o clube que lhe deu formação".

(23) Por exemplo: Ac. STJ de 16.11.2010 (Pinto Hespanhol), proc. n.º 832/ 08. 1TTSTB.E1.S1.

(24) Em utilização destes argumentos: Tatiana Guerra de Almeida, *Do período experimental no contrato de trabalho* (2007), *cit.*, 139 e Pedro Furtado Martins, *Cessação do Contrato de Trabalho* (2012), *cit.*, 588-90.

trabalho, descansos diário e semanal, segurança e saúde no trabalho) e, por outro, não perder de vista que a firmação da inafetabilidade do período experimental como regra universal, além de deixar o empregador com o melhor de dois mundos (não pagamento de retribuição em contrato precedente e denunciabilidade do contrato de trabalho durante o período experimental), pode esvaziar o vínculo de confiança subjacente à laboralização da situação, sem que, em muitos casos, se vislumbre uma falha de afinidade valorativa com a massa de hipóteses a que a lei atribui relevância excludente ou redutória (*v. g.* contrato de prestação de serviços).

Tratando-se de solução que apresenta o inconveniente de não fundar um quadro aprioristicamente seguro quanto à regulação do comportamento dos sujeitos, está-se, por isso, em crer que o juízo da cerca da (in)aplicabibilidade do período experimental não pode/deve desatender a fatores como a coincidência entre formador/orientador de estágio e empregador (nem sempre existente), a eventual internidade das funções desempenhadas — face à presunção de contextualização com a organização produtiva por parte do ora trabalhador —, e ainda a antiguidade da relação precedente e/ou o conteúdo, necessariamente concreto, do contrato de formação ou de estágio.

Mas a suscetibilidade de afastamento ou redução encontram sinal expresso em alguns instrumentos normativos, harmonizando-se com a previsão contida no n.º 4 do art. 112.º do CT, que estabelece a redução ou a exclusão em caso de precedência de contrato a termo para a mesma atividade([25]), de trabalho temporário executado no mesmo posto de trabalho ou ainda de contrato de prestação de serviços para o mesmo objeto, com o mesmo empregador, num reflexo político-legislativo que visa evitar situações de fraude ao

---

([25]) Solução que havia sido avançada pela UGT para inclusão no CT2003. Propôs-se o aditamento de um novo número (2) ao art. 104.º do CT (na versão final: art. 105.º) com a seguinte redação: "(o) período experimental compreende contratos a termo prévios, até ao limite de dois terços do período previsto para o período experimental". Ainda antes do CT2003, lendo-se que "em contratos de trabalhos sucessivos — ou quase — celebrados entre as mesmas partes, apenas no primeiro se justifica o período de experiência, a menos que se verifique alteração de funções que expliquem um novo juízo de adequação do trabalhador", cf. Ac. Rel. Lx. de 25.5.1994 (Dinis Roldão), CJ 1994, Ano XIX, T. III, 171.

apertus exigível para a constituição de situações laborais precárias([26]).

Dito isto, não cremos que, sempre que se vise diretamente a laboração subordinada, a formação necessária ao desenvolvimento de uma atividade tenha de aparecer acantonada ao período experimental. Com efeito, o contrato de formação profissional tem uma função específica, sendo legítimo que a formação necessária ao desenvolvimento de uma atividade, de acordo aliás com o *nomen* do contrato, possa ocorrer nesse contexto, em precedência de um contrato de trabalho.

Ora, se, para tanto, confluem motivos conexos com a não assunção dos encargos contributivos subjacentes a uma relação laboral, com o enquadramento fiscal aplicável ou com a ausência de retribuição do formando (…) — aspetos que atinam, sobretudo, com o enquadramento global vigente dos contratos de formação, aliás fragmentário e claramente melhorável —, a formação que o empregador estime necessária para o desempenho de determinadas funções pode ser ministrada, em obediência aos propósitos subjacentes à existência um regime jurídico específico da formação profissional inserida no mercado de emprego, em contrato anterior ao contrato de trabalho que tenha essa finalidade, conquanto aquele contrato respeite os traços tipicizantes previstos na lei e não corresponda *de facto a* uma situação laboral, hipótese em que, sem qualquer singularidade, se aplicará *de iure* o regime laboral pertinente([27]).

([26]) É aliás esta a linha inspiradora de soluções como a do cômputo de outros contratos com o mesmo trabalhador no período máximo para a contratação a termo (n.º 5 do art. 148.º) e no contrato de trabalho temporário (n.º 5 do art. 182.º), conforme faz notar Pedro Furtado Martins, *A Cessação do contrato de trabalho* (2012), *cit.*, 583. Mais permissivamente, antes do CT2003, cf., no entanto, Ac. STJ de 16.05.2000 (Diniz Nunes), CJ 2000, Tomo II, 269, em que se diz que "(n)ada impede que, após ter cessado um contrato de trabalho, as partes celebraram um outro, e que a este se apliquem as regras do período experimental", e, na mesma linha, embora no quadro do segundo contrato se tenha registado uma "alteração das funções a desempenhar pela autora" (trabalhadora), v. Ac. Rel. Lx. de 26.09.01 (Guilherme Pires), CJ 2001, Ano XXVI, Tomo IV, 161.

([27]) Neste sentido, acentuando a formação como elemento essencial do contrato, v. também Gianni Loy, "Contratti formativi", *Dizionari del Diritto Privato: Diritto del Lavoro* (org. Natalino Irti), Giuffrè, Milão, 2008, 128-9.

Esta conexão *ante/post*, entre formação e trabalho, faz parte, aliás, do caldo histórico em que surgiu a formação([28]) e, sem prejuízo das novas irradiações normativas da formação nos modelos de relações laborais deste século([29]), não deve ser degredada, face à lógica de empregabilidade e de valorização da capacidade profissional que perpassa todos os níveis de formação([30]) e que, no ordenamento francês, se encontra, com alguma tradição histórica([31]), expressamente configurada no *Code du Travail*([32]).

V. Um segundo aspeto prende-se com a exigência de que sejam os sujeitos laborais, enquanto tal, a assumir uma obrigação de permanência, evitando que o pacto de permanência conheça aplicação para lá das fronteiras de uma relação laboral e/ou que se poste como um instrumento de reforço à celebração de um contrato de trabalho.

Se a jurisprudência nacional não tem atendido a este argumento, cabe, contudo, salientar que a solução a que os tribunais portugueses têm chegado não se desvia, bem ao contrário, do enquadramento seguido pelo BAG([33]), que, por princípio, admite

---

([28]) Mario Napoli, "Disciplina del mercato del lavoro ed esigenze formative", *Revista Giuridica del Lavoro e della Previdenza Sociale* 1997, 263-4 e, entre nós, salientando também o aspeto, Júlio Vieira Gomes, *Direito do Trabalho* (2007), *cit.*, 561.

([29]) Franck Héas, "Bref état des lieux juridiques des systèmes de formation professionnelle continue dans l'Union européenne", *Les évolutions de la formation professionnelle: regards croisés*, Paris, 2003, 127 e ss.

([30]) Massimo d'Antona, "Il diritto al lavoro nella Costituzione e nell'ordinamento comunitário", *Opere di Massimo D'Antona, Vol. I. Scritti sul metodo e sulla evoluzione del diritto de lavoro. Scritti sul diritto del lavoro comparato e Comunitário* (dir. Caruso/Sciarra), Giuffrè, Milão, 2000, 275.

([31]) Cf. Paul Santelmann, *La formation professionnelle, nouveau droit de l'homme?*, Gallimard, Paris, 2001, 38 e ss.

([32]) Assim, Pascal Caillaud & Maggi-Germain, "Vers un droit personnel à la formation?", *Droit Social* 2007, n.º 5, 574-591. Neste quadro, o *Code du Travail* estabelece diferentes patamares de acesso à formação contínua, designadamente com a preparação para o ingresso no mundo do trabalho e com ações de atualização e desenvolvimento dos conhecimentos e de requalificação (art. L 900-2); com as iniciativas para obtenção de uma qualificação (art. L 900-3); com os cursos de alfabetização e aprendizagem de língua francesa (art. L 900-6) e com um conjunto de mecanismos de formação reservados a trabalhadores com contrato de trabalho em curso (art. L 930-1).

([33]) BAG 14.01.2009 — 3 AZR 90007, NZA 2009, 666. O BAG, admitindo que a formação tem que ser vantajosa para o formando (o que se verificou), julgou, contudo, a

uma cláusula de retorno, inserida em contrato de formação, que se projete em relação laboral subsequente. E o mesmo tem sucedido no Reino Unido, onde as cláusulas de *recovering of training fees*, profusamente aplicadas, têm assentado na qualificação dos custos de formação como um empréstimo ao trabalhador e determinado *pari passu* a liquidação dos custos inerentes se o trabalhador se desvincular durante um determinado período ou após a preparação profissional que obteve. Mais: subtraindo-se ao trabalhador o exercício do direito à livre desvinculação no período, acordado pelos sujeitos, que se segue à formação profissional, a celebração destes acordos, que ocorre à margem do contrato de trabalho, visa também garantir que a recuperação do investimento com a formação não é afetada na hipótese em que o empregador viola o contrato de trabalho, cuidando-se, pois, de um esquema que desatende à causa de cessação do contrato(34).

Sem prejuízo, é vítreo que o art. 137.º do CT não alberga um contrato de mútuo («training fees as "loans"»), sendo outro tanto claro que o juízo acerca da imputabilidade da cessação do vínculo laboral não é, entre nós, irrelevante: embora o pacto de permanência incida sobre a manutenção do contrato de trabalho — configurando-se uma coligação funcional e necessária(35) —, a associação da desvinculação ao pagamento das somas despendidas com a formação profissional do trabalhador aparece confinada à hipótese de denúncia do contrato de trabalho(36), ao abandono de trabalho, ao despedi-

---

cláusula de reembolso inválida em função da desproporção subjacente ao período de estabilização contratual (cinco anos), fincando-se na unidade substancial e linguística da cláusula e, considerando ainda a eficácia conformativa do princípio da liberdade de trabalho, na ausência de elementos que permitissem, pois, operar a redução.

(34) Mark Freedland, *The personal employment contract,* Oxford University Press, Oxford, 2006, 64-6 e James Holland & Stuart Burnett, *Employment Law*, Oxford University Press, Oxford, 2008, 219-220. Também sobre a admissibilidade do esquema nos EUA, *maxime* no Colorado, v. Karen E. Ford/Erry E. Notestine/Richard N. Hill, *Fundamentals of Employment Law* (2.ª ed.), Aba Publishing, Chicago, 2000, 392.

(35) Ainda Adriano Vaz Serra, "União de contratos. Contratos mistos", *Boletim do Ministério da Justiça* 1960, n.º 91, 23 e ss.

(36) Assim, quanto às cláusulas *dédit-formation*, François Gaudu & Raymonde Vatinet, *Les contrats du travail: contrats individuels, conventions collectives et actes unilatéraux,* LGDJ, Paris, 2001, 251 e Rosário Palma Ramalho*, Direito do Trabalho. Parte II*

mento com justa causa e, assim os sujeitos contemplem também essa possibilidade, às situações de reforma do trabalhador([37]), quadro em que, por contraste com a tendência anglo-saxónica, a causa de cessação do contrato de trabalho não pode/deve ser desatendida.

Assim, e revertendo à análise de uma obrigação de permanência inscrita em promessa de contrato de trabalho, a perspetiva de que a associação do pacto de permanência à promessa de contrato de trabalho surge em reforço deste instrumento não suscita quaisquer óbices de vulto. Com efeito, indissociando-se o incumprimento da promessa do quadro consequencial aplicável ao trabalhador, esse incumprimento não gera, por princípio, quaisquer danos indemnizáveis em razão da violação do pacto de permanência. Tal acontece, uma vez que a entidade empregadora ainda não realizou quaisquer despesas com a formação extraordinária que funciona como condição da não denúncia exercível pelo trabalhador, estando ausente, em razão desse facto, a hipotização de qualquer obrigação de retorno([38]).

O problema está no facto de o reforço da promessa de contrato de trabalho operar, dentro das coordenadas do sistema, através do sinal([39]) e não com a sua união a um pacto de permanência, acordo que, *per definitionem,* depende da verificação de uma condição: o início de execução do contrato de trabalho.

Inverificado o argumento conexo com o alegado reforço da promessa de trabalho assumível pelo trabalhador (tratamos, naturalmente, de uma promessa unilateral), a exigência de que o pacto

---

— *Situações Laborais Individuais* (3.ª ed.), Almedina, Coimbra, 2010, 234. Em sentido que nos parece idêntico, veja-se ainda Pedro Romano Martinez, *Direito do Trabalho* (2010), *cit.*, 692, entendendo que "no fundo, sendo celebrado um pacto de permanência, fica vedado ao trabalhador o recurso à denúncia do contrato de trabalho, ainda que com pré-aviso (arts. 400.º e ss. do CT2009), mas não excluídas outras formas de cessação, nomeadamente a resolução", e Pedro Furtado Martins, *A Cessação do contrato de trabalho* (2012), *cit.*, 551, bem como Joana Vasconcelos, "Pacto de permanência, liberdade de trabalho e desvinculação do trabalhador" (2012), *cit.*, 821.

([37]) Permita-se a remissão para João Zenha Martins, *Dos pactos de limitação à liberdade de trabalho*, Almedina, Coimbra, 2016, 447 e ss.

([38]) Luque Parra, "Pactos típicos, nuevas tecnologias y relación laboral", *Relaciones Laborales y Nuevas Tecnologias,* La Ley, Madrid, 2005, 176.

([39]) Admitindo esta possibilidade, Pedro Romano Martinez, *Direito do Trabalho* (2010), *cit.*, 463.

de permanência tem de ser celebrado, enquanto tal, pelos sujeitos laborais afigura-se probante.

Em exegese empreendida a partir do elemento literal, e uma vez que entre nós os pactos de permanência receberam disciplina expressa na lei, o art. 137.º do CT faz alusão à qualidade de trabalhador, afastando, *a contrario,* a assunção de uma autolimitação à liberdade de trabalho que, projetando-se na relação laboral, é adotada por um cidadão que ainda não é, *qua tale,* trabalhador.

Este condicionamento, aparentemente formal, encontra, num plano sistémico, a sua razão de ser na inaplicabilidade dos mecanismos de tutela da posição do trabalhador sempre que se topa com um negócio cuja celebração não foi realizada nessa qualidade. Mais do que isso. Trata-se, ainda, da insusceptibilidade de atribuição de validade a uma renúncia ao exercício de um direito futuro em sentido estrito, ou seja, a um direito que não se encontra ainda consolidado na esfera jurídica do respetivo titular([40]), como o que se verifica com o direito à desvinculação imotivada no quadro de uma situação laboral que ainda não se encontra estabelecida.

Cuidando-se de questão que, na sua essência, nos transporta para o domínio da relevância laboral atribuível a situações com conteúdo patrimonial cuja concretização ocorre antes da execução do contrato de trabalho, não cremos, por isso, ser possível entender-se que a formação prestada ou custeada por uma empresa antes da constituição do vínculo laboral possa relevar para o cumprimento da obrigação formativa estabelecida no art. 130.º do CT.

Se a jurisprudência, a propósito do n.º 1 do art. 113.º do CT, tem afastado a sua aplicação às situações em que a formação teve lugar antes do contrato de trabalho([41]), é, no reverso, claro que o

---

([40]) Nesta direção: Francesco Macioce, *Il negozio di rinuncia nel diritto privato*, Edizioni Scientifiche Italiane, Nápoles, 1992, 188-9 e, entre nós, Francisco Pereira Coelho, *A renúncia abdicativa no Direito Civil (Algumas notas tendentes à definição do seu regime)*, Studia Iuridica 8, Coimbra Editora, Coimbra, 1995, 150, que insere ainda na categoria dos direitos futuros *stricto sensu* os designados direitos eventuais, incluindo os direitos a que corresponde uma simples expectativa, bem como todos aqueles que, vindo apenas a surgir no futuro, decorrem todavia de uma relação contratual mais ampla já em execução.

([41]) Por exemplo: Ac. STJ de 16.11.2010 (Pinto Hespanhol), proc. n.º 832/08. 1TTSTB.E1.S1

"direito-dever"([42]) subjacente ao n.º 1 do art. 131.º([43]) do CT implica a execução do contrato de trabalho, incorporando o seu sinalagma([44]).

Podendo afirmar-se que, também entre nós, o reconhecimento do direito à formação "é um efeito legal natural do contrato de trabalho"([45]), esta quantificação, que é modulável em dois anos nos termos do n.º 4 do art. 131.º do CT, caso não seja concretizada no período de referência considerado transforma-se em crédito de horas de igual número para formação por iniciativa do trabalhador (n.º 1 do art. 132.º do CT), cuja fruição, sendo de natureza potestativa, concede um direito à retribuição e conta como tempo de serviço efetivo (n.º 2 do art. 132.º do CT).

Não obstante o crédito de horas para formação não utilizado caducar passados três anos sobre a sua constituição([46]) — previsão não despicienda, que estiola em parte o regime de tutela desenhado e que não encontra qualquer dissemelhança quanto aos fundamentos que inspiram o art. 337.º, preceito cuja aplicação seria suscitada caso não existisse disposição específica —, cessado o contrato de trabalho opera-se uma transformação do crédito de horas em retribuição: o trabalhador tem direito a receber a retribuição correspondente ao número mínimo anual de horas de formação que não lhe tenha sido proporcionado ou ao crédito de horas para formação de

---

([42]) JÚLIO VIEIRA GOMES, *Direito do Trabalho* (2007), *cit.*, 561.

([43]) Anteriormente: art. 124.º do CT2003 e art. 162.º da RCT 2003. Hoje atribui-se a cada trabalhador "um direito individual à formação", a efetivar através de um número mínimo de horas, que, em função do contrato de trabalho em curso, não pode ser inferior a trinto e cinco horas de formação contínua nos casos de contratos sem termo ou, em aplicação de um critério elástico, nos casos de termo por período igual ou superior a três meses, num mínimo que deve ser proporcional à duração desse contrato (n.º 2 do art. 131.º do CT).

([44]) Salientando este sinalagma à luz do art. 58.º da CRP, v. J.J. GOMES CANOTILHO & VITAL MOREIRA, *Constituição Portuguesa da República Anotada. Artigos 101.º a 107.º* (4.ª ed.), Coimbra Editora, Coimbra, 2007, 765.

([45]) A expressão é de MARIO NAPOLI, "Disciplina del mercato del lavoro ed esigenze formative", RGLPS 1997, 274.

([46]) Cf. n.º 6 do art. 132.º do CT. Esta disposição contrasta com o art. 337.º do CT, que prevê que o crédito de empregador ou de trabalhador emergente de contrato de trabalho, da sua violação ou cessação prescreve decorrido um ano a partir do dia seguinte àquele em que cessou o contrato de trabalho e que, ante a ausência de previsão específica como a que o n.º 6 do art. 132 do CT contém, se aplicaria aos créditos de horas não utilizados.

que seja titular à data da cessação (art. 134.º do CT). E, para esse efeito, será irrelevante a formação propiciada ao trabalhador antes do início de execução do contrato de trabalho, pois é enquanto sujeito-trabalhador que se suscita a aplicação do princípio da tutela da profissionalidade em todas as suas dimensões(47), implicando-se, em sequência, um dever do empregador quanto à promoção da formação profissional(48).

VI. Da mesma forma, e sem que se perca de vista que tratamos do eventual reconhecimento feito pelo sistema quanto à assunção de uma putativa obrigação de permanência feita antes do contrato de trabalho, não é possível atribuir relevância a uma atribuição patrimonial feita antes do contrato de trabalho com vista à sua qualificação como retribuição, nos termos e com os efeitos previstos no art. 278.º do CT.

---

(47) Nestes termos, porque a tutela da profissionalidade, à luz da Constituição e dos arts. 2082 e 2094 do *Codice Civile,* é um valor fundamental, v. LUISA GALANTINO, "Le politiche formative e la qualità del lavoro", *Studi in onore di Mattia Persiani*. *Diritto del lavoro, I nuovi problemi, Vol. I,* Cedam, Pádua, 2005, 997 e, muito marcadamente, UMBERTO ROMAGNOLI, "Il diritto del secolo. E poi?", *Il diritto del mercato del lavoro*. T. II, Esi, Nápoles, 1999, 238, afirmado que "il contratto di lavoro realizza uno scambio tra professionalità e retribuzione". De forma mitigada, ANTONIO LOFFREDO, "Considerazioni su diritto alla formazione e contratto di lavoro", *Problemi giuridici del mercato del lavoro* (dir. Rusciano), Jovene, Nápoles, 2004, 136, considera tratar-se de um dever de carácter acessório na economia interna da estrutura causal do contrato.

(48) Por isso, além das contra ordenações graves previstas para o seu incumprimento (assim: n.º 10 do art. 131.º e n.º 3 do art. 133.º do CT2009 e n.º 5 do art. 13.º e n.º 3 do art. 14.º da Lei n.º 105/2009, de 14.09), o Código dota a formação contínua de um regime que compele o empregador à sua concretização: a não promoção da formação por banda do empregador até ao termo dos dois anos posteriores ao seu vencimento atribui ao trabalhador um direito à sua efetivação, cuja iniciativa opera mediante comunicação ao empregador com a antecedência mínima de 10 dias, prazo cuja exiguidade pode transportar dificuldades não só quanto à organização do trabalho como também em relação a uma eventual substituição temporária do trabalhador que vai iniciar a formação. Se esta circunstância convida o empregador a prover *motu proprio* à formação prevista na lei no período de referência inscrito no n.º 1 do art. 132.º do CT, o facto de, por um lado, a formação escolhida pelo trabalhador poder implicar um custo financeiro superior e de, por outro, a frequência da formação poder ser considerado trabalho suplementar (dado que, *ex vi* da al./*d* do n.º 3 do art. 226.º do CT, só não se compreende na noção de trabalho suplementar o direito que for executado fora do horário de trabalho que não exceda duas horas diárias), aparelham o desígnio da formação profissional com mecanismos particularmente eficazes, face aos interesses de ordem pública que concorrem para a sua saliência regulativa.

Tratando-se, aliás, de situação que o art. 279.º do CT, em razão da especial natureza do crédito que o salário constitui, procura salvaguardar, "bem se compreendem as preocupações restritivas neste domínio evidenciadas pelas leis do trabalho"([49]): o estreitamento da autonomia privada em Direito do trabalho implica que não se esteja perante um campo em que o Estado deva deixar funcionar o mercado sem balizas. Competindo-lhe, designadamente por via legal, criar condições para tornar o direito ao trabalho factível, a atuação estatal é preditada por duas coordenadas: garantir, por um lado, que os princípios fundamentais do mercado de trabalho, que exprimem valores fundamentais, são respeitados (= preservação da liberdade de organização e de ordenação dos meios institucionais necessários para se iniciar e desenvolver uma atividade económica privada), e assegurar, por outro, que os direitos fundamentais são protegidos, numa coordenada do direito ao trabalho que, sendo relida em conjugação com um exercício da liberdade de iniciativa "nos quadros definidos pela Constituição e pela lei, tendo em conta o interesse geral"([50]), implica a criação de mecanismos destinados à tutela da *profissionalidade* — que, na assunção civilizacional de que "o trabalho é, na sua essência, plena realização de si"([51]), estão para lá do sinalagma contratual([52]) —, devendo a lei traduzir, a final, o reconhecimento constitucional dos trabalhadores como "um grupo socialmente homogéneo tendencialmente mais débil"([53]).

([49]) A expressão é de João Leal Amado, "Crédito Salarial, compensação e cessação (nótula sobre os arts. 270.º e 271.º do Código do Trabalho", *Prontuário de Direito do Trabalho* 2005, n.º 72, 56.

([50]) Essa é a formulação textual do n.º 1 do art. 61.º: "(a) iniciativa económica privada exerce-se livremente nos quadros definidos pela Constituição e pela lei e tendo em conta o interesse geral".

([51]) Ainda Dominique Meda, *O Trabalho — Um valor em vias de extinção*, Fim de Século, Lisboa, 1999, 123.

([52]) Desenvolvendo esta perspectiva a partir de uma "técnica de tutela da dimensão existencial do trabalhador", v. Pietro Lambertucci, "Il diritto al lavoro tra principi costituzionali e discipline di tutela: brevi apunti", *Rivista Italiana di Diritto del Lavoro*, 2010, n.º 1, 111 e ss.

([53]) As palavras são de Guilherme Dray, "Autonomia privada e igualdade na formação e execução de contratos individuais de trabalho", *Estudos do Instituto de Direito do Trabalho.* Vol. I, Almedina, Coimbra, 2001, 25 (nota 2).

Ora, as naturais compressões à autonomia privada que cunham a execução do contrato de trabalho não podem ser torneadas pela admissão de acordos que, surgindo ao abrigo da autonomia contratual, são transportados *in futuro* para a execução do vínculo laboral, condicionando *a se stante* a sua manutenção, abrindo-se, desse modo, e em figuração, a janela ao que a porta não deixa entrar.

Assim, se na fase em que o compromisso de permanência é subscrito não há parâmetro material que permita sindicar a extraordinariedade das despesas com a formação — o contrato de trabalho é, à data, uma eventualidade, e, por isso, a quantificação formativa que flui do art. 131.º do CT não existe —, cabe salientar que a desconstrução desse enquadramento, atributivo de relevância a um pacto de permanência outorgado em precedência de um contrato de trabalho, é ainda evidenciada pela impossibilidade lógica de o pacto de permanência não poder "ser" e "não-ser" em simultâneo: duas proposições são contraditórias quando a alternatividade que essa relação determina for de tal sorte que a veracidade de uma implica o falecimento da outra([54]), significando-se, *in casu,* que, para haver permanência na relação laboral, esta tem que existir.

Admitir que o pacto de permanência *proprio sensu* valha sem uma relação laboral em curso é assumir um *oxymoron.* Incumprido o contrato-promessa de trabalho por banda do trabalhador não há relação laboral. Não havendo relação laboral, falha a proposição do pacto, uma vez que, em operação de redução ao fundamento, só se pode permanecer no que existe([55]).

Considerando-se, assim, irrelevante, para este efeito, a formação extraordinária prestada para lá das fronteiras em que se move a execução do contrato de trabalho, a assunção deste enquadramento impede não apenas a incorporação por um (pretenso) pacto de permanência da formação recebida pelo trabalhador noutra qualidade, como atalha ainda à possibilidade de atribuição de relevância a uma formação recebida *ex ante* para dar cumprimento formal à for-

---

([54]) Nestes termos: ANTOINE JEAMMAUD, *Des oppositions de normes en droit privé interne*, Thése, Lyon III — Jean Moulyn, 1973, 91.

([55]) Sobre este percurso lógico da coerência narrativa sofista, v. OLIVIER REBOUL, *Introduction à la rhétorique, Théorie et pratique* (2.ª ed.), PUF, Paris, 1994, 67.

mação contínua exigida pelo art. 130.º do CT, já que, tanto num caso como noutro, se está perante uma formação que deve constituir um instrumento funcionalizado à execução do contrato de trabalho, cuja existência é um *definens* lógico e no seio da qual a formação deve concretizar-se.

VII. Chegados aqui, cabe rejeitar a impossibilidade de uma promessa de pacto de permanência. Com efeito, o instrumento deve ser admitido, conquanto seja celebrado pelos sujeitos laborais *qua tale* e se as despesas avultadas exigidas por lei e a formação que lhes vai associada forem realizadas no decurso da relação laboral([56]).

Sem que se desatenda, por um lado, à existência de um pacto cuja definição legal se posta como o meio exclusivo para a obrigação de não denúncia do contrato de trabalho (*apertus* nas limitações à liberdade de trabalho) e, por outro, à proteção dos interesses legítimos de quem custeia uma formação no pressuposto de que a amortização se processa(rá) através de uma atividade laboral futura([57]), entendemos que, por princípio, o pagamento de uma formação realizada à margem do contrato de trabalho não pode condicionar *per si* a relação laboral, mesmo que se intersecte com os interesses que conformam a execução do contrato de trabalho. Todavia, a análise que tais situações convocam deve feita de acordo com o princípio da boa fé([58]) — o que já levou o BAG a paralisar a suscitação do reembolso por parte do empregador num caso em que os prazos previstos para a resolução do contrato de trabalho eram diferentes e contendiam com o §§ 622 (5)([59]) —,

---

([56]) Por isso, não nos parece que a situação apreciada pelo Supremo, no já citado Ac. de 30.06.2011 (Gonçalves Rocha), configure "uma verdadeira promessa bilateral de trabalho com pacto de permanência". Em sentido que nos parece convergente com o que defendemos, v. António Monteiro Fernandes, *Direito do Trabalho* (2017), *cit.*, 293, afirmando que "o facto de terem sido feitas despesas de formação não releva — fora desse caso — para a quantificação dos prejuízos que o trabalhador deve indemnizar, por romper irregularmente o contrato, nos termos dos arts. 399.º e 401.º".

([57]) BAG 24.07.1991 — 5 AZR 430/90, NZA 1992, 405.

([58]) BAG 04.12.1997 — 2 AZR 799/96, NZA 1998, 420.

([59]) BAG 1972.03.09 — 1 AZR 165/71, DB 1972, 2216.

atendendo-se, para tanto, à eficácia conformativa do princípio do "respeito pelas expectativas legítimas de outrem" e à existência de um processo temporal contínuo em que se estabelece uma confiança recíproca, na base da qual se cristalizam, de forma progressiva, obrigações.

Tratando-se de uma intersubjetividade produtora de confiança e condicionada pela boa fé, admite-se, pois, que, em relação a prestações patrimoniais feitas antes do contrato de trabalho, e com respeito pelas coordenadas que balizam um contrato de formação, os sujeitos encontrem revestimentos contratuais diversos (*v. g.* contrato de financiamento ou de mútuo), suscitando-se, em caso de incumprimento, os mecanismos gerais de responsabilidade civil([60]).

Contudo, a sua projeção operativa no contrato de trabalho encontra-se condicionada pelas garantias impreteríveis que a lei confere ao trabalhador — por exemplo, face ao "carácter alimentar" do salário([61]): limitações à renúncia, à compensação, à cessão ou à penhora da retribuição([62]) —, e a subsunção direta deste núcleo de situações a um pacto de permanência *stricto sensu* contraria a essência funcional deste acordo, pois exige-se a verificação de uma relação laboral tanto para a sua celebração como para a verificação dos pressupostos que concorrem para sua admissão.

Em conclusão, se a obrigação de permanência, como tal, não existe enquanto não se houver iniciado a prestação de trabalho, o pacto de permanência pode estar, todavia, sujeito a uma condição

---

([60]) Não nos parece, todavia, probante a aposição de uma cláusula de permanência ao contrato de formação, uma vez que, neste caso, o objeto do contrato justapõe-se às despesas avultadas subjacentes à formação extraordinária que o empregador tem de suportar. Embora se possa aplicar analogicamente a regulação prevista no art. 137.º do CT, não se deverá, contudo, considerar que o feixe de obrigações que imanam a uma *species* contratual (= deveres de formação no contrato de formação) serve, por si, para legitimar um acordo cujos pressupostos são necessariamente restritivos. Em sentido diverso, admitindo um pacto de permanência associado a um *contrato en práticas*, cf. Luque Parra, "Pactos típicos, nuevas tecnologias y relación laboral" (2005), *cit.*, 171-2, louvando-se em jurisprudência [STSJ Madrid 18.09.2001 (R. 17672001)].

([61]) João Leal Amado, "A Protecção do Salário", Separata do Vol. XXXIX do Suplemento ao BFDVC, Coimbra, 1993, 21.

([62]) Veja-se, nomeadamente, os arts. 279.º e 280.º do CT.

suspensiva([63]) [situação em que haverá um hiato entre a celebração do pacto e a execução da obrigação de permanência *(ad interim)*, na pressuposição de que já existe contrato de trabalho] ou, nos termos que se viram, sem que para tanto se entrevejam óbices, configurar-se uma promessa de pacto de permanência, conquanto a formação extraordinária e as despesas implicadas sejam efetivadas no decurso da relação laboral.

([63]) Abrindo também as portas a esta possibilidade, cf. STS de 18.05.1990, Aranzadi 4360 *in* Albiol Montesinos/Alfonso Mellado/Blasco Pellicer/Goerlich Peset, *Normas laborales — concordadas com la jurisprudencia de los Tribunales Constitucional y Supremo*, Tirant Lo Blanch Laboral, Valencia, 2000, 193. Em todo o caso, falhando uma argumentação homológica entre o termo e a condição, não poderá ser uma qualquer condição, pois existe uma diferença radical na maneira de conceber o negócio jurídico, consoante o facto futuro seja certo ou incerto, impondo-se, assim, atender ao *modus operandi* da condição e arredar a sua verificabilidade do simples arbítrio do empregador.

O REGISTO COMERCIAL

Por José Engrácia Antunes

Sumário:

I. INTRODUÇÃO. 1. Noção. **2.** História. **3.** Fontes. **4.** Sentido Atual. **II. ÂMBITO DE APLICAÇÃO. 1.** Aspetos Gerais. **2.** Empresários em Nome Individual. **3.** Empresários em Nome Coletivo. **4.** Outros Sujeitos e Factos. **III. REGIME JURÍDICO. 1.** Organização. **2.** Modalidades. **3.** Processo. **4.** Atos de Registo. **5.** Vicissitudes. *5.1.* Publicidade e Prova. *5.2.* Vícios. *5.3.* Caducidade e Cancelamento. *5.4.* Justificação, Retificação e Reconstituição. *5.5.* Impugnação. **6.** Efeitos. *6.1.* Publicidade Formal e Material. *6.2.* Publicidade Positiva e Negativa. *6.3.* Publicidade Declarativa, Constitutiva e Aquisitiva. **IV. PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS. 1.** Princípio da Instância. **2.** Princípio da Legalidade. **3.** Princípio da Tipicidade. **4.** Princípio da Presunção da Verdade. **5.** Princípio da Inoponibilidade. **6.** Outros Princípios. **V. OUTROS INSTITUTOS REGISTAIS. 1.** Registo Nacional de Pessoas Coletivas. **2.** Registos Especiais. **3.** Registo Central do Beneficiário Efetivo. **4.** Registo Europeu e Internacional das Empresas.

I. INTRODUÇÃO

1. Noção

I. O registo comercial ("commercial registry", "Handelsregister", "registre du commerce et des sociétés", "registro mercantil") constitui um instituto jurídico-público que tem essencialmente

por objeto e finalidade *conferir publicidade à situação jurídica das pessoas singulares ou coletivas que desenvolvem uma atividade económico-empresarial ou nela intervêm*([1]).

II. O registo comercial, enquanto registo de natureza pública, tem por função primordial assegurar *a publicidade legal* dos empresários individuais e coletivos: o termo publicidade vai aqui utilizado num sentido próprio ou técnico, enquanto divulgação ou conhecimento de atos cuja existência e validade é atestada através de registo público. Através do registo comercial, os poderes públicos, no interesse da segurança do tráfico jurídico e económico, asseguram que seja tornada pública a situação jurídica dos empresários e dos factos relativos à sua atividade (*"publicidade formal",* que visa dar notícia aos terceiros dos factos registados e permitir-lhes tomarem deles conhecimento) e fazem associar ainda aos factos registados determinados efeitos jurídicos (*"publicidade material"* ou fé pública registal, que visa tutelar as expectativas dos terceiros e a segurança do tráfico através da presunção de verdade dos factos registados)([2]).

([1]) Sobre o instituto, vide ALMEIDA, C. FERREIRA, *Publicidade e Teoria dos Registos*, Almedina, Coimbra, 1966; GUERRA, M. BACELAR, *Código do Registo Comercial Anotado*, 4.ª ed., Ediforum, Lisboa, 2007; GUERREIRO, J. MOUTEIRA, *Noções de Direito Registral (Predial e Comercial)*, 2.ª ed., Coimbra Editora, 1994; LEITÃO, A. MENEZES, *Tópicos Fundamentais do Registo Comercial*, *in:* 2 "Revista de Direito das Sociedades" (2010), 557-574; LOPES, J. SEABRA, *Dos Registos e Notariado,* 7.ª ed., Almedina, Coimbra, 2015. Noutros ordenamentos estrangeiros, podem ver-se: na Alemanha, FLEISCHHAUER, JENS/ /PREUSS, NICOLA, *Handelsregisterrecht*, 3. Aufl., Erich Schmidt, Berlin, 2014; SCHMIDT, KARSTEN, *Sein — Schein — Handelsregister*, *in*: "Juristische Schulung" (1977), 209-217; na Espanha, BURBANO, P. CASADO, *Derecho Mercantil Registral,* Ed. de Derecho Reunidas, Madrid, 1992; NAVARRO, P. ÁVILA, *El Registro Mercantil*, 2 vols., Bosch, Barcelona, 1997; na França, BARREAU-SALIOU, CATHERINE-THÈRESE, *Les Publicités Légales*, LGDJ, Paris, 1991; SAYAG, ALAIN (dir.), *Publicités Légales et Information dans la Vie des Affaires*, Litec, Paris, 1992; na Itália, AA.VV., *Il Registro delle Imprese — Problemi e Prospettive di Attuazione*, Giuffrè, Milano, 1979; IBBA, CARLO, *La Pubblicità delle Imprese,* Giuffrè, Milano, 2006; numa perspetiva comparatística, RESCIO, GIUSEPPE/ TASSINARI, FEDERICO, *La Publicità Commerciale nei Paesi dell'Unione Europea,* Giuffrè, Milano, 2000.

([2]) Sobre estas funções ou efeitos primaciais do registo, vide *infra* III — 6.1.

III. O registo comercial é um registo *público*, criado e organizado pelos poderes estaduais([3]). Muito embora constituindo o principal instrumento da publicidade legal juscomercial, ele não é o único, cumprindo chamar a atenção para o crescente número de *registos administrativos especiais* que revestem igualmente relevância no universo mercantil: é o caso, entre muitos outros, do Registo Nacional das Pessoas Coletivas (RNPC), bem como de numerosos registos administrativos de sujeitos (v.g., instituições de crédito, empresas de intermediação, empresas de seguros, etc.), atividades (v.g., construção, turismo, transporte), bens (v.g., navios, valores mobiliários) ou direitos (v.g., direitos privativos de propriedade industrial) juscomerciais([4]). Tais registos especiais, criados e organizados pela Administração Pública, destinam-se a assegurar uma variedade de fins particulares (cadastro, informação do público, controlo do acesso a atividades económicas regulamentadas, constituição de direitos), não cumprindo necessariamente todas as funções de publicidade formal e material próprias do registo comercial.

IV. Finalmente, tenha-se em atenção a emergência gradual de *registos de natureza privada*. Por um lado, cumpre recordar que são em número crescente os casos em que a própria lei registal prevê a atribuição a entidades privadas do poder de promover e realizar *sponte sua* atos registais: pense-se, por exemplo, no registo por depósito da transmissão de quotas e partes sociais (promovido pela própria sociedade: cf. arts. 188.º-A, 242.º-A e segs. do Código das Sociedades Comerciais, doravante CSC) ou no registo da maior parte das ações tituladas e escriturais (efetuado junto dos intermediários financeiros ou das próprias sociedades emitentes: cf. arts. 61.º e segs. do Código dos Valores Mobi-

---

([3]) Por registo público entende-se o assento efetuado por um oficial público e constante de livros públicos, de livre acesso pelos interessados, no qual se atestam factos jurídicos conformes com a lei e relativos a pessoas ou coisas, do qual a lei faz derivar determinados efeitos jurídicos mínimos ("maxime", presunção de conhecimento e verdade e força probatória). Cf. ALMEIDA, C. FERREIRA, *Publicidade e Teoria dos Registos*, 96, Almedina, Coimbra, 1966.

([4]) Sobre estes registos especiais, vide *infra* V.

liários)([5]). Por outro lado, ao lado dos registos de natureza público-administrativa, vem-se assistindo recentemente à proliferação de *registos privados* organizados por entidades que se dedicam à prestação de serviços de informação eletrónica de dados registais relativos a empresas (v.g., firmas, sócios, administradores, etc.)([6]). Trata-se de um novo vetor de evolução da publicidade registal, que coloca diversos problemas novos e complexos, entre os quais o da proteção dos dados pessoais relativamente aos sujeitos e factos registados (cf. arts. 26.º, n.º 2 e 35.º, n.º 4 da Constituição da República Portuguesa, arts. 10.º e segs. da Lei de Proteção de Dados Pessoais)([7]).

2. História

I. O instituto do registo comercial é muito antigo em Portugal, tendo conhecido quatro etapas fundamentais na sua centenária evolução: o movimento de codificação comercial do séc. XIX, a codificação no séc. XX, a reforma de 2006, e a globalização.

II. Historicamente, a regulação do registo comercial teve a sua origem nos arts. 208.º a 211.º do *Código Comercial de 1833* e, mais tarde, nos arts. 45.º a 61.º do *Código Comercial de 1888*. Seria apenas em meados do séc. XX que o seu regime seria objeto de regulação autónoma, através de dois diplomas legais: o *"Registo*

([5]) Num sentido tendencialmente favorável a esta "privatização" do registo de quotas e ações não integradas em sistema centralizado, DUARTE, R. PINTO, *Publicidade de Participações nas Sociedades Comerciais*, *in*: II "Direito das Sociedades em Revista" (2010), 65-86.

([6]) Sobre as bases de dados registais privadas (que possuem, naturalmente, funções meramente informativas e são destituídas dos efeitos próprios da publicidade registal), vide GUSTAVUS, ECKARDT, *Handelsregister — Quo Vadis?*, *in*: 78 "GmbH-Rundschau" (1997), 253-254; KOLLHOSSER, HELMUT, *Handelsregister und private Datenbanken*, *in*: 41 "Neue Juristische Wochenschrift" (1988), 2409-2419.

([7]) Sobre este problema, que se coloca igualmente no domínio dos registos públicos, vide LOPES, J. SEABRA, *Publicidade e Proteção da Privacidade nos Registos Públicos — Um Equilíbrio Delicado, in:* "Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Ribeiro Faria", 331-358, Coimbra Editora, Coimbra, 2003.

Comercial" e o *"Regulamento do Registo Comercial"* (Decretos-Lei n.º 42 644 e n.º 42 645, ambos de 14 de novembro de 1959)([8]).

III. Estes diplomas vigorariam até à publicação do primeiro ensejo codificador na matéria: o atual *"Código do Registo Comercial"*, que entrou em vigor em 1986. Este diploma viria a sofrer uma revisão significativa introduzida em 2006 *(Reforma de 2006)*, a qual viria a suscitar muita controvérsia e intenso debate, especialmente junto dos próprios profissionais do setor — a ponto de ter mesmo sido apelidada, por alguns, de "Contra-Reforma"([9]). No horizonte, dada a internacionalização dos empresários e das atividades empresariais, perfila-se futuramente uma progressiva interconexão dos registos comerciais nacionais (Diretiva 2012/17/UE, de 13 de junho), senão mesmo uma internacionalização e *globalização dos institutos registais* vocacionados à publicidade legal das empresas e da sua atividade (v.g., "European Business Register").

3. Fontes

I. O instituto do registo comercial encontra-se atualmente regulado pelo *"Código do Registo Comercial"* (doravante abreviadamente CRC), aprovado através do Decreto-Lei n.º 403/86, de 3 de dezembro([10]). Este diploma, que sofreu a influência do

---

([8]) Sobre este direito registal pretérito, pode ver-se Campos, J. Mota, *Registo Comercial — Código Comercial/Regulamento do Registo Comercial,* Esposende, 1955; Olavo, Fernando, *Direito Comercial*, Vol. I, 369 e ss., Coimbra Editora, Coimbra, 1978.

([9]) Soares, Carla, *Contra-Reforma do Notariado e dos Registos: Um Erro Conceptual*, Almedina, Coimbra, 2009. Entre algumas vozes críticas, vide AA. VV., *Cessão de Quotas — "Desformalização" e Registo por Depósito*, Almedina, Coimbra, 2009; Guerreiro, J. Mouteira, *Ensaio sobre a Problemática da Titulação e do Registo à Luz do Direito Português,* 392 e ss., Coimbra Editora, Coimbra, 2014; Guerreiro, J. Mouteira, *Que Simplificação: O Registo Comercial Ainda Existe?*, *in*: 57 "Scientia Iuridica" SI (2008), 257-284.

([10]) Sobre este Código, vide Cunha, Paulo, *Código do Registo Comercial Anotado*, Coimbra Editora, Coimbra, 1987; Fontinha, F. Rodrigues, *Código do Registo Comercial Anotado e Comentado*, Elcla Editora, Porto, 1991; Geraldes, I. Quelhas, *Código do Registo Comercial Anotado*, Almedina, Coimbra, 2005; González, J. Alberto/ /Januário, Rui, *Código do Registo Comercial Anotado*, Quid Juris, Lisboa, 2005; Guerra, M. Bacelar, *Código do Registo Comercial Anotado*, 4.ª ed., Ediforum, Lisboa, 2007.

direito europeu antes e depois da sua aprovação (mormente, mercê da transposição de várias diretivas comunitárias relativas à publicidade dos atos societários), foi objeto de mais de quarenta revisões desde a data da sua promulgação, a mais importante das quais através do Decreto-Lei n.º 76-A/2006, de 29 de março (a já referida Reforma de 2006): entre as principais novidades então introduzidas, destacam-se a consagração dos atos de registo e certidões eletrónicos, a eliminação da competência territorial das conservatórias do registo comercial, a distinção entre os registos por transcrição e por depósito, e a simplificação do processo de registo([11]).

II. A este diploma central soma-se ainda importante *legislação complementar* — com destaque para o "Regulamento do Registo Comercial" (doravante RRC) (Portaria n.º 657-A/2006 de 29 de junho) e o "Regulamento Emolumentar dos Registos e Notariado" (doravante RERN) (Decreto-Lei n.º 322-A/2001, de 14 de dezembro) —, bem assim como *legislação avulsa* — onde avulta o "Regime do Registo Nacional de Pessoas Coletivas" (RRNPC) (Decreto-Lei n.º 129/98, de 13 de maio), além de outros diplomas de vocação específica, v.g., os relativos à informação empresarial simplificada (Decreto-Lei n.º 8/2007, de 17 de janeiro), aos registos e certidões registais eletrónicos (Decreto-Lei n.º 12/2001, de 25 de janeiro, Decreto-Lei n.º 125/2006, de 29 de junho, Portaria n.º 1416-A/2006, de 19 de dezembro), ao cartão de empresa (Decreto-Lei n.º 247-B/2008, de 30 de dezembro), e a regimes mercantis especiais diversos([12]).

([11]) ALMEIDA, C. FERREIRA, *O Registo Comercial na Reforma do Direito das Sociedades de 2006*, *in*: "A Reforma do CSC: Jornadas em Homenagem ao Professor Doutor Raúl Ventura", 279-288, Almedina, Coimbra, 2007.

([12]) Complementarmente, deve ainda chamar-se a atenção para outros diplomas codificadores, para além do CRC, onde se contêm importantes referências ao registo comercial: vejam-se assim, designadamente, o CSC (por exemplo, o registo das sociedades do art. 5.º ou o registo da transmissão de quotas dos arts. 242.º-A a 242.º-F) ou o CIRE (por exemplo, o registo da nomeação e destituição dos administradores da insolvência dos arts. 38.º e 57.º).

III. Enquanto *direito subsidiário*, são ainda aplicáveis ao registo comercial as disposições do registo predial (art. 115.º do CRC). Apesar desta remissão legal, a autonomia do registo comercial é hoje inequívoca, apenas se justificando o recurso subsidiário àquelas disposições "com as necessárias adaptações", "na medida indispensável ao preenchimento das lacunas" e desde que "não sejam contrárias aos princípios informadores" do próprio registo comercial([13]).

IV. Por fim, num outro plano, merecem ainda referência os *pareceres* do Conselho Consultivo do "Instituto dos Registos e Notariado" (IRN), os quais, apesar de apenas vinculativos nos casos concretos relativos à reclamação ou recurso hierárquico a que respeitam, fixam frequentemente doutrina registal aplicável a casos futuros análogos([14]).

4. Sentido Atual

I. Tradicionalmente, o registo comercial foi concebido como um registo privativo dos comerciantes. Remontando a genealogia histórica dos registos do comércio aos primórdios da própria autonomização do Direito Comercial *(librii mercatorum)*, durante muito tempo ele foi perspetivado como um mecanismo destinado a conferir publicidade exclusivamente "à atividade jurídico-mercantil do comerciante nos seus diversos aspetos"([15]).

([13]) Lopes, J. Seabra, *Dos Registos e Notariado,* 157, 7.ª ed., Almedina, Coimbra, 2015.

([14]) Sublinhe-se que a "Direção Geral dos Registos e do Notariado" (DGRN) deu lugar ao "Instituto dos Registos e Notariado" (IRN) em 2006, tendo o então Conselho Técnico sido substituído pelo Conselho Consultivo em 2012 (art. 6.º do Decreto-Lei n.º 148/ /2012, de 7 de agosto).

([15]) Rintelen, Max, *Untersuchung über die Entwicklung des Handelsregister,* F. Enke, Stuttgart, 1914; entre nós, Coelho, J. Pinto, *Lições de Direito Comercial*, Vol. I, 568, 2.ª ed., Ed. Martins Souto, Lisboa, 1945. Relembre-se que o Código Comercial de 1888 consagra a inscrição no registo comercial como uma das obrigações especiais dos comerciantes (art. 18.º): sobre esta obrigação, vide Antunes, J. Engrácia, *O Estatuto Jurídico do Comerciante: Alguns Problemas de Qualificação*, *in*: "Estudos Comemorativos dos 20 Anos da Abreu Advogados", 413-442, Almedina, Coimbra, 2015.

II. A aprovação do CRC de 1986 viria a alterar profundamente esta situação. Na realidade, como melhor veremos adiante, o registo comercial aplica-se hoje a uma multiplicidade de sujeitos jurídico-empresariais — incluindo, para além dos comerciantes em nome individual, os estabelecimentos individuais de responsabilidade limitada, sociedades comerciais, sociedades civis em forma comercial, cooperativas, agrupamentos complementares de empresas, agrupamentos europeus de interesse económico, e empresas públicas (arts. 2.º a 8.º do CRC), além de outras entidades singulares e coletivas, com ou sem personalidade jurídica, frequentemente titulares de empresas (arts. 1.º, n.º 2, 9.º, als. *i*) a *o*) do CRC, art. 2.º, n.º 1, als. *c*) a *e*) do Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas, doravante CIRE) — e também a uma enorme gama de factos jurídicos atinentes ao exercício de atividades económicas da mais variada natureza — ainda que não estritamente comercial, incluindo atividades agrícolas, financeiras e outras (cf. arts. 4.º a 7.º, 10.º do CRC)([16]).

III. Deste modo, podemos afirmar que o registo comercial, ultrapassando o estrito reduto clássico dos comerciantes e da atividade mercantil, manifesta hoje uma tendência para se transformar gradualmente num *mecanismo de publicidade legal das empresas*, que tem essencialmente por função assegurar a publicidade da situação jurídica dos empresários e dos factos relativos às empresas e à atividade empresarial: como sublinha J. OLIVEIRA ASCENSÃO, o registo comercial tende atualmente a ser "registo das estruturas jurídicas da empresa"([17]).

([16]) De resto, esta retração da figura tradicional do comerciante, como protagonista do registo comercial, foi mesmo expressamente reconhecida no ponto 8 do Preâmbulo do Decreto-Lei n.º 403/86, de 3 de dezembro: "Abandona-se a conceção do registo comercial como registo dos comerciantes (…). Nele se incluem as pessoas, singulares ou coletivas, profissional ou estatutariamente ligadas ao comércio em sentido amplo, independentemente de serem ou não comerciantes".

([17]) *Direito Comercial*, Vol. I, 588, AAFDL, Lisboa, 1988. Tal não significa dizer, naturalmente, que o atual edifício jurídico-positivo do registo comercial possui na figura do empresário o seu absoluto protagonista, já que os sujeitos e factos registais nucleares referidos nos arts. 2.º e segs. do CRC nem sempre coenvolverão necessariamente sujeitos

II. ÂMBITO DE APLICAÇÃO

1. Aspetos Gerais

I. O âmbito de aplicação do instituto do registo comercial foi definido pelo legislador através do recurso a uma combinação de elementos subjetivos (relativos às entidades subordinadas ao registo) e objetivos (relativos aos factos jurídicos sujeitos a registo).

II. Por um lado, ao contrário de outros institutos registais (por exemplo, o registo predial, que tem essencialmente por objeto coisas imóveis), o sistema do registo comercial constitui essencialmente um registo de *pessoas* que se organiza a partir da consideração dos sujeitos singulares ou coletivos por ele abrangidos (art. 1.º do CRC). Tal não significa, naturalmente, que o registo comercial também não possa ter por objeto o registo de bens: basta pensar, por exemplo, para já não falar do registo de navios (Decreto n.º 42 645, de 14 de novembro de 1959), no caso do EIRL (art. 8.º do CRC) ou de variadíssimos factos jurídicos relativos às participações sociais (v.g., alíneas *c*) a *i*) do art. 3.º do CRC). O que se pretende dizer é que, mesmo nos casos em que tais bens constituem o objeto precípuo da publicidade registal, o processo e organização do registo comercial é, ainda aí, fundamentalmente estruturado a partir das pessoas singulares ou coletivas que deles são titulares ou às quais eles dizem respeito([18]).

---

e atos de natureza empresarial: o que afirmamos é que, ao ter alargado o seu âmbito subjetivo e objetivo a uma pluralidade de entidades e factos que encontram usualmente o seu denominador comum no universo empresarial, o instituto do registo comercial testemunha hoje, a par e passo com a evolução do sistema juscomercialista *in toto*, uma inequívoca tendência para se recentrar paulatinamente, também ele, em torno da atividade empresarial e dos seus titulares. De "registo das empresas" falam também hoje muitos outros autores nacionais e estrangeiros a propósito do registo comercial: assim, entre nós, GUERREIRO, J. MOUTEIRA, *Noções de Direito Registral (Predial e Comercial)*, 373, 2.ª ed., Coimbra Editora, Coimbra, 1994; noutros países, AA.VV., *Il Registro delle Imprese — Problemi e Prospettive di Attuazione*, Giuffrè, Milano, 1979; MERKT, HANNO, *Unternehmenspublizität: Offenlegung von Unternehmensdaten als Korrelat der Marktteilnahme*, esp. 229 e ss., Mohr, Tübingen, 2001.

([18]) Cf. também GUERREIRO, J. MOUTEIRA, *Noções de Direito Registral (Predial e Comercial)*, 316, 2.ª ed., Coimbra Editora, Coimbra, 1994.

III. Todavia, e agora por outro lado, visando dar publicidade à situação jurídica destes sujeitos, o legislador procedeu a uma enumeração típica dos *factos jurídicos* concretos concernentes à existência ou atividade de tais sujeitos que se encontram obrigatória ou voluntariamente sujeitos a registo (arts. 2.º a 10.º do CRC). Como melhor veremos adiante, os factos sujeitos ao registo comercial podem ser de registo *obrigatório* ou *facultativo*. Os factos sujeitos a registo obrigatório encontram-se enumerados remissivamente no art. 15.º, n.º 1 do CRC, sendo o respetivo incumprimento sancionado com a aplicação de coimas (art. 17.º do CRC, Regime Geral das Contra-Ordenações), além de despoletar outros importantes efeitos para os inadimplentes (*maxime*, em sede de inoponibilidade relativa ou absoluta dos factos não registados: cf. art. 14.º, n.os 1, 2, e 4 do CRC). Já os factos sujeitos a registo facultativo definem-se negativamente como sendo todos aqueles que não estão previstos no art. 15.º do CRC, merecendo especial destaque a circunstância de o registo de todos os factos relativos aos comerciantes em nome individual (art. 2.º do CRC) revestir natureza facultativa, sem prejuízo da existência de normas especiais que podem exigir a sua realização para determinados fins (v.g., art. 9.º, *i*) do CRC, art. 56.º, n.º 1, *a*) do RRNPC, arts. 38.º, n.º 2, *b*), 189.º, n.º 3 do CIRE)(19). Por último, para além dos factos que devem ser registados (registo obrigatório) e que podem ser registados (registo facultativo), cumpre ainda assinalar a existência de numerosos factos relativos aos empresários, empresas e atividades empresariais que *não podem ser registados*: com efeito, tais factos atípicos, ainda que relevantes para o tráfico jurídico-comercial e a proteção dos terceiros, são insuscetíveis de registo (v.g., o património pessoal de

---

(19) Sobre o princípio da tipicidade registal, vide *infra* III — 3. *Summo rigore*, todos os factos registais são obrigatórios, havendo uns cujo incumprimento sujeita os infratores a sanção contraordenacional e outros que não, dando origem a consequências de outra natureza: assim, por exemplo, a inscrição dos comerciantes individuais no registo comercial, não sendo um facto registal cujo incumprimento sujeite o comerciante inadimplente a coima, não deixa de ser obrigatória nos termos gerais do art. 18.º do Código Comercial e a sua falta não deixa de acarretar para aquele a inoponibilidade a terceiros desse estatuto (art. 14.º, n.º 1 do CRC).

um empresário individual ou de um sócio de responsabilidade ilimitada)([20]).

IV. Tendo em atenção o já assinalado protagonismo regulatório do fenómeno empresarial no atual edifício jurídico-positivo do registo comercial, é possível descrever o âmbito de aplicação deste instituto na base de uma distinção fundamental que arranca da natureza dos empresários por ele abrangidos: os *empresários em nome individual* e os *empresários em nome coletivo*.

2. Empresários em Nome Individual

I. No domínio dos empresários singulares, a lei apenas atribuiu diretamente relevância aos factos relativos à situação jurídica dos "comerciantes em nome individual" (art. 2.º do CRC) e ao "estabelecimento individual de responsabilidade limitada" (art. 8.º do CRC)([21]).

II. Quanto aos *comerciantes em nome individual*, a lei considera como factos sujeitos a registo o início, alteração e cessação da sua atividade, as modificações do seu estado civil e regime de bens, e a mudança do seu estabelecimento principal (art. 2.º do CRC), além dos previstos noutros diplomas legais (é o caso, por exemplo, da inibição para o exercício do comércio: cf. art. 189.º, n.º 3 do CIRE)([22]). Contrariando a natureza tendencialmente obrigatória do registo, todos estes factos são, em princípio, de registo

---

([20]) Sobre a problemática dos factos que não são suscetíveis de registo, vide Canaris, Claus-Wilhelm, *Handelsrecht*, 69 e s., 24. Aufl., Beck, München, 2006; Schmnidt, Karsten, *Handelsrecht*, 468 e s., 6. Aufl., C. Heymanns, Köln, 2013.

([21]) Sobre o registo dos empresários individuais, vide Burbano, P. Casado, *Sobre la Inmatriculación del Empresario Individual en el Registo Mercantil*, *in*: "Homenage en Memoria de Joaquín Lanzas", Tomo II, 1273-1309, Madrid, 1998; Torre, I. Lopez, *Empresario Individual y Registro Mercantil*, *in*: AA.VV., "Casos y Cuestiones de Derecho Mercantil", 7-10, Sevilla, 2015.

([22]) Antunes, J. Engrácia, *O Âmbito Subjetivo do Incidente de Qualificação da Insolvência*, *in*: I "Revista de Direito da Insolvência" (2017), 77-105.

meramente facultativo pelo comerciante (cf. art. 15.º, n.º 1, "a contrario", do CRC): estando todos sujeitos ao sistema de registo por transcrição (art. 53.º-A, n.º 5, *a contrario*, do CRC), existem alguns que são realizados mediante inscrição (é o caso do início de atividade, que representa uma inscrição inicial que vai determinar a correspondente abertura da matrícula do comerciante: cf. arts. 2.º, *a*), *ab initio*, 55.º, n.º 1, e 61.º, n.os 1 e 4 do CRC) e outros através de meros averbamentos aos elementos constantes dessa mesma inscrição inicial (arts. 2.º, al. *a*), *in fine*, als. *b*) e *c*), 68.º do CRC). Excecionalmente poderão existir registos de natureza obrigatória e oficiosa de empresários individuais: assim sucede, designadamente, no caso de empresários declarados inibidos para o exercício do comércio ou a administração de patrimónios alheios (art. 189.º, n.º 3 do CIRE)([23]).

III. Quanto ao *estabelecimento individual de responsabilidade limitada*, estão sujeitos a registo os factos relativos às respetivas constituição, aumento e redução de capital, transmissão, locação, usufruto e penhor, contas anuais, alterações do ato constitutivo, entrada e encerramento de liquidação, e designação e cessação de funções do respetivo liquidatário (art. 8.º do CRC). Muito embora estejamos consabidamente diante de um mero património autónomo desprovido de personalidade jurídica, faz sentido enquadrar esta entidade *sui generis* no domínio dos empresários singulares dado que a obrigatoriedade do registo destes factos impende sobre o indivíduo que é titular do estabelecimento (arts. 5.º, n.º 1, 7.º, 34.º e 35.º), o qual, via da regra, adquirirá a qualidade de comerciante

---

([23]) No direito português atual (contrariamente ao que sucedia no direito pretérito), a primeira inscrição constitui um pressuposto necessário da abertura oficiosa da *matrícula* do comerciante individual. Dado que, como vimos, não constitui um facto sujeito a registo obrigatório (cf. arts. 15.º, n.º 1 e 70.º, n.º 1 do CRC), e atenta também a presunção relativa da verdade dos factos registados por transcrição (art. 11.º do CRC), a matrícula não representa condição necessária ou suficiente da aquisição da qualidade de comerciante: necessário e suficiente para a aferição dessa qualidade é, sim, que a pessoa singular exerça profissionalmente o comércio. Assim sendo, hoje como ontem, a matrícula do comerciante individual releva apenas em matéria de distribuição do ónus probatório dessa qualidade. Cf. ainda ANTUNES, J. ENGRÁCIA, *O Estatuto Jurídico do Comerciante: Alguns Problemas de Qualificação*, *in*: "Estudos Comemorativos dos 20 Anos da Abreu Advogados", 413-442, Almedina, Coimbra, 2015.

com a sua constituição (art. 1.º, n.º 1, todos do Decreto-Lei n.º 248/86, de 25 de agosto)([24]).

IV. Apesar de o legislador registal ter assim circunscrito o seu perímetro de aplicação às pessoas singulares que desenvolvam profissionalmente uma atividade de natureza mercantil, compreende-se mal que aquele não o tenha estendido genericamente aos indivíduos titulares de empresas desenvolvendo qualquer tipo de atividades económicas — transformando assim o *empresário individual* na figura central deste setor da disciplina registal. Com efeito, semelhante posição restritiva do legislador, não apenas se afigura sistematicamente inconsistente com o regime previsto para as pessoas coletivas (onde já se abrangeram entidades exercendo empresarialmente atividades económicas de qualquer natureza: v.g., sociedades civis em forma comercial, agrupamentos complementares de empresas, cooperativas, empresas públicas, etc.), como acaba mesmo porventura por ser indiretamente infirmada noutros lugares da lei comercial (assim, por força dos art. 9.º, *i*) do CRC e arts. 5.º e 38.º, n.º 2, al. *b*) do CIRE, estão também sujeitos ao registo comercial determinados factos relativos a empresários em nome individual, que não necessariamente comerciantes, tais como as sentenças de declaração da respetiva insolvência).

3. Empresários em Nome Coletivo

I. No domínio dos empresários coletivos, o legislador acabou por subordinar ao registo comercial uma grande variedade de

---

([24]) Com efeito, o titular do EIRL, que deve necessariamente ser uma pessoa singular (art. 1.º, n.º 1 do Decreto-Lei n.º 248/86), tanto poderá ser um indivíduo que já é comerciante como um mero particular: neste último caso, porém, deverá possuir capacidade para o exercício profissional do comércio (art. 7.º do Código Comercial), adquirindo necessariamente tal estatuto na sequência da exploração efetiva desse estabelecimento e ficando assim doravante subordinado aos efeitos jurídicos que lhe são próprios. Sobre o EIRL, vide Antunes, J. Engrácia, *O Estabelecimento Individual de Responsabilidade Limitada: Crónica de uma Morte Anunciada*, *in*: III "Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto" (2006), 401-442.

entidades personificadas que, via de regra e na sua esmagadora maioria, corresponderão a pessoas coletivas titulares de empresas: foram aqui expressamente previstas as sociedades comerciais (art. 3.º do CRC), as sociedades civis em forma comercial (art. 3.º do CRC), as cooperativas (art. 4.º do CRC), as empresas públicas (art. 5.º do CRC), os agrupamentos complementares de empresas (art. 6.º do CRC), e os agrupamentos europeus de interesse económico (art. 7.º do CRC). Os factos respeitantes à situação jurídica destas entidades relativamente aos quais o legislador previu a obrigatoriedade ou a possibilidade de registo são extremamente abundantes, razão pela qual nos limitaremos em seguida a referir apenas ilustrativamente alguns dos mais importantes([25]).

II. Assim, relativamente às *sociedades comerciais* e *às sociedades civis em forma comercial* (art. 3.º do CRC), avultam muito genericamente o registo do contrato de sociedade, de determinadas deliberações sociais sobre matérias especialmente relevantes (v.g., aquisição de bens pela sociedade, amortização, conversão e remissão de ações, emissão de obrigações, relações de grupo, etc.), de determinadas operações relativas ao capital social e respetivas frações (v.g., unificação, divisão, transmissão, amortização, promessas de alienação ou de oneração, usufruto, penhor, arresto, penhora, etc.), de determinadas operações relativas à superstrutura jurídica e financeira da sociedade (v.g., prorrogação, fusão, cisão, transformação, dissolução, aumento e redução de capital, prestação de contas), e de determinadas vicissitudes respeitantes aos sócios, membros dos órgãos sociais e outros (v.g., exclusão e exoneração de sócio, designação e cessação de funções dos titulares dos órgãos de administração e de fiscalização, secretário da sociedade, liquidatários)([26]). Dentro do universo societário,

---

([25]) Para uma análise exaustiva e detalhada destes diferentes factos, vide GUERRA, M. BACELAR, *Código do Registo Comercial Anotado*, 53 e ss., 2.ª ed., Ediforum, Lisboa, 1997; GUERREIRO, J. MOUTEIRA, *Noções de Direito Registral (Predial e Comercial)*, 327 e ss., 2.ª ed., Coimbra Editora, 1994; LOPES, J. SEABRA, *Dos Registos e Notariado,* 168 e ss., 7.ª ed., Almedina, Coimbra, 2015.

([26]) Para alguns casos de espécie, vide os Pareceres do Conselho Técnico da DGRN n.º 89/2003, de 25 de março, *in*: 4 "Boletim dos Registos e do Notariado" (2004),

salientem-se ainda as Sociedades Anónimas Europeias (SAE), que integram igualmente o elenco das entidades sujeitas a registo (arts. 3, n.º 2, 36.º a 36.º-B do CRC, art. 12.º, n.º 1 do Regulamento CE/2157/2001, de 8 de outubro), bem como as "Sociedades Cooperativas Europeias" (SCE) (art. 11.º, n.º 1 do Regulamento CE/ /1435/2003, de 22 de julho)([27]). Traço comum — ao invés da natureza predominantemente facultativa dos factos registais relativos aos empresários individuais — é a natureza tendencialmente obrigatória do registo dos factos jussocietários previstos no art. 3.º do CRC: com a única exceção das promessas de alienação ou de oneração de partes ou quotas e dos pactos de preferência com eficácia real (cf. arts. 3.º, n.º 1, *d*) e 15.º, n.º 1 do CRC), os factos relativos às sociedades (civis ou comerciais) são de registo obrigatório([28]).

III. Embora sem copiosidade semelhante, é também razoavelmente extenso o elenco dos factos registais relativos às *cooperativas* (art. 4.º do CRC) — incluindo os que respeitam às respetivas constituição, órgãos (*maxime*, nomeação e cessação de funções de diretores, representantes e liquidatários), e modificações da sua superstrutura jurídica (*maxime*, transformação, fusão, cisão, dissolução, encerramento de liquidação, qualquer alteração estatutária)([29]) —, às *empresas públicas* (art. 5.º do CRC) — abrangendo

---

40-44 (registo de cisão societária), n.º 25/2004, de 6 de outubro, *in:* 9 "Boletim dos Registos e do Notariado" (2004), 14-22 (registo de transformação societária), n.º 7/2003, de 30 de abril, *in*: 5 "Boletim dos Registos e do Notariado" (2003), 8-10 (registo de fusão societária), n.º 158/2002, de 19 de dezembro, *in*: 1 "Boletim dos Registos e do Notariado" (2003), 12--15 (registo de destituição de gerente), n.º 82/91, de 30 de janeiro, *in*: 2 "Boletim dos Registos e do Notariado" (2003), 43-47 (registo de aumento de capital), e n.º 46/89, de 1 de abril, *in*: 8 "Boletim dos Registos e do Notariado" (2003), 24-26 (registo de objeto social).

([27]) Sobre estes tipos societários de direito uniforme, vide ANTUNES, J. ENGRÁCIA, *Direito das Sociedades,* 157 e ss., 7.ª ed., edição de Autor, Porto, 2017.

([28]) Sobre o conteúdo e regime jurídico destes factos registais relativos a sociedades, vide MARTINS, J. FAZENDA, *Os Efeitos do Registo e das Publicações Obrigatórias na Constituição das Sociedades Comerciais*, Lex, Lisboa, 1994; PITA, M. ANTÓNIO, *Os Efeitos do Registo Comercial e a Integridade do Capital Social*, *in*: "Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Carlos Ferreira de Almeida", Vol. IV, 247-279, Almedina, Coimbra, 2011; REIS, ALCINDO, *As Publicações e o Registo no Novo Código das Sociedades Comerciais*, Elcla, Porto, 1990.

([29]) O Código Cooperativo de 1980 chegou a prever um "registo cooperativo" (arts. 84.º e segs.), que viria a ser abandonado nos posteriores Códigos de 1986 e de 2015:

igualmente diversos factos concernentes à respetiva constituição, organização (*maxime*, nomeação e cessação dos membros dos órgãos de administração e de fiscalização e dos liquidatários), e alterações da superstrutura jurídica e financeira (*maxime*, agrupamento, fusão, cisão, extinção, encerramento de liquidação, qualquer alteração estatutária, prestação de contas)([30]) —, aos *agrupamentos complementares de empresas* (art. 6.º do CRC) — incluindo o contrato de agrupamento e suas modificações, a emissão de obrigações, a nomeação e exoneração de administradores, a entrada, exoneração e exclusão de membros, a dissolução e o encerramento de liquidação do agrupamento([31]) —, e aos *agrupamentos europeus de interesse económico* (art. 7.º do CRC) — incluindo o contrato de agrupamento e suas alterações, a cessão de participações de membros ou a entrada, exoneração e exclusão destes, a designação e cessação das funções dos respetivos gerentes e liquidatários, o projeto de transferência de sede, a dissolução e o encerramento da liquidação([32]).

---

vale isto por dizer, portanto, que todas as cooperativas se encontram hoje abrangidas pelo regime comum fixado pelo CRC, tenham elas por objeto o exercício de atividades económicas ou de outra natureza (art. 2.º, n.º 1 do Código Cooperativo) e qualquer que seja o ramo do setor cooperativo em que se integrem (art. 4.º do Código Cooperativo). Cf. ainda Vasserot, C. Vargas, *El Sistema de Publicidad Legal de las Cooperativas*, *in*: 33 "Revista de Derecho de Sociedades" (2009), 129-140.

([30]) Apesar de o legislador do CRC não ter revogado expressamente os registos especiais das empresas públicas previstos nos Decretos-Lei n.º 77/79, de 7 de abril e n.º 163/80, de 28 de maio, deve hoje considerar-se inequívoca a sujeição das empresas públicas ao regime jurídico-registal comum instituído pelo CRC, independentemente da sua forma jurídica, do setor em que se integram ou da atividade económica respetiva. Sublinhe-se, todavia, que o art. 5.º do CRC é aplicável apenas às entidades públicas empresariais (arts. 13.º, n.º 1, al. *b*) e 61.º do RSPE), ficando os demais tipos de empresas públicas, enquanto sociedades comerciais de direito privado, subordinadas ao regime do art. 3.º do CRC, pertençam elas ao setor empresarial estadual (arts. 13.º, n.º 1, al. *a*) e 14.º, n.os 1 e 5 do "Regime Jurídico do Setor Público Empresarial") ou ao setor empresarial local (arts. 21.º e 22.º, n.º 3 do "Regime Jurídico da Atividade Empresarial Local e das Participações Locais"). Cf. Parecer do Conselho Técnico da DGRN n.º 82/2003, de 30 de janeiro, *in*: 2 "Boletim dos Registos e do Notariado" (2004), 31-33 (registo de dissolução de cooperativa).

([31]) Tal como nos casos anteriormente analisados no texto, também esta forma jurídico-empresarial já se encontrava abrangida pelo registo comercial nos termos da sua própria regulação (Base IV, n.º 3 da Lei n.º 4/73, de 4 de junho, art. 4.º do Decreto-Lei n.º 430/73, de 25 de agosto). Cf. Parecer do Conselho Técnico da DGRN n.º 8/2001, de 24 de abril, *in*: 5 "Boletim dos Registos e do Notariado" (2001), 1-9 (registo de constituição de ACE).

([32]) A sujeição ao registo comercial destes agrupamentos era já imposta pelos

4. Outros Sujeitos e Factos

I. O âmbito de aplicação do registo comercial, tendo embora o seu núcleo fundamental nos factos relativos à situação jurídica dos empresários individuais e coletivos acabados de referir, não se esgota aqui.

II. Com efeito, e por um lado, o legislador veio reconhecer a possibilidade de àquele estarem ainda subordinadas *outras pessoas singulares ou coletivas* que não os sujeitos referidos nos arts. 2.º e segs. do CRC, por força de disposição legal especial (art. 1.º, n.º 2, *in fine*, do CRC): é o caso, por exemplo, das *pessoas coletivas de utilidade pública* (arts. 8.º e 14.º, n.º 3 do Decreto-Lei n.º 460/77, de 7 de novembro, art. 2.º do Decreto-Lei n.º 57/78, de 1 de abril).

III. Por outro lado, o mesmo legislador veio ainda alargar o elenco dos *factos sujeitos ao registo comercial* (tomados aqui em sentido amplo, abrangendo factos jurídicos, ações e decisões: cf. arts. 9.º e 10.º do CRC). Se é certo que uma boa parte dos factos aqui previstos são necessariamente respeitantes aos sujeitos nucleares dos arts. 2.º e segs. do CRC (v.g., ações de interdição de comerciantes individuais, ações de declaração de nulidade ou anulação dos atos constitutivos de sociedades, cooperativas, ACE, AEIE, e EIRL, ações de declaração de nulidade ou anulação de deliberações sociais, abertura e encerramento de representações permanentes: cf. alíneas *a*), *c*), *d*), e *e*) do art. 9.º, alínea *c*) do art. 10.º do CRC)([33]), tam-

---

arts. 6.º, 7.º e 29.º do Regulamento CEE/2137/85, de 25 de julho, tendo sido acolhida posteriormente nas normas nacionais da sua execução (art. 1.º do Decreto-Lei n.º 148/90, de 9 de maio). Cf. Parecer do Conselho Técnico da DGRN n.º 18/2005, de 5 de julho, *in*: 4 "Boletim dos Registos e do Notariado" (2005), 68-75 (registo de constituição de AEIE).

([33]) As ações previstas no art. 9.º do CRC podem ter por fim declarar factos respeitantes a sociedades comerciais (art. 3.º), onde não se inclui a ação emergente do contrato individual de trabalho através da qual é pedida à sociedade, pelo trabalhador despedido, uma indemnização por incumprimento do contrato onde se previa a aquisição de quotas da ré pelo autor (cf. Parecer do Conselho Técnico da DGRN n.º 63/93, de 2 de fevereiro, *in*: 9 "Boletim dos Registos e do Notariado" (2001), 39-41).

bém é verdade que existem igualmente alguns que poderão respeitar, exclusiva ou simultaneamente, a outro tipo de sujeitos singulares ou coletivos (v.g., despachos de nomeação de administrador judicial de insolvência, mandato mercantil([34]), contrato de agência: cf. alínea *l*) do art. 9.º, alíneas *a*) e *e*) do art. 10.º do CRC)([35]).

IV. Finalmente, foi prevista uma *"catch-all rule"* segundo a qual estão ainda sujeitos a registo "quaisquer outros factos que a lei declare sujeito ao registo comercial". Incluiu-se aqui toda uma panóplia de factos registais previstos fora do próprio CRC, tais como, apenas a título de exemplo, o registo da manutenção da relação de grupo por domínio total superveniente (art. 489.º, n.º 6 do CSC), da aquisição de ações ou quotas nas operações de aquisição de domínio total (art. 490.º, n.º 3 do CSC), da nomeação e destituição dos administradores da insolvência (arts. 38.º e 57.º do CIRE), da inibição para o exercício do comércio na sequência do incidente de qualificação da insolvência (art. 189.º, n.º 3 do CIRE), da constituição e extinção de sociedades de "trust offshore" na Zona Franca da Madeira (art. 2.º do Decreto-Lei n.º 149/94, de 25 de maio)([36]), etc.

([34]) Parecer do Conselho Técnico da DGRN n.º 30/2003, de 25 de março, *in*: 4 "Boletim dos Registos e do Notariado" (2004), 68-75 (natureza e alcance do registo de mandato comercial).

([35]) Esta abertura demonstrada pelo legislador quanto à possibilidade de outros sujeitos e factos poderem vir a ser objeto de sujeição ao registo comercial por força de disposições legais avulsas tem justamente contribuído, noutras ordens jurídicas onde se verificou fenómeno semelhante, para atrair para a órbita regulatória do instituto do registo comercial outras entidades tradicionalmente refratárias ao mundo mercantil, *maxime*, associações e fundações (cf. KANDEM, JEAN-FAUSTIN, *Réflexions sur le Registre du Commerce et les Associations Exerçant une Activité Economique*, *in:* 25 "Recueil Dalloz Sirey" (1996), 213-218).

([36]) Parecer do Conselho Técnico da DGRN n.º 137/2003, de 24 de junho, *in*: 7 "Boletim dos Registos e do Notariado" (2004), 20-26 (registo de constituição de "trust").

III. REGIME JURÍDICO

1. Organização

I. A organização do registo comercial encontra-se funcionalmente estruturada através das *conservatórias do registo comercial*, as quais constituem serviços desconcentrados do Instituto dos Registos e do Notariado, I.P. (instituto público sob tutela do Ministério da Justiça: cf. Decreto-Lei n.º 148/2012, de 12 de junho), dotados embora de considerável autonomia. Atualmente, existem conservatórias privativas do registo comercial em Lisboa, Porto, Funchal, e Zona Franca da Madeira, sendo os serviços registais assegurados por conservatórias do registo predial nas demais circunscrições(37).

II. No âmbito da atual organização registal portuguesa, merecem destaque especial os seguintes três aspetos, resultantes da Reforma de 2006. Desde logo, a *competência geral* das conservatórias registais: os atos de registo comercial podem ser solicitados em qualquer conservatória do registo comercial, independentemente da localização do domicílio ou sede da entidade sujeita a registo(38). Doutra banda, o crescente relevo do *registo comercial eletrónico*: para além da multiplicação dos atos e certidões registais em bases eletrónicas (v.g., arts. 42.º, n.º 1, 45.º, n.º 1, 55.º, n.º 6, 57.º, n.º 3, 71.º, n.º 3, 72.º-A, n.º 1, 75.º, n.º 3, 116.º do CRC, Portaria n.º 1416/2006, de 19 de dezembro), refira-se a existência de uma "base de dados nacional do registo comercial" que centraliza toda a informação atualizada relativa à situação jurídica das

---

(37) Sobre a natureza e autonomia deste tipo de serviços executivos ministeriais, vide em geral AMARAL, D. FREITAS, *Curso de Direito Administrativo*, Vol. I, 277 e ss., 2.ª ed., Almedina, Coimbra, 1994; GUERREIRO, J. MOUTEIRA, *Noções de Direito Registral (Predial e Comercial)*, 405, 2.ª ed., Coimbra Editora, 1994.

(38) A competência territorial das conservatórias do registo comercial foi abolida pelo art. 33.º do Decreto-Lei n.º 76-A/2006, de 29 de março, embora curiosamente tenham permanecido na lei laivos do anterior sistema (v.g., arts. 27.º e 57.º, n.º 1 do CRC, art. 3.º, n.º 1 do RRC) e sem prejuízo da existência de algumas exceções (designadamente, em matéria do registo de navios e do registo na Zona Franca da Madeira).

entidades sujeitas a registo (arts. 78.º-B e segs. do CRC)([39]). Finalmente, a crescente *natureza multilíngue* do registo comercial: ilustração da progressiva "anglicização" do Direito Comercial, os documentos de suporte dos atos registais por transcrição podem estar redigidos (art. 32.º, n.º 2 do CRC) e as informações prestadas em certidões permanentes podem ser disponibilizadas (art. 58.º, n.os 3 e 4 do CRC) em língua portuguesa ou em língua inglesa (além de outras línguas estrangeiras, em certos casos).

III. Para além das conservatórias do registo comercial, o registo comercial pode ainda ser promovido junto de outras estruturas da organização administrativa. Tal é o caso, desde logo, do *"Balcão do Empreendedor"*: instituído pelo art. 3.º do Decreto-Lei n.º 48/2011, de 1 de abril, e regulado pela Portaria n.º 365/2015, de 16 de outubro, trata-se de uma plataforma eletrónica nacional (acessível através de <www.portaldocidadao.pt>) que visa funcionar como o ponto único de acesso dos empresários para a realização de todas as formalidades e serviços relacionados com a sua atividade empresarial, incluindo naturalmente o registo comercial. Tal é o caso dos *Cartórios Notariais de Competência Especializada (CNCE)*, serviços externos do Instituto dos Registos e do Notariado que funcionam em instalações de organismos ou institutos públicos, associações patronais ou empresariais ou câmaras de comércio e indústria e ordens profissionais (Decreto-Lei 35/2000, de 14 de março). Tal é o caso ainda dos *Centros de Formalidades de Empresas* (CFE), hoje progressivamente reduzidos, serviços de

---

([39]) Nesta sequência, foi criado o *"Sistema Integrado do Registo Comercial" (SIRCOM)*, sistema informático desenvolvido pelo IRN no qual são anotados todos os atos de registo requeridos e de realização oficiosa, independentemente da modalidade do pedido (abrangendo ainda, resumidamente, a qualificação desses atos de registo, o tratamento emolumentar e contabilístico, bem como os consequentes meios de prova), que funciona em articulação com outros sistemas conexos (v.g., empresas "online", cartão da empresa, FCPC, IES). Sobre a relevância do registo comercial eletrónico, D'EÇA, F. ALMEIDA, *Registos Online,* 127 e ss., Almedina, Coimbra, 2009; a nível europeu e comparado, vide HERNANDEZ, A. VALLE, *El Registro Mercantil Eletrónico*, *in*: 18 "Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías" (2008), 19-33; SCHOLZ, OLIVER, *Die Einführung elektronischer Handelsregister im Europarecht*, *in*: "Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht" (2004), 172-176.

atendimento e informação especialmente vocacionados para os empresários, que incluem na respetiva estrutura orgânica um gabinete de apoio ao registo comercial (art. 9.º do Decreto-Lei n.º 78-A/98, de 31 de março). Tal é o caso, finalmente, dos chamados *balcões "SIR — Soluções Integradas de Registo"*, serviços registais com competência relativa a operações especiais de registo, entendendo-se como tais os processos em que sejam interessadas uma ou mais pessoas coletivas, públicas ou privadas, que envolvam a prática de atos de registo que, pelo seu número, complexidade, natureza, relação de dependência ou conexão, ou relevância económica, justifiquem um tratamento unitário e personalizado (v.g., projetos de interesse nacional ou PIN, fusões e cisões societárias, aumentos de capital, negócios realizados por sociedades gestoras de fundos de investimento imobiliário, empreendimentos turísticos) (art. 26.º do Decreto-Lei n.º 116/2008, de 4 de julho, Portaria n.º 547/2009, de 25 de maio).

2. Modalidades

I. Os registos comerciais podem revestir diferentes modalidades: podem ser definitivos ou provisórios, obrigatórios ou facultativos, declarativos, constitutivos, ou aquisitivos, por transcrição ou por depósito.

II. Os registos podem ser *definitivos* (art. 11.º do CRC), quando são realizados após um controlo da legalidade formal e substancial dos factos registados, produzindo os seus efeitos próprios, ou *provisórios*, quando o pedido enferma de deficiências suscetíveis de correção em determinado prazo (registo provisório por dúvidas: cf. art. 49.º do CRC) ou a validade ou eficácia do facto registado está dependente da ocorrência futura de outro facto ou direito (registo provisório por natureza: cf. art. 64.º do CRC)([40]).

([40]) Sobre os registos provisórios, vide *infra* III — 3.

III. Os registos podem ser *obrigatórios*, quando a lei o determina direta ou indiretamente através da previsão de prazos para a sua realização e de sanções para o respeito incumprimento (arts. 15.º e 17.º do CRC), ou *facultativos*, quando a lei, prevendo embora a possibilidade do registo de determinado facto jurídico, não associa sanções especiais à sua omissão (embora desta possam resultar outro tipo de consequências)([41]).

IV. Os registos podem ser *declarativos,* quando se limitam a declarar ou enunciar um determinado facto jurídico-registal, associando-lhe uma presunção de verdade e um efeito de oponibilidade externa sem condicionar, todavia, a respetiva existência e validade jurídica substantiva (arts. 11.º, 13.º, e 14.º, n.º 2 do CRC); *constitutivos*, quando são necessários para a produção dos efeitos jurídicos próprios do facto jurídico-registal (v.g., constituição de sociedade comercial: cf. arts. 13.º, n.º 2 e 14.º, n.º 4 do CRC); ou *aquisitivos*, quando consolidam ou legitimam aquisições de direitos por mera força do próprio registo (aquisições "tabulares": cf. art. 22.º, n.º 4 do CRC)([42]).

V. Por último, mas não menos importante, importa salientar que o CRC, na sequência da reforma de 2006, consagra duas formas ou modalidades fundamentais do registo comercial: o *registo por transcrição* e o *registo por depósito* (art. 53.º-A, n.º 1 do CRC). Pela sua relevância primordial na economia do atual sistema jusregistal português, estas modalidades merecem uma atenção especial, tanto no que concerne à sua noção, como no que respeita ao seu âmbito de aplicação, regime e efeitos fundamentais.

VI. O *registo por transcrição* (ou por extrato) "consiste na extratação dos elementos que definem a situação jurídica das entidades sujeitas a registo constantes dos documentos apresentados" (art. 53.º-A, n.º 2 do CRC). Nesta modalidade, que corresponde ao

---

([41]) Sobre os factos sujeitos a registo obrigatório e facultativo, vide *supra* II — 1.

([42]) Sobre os registos comerciais declarativos, constitutivos e aquisitivos, vide *infra* III — 6.3.

registo tradicional ou *stricto sensu*, o registo é da exclusiva responsabilidade do Conservador do Registo Comercial, a quem compete verificar a regularidade dos documentos que titulam e acompanham o pedido apresentado e controlar a legalidade formal e substancial dos factos e situações jurídicas naqueles contidos. Apesar da deficiente terminologia legal, o conservador não se limita, pois, a "transcrever" ou copiar os documentos apresentados, efetuando sim um extrato ou resumo dos elementos essenciais para a realização do registo com vista ao fim a que este se destina (publicidade da situação jurídica das entidades a ele sujeitas).

VII. O *registo por depósito* "consiste no mero arquivamento dos documentos que titulam factos sujeitos a registo" (art. 53.º-A, n.º 3 do CRC). Nesta modalidade, que foi introduzida com a Reforma de 2006, o conservador limita-se a realizar o registo dos factos sujeitos a registo e a arquivar os documentos que os titulam, excluindo-se qualquer atividade de verificação ou controlo da respetiva legalidade formal ou substancial. No registo por depósito, pois, o conservador limita-se a verificar a legitimidade do requerente do registo, a existência do primeiro registo da entidade requerente, o número de identificação de pessoa coletiva, o pagamento das taxas, e outros aspetos quejandos (cf. art. 46.º, n.º 2 do CRC), a lançar a menção do facto sujeito a registo na ficha de registo, e a arquivar na pasta de arquivo os documentos apresentados pelo requerente, sem realizar qualquer juízo de qualificação ou controlo da legalidade formal ou material dos factos ou situações jurídicas (controlo esse que, nalguns casos, passou a ser da responsabilidade das próprias entidades requerentes, como sucede com as sociedades no caso de registo de cessão de quotas: cf. art. 242.º-B, n.º 1 do CSC).

VIII. Relativamente ao respetivo *âmbito de aplicação*, a maioria dos factos registais é efetuada através do registo por transcrição, encontrando-se a modalidade do registo por depósito reservada para um número mais reduzido de situações (art. 53.º-A, n.º 5 do CRC). Entre estas primeiras, incluem-se, quanto aos comerciantes individuais, o início, alteração e cessação da sua atividade, as

modificações do seu estado civil e regime de bens, e a mudança do seu estabelecimento principal (art. 2.º do CRC); quanto a sociedades comerciais, a constituição, as alterações dos estatutos sociais, a designação e cessação de funções dos titulares dos órgãos sociais e liquidatários, a dissolução, o encerramento de liquidação, e o regresso à atividade social (art. 3.º do CRC); e quanto a empresas públicas, ACE, AEIE, e EIRL, "grosso modo" os factos concernentes à respetiva constituição, designação e cessação de funções dos membros dos seus órgãos, alterações dos estatutos e extinção (arts. 5.º a 8.º do CRC). Entre as últimas, destacam-se, quanto às sociedades, a unificação, divisão, transmissão de quotas e partes, o usufruto, penhor, arrolamento, arresto e penhora de quotas, e a prestação de contas, além de, quanto a empresas públicas e ACE, a emissão de obrigações e a prestação de contas (arts. 3.º, n.º 1, *b*), *e*), *f*), *n*), 5.º, *b*) e *d*), 6.º, *b*) do CRC).

IX. Relativamente ao seu *regime*, ressalta em particular o alcance diverso que nessas modalidades revestem alguns dos princípios jurídico-registais. O caso mais evidente diz respeito ao princípio da legalidade (art. 47.º do CRC). Ao invés do que sucede nos registos por transcrição, nos registos por depósito o Conservador do Registo Comercial não tem se encontra investido num poder/ /dever de qualificação e de controlo formal e substancial dos factos e títulos: prova disso mesmo é a circunstância de ele estar impedido de recusar o registo por depósito mesmo nos casos de manifesta nulidade do facto registado (art. 48.º, n.º 1, *d*) do CSC)([43]). Outro exemplo diz respeito *princípio da prioridade*, que apenas foi previsto expressamente relativamente aos registos por depósito de direitos sobre quotas e partes sociais (art. 12.º do CRC, art. 242.º-C do CSC)([44]).

X. Relativamente aos seus *efeitos*, a diferença fundamental entre as modalidades em apreço respeita à respetiva "fé pública

---

([43]) Sobre o alcance do princípio da legalidade nos registos por transcrição e por depósito, vide *infra* IV — 2.

([44]) Sobre o princípio da prioridade, vide *infra* IV — 5 (II).

registal". Como também melhor veremos adiante, ao passo que os registos por transcrição gozam a seu favor de uma presunção de verdade (art. 11.º do CRC), consubstanciando para todos os efeitos a situação jurídica dos factos e pessoas a que respeitam enquanto aquela não for ilidida mediante apresentação de prova em contrário, os registos por depósito não conferem idêntica proteção ou fé pública([45]).

XI. Em jeito de conclusão, diríamos o seguinte. Tradicionalmente, o registo comercial correspondeu sempre e apenas à primeira modalidade (então designada simplesmente "registo"), reportando-se o depósito meramente aos documentos que estavam na base do registo e eram objeto de arquivamento. A Reforma de 2006, vindo introduzir uma espécie de bicefalia registal em prol da simplificação e celeridade do registo comercial, levanta algumas *perplexidades*. Salta à vista, desde logo, alguma inconsistência terminológica: *summo rigore*, o registo por transcrição não implica uma verdadeira "transcrição" (pois de modo algum se confina a mero translado ou cópia do conteúdo dos documentos) e o registo por depósito não consubstancia um verdadeiro "registo" (efetuando-se fundamentalmente mediante um arquivamento dos documentos que lhe servem de base). Por outro lado, sem tradição ao nível nacional e até comparado, deve advertir-se para as próprias inconsistências internas da novel distinção: designadamente, não se pode ignorar o acrescido risco de existência de informação registal contraditória que resulta potencialmente das inevitáveis zonas de sobreposição positiva ou negativa entre as duas modalidades legais (pense-se, por exemplo, no caso da transmissão de quotas, a qual, ao mesmo tempo que está sujeita em via geral ao registo por depósito, pode, afinal, igualmente ocorrer no quadro de vicissitudes societárias sujeitas a registo por transcrição, v.g., transformações, cisões, etc.). Finalmente, tal distinção poderá contribuir para um progressivo esbatimento das funções clássicas de segurança jurídica, controlo de legalidade, verdade e fé pública

---

([45]) Cf. *infra* III — 6.2.

habitualmente associadas ao registo comercial: com efeito, relembre-se que o registo por depósito não assegura sequer a autenticidade ou validade dos documentos depositados (dado que, em abstrato, se podem arquivar documentos verdadeiros ou falsos, válidos ou nulos), não sendo, além disso, ainda totalmente claro o alcance dos respetivos regimes e efeitos jurídicos (dado que, ao invés do registo por transcrição, muito embora destituídos do valor presuntivo consagrado no art. 11.º do CRC e não podendo ser declarados nulos nos termos do art. 22.º do CRC, aqueles também constituem condição de oponibilidade *erga omnes* nos termos do art. 14.º do CRC)([46]).

3. Processo

I. O processo do registo desenrola-se ao longo de uma multiplicidade de operações e vicissitudes que seria moroso aqui analisar exaustivamente (arts. 28.º e segs. do CRC).

II. No essencial, este processo inicia-se em regra com o *pedido* das próprias pessoas singulares ou coletivas a quem o registo respeita, seus representantes e demais interessados (arts. 28.º a 30.º do CRC)([47]). O pedido de registo — designado "apresentação" nos registos por transcrição e "pedido" nos registos por depósito (art. 46.º do CRC, art. 4.º do RRC) — pode ser apresentado *verbalmente*, quando efetuado presencialmente por requerente legítimo (caso em que deve ser disponibilizado um compro-

---

([46]) Para uma análise crítica da reforma, vide mais desenvolvimentos AA. VV., *Cessão de Quotas — "Desformalização" e Registo por Depósito*, Almedina, Coimbra, 2009; GUERREIRO, J. MOUTEIRA, *Ensaio sobre a Problemática da Titulação e do Registo à Luz do Direito Português,* 392 e ss., Coimbra Editora, Coimbra, 2014.

([47]) O processo registal está assim dominado pelo princípio da instância: sobre tal princípio, vide *infra* IV — 1. Sublinhe-se que a instância nada tem que ver necessariamente com a natureza obrigatória ou facultativa do registo: trate-se de factos registais cujo incumprimento faz ou não incorrer o sujeito infrator em responsabilidade contraordenacional, é sempre necessária a iniciativa do interessado para que aquele se realize (cf. assim também, para o registo predial, FERNANDES, L. CARVALHO, *Lições de Direitos Reais*, 113, 6.ª ed., Quid Juris, Lisboa, 2009).

vativo do pedido), ou, nos demais casos, deve ser apresentado sob *forma escrita* (em impresso próprio, denominado "requisição de registo"), por *via postal* (mediante carta registada) ou por *via eletrónica* (através do endereço <www.empresaonline.pt>) (art. 113.º do CRC, arts. 4.º e segs. do RRC, Portaria n.º 1146-A/2016, de 19 de dezembro).

III. Em via geral, o pedido deve ser acompanhado dos documentos que se destinam a titular ou comprovar os factos a registar ("titulação": cf. arts. 32.º a 44.º do CRC) — e das declarações complementares eventualmente necessárias (art. 33.º do CRC), devendo ainda ser feita prova do cumprimento das obrigações fiscais respetivas (art. 51.º do CRC) e pago o emolumento correspondente (RERN). Especialmente importante é a *titulação* do primeiro registo (art. 61.º do CRC), de onde resulta a matrícula de cada entidade sujeita a registo (art. 62.º do CRC): no caso dos empresários individuais, em que tal registo inicial tem por objeto o registo do início de atividade, torna-se necessária a declaração do interessado (art. 34.º do CRC) e a exibição do certificado de admissibilidade de firma ou denominação que não seja puramente subjetiva (art. 56.º, n.º 1, *a*) do RRNPC); no caso dos empresários coletivos, em que o registo tem por objeto a respetiva constituição, torna-se necessária a exibição do ato constitutivo (*maxime*, o contrato de sociedade na forma legal, no caso das sociedades comerciais: cf. art. 35.º do CRC)([48]).

IV. Uma vez apresentado o pedido, e salvo quando esta apresentação tenha sido rejeitada (art. 46.º do CRC), competirá então ao Conservador do Registo Comercial apreciar a respetiva viabilidade formal e substancial à luz do princípio da legalidade (art. 47.º do CRC). No exercício dessa competência, o conservador

---

([48]) Para uma inventariação exaustiva da titulação do pedido registal aplicável em situações especiais (EIRL, ACE, AEIE, cooperativas, empresas públicas, sociedades unipessoais, empresas "na hora" e empresas "online", representações permanentes, etc.), vide Lopes, J. Seabra, *Dos Registos e Notariado,* 226 e ss., 7.ª ed., Almedina, Coimbra, 2015.

proferirá *despacho* que poderá consubstanciar três tipos fundamentais e alternativos de decisão.

V. A primeira consistirá em promover o competente *registo* na forma solicitada nos termos e prazos legais (arts. 54.º e 55.º-A do CRC), inclusive suprindo eventuais deficiências da apresentação. Com efeito, nos casos de registo por transcrição, as deficiências do processo registal devem, sempre que possível, ser supridas oficiosamente com base nos documentos apresentados ou já existentes no serviço de registo ou por acesso direto à informação constante de bases de dados das entidades ou serviços da Administração Pública (art. 52.º do CRC).

VI. A segunda consistirá em lavrar despacho de *registo provisório por dúvidas,* sempre que eventuais deficiências do processo de registo não possam ser sanadas (nos termos do citado art. 52.º do CRC) e existam motivos que obstem ao registo do ato tal como é pedido que não sejam fundamento de recusa (art. 49.º do CRC)([49]). O despacho de provisoriedade deve ser notificado aos interessados, a quem compete o ónus da remoção das dúvidas sob pena da respetiva caducidade (cf. arts. 18.º, n.os 2 e 3, 49.º, e 50.º do CRC)([50]).

VII. Finalmente, a terceira consistirá em lavrar despacho de *recusa do registo*, que deverá também ser notificado aos interessados (cf. arts. 48.º, 50.º e 98.º e segs. do CRC). Entre os fundamentos (taxativos) da recusa, contam-se os de o facto a registar já estar registado ou não estar sujeito a registo([51]), de manifesta nulidade

---

([49]) Cf. Pareceres do Conselho Técnico da DGRN n.º 3/2002, de 26 de setembro, *in*: 9 "Boletim dos Registos e do Notariado" (2002), 38-46 (registo provisório de entrada social em espécie consistente em estabelecimento comercial farmacêutico sem exibição de alvará) e n.º 89/2003, de 25 de março, *in*: 4 "Boletim dos Registos e do Notariado" (2004), 40-44 (registo provisório de cisão na pendência de oposição judicial de credores).

([50]) Sobre a conversão dos registos provisórios em definitivos, vide o Acórdão do STJ de 17-IV-1997 (Almeida e Silva), *in*: V "Coletânea de Jurisprudência — Acórdãos do STJ" (1997), II, 50-53.

([51]) Pareceres do Conselho Técnico da DGRN n.º 135/92, de 23 de março, *in*: 9 "Boletim dos Registos e do Notariado" (2002), 58-60 (registo como objeto social de

do facto([52]), de ter sido lavrado registo provisório por dúvidas sem que estas hajam sido removidas, de a entidade se encontrar em incumprimento quanto à obrigação do registo da prestação de contas, e de, em virtude da falta de elementos ou da sua própria natureza (v.g, atos de cancelamento), não puder ser registado como provisório por dúvidas (art. 48.º do CRC)([53]), além de outras razões previstas em leis complementares ou avulsas (v.g., art. 58.º do RRNPC)([54]). Sublinhe-se, todavia, que não poderá ser recusado o registo quando o facto levado a registo se encontre formalizado em lei (v.g., decreto-lei de aprovação dos estatutos de empresa pública), o que constitui prova bastante do facto registado cuja idoneidade ou validade intrínseca não compete ao conservador apreciar([55]).

4. Atos de Registo

I. Caso o pedido de registo apresentado tenha sido apreciado favoravelmente pelo Conservador do Registo Comercial, têm lugar os *atos de registo* propriamente ditos *(lato sensu)*. Estes atos variam naturalmente consoante a forma registal em causa: no

---

meros atos de participação), e n.º 89/91, de 8 de janeiro, *in*: 3 "Boletim dos Registos e do Notariado" (2004), 43-47 (registo de administrador-delegado em sociedade por quotas).

([52]) Cf. Pareceres do Conselho Técnico da DGRN n.º 64/92, de 28 de setembro, *in*: 6 "Boletim dos Registos e do Notariado" (2002), 47-50 (registo de partilha social na subsistência de passivo comum) e n.º 51/2004, de 3 de maio, *in*: 4 "Boletim dos Registos e do Notariado" (2005), 12-18 (doação de quota em sociedade a constituir).

([53]) Parecer do Conselho Técnico da DGRN n.º 88/93, de 2 de fevereiro, *in*: 11 "Boletim dos Registos e do Notariado" (2001), 58-64 (registo de penhora de navio quando, por falta de elementos, a matrícula nem como provisória puder ser aberta).

([54]) Sobre a recusa de registo, vide o Acórdão da RP de 12-VII-1994 (Pelayo Gonçalves), *in*: XIX "Coletânea de Jurisprudência" (1994), III, 184-187. Não se pode confundir a recusa do registo com a *recusa do pedido ou da apresentação do registo*: o pedido de registo deverá ser recusado sempre que não seja apresentado na forma exigida, não forem pagas as quantias devidas, a entidade objeto de registo não tiver número de identificação de pessoa coletiva atribuído (no caso dos registos por transcrição) e ainda, para além destas, sempre que o requerente não tiver legitimidade para requerer o registo, não se mostre efetuado o primeiro registo da entidade, nos termos previstos no art. 61.º, ou quando o facto não estiver sujeito a registo (art. 46.º, n.os 1 e 2 do CRC).

([55]) Acórdão da RL de 20-IX-2016 (M. Conceição Saavedra), *in*: <www.dgsi.pt>.

caso de se tratar de registo por transcrição, o registo comercial compreende a matrícula, as inscrições, os averbamentos e as anotações (art. 55.º, n.º 1 do CRC); no caso de se tratar de registo por depósito, o registo comercial abrange o depósito dos documentos e a respetiva menção na ficha de registo (art. 55.º, n.º 2 do CRC).

II. A *matrícula* constitui a identificação relativa a cada entidade singular ou coletiva a que o registo diz respeito, sendo realizada por extrato lavrado na ficha respetiva (art. 58.º, n.º 2 do CRC), que deverá conter o nome completo, firma ou denominação, local do estabelecimento ou atividade principal e número fiscal (para as pessoas singulares) e a firma ou denominação, NIPC, natureza jurídica, sede e CAE (para as pessoas coletivas), entre outros elementos (art. 62.º do CRC, art. 8.º do RRC)([56]).

III. As *inscrições* correspondem aos extratos lavrados nas fichas respetivas dos elementos definidores da situação jurídica das entidades a que o registo respeita, tal como resultam dos documentos apresentados e depositados (arts. 57.º, n.º 1, 58.º, n.º 2, 63.º do CRC): estas inscrições estão subordinadas a determinados requisitos gerais e especiais (arts. 9.º e 10.º do RRC e podem ser definitivas ou provisórias (arts. 49.º e 64.º do CRC).

IV. Os *averbamentos* correspondem a alterações do conteúdo das inscrições, decorrentes de atualizações ou retificações ocorridas *medio temporae* (v.g., recondução ou cessação de funções de gerentes, administradores ou liquidatários, declaração de perda de direito à firma ou denominação, decisões judiciais várias relativas à situação de empresários insolventes, etc.), sendo tam-

---

([56]) Aspetos aqui relevantes são os de que a *abertura da matrícula* decorre oficiosamente do primeiro registo a efetuar pela entidade singular (registo de início de atividade) ou coletiva (registo do ato constitutivo) em apreço (art. 61.º, n.º 4 do CRC), e de que o *cancelamento da matrícula* ocorre também oficiosamente através de inscrição realizada com o registo definitivo de factos que tenham por efeito a extinção da entidade registada, com o registo definitivo de transferência de sede para o estrangeiro ou a falta de conversão tempestiva dos registos provisórios (art. 62.º-A do CRC).

bém lavradas por extrato nas fichas respetivas (arts. 58.º, n.º 2, 68.º e 69.º do CRC, arts. 11.º e 12.º do RCC.

V. As *anotações* consistem em meras notas ou observações relativas a factos a que a lei pretende conferir publicidade, devendo conter o facto anotado e a data da apresentação dos documentos ou da sua realização (art. 13.º do RRC, arts. 45.º, n.º 5, 87.º, n.º 1, 111.º, n.º 1 do RRC), merecendo aqui especial destaque, atenta a relevância dos seus efeitos substantivos, a anotação das publicações oficiais (art. 71.º, n.º 5 do CRC).

VI. O *depósito* diz respeito a diversos documentos que devem acompanhar a apresentação do pedido, sendo realizado em pastas próprias onde ficarão eletronicamente arquivados todos os documentos, fichas e publicações respeitantes à entidade registada (arts. 57.º a 59.º do CRC) e devendo conter menções gerais e especiais (arts. 14.º e 15.º do RRC): trata-se de um ato registal fundamental dado que só poderá ser lavrado registo daqueles factos constantes de documentos que legalmente os comprovem e que se encontrem regularmente arquivados (arts. 32.º e 59.º, n.º 1 do CRC)([57]).

VII. Enfim, as *publicações legais* correspondem à divulgação pública obrigatória de determinados factos sujeitos a registo, referidos no art. 70.º, n.º 1 do CRC, sendo realizadas em sítio eletrónico de acesso público (<www.mj.gov.pt/publicações>) (art. 70.º, n.º 2 do CRC). Com efeito, as publicações obrigatórias são promovi-

---

([57]) Na sequência da Lei n.º 89/2017, de 21 de agosto (cf. *infra* V — 3), em caso de alteração dos estatutos de uma sociedade, passou a ser obrigatória a apresentação para arquivo, para além de uma versão atualizada desses estatutos, uma lista dos sócios e respetiva identificação (art. 59.º, n.º 2 do CRC). Trata-se de uma exigência redundante para as sociedades em nome coletivo, em comandita e por quotas (em face do registo obrigatório previsto no art. 3.º, n.º 1, *c*) e *e*) do CRC) e de uma exigência previsivelmente ineficaz, conquanto inovadora, para as sociedades anónimas (dado que não lhe vai associado qualquer sistema de controlo, tratamento ou sequer fiscalização da autenticidade da informação entregue, além de se mostrar inexequível no caso de sociedades anónimas abertas ou com grande dispersão de capital).

das oficiosamente pelo Conservador do Registo Comercial, imediatamente após a realização do respetivo registo, a expensas dos interessados (art. 71.º, n.º 1 do CRC), devendo sempre delas constar as menções obrigatórias do registo (art. 72.º, n.º 1 do CRC). A falta de publicações obrigatórias afeta a eficácia externa dos factos registais, acarretando a inoponibilidade destes a terceiros (art. 14.º, n.º 2 do CRC, art. 168.º do CSC, art. 5.º do Decreto-Lei n.º 248/86, de 25 de agosto)([58]). Sublinhe-se ainda, paralelamente, a obrigatoriedade de comunicação oficiosa, gratuita e eletrónica de determinados atos de registo aos serviços da administração tributária e da segurança social (art. 72.º-A do CRC).

VIII. Os registos devem ser realizados pelas conservatórias do registo comercial em determinados suportes documentais, de que fazem parte um diário, as fichas de registo e as pastas de arquivo (art. 1.º do RRC). O *diário*, em formato informático, destina-se à anotação cronológica dos pedidos de registo por transcrição e respetivos documentos. As *fichas* de registo, em formato eletrónico, constituem um suporte documental que se destina à matrícula, às inscrições, aos averbamentos, às anotações e aos depósitos concernentes à situação jurídica da respetiva entidade registada. As *pastas* de arquivo, também hoje de natureza digital ou eletrónica *(filenet)*, constituem um suporte documental individualizado relativo a cada pessoa singular ou coletiva registada onde são depositados todos os documentos respeitantes aos atos submetidos a registo e as respetivas fichas.

IX. A prevalência cronológica dos atos de registo é assegurada pela *ordem do pedido*, tendo em conta o número de referência, data e hora da sua receção (arts. 12.º e 55.º, n.os 4 a 6 do CRC), incluindo no caso dos registos por dúvidas (os quais, se e quando tempestivamente convertidos, conservam essa prioridade).

([58]) Sobre o sentido e alcance desta inoponibilidade, vide *infra* IV — 5.

5. Vicissitudes

I. Os registos comerciais estão ainda sujeitos a uma série de vicissitudes diversas, que são igualmente importantes na economia do regime jurídico-registal: entre elas, refiram-se a *publicidade e prova* do registo (arts. 73.º a 78.º-A), os *vícios* do registo (arts. 22.º e 23.º), a *caducidade e cancelamento* do registo (arts. 18.º e 20.º), as *justificação, retificação e reconstituição* do registo (arts. 79.º a 97.º), e a *impugnação* das decisões do conservador do registo comercial (arts. 101.º a 112.º, todos do CRC).

5.1. Publicidade e Prova

I. Sendo finalidade do registo comercial a de conferir publicidade primordialmente à situação jurídica de pessoas singulares e coletivas que desenvolvem atividades económico-empresariais, os dados dele constantes são *acessíveis ao público em geral*: nestes termos, qualquer pessoa poderá solicitar informações verbais ou escritas sobre os atos de registo e os documentos arquivados (art. 73.º do CRC) e obter cópias não certificadas com valor informativo (art. 74.º do CRC)([59]).

II. Além disso, fruto ainda do mesmo caráter público do registo, os interessados poderão obter meios de *prova* do registo através de certidões (arts. 75.º a 78.º-A do CRC). Especialmente relevante é a chamada *certidão permanente do registo comercial*, que consiste na disponibilização, em suporte eletrónico e em versão portuguesa ou inglesa, de informação atualizada em tempo real relativa a todos os registos em vigor, bem como da menção de todos os pedidos de registo pendentes, respeitantes a determinada entidade (arts. 14.º e segs. da Portaria n.º 1416-A/2006, de 19 de

---

([59]) Sobre os eventuais limites do caráter público do registo decorrentes do direito constitucional à privacidade e leis ordinárias em matéria de proteção dos dados pessoais, vide Lopes, J. Seabra, *Dos Registos e Notariado,* 260 e ss., 7.ª ed., Almedina, Coimbra, 2015.

dezembro)([60]). Destaque merecem ainda a *certidão permanente do pacto social atualizado*, que reproduz, em suporte eletrónico e permanentemente atualizada, a última versão dos estatutos sociais entregue por entidade inscrita no registo comercial (art. 1.º, *b*) da Portaria n.º 285/2012, de 20 de setembro), e a *certidão permanente de prestação de contas*, disponibilizada gratuitamente e relativa a cada registo de prestação de contas de entidades constantes da Base de Dados das Contas Anuais (art. 10.º, n.º 4 do Decreto-Lei n.º 8/2007, de 17 de janeiro).

5.2. Vícios

I. Tal como sucede com a generalidade dos atos jurídico-comerciais, os registos podem padecer de determinados *vícios*, a que a lei associou um regime particular: são eles a *nulidade* (art. 22.º do CRC) e a *inexatidão* (art. 23.º do CRC)([61]).

II. Os registos são *nulos* quando enfermam de um ou mais dos seguintes vícios: quando forem falsos, quando tiverem sido feitos com base em títulos falsos (cf. art. 372.º, n.º 2 do Código Civil) ou em títulos insuficientes para a prova legal do facto registado, quando enfermarem de omissões ou inexatidões de que resulte incerteza acerca dos sujeitos ou objeto da relação jurídica a que o facto registado se refere, quando tiverem sido assinados por pessoa sem competência funcional e não possam ser confirmados, e quando tiverem sido lavrados sem apresentação prévia (art. 22.º, n.º 1 do CRC). Sublinhe-se, todavia, que os registos nulos subsistem e produzem os seus efeitos próprios se e enquanto não sobrevier decisão judicial transitada em julgado que declare essa mesma nulidade (art. 22.º, n.º 3 do CRC), sem prejuízo do comum efeito retroativo da decisão (art. 289.º, n.º 1 do Código Civil). Por essa

---

([60]) Sobre esta certidão, vide D'EÇA, F. ALMEIDA, *Registos Online,* 211 e ss., Almedina, Coimbra, 2009.

([61]) O legislador limitou a nulidade aos registos por transcrição (art. 22.º, n.º 1 do CRC), pelo que a invalidade dos registos por depósito apenas poderá ser obtida, a sê-lo, por aplicação do regime geral da nulidade dos atos jurídicos.

razão também, a declaração de nulidade do registo não prejudica os direitos adquiridos a título oneroso por terceiro de boa fé, se o registo dos correspondentes factos for anterior ao registo da ação de nulidade (art. 22.º, n.º 4 do CRC): trata-se, como será visto adiante, de um caso de aquisição tabular, que origina ou legitima verdadeiras aquisições por mera força do registo(62).

III. Os registos são *inexatos* quando sejam lavrados em desconformidade com o título que lhes serviu de base ou enfermem de deficiências provenientes desse título que não sejam causa de nulidade (art. 23.º do CRC). Como veremos já em seguida, os registos inexatos são retificados mediante um processo especial de retificação (art. 81.º e segs. do CRC).

5.3. Caducidade e Cancelamento

I. Os registos podem *caducar*, isto é, deixar de produzir efeitos (art. 18.º do CRC), ou podem ser *cancelados*, isto é, ser declarados sem efeitos (art. 20.º do CRC)(63).

II. Os registos *caducam* por força da lei ou pelo decurso do prazo de duração do negócio (art. 18.º, n.º 1 do CRC): tal caducidade deve ser oficiosamente promovida pelo conservador, que a deverá anotar ao registo imediatamente após a respetiva verificação (art. 18.º, n.º 4 do CRC). No caso particular dos registos provisórios, estes caducam se não forem convertidos em definitivos ou renovados no prazo de seis meses (art. 18.º, n.os 2 e 3 do CRC), salvo diferente prazo previsto na lei (v.g., art. 65.º do CRC): o prazo de caducidade conta-se, em princípio, da data da apresentação ou pedido (art. 55.º do CRC), ressalvados certos casos especiais (v.g., data da notificação nos registos provisórios por dúvidas: cf. art. 50.º, n.º 1 do CRC).

---

(62) Sobre este efeito de publicidade aquisitiva, vide *infra* III — 6.3.

(63) Cf. Sanz, F. Léon, *El Cierre del Registro Mercantil*, *in*: 10 "Revista de Derecho de Sociedades" (1998), 282-288.

III. Os registos são *cancelados* com base na extinção dos direitos, ónus ou encargos neles definidos, em execução de decisão administrativa, de decisão judicial transitada em julgado ou nos casos previstos na lei (art. 20.º do CRC): assim, por exemplo, a liquidação de um empréstimo obrigacionista, enquanto facto extintivo do mesmo, determina o consequente averbamento de cancelamento do respetivo registo. O cancelamento pode ser efetuado a pedido dos interessados ou promovido oficiosamente, mormente nos casos previstos na lei (v.g., arts. 27.º, n.º 2, 62.º-A, 82.º, n.º 2, do CRC).

5.4. Justificação, Retificação e Reconstituição

I. Os registos podem ser objeto de procedimentos especiais de *justificação* (art. 79.º-A), de *retificação* (arts. 81.º a 93.º-D) e de *reconstituição* (arts. 94.º a 97.º, todos do CRC).

II. O procedimento especial de *justificação*, previsto no art. 79.º-A do CRC, consiste num procedimento específico relativo às sociedades comerciais, que tem em vista permitir promover, de forma simples e célere, o registo da dissolução imediata de sociedades nos casos de decurso do prazo de duração da sociedade, de realização completa do objeto contratual, ou de deliberação dos sócios (art. 141.º, n.º 2 do CSC, art. 79.º-A, n.º 1 do CRC)(64).

III. O procedimento especial de *retificação*, previsto e regulado nos arts. 81.º a 93.º-D do CRC, consiste num procedimento que tem em vista retificar ou corrigir os registos inexatos (art. 23.º do CRC), os registos indevidamente lavrados (art. 82.º, n.os 1 e 2 do CRC), e os registos lançados em ficha indevida (art. 82.º, n.º 4 do CRC). Aspeto importante — de algum modo paralelo à situação de aquisição tabular prevista no art. 22.º, n.º 4 do CRC — é o de que a retificação do registo não prejudica os direitos adquiridos a título

---

(64) Sobre tais eventos dissolutivos imediatos, vide ANTUNES, J. ENGRÁCIA, *Direito das Sociedades,* 479 e ss., 7.ª ed., edição de Autor, Porto, 2017.

oneroso por terceiros de boa fé sempre que o registo dos factos correspondentes for anterior ao registo da retificação ou da pendência do respetivo processo (art. 83.º do CRC).

IV. O procedimento especial de *reconstituição*, previsto e regulado nos arts. 94.º a 97.º do CRC, consiste num procedimento que tem em vista refazer ou reconstituir registos cujos suportes documentais se hajam extraviado ou inutilizado: tal reconstituição pode ser realizada através de reprodução feita a partir dos arquivos existentes (v.g., cópias de segurança), de reelaboração a partir dos documentos que estiveram na base dos registos originários (v.g., em cartórios notariais), ou de reforma do registo (mediante auto de ocorrência enviado ao Ministério Público).

5.5. Impugnação

I. As decisões do Conservador do Registo Comercial podem ser objeto de *impugnação*, cabendo dos respetivos despachos (mormente, de recusa de registo) *recurso hierárquico* e *impugnação contenciosa* (arts. 101.º a 111.º do CRC)([65]).

II. Impugnada a decisão pelos interessados, o conservador deverá proferir *despacho* a sustentar ou a reparar essa decisão no prazo de 10 dias, dele notificando o requerente (art. 101.º-B, n.º 1 do CRC). Caso a decisão seja sustentada, ela sobe para *apreciação pelo presidente do Instituto dos Registos e do Notariado* a realizar no prazo de 90 dias (art. 102.º do CRC). Caso o recurso hierárquico seja julgado improcedente pela entidade administrativa competente, os interessados poderão, no prazo de 20 dias, *impugnar a decisão nos juízos de comércio dos tribunais de comarca* (arts. 101.º, n.º 2

([65]) Gomes, S. Roque, *O Sistema de Impugnação das Decisões do Conservador no Registo Comercial*, *in*: 3 "Revista de Direito das Sociedades" (2009), 751-765; Geraldes, I. Quelhas, *Impugnação das Decisões do Conservador nos Registos*, Almedina, Lisboa, 2002; na jurisprudência, sobre a competência dos juízos de comércio, vide o Acórdão do STJ de 12-II-2004 (Salvador da Costa), *in*: XII "Coletânea de Jurisprudência — Acórdãos do STJ" (2004), I, 64-67.

e 104.º do CRC, art. 128.º, n.º 1, *h*) e n.º 2 da Lei da Organização do Sistema Judiciário), cabendo sempre da sentença judicial que venha a ser proferida *recurso com efeito suspensivo para o Tribunal da Relação* que pode ser interposto pelos autores (impugnantes), pelo réu (conservador), pelo presidente do IRN e pelo Ministério Público. Nos termos do art. 116.º do CRC, a tramitação dos recursos e impugnação pode ser efetuada por via eletrónica.

III. Entre os principais *efeitos* ou consequências decorrentes dos recursos hierárquicos e/ou impugnações judiciais, tendo estes sido julgados procedentes, contam-se o dever de ser *efetuado o registo recusado*, ou convertido oficiosamente o registo provisório em definitivo, conforme o caso (art. 111.º, n.º 4 do CRC), e o dever de ser anotada a *caducidade dos registos provisórios incompatíveis* com o ato inicialmente recusado, convertendo-se oficiosamente, em regra, *os registos dependentes* (art. 112.º do CRC).

6. Efeitos

6.1. Publicidade Formal e Material

I. O registo comercial — enquanto instituto público destinado a assegurar a *publicidade legal* dos empresários individuais e coletivos no interesse da segurança do tráfico jurídico e económico — tem uma dupla função primordial de publicidade formal e de publicidade material(66).

II. O registo comercial visa, desde logo, tornar transparente e acessível ao público em geral a informação sobre a situação jurídica dos empresários e dos factos relativos à sua atividade *("publicidade formal")*. Sendo sua finalidade típica a de promover tal

---

(66) Sobre a publicidade registal formal e material, vide MENOLD, DIETER, *Das materielle Prüfungsrecht des Handelsregisterrichters*, Diss., Tübingen, 1966; POZO, L. FERNANDEZ, *Publicidade Material y Fe Pública en el Registro Mercantil,* Marcial Pons, Madrid, 2013; TRÖLLER, ELKE, *Die Publizität des Handelsregisters,* in: 32 "Juristische Arbeitsblätter" (2000), 27-31.

publicidade legal ou oficial em prol da segurança do comércio jurídico (art. 1.º do CRC), compreende-se que qualquer terceiro possa solicitar o acesso aos dados inscritos no registo comercial (art. 73.º do CRC): tal inclui, designadamente, a possibilidade de solicitar *informações* verbais ou escritas sobre os atos de registo e os documentos arquivados (arts. 73.º e 74.º do CRC) e de obter *cópias* e *provas* do registo (certidões, fotocópias certificadas, e notas de registo: cf. arts. 75.º a 78.º-A do CRC)([67]).

III. Tal publicidade formal, todavia, deve respeitar e conformar-se com os limites decorrentes de normas constitucionais e ordinárias em matéria do direito à privacidade e da proteção dos dados pessoais (arts. 26.º, n.º 2 e 35.º, n.º 4 da Constituição da República Portuguesa, arts. 10.º e segs. da Lei de Proteção de Dados Pessoais). Tal significa dizer, no essencial, que o pedido e a prestação de informação registal relativa a quaisquer pessoas singulares ou coletivas registadas e às situações jurídicas a si relativas (v.g., situação matrimonial, regime de bens e inabilitações para o exercício de comércio de um empresário individual, composição dos órgãos de administração de uma sociedade comercial) estão de algum modo condicionados à existência de um interesse legítimo relacionado com os fins próprios do registo comercial (segurança do comércio jurídico): assim sendo, no limite, poderá e deverá ser recusada a prestação de informação para outros fins estranhos à publicidade registal, mormente fins puramente pessoais ou espúrios, por exemplo, informação exclusivamente centrada sobre um determinado indivíduo (v.g., identidade do cônjuge, regime matrimonial de bens, residência habitual, sociedades de que esse indivíduo é sócio, etc.)([68]).

([67]) Como atrás se referiu, assume especial relevância neste contexto a *certidão permanente* do registo comercial, certidão eletrónica e bilingue relativa aos registos em vigor e pendentes respeitantes a determinada pessoa singular ou coletiva registada (cf. *supra* III — 5.1).

([68]) Sobre a questão, vide Lopes, J. Seabra, *Dos Registos e Notariado,* 260 e ss., 7.ª ed., Almedina, Coimbra, 2015; noutros quadrantes, vide Schmidt, Karsten, *Handelsrecht*, 476, 6. Aufl., C. Heymanns, Köln, 2013.

IV. Por outro lado, consistentemente com a ideia fundamental de "fé pública" ("offentlichen Glauben", "foi publique") que lhe é inerente, ao registo comercial vão associados determinados efeitos jurídicos substantivos com vista à tutela das expectativas dos terceiros e à segurança do tráfico juscomercial *("publicidade material")*. Esta publicidade material, por seu turno, comporta um significado complexo ou dúplice, abrangendo tanto os efeitos jurídicos decorrentes da inscrição dos factos registais (publicidade material positiva) como aqueles decorrentes da sua falta ou omissão (publicidade material negativa)([69]).

6.2. Publicidade Positiva e Negativa

I. O registo produz, desde logo, um efeito de publicidade material *positiva* no sentido em que os atos ou factos validamente registados, ainda quando porventura juridicamente nulos ou inexatos, são invocáveis e oponíveis por terceiros de boa fé([70]): com efeito, nos termos do art. 22.º, n.º 4 do CRC, "a declaração de nulidade do registo não prejudica os direitos adquiridos a título oneroso por terceiro de boa fé, se o registo dos correspondentes factos for anterior ao registo da ação de nulidade"([71]).

([69]) Bär, Rolf, *Der öffentliche Glaube des Handelsregisters*, *in*: "Berner Festgabe zum Schweizerischen Juristentag", 131-167, Bern/Stuttgart, 1979; Cañas, A. Gordillo, *El Princípio de Fe Pública Registral*, *in*: 59 "Anuario de Derecho Civil" (2006), 509-656 e 61 "Anuario de Derecho Civil" (2008), 1057-1216; Menéndez, Aurelio, *La Buena Fe y el Registro Mercantil*, *in*: "Curso sobre Registro Mercantil", 169-187, Ilustre Colegio Nacional de Registradores, Madrid, 1972.

([70]) Considera-se terceiro toda a pessoa singular ou coletiva não seja parte no facto sujeito a registo, seu herdeiro ou representante: assim sendo, o conceito de terceiros para efeitos de registo comercial não se confunde com o seu sentido técnico-registral tradicional (titulares de direitos opostos ou interesses incompatíveis entre si e recebidos de autor comum) (cf. também Acórdão do STJ de 15-III-2012 (Marques Pereira), *in*: XX "Coletânea de Jurisprudência — Acórdãos do STJ" (2012), I, 136-141). Sobre a noção de terceiro para efeitos de registo, vide em geral Almeida, C. Ferreira, *Publicidade e Teoria dos Registos*, 260 e ss., Almedina, Coimbra, 1966; Fernandes, L. Carvalho, *Terceiros Para Efeitos de Registo Predial*, *in*: 57 "Revista da Ordem dos Advogados" (1997), 1303--1320; Sottomayor, M. Clara, *Invalidade e Registo: A Proteção do Terceiro Adquirente de Boa Fé*, 327 e ss., Almedina, Coimbra, 2010.

([71]) Sobre a publicidade registal positiva, vide Barreau-Saliou, Catherine-Thè-

Tal significa dizer, pois, que à fé pública do registo comercial vai associada uma presunção de verdade registal que, em homenagem à tutela dos terceiros de boa fé, prevalece em princípio sobre a própria verdade substantiva: sempre que um terceiro atue juridicamente com base num direito ou facto registado, desde que tal atuação seja realizada a título oneroso e no desconhecimento da desconformidade registal com a realidade substantiva subjacente (v.g., por ter sido efetuado com base em documentos falsos, enfermar de omissões ou inexatidões), aquele poderá prevalecer-se do registo nulo (art. 22.º do CRC) ou meramente inexato (art. 23.º do CRC) com fundamento na pura aparência registal (salvo se o registo da ação de nulidade for anterior ao registo do ato desse terceiro)([72]). Naturalmente, tendo sido estabelecido em homenagem ao interesse dos terceiros, compreende-se que tal efeito publicidade registal positiva aproveite, mas não se imponha, a estes: caso um terceiro não pretender prevalecer-se dos factos indevidamente registados, ser-lhe-á legítimo invocar a realidade substantiva subjacente e obter a nulidade do referido registo (art. 22.º, n.º 3 do CRC). Para além desta presunção de verdade registal, poder-se-ia aqui falar também de algum modo de uma "presunção de conhecimento" no sentido em que os atos ou factos registados se presumem conhecidos de todos: pelo que, ao menos relativamente aos atos ou factos sujeitos a registo obrigatório, não parece assim ser possível, em princípio, nem às próprias partes envolvidas, nem aos terceiros, alegar a respetiva ignorância.

II. Especialmente importante é a publicidade material *negativa* do registo comercial, que respeita aos efeitos decorrentes da omissão ou falta de realização do mesmo perante terceiros de boa fé: se e enquanto não estiverem registados, os atos ou factos sujeitos a registo não produzem efeitos perante os terceiros que desco-

---

RESE, *Les Publicités Légales*, 29 e ss., LGDJ, Paris, 1991; HOFMANN, PAUL, *Das Handelsregister und seine Publizität*, *in*: 12 "Juristische Arbeitsblätter" (1980), 264-273.

([72]) No caso de se tratar de direitos, o registo pode ter assim como efeito a aquisição de direitos em desconformidade com a própria realidade substantiva subjacente — é a chamada "aquisição tabular", ou seja, por mero efeito do registo. Cf. *infra* III — 6.3.

nheciam sem culpa a existência de tais atos ou factos([73]). Esta vertente negativa da publicidade material registal consubstancia-se assim, essencialmente, no princípio da inoponibilidade ou ineficácia dos factos não registados: tal princípio, que se encontra plasmado no art. 14.º, n.º 1 do CRC ("os factos sujeitos a registo só produzem efeitos contra terceiros depois da data do respetivo registo"), será mais adiante analisado em detalhe([74]). Por fim, à semelhança do que já vimos suceder com a publicidade material positiva, este efeito de publicidade material negativa do registo, tendo sido estabelecido no interesse dos terceiros e não dos próprios sujeitos registais, pode ser invocado por terceiros mas não contra estes: no caso de ter sido omitida inscrição do facto no registo, os sujeitos obrigados ao registo não podem invocá-lo ou opô-lo aos terceiros, muito embora estes, se assim lhes aprouver, se possam prevalecer do facto não registado, invocando-o ou opondo-o nas suas relações com tais sujeitos.

6.3. Publicidade Declarativa, Constitutiva e Aquisitiva

I. Em regra, o registo comercial possui efeitos jurídicos meramente declarativos ou consolidativos no sentido em que representa um mero pressuposto da eficácia externa ou relativa dos factos registados, não sendo, por conseguinte, um elemento constitutivo destes últimos ou condicionador da respetiva existência e validade jurídicas (publicidade *declarativa*). Com efeito, por força do princípio geral da (in)oponibilidade consagrado no art. 14.º, n.º 1 do CRC, a inscrição registal constitui uma condição de oponibilidade a terceiros dos factos sujeitos a registo, os quais, todavia,

---

([73]) Sobre a publicidade registal negativa, vide BARREAU-SALIOU, CATHERINE-THÈRESE, *Les Publicités Légales*, 133 e ss., LGDJ, Paris, 1991; RAUCH, KARL, *Grenzen der negativen Publizität des Handelsregisters*, *in*: "Festschrift für Karl Güterbock", 449-464, Berlin, 1920; RUIZ, A. TORRENT, *Protección Registral de Hechos no Inscritos? A Proposito de la Publicidad Material Negativa*, *in*: 69 "Revista Crítica de Derecho Imobiliario" (1993), 1391-1420; STECKHAN, HANS-WERNER, *Grenzen des öffentlichen Glaubens der Handelsregisterbekanntmachung*, *in*: 22 "Deutsche Notar-Zeitschrift" (1971), 211-229.

([74]) Cf. *infra* IV — 5.

permanecem intocados na sua existência e validade substantivas independentemente dessa inscrição e também invocáveis entre as respetivas partes (art. 13.º, n.º 1 do CRC).

II. Excecionalmente, porém, o registo comercial possui efeitos constitutivos no sentido em que a sua realização representa um requisito ou pressuposto indispensável dos próprios factos registáveis, condicionando assim a respetiva existência e validade jurídicas (publicidade *constitutiva*). O exemplo paradigmático é o do registo do ato de constituição das sociedades comerciais, o qual constitui um requisito fundamental da aquisição da respetiva personalidade jurídica (art. 5.º do CSC) — de que depende, por conseguinte, o nascimento da pessoa coletiva societária no quadro da Ordem Jurídica e sem o qual aquela não produz, em princípio, quaisquer efeitos em relação a terceiros ou entre as próprias partes (arts. 13.º, n.º 2 e 14.º, n.º 4 do CRC; cf., todavia, os arts. 36.º e segs. do CSC)([75]) —, mas outros exemplos semelhantes podem ser encontrados a propósito do registo da constituição de outros tipos de empresários coletivos, designadamente cooperativas (art. 17.º do Código Cooperativo), ACE (Base IV da Lei n.º 4/73, de 4 de junho) ou AEIE (art. 1.º do Decreto-Lei n.º 148/90, de 9 de maio)([76]).

III. Finalmente, de modo porventura ainda mais excecional, o registo comercial pode produzir efeitos aquisitivos no sentido em que permite originar ou legitimar verdadeiras aquisições tabulares *a non domino*([77]). Como já vimos atrás, por força do disposto nos arts. 22.º, n.º 4 e 83.º do CRC, os atos de aquisição onerosa por ter-

---

([75]) Sobre o regime jurídico português das "pré-sociedades", mormente antes do registo, vide ANTUNES, J. ENGRÁCIA, *As Sociedades em Formação: Sombras e Luzes,* especialmente 32 e ss., *in*: 14 "Cadernos de Direito Privado" (2006), 25-42.

([76]) Cf. desenvolvimentos *infra* IV — 5. Sublinhe-se que a distinção entre natureza declarativa ou constitutiva da inscrição registal é meramente tendencial: com efeito, dado que uma mesma inscrição poderá ser constitutiva para um determinado efeito jurídico mas declarativa para outro ou outros efeitos, tal adjetivação não reflete uma qualidade intrínseca da inscrição mas tão-só uma consequência da concreta norma jurídica que a ela se refere (cf. também SCHMIDT, KARSTEN, *Handelsrecht*, 471 e ss., 6. Aufl., C. Heymanns, Köln, 2013).

([77]) GONÇALVES, G. ORFÃO, *Aquisição Tabular*, 2.ª ed., AAFDL, Lisboa, 2007.

ceiros de boa fé, que tenham tido por base direitos substantivamente inválidos e indevidamente inscritos no registo comercial, não são prejudicados pela nulidade do registo que venha a ser declarada ou pela retificação do registo que venha ser promovida posteriormente ao registo dessa aquisição, configurando assim uma situação de aquisição por mero efeito do registo (publicidade *aquisitiva*)([78]).

IV. PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS

I. O regime legal previsto no CRC assenta num conjunto de princípios jurídico-registais fundamentais: tais princípios, para além de conferirem uma unidade e consistência intrínsecas ao edifício do registo comercial, desempenham ainda uma importante função heurística e integrativa ancilar, contribuindo para aclarar a *ratio* subjacente às normas legais concretas, auxiliar o julgador na sua correta interpretação e aplicação, e até permitir o preenchimento de eventuais lacunas ou casos omissos (cf. ainda art. 115.º, *in fine* do CRC).

II. Entre eles, merecem destaque os princípios da *instância*, da *legalidade*, da *tipicidade*, da *presunção de verdade*, e da *inoponibilidade*([79]).

1. Princípio da Instância

I. Desde logo, o registo comercial está subordinado ao *princípio da instância*: "o registo efetua-se a pedido dos interessados, salvo nos casos de oficiosidade previstos na lei" (art. 28.º, n.º 1 do CRC).

([78]) Cf. *supra* III — 5.2 (II) e 5.4 (III).

([79]) Sobre estes princípios, vide GUERREIRO, J. MOUTEIRA, *Noções de Direito Registral (Predial e Comercial)*, 389 e ss., 2.ª ed., Coimbra Editora, 1994; LOPES, J. SEABRA, *Dos Registos e Notariado,* 159 e ss., 7.ª ed., Almedina, Coimbra, 2015. Para mais desenvolvimentos, no direito comparado, vide BURBANO, P. CASADO, *Los Princípios Registrales Mercantiles,* Colegio Nacional de Registradores, Madrid, 2003.

II. A regra é, assim, a de que o processo registal apenas se desencadeia mediante a intervenção dos *próprios interessados*. Têm legitimidade para apresentar o pedido de registo, desde logo, as pessoas singulares ou coletivas a quem o registo respeita (os próprios empresários individuais ou os representantes orgânicos dos empresários coletivos, v.g., administradores ou gerentes de sociedades). Depois ainda, têm legitimidade para pedir o registo comercial os representantes legais ou voluntários dos interessados, incluindo os seus representantes ou mandatários com procuração bastante, os advogados, notários e solicitadores, e (para o pedido de depósito de documentos de prestação de contas) os revisores oficiais de contas e contabilistas certificados (art. 30.º, n.º 1 do CRC). Finalmente, têm igualmente legitimidade para solicitar o registo determinadas entidades em casos especiais — v.g, promotores de sociedades anónimas abertas, Ministério Público, as próprias sociedades (arts. 29.º-A e 29.º-B do CRC) —, bem assim como genericamente "todas as demais pessoas que nos atos registais tenham interesse" (art. 29.º, n.º 1 do CRC) — sem prejuízo da existência de determinados atos registais que apenas podem ser pedidos pelo próprio interessado ou seu representante (por exemplo, no caso dos comerciantes individuais, o art. 29.º, n.º 2 do CRC)([80]).

III. A intervenção oficiosa do Conservador do Registo Comercial ou de outras entidades reveste, por conseguinte, uma natureza *excecional*. Assim sucede, designadamente, no caso de cancelamento de matrícula (art. 62.º-A do CRC), da conversão de inscrições dependentes (arts. 65.º, n.º 4 e 112.º do CRC), do registo de regresso à atividade social em caso de encerramento do processo de insolvência (art. 67.º do CRC), do registo da fusão das sociedades incorporadas ou fundidas na nova entidade (art. 67.º-A, n.º 1 do CRC), do averbamento de alteração ou cancelamento determinado pela conversão do registo de ação (art. 69.º, n.º 4 do CRC), da conversão de registos provisórios em consequência de decisão proferida em processo de impugnação (art. 111.º, n.º 4

([80]) Sobre as formalidades do pedido ou apresentação de registo, vide *supra* III — 3.

do CRC), da declaração de insolvência e nomeação de administrador da insolvência (art. 38.º, n.º 2 do CIRE) e da inibição para o exercício do comércio (art. 189.º, n.º 3 do CIRE). Para além disso, o princípio da instância, dispondo que o registo deve ser requerido pelos interessados, não elimina a possibilidade de o conservador convolar um pedido imperfeitamente apresentado sempre que tal convolação corresponda inequivocamente à vontade daqueles (cf. art. 52.º do CRC)([81]).

2. Princípio da Legalidade

I. Outro princípio registal fundamental, que obteve igualmente consagração expressa na lei, é o *princípio da legalidade*: "a viabilidade do pedido de registo a efetuar por transcrição deve ser apreciada em face das disposições legais aplicáveis, dos documentos apresentados e dos registos anteriores, verificando-se especialmente a legitimidade dos interessados, a regularidade formal dos títulos e a validade dos atos neles contidos" (art. 47.º do CRC)([82]).

II. Tal significa que ao *Conservador do Registo Comercial*, enquanto entidade central da orgânica registal, incumbe qualificar os pedidos e examinar os títulos apresentados a registo, verificando a sua conformidade com a lei quanto à forma externa e quanto ao fundo. "Guardião da legalidade" (J. OLIVEIRA ASCENSÃO), o conservador é assim chamado a realizar um juízo de qualificação do pedido do ato de registo, juízo esse que, comportando uma margem de livre apreciação, não é arbitrário nem sequer discricionário (como sucede nos juízos efetuados segundo um princípio de oportunidade) porquanto realizado dentro das margens fixadas pela lei (subordinado assim a um princípio da legalidade)([83]): tal juízo, que

---

([81]) Cf. também o Parecer do Conselho Técnico da DGRN n.º 55/2000, de 26 de janeiro, *in*: 2 "Boletim dos Registos e do Notariado" (2001), 53-60.

([82]) Sobre este princípio, vide CHULIÁ, F. VICENT, *El Principio de Legalidad Registral*, *in*: 609 "Revista General de Derecho" (1995), 7288-7241.

([83]) Para a distinção entre os princípios da legalidade e da oportunidade, vide AMARAL, D. FREITAS, *Curso de Direito Administrativo*, Vol. II, 49 e ss., 2.ª ed., Almedina,

tem por base os títulos ou documentos que acompanham o pedido (v.g., notariais, judiciais, administrativos, deliberativos: cf. art. 32.º do CRC), deve ter por objeto a conformidade formal e material dos factos neles contidos com o quadro legal em vigor. Em resultado dessa apreciação, decorrerá, alternativamente, a realização do ato registal nos termos solicitados pelo requerente (registo definitivo ou provisório por natureza), a sua recusa (art. 48.º do CRC), ou a realização de registo provisório por dúvidas (art. 49.º do CRC), sem prejuízo da recorribilidade das respetivas decisões através de recurso hierárquico e impugnação judicial (arts. 101.º-A e segs. do CRC)([84]).

III. O princípio da legalidade decorre do caráter público do registo comercial: constituindo o conservador um agente da Administração Pública, logo por aí se encontraria subordinado à lei nos termos gerais (art. 3.º do Código do Procedimento Administrativo). Acentue-se, todavia, que o princípio da legalidade que informa o instituto registal e a atividade do conservador possui um alcance e conteúdo que não é apenas formal — confinado à mera verificação da regularidade formal dos factos e da legitimidade dos requerentes — mas é também substancial — investindo aquele num verdadeiro poder-dever de exame e apreciação da validade material dos factos a registar em face da ordem jurídica em vigor (assim, por exemplo, o conservador não poderá deixar de recusar o registo dos estatutos de uma sociedade cujas cláusulas violem ostensivamente os preceitos imperativos da lei societária vigente). Por essa razão também, o registo comercial *não constitui um mero cadastro informativo*, que se limita a dar notícia pública da circunstância de

---

Coimbra, 2014; MACHADO, J. BAPTISTA, *Introdução ao Direito e ao Discurso Legitimador*, 114 e ss., Almedina, Coimbra, 1983.

([84]) Cf. *supra* III — 5.5. Sublinhe-se que essa apreciação deverá ter em conta a totalidade das leis em vigor, sejam de fonte interna ou internacional, com destaque para as leis europeias, devendo assim, em princípio, ser recusado o registo de factos, atos ou negócios jurídicos que, não obstante conformes ao direito nacional, infrinjam um comando normativo ou comunitário imperativo aplicável (cf. GÓMEZ-LAFUENTE, Gimeno, *Incidencias del Derecho Comunitario en el Derecho Registal*, *in*: 584 "Revista Crítica de Derecho Imobiliario" (1988), 31-48).

determinados factos terem sido nele inscritos, mas vai mais longe, assegurando a conformidade jurídico-formal e material dos factos registados: como sublinha KARSTEN SCHMIDT, "o registo comercial não se limita a publicitar a informação prestada pelo requerente registal, mas assume ele próprio a responsabilidade de fornecedor da informação"([85]).

IV. Dada a atual distinção legal entre duas modalidades fundamentais de registo, é controverso o significado a atribuir ao princípio da legalidade nos registos por transcrição e por depósito([86]). Que hoje ele tem o seu campo de eleição nos registos por transcrição (art. 53.º-A, n.º 2 do CRC), é algo sobre o qual não se suscitam dúvidas. Problemático é, em contrapartida, determinar com exatidão qual o sentido e alcance que ele revestirá nos registos por depósito (art. 53.º-A, n.º 3 do CRC). É certo que neste último tipo de registos o poder, e inerente responsabilidade, para o controlo da legalidade formal e substancial dos factos registados foram transferidos, em primeira linha, para os próprios requerentes: assim acontece, por exemplo, com o registo dos atos relativos à transmissão de participações sociais em sociedades por quotas, em nome coletivo e em comandita simples (arts. 242.º-E e 242.º-F do CSC)([87]). Mas tal não significa a erradicação absoluta do princípio da legalidade registal no domínio dos registos por depósito, sendo discutido, designadamente, se e em que termos ao conservador do

---

([85]) *Handelsrecht*, 467, 6. Aufl., C. Heymanns, Köln, 2013. Em sentido idêntico, noutros quadrantes, LA ROSA, A. PAVONE, *Il Registro delle Imprese. Contributo alla Teoria della Pubblicità,* 597 e ss., Giuffrè, Milano, 1954.

([86]) Sobre tais modalidades, vide *supra* III — 2.

([87]) Nos termos do art. 243.º-E, n.º 1 do CSC, "a sociedade não deve promover o registo se o pedido não for viável, em face das disposições legais aplicáveis, dos documentos apresentados e dos registos anteriores, devendo verificar especialmente a legitimidade dos interessados, a regularidade formal dos títulos e a validade dos atos neles contidos"; por seu turno, acrescenta o art. 243.º-F, n.º 1 do CSC, que "as sociedades respondem pelos danos causados aos titulares de direitos sobre as quotas ou a terceiros, em consequência de omissão, irregularidade, erro, insuficiência ou demora na promoção dos registos, salvo se provarem que houve culpa dos lesados". Sobre a duvidosa eficácia destes poderes/deveres de autocontrolo, CORREIA, J. ANACORETA, *O Registo por Depósito da Cessão de Quotas — A Perspetiva de um Advogado*, 109, *in*: 16 "Actualidad Uría Menéndez" (2007), 107-114.

registo comercial competirá um dever de controlar a conformidade dos factos sujeitos a registo e dos documentos que o suportam com as leis vigentes e os registos anteriores, quer *ex ante* no caso dos registos por depósito que não hajam sido promovidos pelas entidades legitimadas (arts. 29.º, n.º 5, 29.º-A, n.os 3 a 6 do CRC)([88]), quer até *ex post* quando estejam em causa registos por transição relativos a factos ou operações interligados que foram já objeto prévio de registos por depósito (v.g., alteração dos estatutos sociais, cisões, fusões, transformações, subsequentes a alteração da titularidade de quotas)([89]).

3. Princípio da Tipicidade

I. Importante é também o *princípio da tipicidade*, segundo o qual os factos sujeitos a registo são apenas aqueles que foram expressamente enumerados pelo legislador, com exclusão de todos os demais (cf. arts. 2.º a 10.º do CRC)([90]).

II. A tipicidade dos factos registais *abrange indistintamente os factos sujeitos a registo obrigatório ou facultativo* (art. 15.º do CRC): já atrás vimos que o legislador procurou agrupar o elenco dos factos registais típicos através de uma enumeração separada daqueles que respeitam especificamente a cada um dos

---

([88]) Neste sentido, aparentemente, o Parecer do Conselho Técnico do IRN 3/2009, de 26 de março, para quem, se a sociedade está impedida de promover o registo de transmissão de quotas que viola a lei e os princípios registais, assim também o estará, por identidade ou até maioria de razão, o próprio conservador: aí se refere que "a decisão do conservador promover o registo ao abrigo do art. 29.º-A, n.º 5 do CRC tem de subordinar-se à aplicação das disposições legais a que a sociedade está também, nas mesmas circunstâncias, sujeita a observar".

([89]) Neste sentido também, sublinhando que a legalidade dos registos por transcrição não poderá deixar de ser apreciada levando em conta os registos anteriores, Tiago, Adélia, *Registo por Depósito nas Transmissões por Quotas*, *in*: 143 "Revista TOC" (2012), 60-63.

([90]) Sobre este princípio, vide Burbano, P. Casado, *El Princípio de la Tipicidad en el Nuevo Régimen de Nuestro Registro Mercantil*, *in*: 657 "Revista Crítica de Derecho Imobiliario" (2000), 1047-1066.

diversos tipos de sujeitos registais (arts. 2.º a 8.º do CRC) e daqueles que são comuns a todas eles (art. 10.º do CRC), além de referir ainda os diferentes tipos de ações e decisões que estão submetidas ao registo comercial (art. 9.º do CRC)([91]).

III. É certo que o legislador determinou serem ainda relevantes para estes efeitos "quaisquer outros factos que a lei declare sujeitos a registo comercial" (alínea *g*) do art. 10.º do CRC). Tal não implica, todavia, qualquer desvio ao princípio da tipicidade ou *numerus clausus* dos factos registais ou qualquer admissibilidade da existência de factos registais inominados por analogia: o elenco legal dos factos registais é um elenco fechado ou taxativo (sendo assim exigível uma previsão legal expressa dos factos sujeitos a registo), destinando-se a disposição em apreço simplesmente a prevenir a possibilidade de outros factos não previstos no CRC poderem vir a ser subordinados ao registo comercial em diplomas legais avulsos([92]).

4. Princípio da Presunção da Verdade

I. Finalmente, disciplinando os efeitos substantivos do registo comercial, devem ainda ser mencionadas duas outras traves-mestras do respetivo regime legal: o princípio da presunção da verdade dos factos registados e o princípio da inoponibilidade a terceiros dos factos registáveis não registados([93]).

([91]) Cf. *supra* II.

([92]) Cf. também o Parecer do Conselho Técnico da DGRN n.º 25/97, de 21 de março, *in*: 5 "Boletim dos Registos e do Notariado" (2000), 20-30. Sublinhando também, no direito espanhol, a tipicidade dos factos registais e excluindo a extensão analógica neste domínio, vide Paz-Ares, Cándido, *La Reforma del Registro Mercantil*, 1312, *in*: XLIV "Boletín del Ministerio de la Justicia" (1990), 1306-1330.

([93]) Sobre estes princípios e suas inter-relações — em especial quanto à proteção da confiança e da aparência —, vide desenvolvidamente Canaris, Claus-Wilhelm, *Die Vertrauenshaftung im deutschen Privatrecht*, 151 e ss., Beck, München, 1971; Collazos, I. Hernández, *El Princípio de Legitimación Registral y su Tratamiento Jurisprudencial,* Ed. Civitas, Madrid, 1990; Garau, G. Alcover, *El Alcance de la Presunción de Exactitud del Registro Mercantil*, *in*: 5 "Revista de Derecho de Sociedades" (1995), 256-262; Desch-

II. O princípio da *presunção da verdade registal* (também conhecido, embora com significados nem sempre totalmente coincidentes, por princípio da "exatidão", da "legitimação" ou da "fé pública registal") determina que "o registo por transcrição definitivo constitui presunção de que existe a situação jurídica, nos precisos termos em que é definida" (art. 11.º do CRC). Justificam-se alguns esclarecimentos quanto ao seu sentido e alcance.

III. Desde logo, esta presunção de verdade ou exatidão dos factos registados apenas vale para o caso dos *registos por transcrição definitivos*. Em contrapartida, ela já não se aplica no caso dos registos por depósito (cf. art. 53.º-A do CRC) — dado que nestes não existe, em via de regra, um controlo da legalidade formal e material dos factos registados — e dos registos por transcrição provisórios (arts. 49.º e 64.º do CRC) — dado que a validade destes está condicionada à ocorrência de facto futuro(94).

IV. Depois ainda, a presunção registal é, via de regra, uma *presunção relativa* ou *iuris tantum* (nos termos gerais do art. 350.º do Código Civil). Como é timbre das presunções legais, tal presunção tem como efeito principal inverter o ónus da prova: quem tem a seu favor o registo, não necessita de provar que é titular do direito correspondente, sem prejuízo de a presunção poder ser ilidida mediante prova em contrário(95). Vale isto por dizer que o registo comercial confere uma proteção às expectativas dos interessados e dos terceiros em geral que estabelecem as suas relações negociais confiando na situação que ele publicita uma vez que, enquanto a presunção que dele deriva não for ilidida mediante apresentação de prova em contrário e aquele não caducar ou for cancelado, os factos tabularmente consignados consubstanciam para todos os efei-

---

LER, ERNST, *Handelsregisterpublizität und Verkehrsschutz*, Diss., Tübingen, 1977; STECKHAN, HANS-WERNER, *Grenzen des öffentlichen Glaubens der Handelsregisterbekanntmachung*, *in*: "Deutsche Notar-Zeitschrif" (1971), 211-229.

(94) Sobre estas modalidades ou formas registais, vide *supra* II — 2.

(95) Considerando que nem sempre será suscetível a elisão da presunção mediante prova em contrário (art. 350.º, n.º 2 do Código Civil), vide GUERREIRO, J. MOUTEIRA, *Noções de Direito Registral (Predial e Comercial)*, 391, 2.ª ed., Coimbra Editora, 1994.

tos e *erga omnes* a situação jurídica das pessoas a que respeitam([96]).

V. Depois também, advirta-se que para a existência de casos especiais em que a presunção de verdade derivada do registo comercial poderá mesmo equivaler funcionalmente a uma verdadeira *presunção absoluta* ou *iuris et de iure*, como tal inilidível mesmo mediante prova em contrário. Assim acontecerá, designadamente, naqueles casos em que a lei haja associado um efeito constitutivo ao próprio registo, *maxime*, aquisição da personalidade jurídica das sociedades comerciais, cooperativas, agrupamentos complementares de empresas, agrupamentos europeus de interesse económico, etc. (art. 5.º do CSC, art. 17.º do Código Cooperativo, Base IV da Lei n.º 4/73, de 4 de junho, art. 4.º do Decreto-Lei n.º 430/73, de 25 de agosto, art. 1.º do Decreto-Lei n.º 148/90, de 9 de maio).

VI. Finalmente, os registos são *documentos autênticos*, fazendo assim prova plena dos factos neles atestados pelo conservador do registo comercial, nos termos gerais dos arts. 363.º e 369.º e segs. do Código Civil.

5. Princípio da Inoponibilidade

I. O princípio da *inoponibilidade* erige o registo comercial em requisito de *eficácia externa* dos factos registáveis: "os factos sujeitos a registo só produzem efeitos contra terceiros depois da data do respetivo registo" (art. 14.º, n.º 1 do CRC). Os atos registados produzem assim os seus efeitos jurídicos próprios (declarati-

---

([96]) Sublinhe-se que a contestação da exatidão e veracidade dos factos registados não se basta com a mera apresentação de prova em contrário, sendo ainda necessário que quem ataca o facto registado solicite o correspondente cancelamento (art. 20.º do CRC), sob pena de se poderem suscitar na ordem jurídica contradições sobre a relevância jurídica de um mesmo facto ou situação. Como se refere no Acórdão do STJ de 4-VII-1972 (Arala Chaves), embora em decisão relativa ao registo predial, "o reconhecimento da impugnação, feita em juízo dos factos comprovados pelo registo, é condicionado pela formulação do pedido de cancelamento" (*in*: 219 "Boletim do Ministério da Justiça" (1972), 196-205).

vos, presuntivos, constitutivos) perante terceiros a partir da data e hora do registo (arts. 73.º e segs.), sendo a informação relativa à respetiva existência e teor disponibilizada em tempo real através da chamada certidão permanente do registo comercial (arts. 14.º e segs. da Portaria n.º 1416-A/2006, de 19 de dezembro). A importância e a complexidade deste princípio registal justificam aqui, de novo, alguns esclarecimentos particulares.

II. Em primeiro lugar, deve-se sublinhar que tal princípio da inoponibilidade opera apenas *relativamente a terceiros de boa fé*, não sendo aplicável, por conseguinte, entre as próprias partes ou relativamente a terceiros de má-fé.

Primus, a inoponibilidade vale apenas no plano das relações externas *(erga omnes) mas não das relações internas (inter partes)*, pelo que os factos sujeitos a registo (obrigatório ou facultativo) são, em princípio(97), livremente invocáveis entre os próprios sujeitos da relação jurídica em causa (art. 13.º, n.º 1 do CRC)(98), bem assim como entre estes e os respetivos representantes legais (art. 14.º, n.º 3 do CRC). Assim, por exemplo, a falta de registo de um contrato de agência subordinado à forma escrita não pode ser oposta pelo agente ao principal como fundamento para se eximir às obrigações constantes das respetivas cláusulas negociais (art. 10.º, al. *e*) do CRC, art. 1.º, n.º 2 do Decreto-Lei n.º 178/86, de 3 de julho). *Secundus*, a inoponibilidade vale apenas perante *terceiros*, considerando-se como tal toda a pessoa singular ou coletiva que não seja parte no facto sujeito a registo, seu herdeiro ou representante: assim sendo, o conceito de terceiros para efeitos de registo comercial é mais amplo e não se confunde o conceito estrito pre-

---

(97) Dizemos em princípio, já que a regra da eficácia interna ou oponibilidade *inter partes* dos factos não registados pode sofrer exceções: pense-se, por exemplo, nos factos relativos a quotas, que são ineficazes perante a sociedade enquanto não for solicitado o respetivo registo (art. 242.º-A do CSC).

(98) Apesar de a lei incluir no perímetro da invocabilidade, não apenas as próprias partes, como ainda "os seus herdeiros" (art. 13.º, n.º 1 do CRC), tal referência, como bem sublinha J. Oliveira Ascensão, deve ser considerada redundante atento o princípio geral jurídico-sucessório segundo o qual o herdeiro vai ocupar sempre a posição do *de cujus* (*Direito Comercial*, Vol. I, 602, AAFDL, Lisboa, 1988).

visto no art. 5.º do Código do Registo Predial (titulares de direitos incompatíveis recebidos de autor comum)(99). *Tertius*, a (in)oponibilidade não pode ser invocada por terceiros *de má fé*: apesar de a lei não o referir expressamente, afigura-se injustificado estender a proteção resultante da aparência registal negativa àqueles terceiros que, afinal, tinham conhecimento (ou desconheciam em virtude de negligência grosseira) a existência dos factos sujeitos a registo apesar da omissão deste.

III. Depois ainda, e em segundo lugar, semelhante inoponibilidade a terceiros tem o alcance fundamental de subordinar à realização das formalidades de publicidade registal *a eficácia externa dos factos registáveis*: trate-se estes de factos sujeitos a registo obrigatório ou facultativo, os interessados só deles se poderão prevalecer no plano das suas relações externas após a realização do respetivo registo (art. 14.º, n.º 1 do CRC). Note-se, contudo, que existem factos jurídicos que, além do registo, estão ainda sujeitos a publicação obrigatória promovida oficiosamente pelo conservador do registo comercial (arts. 15.º, n.º 1, 70.º a 72.º do CRC), caso em que o regime de inoponibilidade a terceiros fica ainda cumulativamente dependente desta publicação (art. 14.º, n.º 2 do CRC): assim, por exemplo, no caso de o administrador-delegado de sociedade anónima ter sido destituído pelos acionistas do respetivo cargo (art. 403.º do CSC) e aquele administrador vier entretanto a celebrar contratos em nome da sociedade ao abrigo dos seus poderes gerais e estatutários de representação (art. 408.º, n.º 2 do CSC) ainda antes de se ter procedido ao registo e publicação dessa destituição (arts. 3.º, *m*), 15.º, n.º 1, 70.º, n.º 1, *a*) do CRC), a sociedade não poderá opor aos terceiros contratantes a cessação de funções

---

(99) Neste sentido também o Acórdão do STJ de 15-III-2012 (Marques Pereira), *in*: XX "Coletânea de Jurisprudência — Acórdãos do STJ" (2012), I, 136-141; em sentido aparentemente oposto, todavia, Lopes, J. Seabra, *Dos Registos e Notariado,* 182, 7.ª ed., Almedina, Coimbra, 2015. Sobre a noção de terceiros para efeitos de registo, vide em geral Almeida, C. Ferreira, *Publicidade e Teoria dos Registos*, 260 e ss., Almedina, Coimbra, 1966; Sottomayor, M. Clara, *Invalidade e Registo: A Proteção do Terceiro Adquirente de Boa Fé*, 327 e ss., Almedina, Coimbra, 2010.

do referido administrador, permanecendo vinculada pelas obrigações para si emergentes daqueles contratos([100]).

IV. Finalmente, e em último lugar, cumpre alertar ainda para a existência de determinados tipos de factos registáveis dotados de um *regime especial* que altera este efeito-regra da inoponibilidade a terceiros (arts. 13.º, n.º 2, 14.º, n.º 4 do CRC).

Assim acontece nos casos em que o registo comercial assume uma natureza constitutiva (requisito de eficácia absoluta) e não meramente declarativa (requisito de eficácia relativamente a terceiros): é o caso dos atos constitutivos das sociedades comerciais e das respetivas alterações (incluindo fusão, cisão, encerramento de liquidação, etc.), os quais, em princípio, não produzem quaisquer efeitos, seja em relação a terceiros, seja entre as próprias partes, sem que esteja efetuado o respetivo registo (art. 13.º, n.º 2 do CRC, arts. 5.º, 112.º, 120.º, e 160.º, n.º 2 do CSC)([101]). Assim acontece também nos casos em que o efeito normal da inoponibilidade registal sofre modificações resultantes da aplicação de disposições legais particulares, que atribuem eficácia externa a certos factos independentemente do registo (art. 14.º, n.º 4 do CRC): é o caso, designadamente, de certas disposições e factos jurídico-societários relativos às chamadas sociedades comerciais irregulares (arts. 36.º e segs. do CSC), à transformação de sociedades (art. 130.º, n.º 6 do CSC), à publicidade dos atos sociais (art. 168.º, n.º 2 do CSC), e à transmissão de quotas (art. 228.º, n.º 3 do CSC)([102]).

([100]) Sobre o regime e as modalidades das publicações obrigatórias, vide em geral Gomes, Rocheta, *Um Passo Intermédio na Dinâmica do Registo Comercial*, *in*: 122 "O Direito" (1990), 41-72. Para algumas espécies jurisprudenciais desta eficácia externa do registo comercial, vide os Acórdãos do STJ de 9-XII-2008 (Fonseca Ramos), *in*: <www.dgsi.pt>, e de 15-III-2012 (Marques Pereira), *in*: XX "Coletânea de Jurisprudência — Acórdãos do STJ" (2012), I, 136-141.

([101]) A ressalva do art. 13.º, n.º 2 do CRC não foi completa, dado que idêntico regime especial deverá ainda valer *mutatis mutandis* relativamente a outras formas jurídico-empresariais: é o caso, nomeadamente, das cooperativas (arts. 17.º e 115.º do Código Cooperativo), dos agrupamentos complementares de empresas (Base IV da Lei n.º 4/73, de 4 de junho, art. 4.º do Decreto-Lei n.º 430/73, de 25 de agosto), e dos agrupamentos europeus de interesse económico (arts. 6.º e segs. do Regulamento CEE/2137/85, de 25 de julho, art. 1.º do Decreto-Lei n.º 148/90, de 9 de maio).

([102]) Sobre o regime especial de oponibilidade nas sociedades comerciais, vide Antunes, J. Engrácia, *Direito das Sociedades,* 212 e ss., 7.ª ed., edição de Autor, Porto,

6. Outros Princípios

I. Para além destes princípios cardinais, poder-se-iam ainda referir outros princípios do direito registal que revestem, por razões variadas, um significado particular ou mais circunscrito no domínio específico do registo comercial — tais como os princípios da prioridade, da especialidade, da publicidade formal e do trato sucessivo.

II. Tal é o caso do *princípio da prioridade*, segundo o qual os factos ou direitos inscritos no registo em primeiro lugar prevalecem sobre os que forem posteriormente registados *(prior in tempore, potior in iure)* — o qual apenas foi previsto expressamente relativamente aos direitos sobre quotas e partes sociais (art. 12.º do CRC, art. 242.º-C do CSC)([103]).

III. Tal é o caso, ainda, do *princípio da especialidade*, segundo o qual o registo das pessoas singulares e coletivas a ele sujeitas deve ser realizado através de menções específicas e individualizadoras, que permitam uma inequívoca e precisa identificação da titularidade e do âmbito da situação jurídica, direitos e obrigações que lhes respeitam: tais menções constam do RRC, seja relativamente à matrícula dos sujeitos (art. 8.º), seja relativamente às menções gerais e especiais da inscrição registal, por transcrição (arts. 9.º a 12.º) ou depósito (arts. 14.º e 15.º)([104]).

2017. Uma vez mais, a ressalva feita pelo legislador no art. 14.º, n.º 4 do CRC não foi completa: com efeito, apesar de o ato de constituição dos estabelecimentos individuais de responsabilidade limitada estar sujeito a registo e publicação obrigatórios (arts. 8.º, *a*), 15.º, n.º 1, 70.º, n.º 1, *b*) do CRC), o art. 6.º do Decreto-Lei n.º 248/86, de 25 de agosto, refere que a falta de publicação do mesmo não impede a sua oponibilidade a terceiros que dele tivessem conhecimento ao tempo do nascimento dos respetivos direitos.

([103]) Embora alguma doutrina aceite a sua extensão a outras situações: cf. Ascensão, J. Oliveira, *Direito Comercial*, Vol. I, 599, AAFDL, Lisboa, 1988; Correia, L. Brito, *Direito Comercial*, vol. I, 330, AAFDL, Lisboa, 1987/88. Sobre tal princípio, vide Rivero, D. Cruz, *El Principio de Prioridad en el Registro Mercantil*, *in*: 290 "Revista de Derecho Mercantil" (2013), 693-706.

([104]) Lopes, J. Seabra, *Dos Registos e Notariado,* 164 e s., 7.ª ed., Almedina, Coimbra, 2015.

IV. Tal o caso, finalmente, do princípio da *publicidade formal*, segundo o qual o conteúdo dos direitos registados deve estar acessível a qualquer interessado — o qual foi aqui consagrado em toda a sua amplitude ao permitir que qualquer pessoa possa obter informações verbais ou escritas e obter certidões relativas aos atos de registo e documentos arquivados (art. 73.º do CRC)([105]).

V. Pode discutir-se se o *princípio do trato sucessivo*, que impõe a existência de um controlo relativo à conexão ou continuidade dos registos respeitantes aos mesmos sujeitos ou titularidade dos mesmos direitos, subsiste ou não como um princípio do atual direito registal comercial português. Não obstante a revisão de 2006 tenha vindo a revogar o art. 31.º do CRC ("princípio do trato sucessivo"), tal não significa que ele tenha sido erradicado da nossa ordem jusregistal comercial: com efeito, é mister ter presente que aquela revogação teve que ver fundamentalmente com a submissão ao registo por depósito da titularidade das quotas ou partes sociais, sendo que a nova regulação continua a exigir o trato sucessivo para a promoção do registo pela sociedade (arts. 188.º-A e 242.º-D do CSC)([106]). Além de que, numa perspetiva mais ampla, sempre a conexão ou sucessão dos registos se afigura constituir uma dimensão implícita da própria missão de controlo da legalidade do conservador do registo comercial e um pressuposto lógico da coerência e certeza da publicidade registal([107]).

([105]) Sobre este aspeto, vide já *supra* III — 6.1.

([106]) Como sublinha J. Seabra Lopes, a única particularidade reside agora em que o controlo do trato sucessivo está a cargo da sociedade, e não do conservador (*Dos Registos e Notariado,* 167, 7.ª ed., Almedina, Coimbra, 2015).

([107]) Sobre este princípio, que no direito espanhol cobra justamente tal significado, vide Ruiz, M. Olivencia, *El Princípio del Tracto Sucesivo en el Registro Mercantil*, *in*: "Curso sobre Registro Mercantil", 87-111, Ilustre Colégio Nacional de Registradores, Madrid, 1972.

V. OUTROS INSTITUTOS REGISTAIS

1. Registo Nacional de Pessoas Coletivas

I. O *Registo Nacional de Pessoas Coletivas (RNPC)* é um serviço central do Instituto dos Registos e do Notariado competente para a identificação das pessoas coletivas e entidades equiparadas, para a inscrição de vários atos e factos relativos a estas num ficheiro central (v.g., constituição, modificação de firma ou denominação, alteração de objeto, capital ou sede, fusão, cisão, transformação, dissolução), bem como para a apreciação da admissibilidade das respetivas firmas e denominações([108]).

II. Este instituto registal — cuja disciplina jurídica se encontra atualmente prevista no Decreto-Lei n.º 129/98, de 13 de maio, que aprovou o *"Regime do Registo Nacional de Pessoas Coletivas" (RRNPC)* e que possui essa curiosíssima particularidade de também abranger… pessoas singulares ou até entidades sem personalidade jurídica — possui uma relevância não despicienda na publicidade das atividades das empresas e dos empresários([109]).

III. Desde logo, a *inscrição* neste registo é obrigatória para todas as entidades por ele abrangidas (art. 4.º do RRNPC), onde se incluem empresários em nome individual (mormente, comerciantes individuais), empresários em nome coletivo (sociedades comerciais, cooperativas, agrupamentos complementares de empresas, agrupamentos europeus de interesse económico, empresas públicas) e até entidades empresariais não personalizadas (v.g, EIRL, organismos de investimento coletivo, sucursais de empresas estrangeiras,

---

([108]) MATOS, ALBINO, *Registo Nacional de Pessoas Colectivas: Legislação/Jurisprudência*, Almedina, Coimbra, 1989.

([109]) Sublinhe-se que entre as entidades sujeitas ao RNPC e inscritas no Ficheiro Central de Pessoas Coletivas (FCPC) se encontram também diversas entidades de natureza não empresarial, incluindo associações, fundações, organismos da Administração Pública não personalizados (art. 4.º do RRNPC), e pessoas coletivas religiosas (Decreto-Lei n.º 134/2003, de 28 de junho).

empresas hereditárias, "trusts" e "off-shores" da Zona Franca da Madeira, etc.)([110]).

IV. Dessa inscrição resulta um processo de identificação do empresário (arts. 13.º e segs. do RRNPC), que desagua na atribuição do chamado *cartão de empresa* (Decreto-Lei n.º 247-B/2008, de 30 de dezembro, Portaria n.º 4/2009, de 2 de janeiro): trata-se de um documento de identificação múltipla dos empresários, em suporte eletrónico ou físico, que contém informação relativa ao seu número de identificação de pessoa coletiva (NIPC), ao seu número de identificação da segurança social (NISS), à sua natureza jurídica, à data da sua constituição, e ao seu CAE principal([111]). Importante é igualmente a prévia obtenção dos *certificados de admissibilidade das firmas e denominações* junto do RNPC (arts. 1.º, 3.º e 45.º e segs. do RRNPC), a qual funciona como condição da matrícula dos comerciantes em nome individual (exceto dos que usem como firma o seu nome completo ou abreviado: cf. art. 56.º, n.º 1, *a*) do RRNPC) ou dos próprios atos de constituição de estabelecimentos individuais de responsabilidade limitada, sociedades comerciais, cooperativas, e agrupamentos complementares de empresas, bem como das respetivas alterações e reorganizações (arts. 54.º, 55.º, 56.º, n.º 1, *b*) a *i*), do RRNPC)([112]).

V. Por último, fruto destas obrigações registais, sublinhe-se a existência de um *"Ficheiro Central de Pessoas Coletivas"* (FCPC), base eletrónica de dados contendo informação atualizada sobre a

---

([110]) Essa inscrição é promovida oficiosamente no caso das entidades sujeitas ao registo comercial, mediante comunicação automática eletrónica do SIRCOM (cf. *supra* nota 39), e requerida pelos interessados nos demais casos, acarretando o seu incumprimento a sujeição destes à aplicação de coimas (cf. arts. 12.º, n.º 2, 75.º, n.º 1, *b*), 76.º, n.º 1, *c*), e 77.º do RRNPC).

([111]) No caso de entidades inscritas no FCPC, mas não sujeitas a registo comercial (v.g., associações, fundações, etc.), haverá lugar à atribuição de um cartão de pessoa coletiva. Cf. Correia, F. Mendes, *O Decreto-Lei n.º 247-B/2008, de 30 de dezembro: Cartão da Empresa, Cartão de Pessoa Coletiva e Outras Novidades*, in: I "Revista de Direito das Sociedades" (2009), 287-290.

([112]) Cf. Antunes, J. Engrácia, *Direito das Sociedades,* 174, 7.ª ed., edição de Autor, Porto, 2017.

constituição, modificação de firma ou denominação, alteração de objeto, capital, sede, fusão, cisão ou transformação, alteração do CAE, cessação de atividade, dissolução, encerramento da liquidação ou regresso à atividade dos empresários e demais pessoas coletivas sujeitas ao RNPC. Especialmente relevante é o "Sistema de Informação da Classificação Portuguesa de Atividades Económicas" (SICAE), subconjunto do FCPC que integra, numa base de dados única, a informação sobre o código da "Classificação Portuguesa das Atividades Económicas" (CAE) dos empresários e demais entidades (Portaria n.º 311/2009, de 30 de março)([113]).

2. Registos Especiais

I. A diversificação das atividades económicas e a densificação da sua regulação jurídica deu origem a um crescente número de *registos especiais*, de natureza setorial e alcance diverso, com relevância para o mundo das empresas, dos empresários e da atividade empresarial.

II. Tal é o caso do registo obrigatório de numerosos tipos de *empresas*, designadamente, o registo de instituições de crédito e sociedades financeiras no Banco de Portugal (BdP) (arts. 65.º a 72.º, 194.º do Regime Geral das Instituições de Crédito e Sociedades Financeiras), das empresas de intermediação financeira, dos auditores financeiros e das sociedades de notação de risco na Comissão do Mercado de Valores Mobiliários (CMVM) (arts. 9.º, 12.º, e 295.º e segs. do Código dos Valores Mobiliários, arts. 6.º e segs. do Regime Jurídico da Supervisão de Auditoria, art. 199.º-F do Regime Geral das Instituições de Crédito e Sociedades Financeiras), das empresas seguradoras, resseguradoras e de fundos de pensões na Autoridade

---

([113]) Recorde-se ainda que a informação constante do FCPC pode ser obtida através de certidões, cópias certificadas de registo informático, informações dadas por escrito ou através da celebração de protocolo com o IRN, nos termos dos arts. 21.º e 22.º do RRNPC, sendo ainda que a informação constante do SICAE é de acesso público e gratuito através de sítio da Internet com o endereço <www.sicae.pt> (Portaria n.º 311/2009, de 30 de março).

de Supervisão de Seguros e Fundos de Pensões (ASF) (arts. 42.º e segs. do Regime Jurídico da Atividade Seguradora e Resseguradora, art. 18.º do Regime Jurídico dos Fundos de Pensões), das empresas de transporte terrestre na Direção-Geral de Transportes Terrestres (Decreto-Lei n.º 2/2000, de 29 de janeiro), das empresas de mediação imobiliária, dos industriais de construção civil e empreiteiros de obras públicas no Instituto dos Mercados Públicos, do Imobiliário e da Construção (art. 37.º do Decreto-Lei n.º 211/2004, de 20 de agosto, arts. 2.º, n.º 2 e 3.º do Decreto-Lei n.º 61/99, de 14 de setembro), das empresas prestadoras de serviços de audiotexto no Instituto de Comunicações de Portugal (arts. 3.º e 4.º do Decreto-Lei n.º 177/ /99, de 21 de maio), das empresas turísticas no Turismo de Portugal, I.P. (art. 40.º do Decreto-Lei n.º 39/2008, de 7 de março), das agências de viagem e de turismo no Registo Nacional das Agências de Viagens e Turismo (arts. 2.º, 6.º e segs. do Decreto-Lei n.º 61/2011, de 6 de maio), dos agentes de navegação na Direção-Geral da Navegação e Transportes Marítimos (arts. 2.º e segs. do Decreto-Lei n.º 76/89, de 3 de março), das empresas de trabalho temporário (art. 8.º do Decreto-Lei n.º 260/2009, de 25 de setembro), das empresas de trabalho portuário (art. 8.º do Decreto-Lei n.º 280/93, de 13 de agosto, alterado pela Lei n.º 3/2013, de 14 de janeiro), das empresas exploradoras de escolas de condução (arts. 14.º e segs., 26.º da Lei n.º 14/ /2014, de 18 de março), das empresas leiloeiras (art. 9.º do Decreto-Lei n.º 155/2015, de 10 de agosto), das empresas prestamistas (art. 10.º do Decreto-Lei n.º 160/2015, de 11 de agosto), etc.

III. Tal é ainda o caso dos registos relativos ao acesso e exercício de *atividades empresariais* em geral (frequentemente consubstanciados em meras obrigações de comunicação prévia), designadamente, das atividades comerciais (Regime Jurídico de Acesso e Exercício de Atividades de Comércio, Serviços e Restauração, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 10/2015, de 16 de janeiro) e das atividades industriais (Sistema da Indústria Responsável, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 169/2012, de 1 de agosto)([114]), para além

---

([114]) Sobre estes regimes jurídicos, vide Oliveira, F. Paula/Marques, M. Leitão/Guedes, A. Cláudia/Rafeiro, M. Maia, *Regime Jurídico de Acesso e Exercício de*

de outras obrigações registais secundárias, v.g. o registo cadastral dos *estabelecimentos comerciais* no Balcão do Empreendedor (Decreto-Lei n.º 48/2011, de 1 de abril) e dos *feirantes* na Direção-Geral das Atividades Económicas (arts. 8.º e 9.º do Decreto-Lei n.º 42/2008, de 10 de março).

IV. Tal é também o caso dos crescentes deveres registais relativos a um vasto conjunto de *bens, direitos, contratos ou relações jurídico-comerciais*. Entre estes, mencionem-se, designadamente, o registo de navios (*maxime*, arts. 2.º, al. *c*), 4.º, 6.º, 8.º e 10.º do Decreto-Lei n.º 42 644, de 14 de novembro de 1959, arts. 6.º, 84.º e segs. do Decreto-Lei n.º 42 645, de 14 de novembro de 1959, art. 5.º, n.º 2 do Decreto-Lei n.º 403/86, de 3 de dezembro, art. 1.º do Decreto-Lei n.º 96/89, de 28 de março)([115]), o registo de valores mobiliários (arts. 43.º e segs., 59.º e segs., 61.º e segs. do Código dos Valores Mobiliários, Portarias n.º 289/2000 e 290/2000, ambas de 25 de maio, Regulamento da CMVM n.º 14/2000, de 10 de fevereiro)([116]), o registo dos direitos privativos de propriedade industrial (arts. 9.º a 30.º do Código da Propriedade Industrial, art. 4.º, n.º 1 dos Estatutos do Instituto Nacional da Propriedade Industrial), o registo das cláusulas contratuais gerais (arts. 34.º e 35.º da Lei das Cláusulas Contratuais Gerais, Portaria n.º 1093/95, de 6 de setembro)([117]), o registo dos contratos de

---

Atividades de Comércio, Serviços e Restauração — Comentário ao Decreto-Lei n.º 10/2015, de 16 de janeiro (RJACSR), Almedina, Coimbra, 2016; MARQUES, M. LEITÃO/OLIVEIRA, F. PAULA/RAFEIRO, M. MAIA/GUEDES, A. CLÁUDIA, *O Sistema da Indústria Responsável*, Almedina, Coimbra, 2014.

([115]) Cuja disciplina, aliás, se encontra totalmente fragmentada e desajustada às realidades atuais: cf. BÖHM-AMOLLY, ALEXANDRA VON, *Registo de Navios*, *in*: "II Jornadas de Lisboa de Direito Marítimo", 163-183, Almedina, Coimbra, 2002. Sobre o registo internacional de navios da Madeira, instituído pelo Decreto-Lei n.º 96/89, de 28 de março, FERNANDES, CÁTIA, *O Registo Internacional de Navios da Madeira*, *in*: 74 "Revista da Ordem dos Advogados" (2014), 457-486.

([116]) Sobre o ponto, vide ALMEIDA, C. FERREIRA, *Registo de Valores Mobiliários*, *in*: AA.VV., "Direito dos Valores Mobiliários", Vol. VI, 51-138, Coimbra Editora, 2006.

([117]) Cf. <http://www.dgsi.pt/jdgpj.nsf?OpenDatabase>. Sobre o ponto, vide ANTUNES, J. ENGRÁCIA, *Direito dos Contratos Comerciais,* 182 e ss., reimpressão, Almedina, Coimbra, 2016; CRISTAS, M. ASSUNÇÃO, *Registo Nacional de Cláusulas Abusivas*, *in*: 54 "Revista Portuguesa do Direito de Consumo" (2008), 110-118; outros desenvolvi-

seguro de vida, de acidentes pessoais e de operações de capitalização (arts. 6.º e segs. do Decreto-Lei n.º 384/2007, de 19 de novembro, Norma Regulamentar ASF n.º 14/2010-R, de 14 de outubro)([118]), o registo dos contratos de mútuo garantidos por penhor (art. 31.º, n.º 4 do Decreto-Lei n.º 160/2015, de 11 de agosto), e o registo da nomeação e destituição dos administradores da insolvência (arts. 38.º e 57.º do CIRE)([119]), entre muitos outros.

3. Registo Central do Beneficiário Efetivo

I. Referência separada merece o *Registo Central de Beneficiário Efetivo (RCBE)*. Instituído muito recentemente através da Lei n.º 89/2017, de 21 de agosto, consiste uma base de dados, gerida pelo IRN, contendo informação suficiente, exata e atual sobre o beneficiário ou beneficiários efetivos de um conjunto muito vasto de entidades, incluindo sociedades comerciais, sociedades civis, associações, cooperativas, fundações, quaisquer outros entes coletivos personalizados, representações de pessoas coletivas internacionais ou de direito estrangeiro, centros de interesses coletivos sem personalidade jurídica, etc.

II. O RCBE constitui porventura a primeira grande *medida de desconstrução* da mais poderosa invenção jurídica da modernidade, que constitui o sustentáculo da organização sociopolítica e económica do poder dos nossos dias: o instituto da pessoa coletiva. Surgido na sequência da transposição para o direito interno da Diretiva 2015/849/UE, de 20 de maio, no âmbito das medidas de

---

mentos em Trejo, R. Cabanas/Lenzano, R. Bonardell, *El Registo de Condiciones Generales de la Contratación,* Ed. Derecho Reunidas, Madrid, 2001.

([118]) Sobre o ponto, vide Antunes, J. Engrácia, *O Contrato de Seguro na LCS de 2008*, 824 e ss., *in*: 69 "Revista da Ordem dos Advogados" (2009), 815-858; desenvolvidamente, Mandaloniz, M. Garcia, *Registro de Contratos de Seguro de Cobertura de Fallecimiento,* Marcial Pons, Madrid/ Barcelona, 2007.

([119]) Sobre o ponto, vide Epifânio, M. Rosário, *Manual de Direito da Insolvência,* 53, 6.ª ed., Almedina, Coimbra, 2014; para mais desenvolvimentos, Hernández, A. Valle, *La Publicidade Concursal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.

combate ao branqueamento de capitais e ao financiamento do terrorismo, a sua matriz tendencialmente universal — aplicável ao universo geral das pessoas coletivas públicas e privadas (com poucas exceções: cf. arts. 3.º e 4.º do Regime do Registo Central do Beneficiário Efetivo (RRCBE) — e a sua vocação antropocêntrica — consubstanciada na intenção de trazer para a luz do dia a pessoa ou pessoas de carne e osso que, por de trás dos biombos da personificação coletiva, comandam o seu destino e a sua ação também no tráfico jurídico (cf. art. 1.º do RRCBE) — poderá alterar, no domínio jusempresarial, o eterno jogo do gato e do rato entre legisladores, reguladores e supervisores, de um lado, e destinatários da lei, do outro — ou, pelo menos, subir (ainda mais) a fasquia da sua sofisticação.

III. Apesar do seu alcance potencialmente revolucionário, são ainda muitas as dúvidas e incertezas que rodeiam a sua aplicação, tanto mais que, no momento em que escrevemos, ainda se encontram por publicar as portarias da sua regulamentação — dúvidas essas que, em última análise, apenas a *praxis* registal e judicial virá a esclarecer. O regime legal deste registo encontra-se previsto em anexo à citada Lei n.º 89/2017, de 21 de agosto, sob a designação de Regime do Registo Central do Beneficiário Efetivo (RRCBE). Nos termos gerais do art. 2.º, n.º 1, *h*) da Lei n.º 83/2017, de 18 de agosto, designa-se por beneficiário efetivo ("beneficial owner", "wirtschaftlicher Eigentümer", "bénéficiaire effectif", "titolare effettivo", "titular real") "a pessoa ou pessoas singulares que, em última instância, detêm a propriedade ou o controlo do cliente e ou a pessoa ou pessoas singulares por conta de quem é realizada uma operação ou atividade". O incumprimento da obrigação de inscrição neste registo ou das correspondentes obrigações declarativas (declaração inicial, declaração de conformidade anual, declaração de alterações) pode originar a aplicação de numerosas sanções de ordem civil, societária, contratual e criminal (arts. 36.º e segs. do RRCBE), além de constituir um facto sujeito a registo comercial obrigatório (art. 10.º, al. *f*) do CRC) e poder originar um registo provisório por dúvidas relativamente aos atos registais conexos (art. 49.º do CRC).

4. Registo Europeu e Internacional das Empresas

I. A internacionalização dos empresários e das atividades empresariais, para além de levantar complexos problemas e desafios aos tradicionais direitos registais nacionais([120]), tem igualmente dado azo a uma internacionalização dos institutos (registais e pararegistais) vocacionados à publicidade legal das empresas e da sua atividade.

II. Desde logo, merece referência o *"legal entity identifier" (LEI)*, proposto pela Recomendação da Autoridade Bancária Europeia n.º 2014/01, de 29 de janeiro, e aprovado entre nós através do Decreto-Lei n.º 202/2015, de 17 de setembro. Trata-se de um identificador único que permite identificar internacionalmente entidades que sejam contrapartes em transações financeiras. Este identificador, que consiste num código alfanumérico de 20 dígitos e que é independente da identificação da pessoa coletiva nacional, tem por objetivo fundamental assegurar de forma inequívoca a identidade das entidades envolvidas em transações financeiras, mormente derivados([121]).

III. No sentido da implementação de um registo europeu de empresas, cumpre destacar a criação do *"European Business Register"* (EBR). Rede de cooperação dos serviços nacionais do registo comercial existentes nos países europeus, vocacionada para oferecer informações sobre empresas em toda a Europa, os serviços do EBR podem ser facultados, mediante assinatura, aos cidadãos, empresas e autoridades públicas, através da organização do registo comercial do respetivo país([122]). Outro passo nessa direção

---

([120]) Para uma perspetiva internacional-privatistísta, vide García, R. Arena, *Registro Mercantil y Derecho del Comercio Internacional,* Colégio Nacional de los Registradores, Madrid, 2000.

([121]) Powell, Linda/Montoya, Mark/Shuvalov, Elena, *Legal Entity Identifier: What Else Do You Need to Know*, US Federal Reserve Board, 2013.

([122]) Sublinhe-se que Portugal não aderiu ao EBR, circunstância a que não deve ser totalmente estranho o facto de os serviços do registo comercial, na maior parte dos países europeus, serem atualmente prestados por entidades privadas, e não públicas como

foi dado com a Diretiva 2012/17/UE, de 13 de junho (que alterou a Diretiva 89/666/CEE e as Diretivas 2005/56/CE e 2009/101/CE, no que respeita à interconexão dos registos centrais, comerciais e das sociedades), a qual veio prever que os Estados-Membros devem harmonizar e interconectar os seus registos centrais, registos comerciais e registos das sociedades, tendo em vista, nomeadamente, melhorar o acesso a informações comerciais e disponibilizá-las aos cidadãos na sua própria língua([123]).

---

sucede entre nós. Sobre a internacionalização do registo comercial, mormente a emergência de um registo europeu de empresas, vide BOCCHINI, ERMANNO, *Il Registro Europeo delle Imprese,* Cedam, Padova, 2003; KNECHTEL, GERHARD/REICHELT, GERTE/ZIB, CHRISTIAN, *Europäisches Handelsregister*, esp. 11 e ss., Manz, Wien, 2000.

([123]) BOCCHINI, ERMANNO, *Pubblicità Commerciale Europea vs. Registro Europeo delle Imprese*, *in*: "Impresa e Mercato. Studi Dedicati a Mario Libertini", 55-78, Giuffrè, Milano, 2015.

INSOLVÊNCIA REQUERIDA, NOS TERMOS DO ART. 20.º-1-B CIRE, POR CREDOR HIPOTECÁRIO MAIORITÁRIO. INTERESSE PROCESSUAL, FRAUDE À LEI E ABUSO DE DIREITO

Por José Lebre de Freitas(*)

Sumário:

I. INTRODUÇÃO. II. EXECUÇÃO SINGULAR E EXECUÇÃO COLETIVA. 1. Demarcação. **2.** Do interesse em agir. **III. DA PRIORIDADE DA EXECUÇÃO SOBRE O BEM OBJETO DA GARANTIA. 1.** Fraude à lei. **2.** Abuso de direito. **IV. CONCLUSÕES.**

I. INTRODUÇÃO

O art. 20.º-1-*b* do Código de Insolvência e Recuperação da Empresa (CIRE) confere legitimidade a qualquer credor para pedir a declaração de insolvência do devedor quando se verifique a falta de cumprimento de uma ou mais obrigações que, pelo seu montante ou pelas circunstâncias do incumprimento, revele a impossibilidade de o devedor satisfazer pontualmente a generalidade das suas obrigações.

(*) Professor Catedrático jubilado da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa.

Pode um credor hipotecário, nomeadamente um banco munido duma escritura de abertura de crédito, ainda que o montante que esteja em dívida seja, suponhamos, de montante superior a 90% do passivo do devedor, optar irrestritamente por requerer, só ele, a declaração de insolvência deste, independentemente da prova da insuficiência dos bens hipotecados e em caso em que o seu interesse seja realizável na ação executiva, haja outros bens além dos hipotecados e os restantes credores não interpelem sequer o devedor para cumprir? E pode o mesmo credor requerer simultaneamente a declaração de insolvência dos avalistas ou fiadores principais pagadores, com base na insuficiência do património de cada um para o pagamento da totalidade da dívida?

II. EXECUÇÃO SINGULAR E EXECUÇÃO COLETIVA

1. Demarcação

1.1. A ação executiva tem por função a obtenção pelo credor, através da penhora e da venda de bens do devedor, ou da apreensão do bem a cuja posse ele tem direito(1), dum resultado idêntico ou equivalente ao da realização (voluntária) da prestação que lhe é devida ("realização coativa duma obrigação", segundo o art. 10.º-4, CPC). Para a mover, sem ter de percorrer o calvário da ação declarativa, o credor precisa de ter um título executivo, de que constitui modalidade a escritura pública de abertura de crédito, complementada por documento, passado em conformidade com a estipulação das partes, que prove a realização das prestações de mútuo (arts. 703.º-1-*b* e 707.º do CPC).

A finalidade de satisfação do direito próprio do exequente não é abalada com a convocação, para reclamar os seus créditos, dos credores com garantia real sobre os bens penhorados: a finalidade

---

(1) A ação executiva para prestação de facto, mesmo quando este seja fungível e o credor opte pela sua prestação por terceiro, acaba, consoante os casos, por se converter em ou por integrar uma execução para pagamento de quantia certa.

direta dessas reclamações e do consequente pagamento aos credores, de acordo com a graduação dos créditos, não é a satisfação destes créditos, mas a extinção dos direitos reais de garantia que incidem sobre o bem penhorado(2). Seria, por isso, impróprio querer derivar da intervenção de outros credores no processo de execução a ideia de que esta se pode converter numa execução coletiva, como acontecia no esquema do CPC de 1939. A execução dos bens do devedor na ação executiva constitui uma *execução singular*(3) ou, muito moderadamente, um misto de singular e coletiva(4). É para tanto indiferente que o crédito do exequente goze de uma garantia real ou seja um crédito comum: no primeiro caso, enquanto apenas o bem sobre o qual incide a garantia for objeto de penhora, só podem reclamar outros credores que sobre o mesmo bem tenham também garantia; no segundo, o exequente fica gozando, após a penhora, duma preferência que, no processo de execução(5), tem o mesmo valor que a garantia real de constituição extraprocessual(6).

1.2. Diferentemente, o processo de insolvência não cuida duma particular relação jurídica de obrigação. Trata-se aí de liquidar *todo* o património do devedor para, com o respetivo produto, pagar a *todos* os credores, na medida das forças desse produto e seguindo as ordens de preferência pela lei estabelecidas, de que estão excluídas a penhora e a hipoteca judicial (art. 140.º-3, CIRE). O concurso de credores é, por isso, *universal*: todos os credores do

---

(2) Remeto para a minha *Ação executiva*, Coimbra, Gestlegal, 2017, n.º 17.1.2.A, a pp. 350-353.

(3) Por todos: Teixeira de Sousa, *Ação executiva singular*, Lisboa, Lex, 1998, pp. 11-12.

(4) Assim a classifico na citada *Ação executiva*, n.º 17 (3), no seguimento de Castro Mendes, *Ação executiva*, Lisboa, 1980, p. 158. Também assim em Teixeira de Sousa, *Ação executiva singular*, *cit.*, p. 325, apesar de inicialmente a dizer apenas uma execução singular e de tal dar o título da obra em que o escreveu, e em Rui Pinto, *Manual da Execução e Despejo*, Coimbra, Coimbra Editora, 2013, p. 847. Talvez mais adequadamente, qualifica-a como "execução singular com uma componente concursal" Amâncio Ferreira, *Curso de processo de execução*, Coimbra, Almedina, 2010, p. 318.

(5) Não assim quando este é seguido pela insolvência do devedor.

(6) Com a ressalva do regime decorrente do art. 5.º-4 do Código do Registo Predial.

insolvente são convocados para reclamar os seus créditos, sejam eles comuns ou preferenciais. Esta ideia de universalidade está expressa no art. 1.º-1, CIRE, segundo o qual o processo de insolvência visa a satisfação dos credores "pela forma prevista num plano de insolvência".

A qualificação do processo de insolvência como de execução universal não deve, porém, fazer esquecer que, mais do que pelo fim de satisfação dos credores, a declaração de insolvência se caracteriza por constituir uma reação dos sistemas jurídicos liberais à verificação da impossibilidade de determinada empresa, ou, por extensão, outro devedor, realizar a sua *função económica*([7]). Perante esta impossibilidade, é montada uma organização que, sob controlo judicial e sem prejuízo de se poder manter o funcionamento dos estabelecimentos da empresa, substitui a atividade desta pela atuação dos órgãos da insolvência, dirigida à liquidação do património do insolvente e à subsequente satisfação, as mais das vezes parcial, dos direitos dos credores. Nesta satisfação são atendidas as preferências que existam, após o que o produto remanescente da liquidação do ativo é rateado pelos credores comuns na proporção do montante dos seus créditos (art. 176.º, CIRE)([8]). Através desta *par conditio creditorum*, a insolvência constitui o modo mais perfeito de realização da ideia de *garantia comum* dos credores, expressa nos arts. 601.º e 604.º-1 do CC. Embora qualquer credor ("ainda que condicional e qualquer que seja a natureza do seu crédito") a possa requerer (art. 20.º-1, CIRE), a declaração de insolvência visa assim, fundamentalmente, a proteção da sociedade em geral e, em especial, a dos credores *comuns* do insolvente.

Isso mesmo é espelhado no enunciado dos índices de insolvência elencados no art. 20.º-1, CIRE:

([7]) SALVATORE SATTA, *Diritto fallimentare*, Padova, Cedam, 1996, p. 7.

([8]) Também os credores preferenciais podem gozar de igualdade entre si: não havendo prioridade entre os seus créditos (como é o caso entre dois créditos hipotecários sucessivamente constituídos sobre o mesmo bem), o pagamento é feito na proporção dos seus montantes, como acontece, por exemplo, entre os trabalhadores da empresa por remunerações laborais (art. 175.º-1, CIRE). O credor preferencial que não obtenha pagamento integral por força do produto da venda do bem que o garante é tratado, quanto ao remanescente do crédito, como credor comum.

— a suspensão do pagamento das obrigações vencidas há de ser *generalizada* [alínea *a*)];

— as obrigações especialmente referidas na alínea *g*) hão de ser objeto de incumprimento *generalizado*;

— embora a alínea *b*) se satisfaça com a falta de cumprimento de uma só obrigação, é preciso que, pelo seu montante ou pelas circunstâncias do incumprimento, tal revele a impossibilidade de o devedor cumprir a *generalidade* das suas obrigações.

1.3. A análise deste último preceito mostra que são requisitos da sua previsão:

— O incumprimento de uma ou mais obrigações vencidas;

— A inferência, por *presunção judicial*, de que esse incumprimento revela a impossibilidade de o devedor satisfazer pontualmente a generalidade das suas obrigações([9]);

— O basear-se esta convicção no montante dos créditos do requerente ou nas circunstâncias em que ocorre a sua não satisfação.

O crédito, vencido mas não satisfeito, do único credor significativo conhecido é seguramente *suscetível* de determinar a convicção que levará o tribunal a presumir que o devedor está impossibilitado de cumprir a generalidade das suas obrigações. Mas, para que essa convicção se forme, não basta atender ao montante do crédito, comparado com os valores globais do ativo e do passivo do devedor ou com a disponibilidade de meios de pagamento ao seu alcance([10]).

([9]) Ou, na perspetiva abstrata da norma, anterior à dedução judicial concreta, a séria probabilidade (que só o julgamento poderá concretizar) de que o incumprimento seja causado por essa impossibilidade.

([10]) Outra exigência será que as circunstâncias do incumprimento, que podem explicar porque é que ele ocorre, não revelem, por exemplo, que o devedor não quis, pura e simplesmente, pagar a dívida do requerente, seja qual for o motivo que a tal o tenha determinado. A disjuntiva *ou* ("pelo seu montante ou pelas circunstâncias do incumprimento") é enganadora: a segunda possibilidade, expressa em alternativa com o montante da dívida enquanto causa *(positiva)* da convicção judicial, pode jogar também, *negativa-*

É *também* preciso que, além dessa dívida, o devedor tenha outras que não possa igualmente pagar. A redação do preceito claramente mostra que ele não visa a proteção do interesse *individual* dum credor (normalmente o requerente), por muito avultado que seja o seu crédito, mas sim a proteção do interesse *geral* dos credores e, ainda antes destes, como se disse, o da sociedade.

Ora, quando outras dívidas não existam, não se pode ter, em princípio, por verificado o requisito da impossibilidade de pagamento da generalidade das dívidas do devedor([11]).

2. Do interesse em agir

O art. 20.º-1, CIRE, contém uma *norma de legitimidade*, como tal expressamente qualificada na sua epígrafe, tal como na da secção I em que ele se integra, pelo que o requerente da insolvência que invoque algum dos índices aí enumerados tem legitimidade processual ativa([12]). Mas tal não resolve a questão da ocorrência de outro pressuposto processual: o *interesse em agir*.

---

mente, no sentido de impedir a dedução que o tribunal de outro modo extrairia do montante do crédito.

([11]) Digo "em princípio" porque, quando o credor maioritário seja um *credor comum*, o seu direito, em caso de rateio, a um pagamento proporcional ao montante do seu crédito não se compadece com o risco de o devedor pagar entretanto a outros credores, ainda que os créditos destes sejam de pequeno montante. Só as circunstâncias concretas poderão revelar se, apesar da inatividade ou aparente renúncia destes credores, esse risco tem probabilidades de se realizar em circunstâncias que impeçam o recurso à resolução nos termos das alíneas *f*) ou *g*) do art. 121.º-1 CIRE ou à impugnação pauliana nos termos gerais dos arts. 606.º e ss do CC. Igualmente quanto ao risco de constituição de garantia real ou de ato de disposição de bens a favor de outro credor, sem possibilidade de recurso à resolução nos termos das alíneas *c*) ou *h*) do mesmo artigo. A possibilidade de notificação do credor minoritário (ou dos credores minoritários) para o(s) colocar em situação de má-fé (art. 612.º, CC) e a possibilidade de realizar penhora ou arresto em tempo útil teriam, neste quadro, de ser consideradas. Sendo o credor maioritário titular de direito real de garantia sobre bens do devedor, a questão só se pode colocar quando estes bens sejam *insuficientes* para o pagamento da dívida.

([12]) A verificação da legitimidade do requerente faz-se perante os factos por ele *invocados* como fundamento do pedido de declaração de insolvência, independentemente da sua prova, de acordo, aliás, com o conceito geral de legitimidade processual (art. 30.º-3, CPC).

Nem o art. 278.º-1, CPC (causas de absolvição da instância) nem o art. 577.º, CPC (exceções dilatórias) se refere ao interesse em agir (ou interesse processual). Mas ambos vincam que o elenco que estabelecem não é taxativo ("quando julgue procedente *outra* exceção dilatória"; "são dilatórias, *entre outras*, as exceções seguintes"). Ao invés, o art. 100.º-3 do Anteprojeto e do Projeto da Comissão Varela (cf. também arts. 17.º-*e* do Anteprojeto e 19.º-*e* do Projeto, bem como a generalidade dos preceitos dos arts. 99.º a 101.º de ambos) era expresso em integrar o interesse em agir no elenco dos pressupostos processuais. Exigem-no expressamente a lei italiana (art. 100.º, CPC it) e a lei alemã (§§ 256 a 259 da ZPO).

O apelo da noção legal de legitimidade processual ao conceito de **interesse** (em demandar e em contradizer: art. 30.º, CPC, n.os 1 e 2) baralhou durante algum tempo, entre nós, a distinção entre os dois pressupostos; mas a doutrina portuguesa das últimas décadas, tal como a jurisprudência recente dos nossos tribunais, têm-se pronunciado no sentido de que o interesse em agir é um pressuposto processual inominado, distinto do da legitimidade e cuja falta constitui uma *exceção dilatória* conducente à absolvição da instância([13]). Há, no entanto, divergências quanto à sua configuração, pondo-se normalmente a questão no plano da admissibilidade da ação de mera apreciação e no da liberdade de escolha, pelo autor, do tipo de ação a propor([14]).

([13]) Por todos: Varela, Bezerra, Nora, *Manual de Processo Civil*, Coimbra, Coimbra Editora, 1985, n.os 57 a 59, a pp. 179 a 189; ac. do TRG de 15.2.07 (António Magalhães), proc. 2612/06.

([14]) Baseia-se só na necessidade de não sobrecarregar os tribunais com ações inúteis, o que justificará o seu conhecimento oficioso (Adolf Schönke, *Lehrbuch des Zivilprozessrechts*, Karlsruhe, Müller, 1951, pp. 167 e 174), ou basear-se-á também na necessidade de respeitar a função própria do tipo de ação proposta, com a consequência de o autor, quando necessitado de recorrer a juízo, dever lançar mão do tipo de ação cuja função *mais completamente* satisfaça o seu interesse (não podendo, nomeadamente, recorrer à ação de simples apreciação quando se verifiquem os pressupostos da ação de condenação, nem a esta quando, tendo título executivo, pode diretamente propor a ação executiva)? Remeto, quanto a esta problemática, no plano em que ela usa ser colocada, para a minha *Introdução ao Processo Civil*, Coimbra, Gestlegal, 2017, n.º I.3 (17), bem como para o n.º 4 da anotação ao art. 557.º e os n.os 3 das anotações aos arts. 535.º e 577.º no meu — e de Isabel Alexandre — *Código de Processo Civil Anotado*, Coimbra, Almedina, 2017, II. Tenho defendido a primeira das posições referidas. A aplicação do conceito seguidamente feita no

Enquanto a legitimidade processual (tal como a legitimidade substantiva) respeita à relação entre determinado sujeito jurídico e o objeto do processo([15]), o interesse processual relaciona-se com a *função processual*, que é inadmissível que seja desviada para obter resultados diversos dos que lhe são próprios. Assim, falta o interesse processual quando não se verifique, ainda que as partes o simulem, o conflito de interesses que está na base do processo civil([16]) ou o interesse que a ação proposta visa satisfazer([17]). O meio processual pode, em meu entender, ficar *aquém* da satisfação integral do interesse de quem a ele recorre (*supra*, nota 14); mas não pode ir *além* do necessário a essa satisfação (*supra*, nota 17).

Constituindo função do processo de insolvência impedir, no interesse da sociedade e dos credores comuns do insolvente, a prossecução da atividade duma empresa que não tem qualquer possibilidade de cumprir as suas obrigações, e não satisfazer, em especial, o interesse de certo ou certos credores, constitui *desvio* dessa função, subordinando-o à função própria da ação executiva, admitir a declaração de insolvência para a realização do interesse de um só credor, *quando este interesse é por ele realizável na ação executiva*.

---

presente parecer respeita ao recurso, já não a um meio menos satisfatório para o credor, mas a um meio que, ao invés, *excede* a medida da satisfação do seu interesse. Elemento comum a ambos estes tipos de caso é a ideia de *adequação* do meio utilizado ao interesse que com ele se visa proteger.

([15]) João de Castro Mendes, *Direito processual civil*, Lisboa, AAFDL, 1985, I, p. 105; Miguel Teixeira de Sousa, *Introdução ao processo civil*, Lisboa, Lex, 1993, p. 74.

([16]) Veja-se de novo a minha *Introdução, cit.*, n.os I.3 (17), I.3.6 e I.4.4.

([17]) Assim, desde logo, quando se propõe uma ação de mera apreciação sem que sobre a sua existência se verifique uma situação de incerteza (sobre a existência do direito, da situação jurídica ou do facto jurídico cujo acertamento é pedido), objetivamente grave, que justifique a intervenção judicial (remeto, mais uma vez, para o n.º 1.3 (17) da minha *Introdução, cit.*, bem como para os autores citados na minha obra *A falsidade no direito probatório*, Coimbra, Almedina, 2013, n.º III (55), a pp. 201-203). O mesmo quando, fora o caso do art. 557.º-2 CC, se proponha uma ação de condenação na satisfação dum direito ainda por constituir (meu *Código de Processo Civil anotado*, *cit.*, n.º 4 da anotação ao art. 557.º). Outro exemplo costuma ser dado: o da ação constitutiva proposta em caso em que o efeito jurídico pretendido pode ser obtido mediante simples declaração unilateral do autor (cf. art. 100.º-2 do Projeto do Código de Processo Civil da Comissão Varela, Lisboa, Ministério da Justiça, 1993).

O credor comum pode, na ação executiva, ser preterido por outro credor comum que, antes dele, penhore os bens do devedor([18]); mas o credor que goze de garantia real sobre os bens do devedor é, na ação executiva, pago com a prioridade que lhe caiba, quer seja o exequente, quer reclame em execução alheia, a mesma coisa acontecendo no processo de insolvência. Não se vê, por isso, quanto a esses bens, que tenha interesse *jurídico* em requerer a insolvência em lugar de propor a ação executiva, na qual, aliás, poderá, sendo caso disso, obter a dispensa da citação prévia do executado se outros bens existirem para além dos onerados e estes forem insuficientes para satisfazer o seu direito (art. 727.º, CPC). O seu interesse em requerer a insolvência antes da ação executiva só pode ser pressionar o devedor para uma dação em pagamento ou conseguir, na liquidação do ativo, apropriar-se de todos os seus bens; mas esse não constitui um interesse juridicamente protegido. O meio da insolvência mostra-se assim *juridicamente inadequado*, *por excesso,* à satisfação do interesse jurídico do credor preferencial.

Nem se argumente com a urgência do processo de insolvência e a não urgência do processo executivo: a maior complexidade do primeiro, resultante da intervenção de todos os credores, seguramente resultará, apesar desse regime de urgência, em maior demora na realização do direito do credor.

Por esta mesmíssima razão, quer a doutrina alemã([19]), quer a jurisprudência alemã([20]), negam ao credor com garantia sobre os

---

([18]) Procurando evitar esta consequência, a penhora fica sem efeito se sobrevier a declaração de insolvência do devedor.

([19]) Othmar Jauernig, *Zwangsvollstrec Kungs- und Konkursrecht*, München, 1990, § 53, II.2, a pp. 222-223; Baur/Stürner, *Zwangsvollstreckungs- Konkurs- und Vergleichsrecht*, Heidelberg, 1990, § 7, 7.18, a p. 82. Em direito italiano a questão não se põe, pois a declaração de insolvência pode aí ser de iniciativa oficiosa do juiz, na base de qualquer denúncia, sem prejuízo de a poderem pedir o devedor, um credor ou o Ministério Público (por todos: Edoardo Ricci, *Lezioni sul falimento*, Milano, Giuffrè, 1997, I, n.os 14, 20 e 21).

([20]) Decisão do *Oberlandsgericht* de Hamm de 27.4.73 — 23w 84/73, *MDR*, 73, p. 1029, rejeitando a pretensão de insolvência quando o credor com garantia real pode encontrar satisfação por meio mais simples e adequado; decisão do *Bundesgerichtshof* de 29.11.07, *Das Rechtsportal*, BGH, Beschluss vom 29.November 2007 — IX 2B 12/07 —, juris, considerando que um credor nas mesmas condições não tem interesse digno de proteção jurídica em requerer a declaração de insolvência.

bens do devedor, por falta da *Rechtschutzbedürfnis*, o direito de requerer a insolvência, com preterição da ação executiva. No direito português, a legitimidade conferida para o efeito a qualquer credor pelo art. 120.º-1, CIRE, não impede que a verificação da falta do pressuposto do interesse processual leve a julgar inadmissível a insolvência requerida pelo credor com garantia real sobre bens do devedor que não demonstre ter especial interesse jurídico em a requerer([21]). É o que, aliás, resulta igualmente da ordem de considerações que se segue.

III. DA PRIORIDADE DA EXECUÇÃO SOBRE O BEM OBJETO DA GARANTIA

1. Fraude à lei

Confere o art. 697.º, CC, ao devedor que seja dono da coisa hipotecada o direito de, *na execução*, se opor à penhora de outros bens do seu património enquanto não for reconhecida a insuficiência da garantia. Direito idêntico tem, por maioria de razão, o fiador, ainda que constituído como principal pagador.

Dispõe o art. 637.º-1, CC, que o fiador pode opor ao credor todos os meios de defesa que competem ao devedor. Esta norma aplica-se a todos os fiadores, pois tem a ver com a natureza da fiança, que o regime de solidariedade a que está sujeito o principal

---

([21]) É, entre nós, o que resulta, embora sem expressa menção do pressuposto do interesse processual, dos acs. do TRG de 30.10.08 (HENRIQUE ANDRADE), proc. 2209/08, e do TRL de 4.12.14 (ANTÓNIO MARTINS), proc. 877/13. Em ambos os casos se negou a um credor hipotecário, com direito real de garantia sobre bens de valor superior ao da dívida, o acesso ao processo de insolvência, em vez da propositura duma ação executiva. No mesmo sentido se pronunciou o TRL em 18.10.16 (ISABEL FONSECA), proc. 26092/15, e em 2.3.17 (ANTÓNIO VALENTE), proc. 26089/15, já com apelo aos conceitos de fraude à lei e de abuso de direito, de que trata seguidamente o texto. Em contrário se pronunciou o mesmo TRL em 10.11.16 (MIGUEL GERALDES), proc. 26090/15, e em 24.11.16 (FRANCISCA MENDES), proc. 26094/5.

pagador não contradiz: a obrigação do fiador, como garante pessoal duma dívida alheia, é sempre *acessória* da obrigação que recai sobre o principal devedor (art. 627.º-2, CC), por isso ficando sempre sub-rogado nos direitos do credor o fiador que cumpre a obrigação (arts. 644.º, CC, e 650.º-1, CC). Entre os meios de defesa que competem ao devedor está o que lhe é conferido pelo art. 697.º, CC, que, por via do citado art. 637.º-1, CC, pode ser oposto pelo fiador: este pode opor-se à penhora dos bens do seu património enquanto não for reconhecida a insuficiência da garantia constituída pela hipoteca dos bens do devedor.

É certo que o art. 640.º-*a*, CC, recusa ao fiador pagador principal o direito a invocar "os *benefícios* constantes dos artigos anteriores". Mas esta exclusão respeita aos benefícios especificamente conferidos ao fiador pelos arts. 638.º, CC, e 639.º, CC, mas não aos direitos que lhe são conferidos pelo art. 637.º, CC. Logo o mostra a comparação da epígrafe deste artigo ("*meios de defesa* do fiador") com as dos artigos seguintes ("*benefício* da excussão" e "*benefício* da excussão, havendo garantias reais"). Do mesmo modo o espelha inequivocamente a redação do art. 639.º-1, CC([22]): a "garantia real constituída por terceiro" claramente não abrange a constituída pelo devedor, dado esta já ser abrangida pelo art. 637.º, CC: o devedor não pode invocar a garantia real constituída sobre bem de terceiro, mas o fiador pode, a menos que a prestação da fiança seja anterior. No art. 640.º-*a*, CC, não estão, pois, em causa os direitos conferidos ao devedor, que o fiador pode *igualmente* exercer, mesmo que o devedor a eles renuncie (art. 637.º-2, CC). À mesma conclusão se chegaria, se assim não fosse, perante a norma do art. 606.º-1, CC, (sub-rogação do credor ao devedor), atento o direito de regresso do fiador contra o devedor (art. 644.º, CC).

Por sua vez, o art. 752.º, CPC, só admite a penhora de bens diferentes daqueles que, pertencendo ao devedor, estejam onerados com garantia real quando se reconheça a insuficiência destes para o fim da execução. Não se fala aqui, ao contrário da lei civil, de opo-

---

([22]) "Se, para segurança da mesma dívida, houver garantia real constituída por terceiro, contemporânea da fiança ou anterior a ela, tem o fiador o direito de exigir a excussão prévia das coisas sobre que recai a garantia real".

sição, pelo que, *oficiosamente* verificada no processo executivo a existência da garantia real, logo fica impedida a penhora sobre outros bens, ressalvado o direito do credor a provar a insuficiência dos bens dados em garantia. É que, tendo em conta que a lei processual (de 2013) é posterior à lei civil (de 1966), o art. 697.º, CC, está *derrogado* quanto ao ónus de excecionar que impunha ao devedor.

Também este preceito beneficia o fiador, pelas mesmas razões que ficaram apontadas na interpretação dos preceitos do Código Civil. Ainda que seja principal pagador, os seus bens não respondem pela dívida enquanto não se verifique a insuficiência da garantia constituída sobre os bens do devedor.

Com ou sem ónus de excecionar, é *ónus do credor provar* a insuficiência dos bens dados em garantia: nem o preceito da lei civil, nem o preceito da lei processual, admitem qualquer dúvida quanto a este ónus.

Uma vez que a penhora sobre bens do insolvente se extingue com a declaração de insolvência, estes preceitos não têm aplicação *direta* no processo de insolvência, sem prejuízo do juízo de insuficiência global do ativo a que se procede para os efeitos dos arts. 3.º-2 e 20.º-*h* do CIRE (manifesta superioridade do passivo sobre o ativo) e da eventual inclusão entre os créditos comuns, na fase do pagamento aos credores, dos saldos não garantidos dos créditos preferenciais (art. 174.º, CIRE). Mas essa não aplicação tem como pressuposto que a apreensão dos bens para a massa insolvente visa proporcionar, através da sua liquidação, o pagamento da generalidade dos credores. Verificando-se que a insolvência declarada a requerimento do credor preferencial terá como consequência a apreensão de bens não afetos à garantia e a sua liquidação em benefício quase exclusivo do credor requerente, não se provando sequer que haja outros créditos vencidos[23], o recurso daquele credor ao processo de insolvência constitui um modo de defraudar os referidos arts. 697.º, CC, e 752.º, CPC.

---

[23] O acordo eventualmente feito com algum credor para pagar a dívida vencida a prestações, que estejam a ser realizadas, implica a prorrogação do prazo para o pagamento.

A *fraude à lei* consiste na observância duma conduta que, não sendo expressamente prevista numa norma imperativa, tem um resultado análogo ao que teria a conduta prevista(24). O que o art. 697.º, CC, pretende evitar é que a execução do credor preferencial incida sobre bens diversos dos que são objeto do direito real de garantia, enquanto não se demonstre que estes são insuficientes para satisfazer o crédito garantido. Os bens onerados não precisam, em princípio, de ser excutidos antes de outros serem apreendidos para satisfação do credor. Mas, para que tal aconteça, tem de ser feita prova de que são insuficientes: o credor terá de provar que o seu valor realizável é inferior ao do crédito garantido. Se, ao invés, se verificar que o valor dos bens excede largamente o do crédito garantido, dificilmente será evitável a sua venda, ou a verificação da sua impossibilidade, antes de fazer incidir a penhora sobre outros bens do devedor. Contendo o art. 697.º, CC, uma norma *imperativa*, tal como o art. 752.º, CPC, constitui fraude à lei procurar evitar a sua aplicação recorrendo à apreensão de outros bens do devedor em processo de insolvência, sem primeiro provar essa insuficiência.

Por maioria de razão assim será se, na oposição do devedor principal ou do fiador, for verificado que o valor dos bens hipotecados é superior ao da dívida, o que constitui facto contrário àquele que ao credor cabia provar.

Se o art. 20.º-1-*b*, CIRE dever ser interpretado no sentido de o crédito (ou créditos) do credor maioritário preencher, só por si, o conceito de generalidade das obrigações do devedor, o pedido da insolvência deduzido por um credor hipotecário no condicionalismo referido constitui fraude à lei.

2. Abuso de direito

A não ocorrer a fraude à lei, constituiria abuso de direito a atuação do credor que, gozando de garantias reais não excutidas, peça a insolvência de vários fiadores principais pagadores, ao

---

(24) Luigi Carraro, *Frode alla legge*, Novissimo Digesto Italiano, VII, pp. 649-650; Manuel de Andrade, *Teoria geral da relação jurídica*, Coimbra, 1953, pp. 141-142.

mesmo tempo que a insolvência do devedor principal, argumentando com a insuficiência do património de *cada um* deles para o pagamento de *totalidade* dos seus créditos.

É certo que entre os fiadores principais pagadores há solidariedade passiva. No entanto, a insuficiência da garantia real prestada ao devedor principal teria de ser primeiramente verificada: o art. 640.º-*-a*, CC impede o devedor principal pagador de invocar o benefício consistente em exigir a excussão prévia dos bens do devedor principal, mas não afasta o direito a opor-se à execução dos seus bens enquanto não for verificada a *insuficiência* dos bens hipotecados pelo devedor principal. Verificar, em processo de insolvência, se o património do fiador é insuficiente para o pagamento da dívida afiançada ou se o fiador está impossibilitado de pagar a totalidade da dívida, abstraindo da existência da hipoteca sobre os bens do devedor principal, enquadra-se manifestamente na defraudação dos arts. 697.º, CC (*ex vi* art. 637.º-1, CC) e 752.º, CPC.

Mas, se abstrairmos da fraude à lei, surge diante de nós a figura do *abuso de direito*. O direito de exigir ao devedor solidário o pagamento da totalidade da dívida permite ao credor pedir a qualquer dos devedores toda a prestação ou parte dela; mas, se exigir judicialmente a um deles a totalidade ou parte da prestação, fica inibido de proceder contra os outros pelo que ao primeiro tenha exigido. Di-lo muito claramente o art. 519.º-1, CC. A *exceção* que o mesmo artigo acrescenta ("razão atendível, como a insolvência ou risco de insolvência do demandado, ou dificuldade, por outra causa, em obter dele a prestação") funciona no interior da ação ou execução singular: ocorrida a situação de insolvência, ou o risco de insolvência, daquele contra quem a ação ou execução não foi proposta, o credor tem interesse processual em o demandar também, a fim de *garantir* a cobrança dum crédito que de outro modo correria o risco de não conseguir cobrar. Mas excede o *fim* desta norma excecional o credor que, gozando de garantias reais não excutidas, pede a insolvência dos fiadores principais pagadores, por cada um deles não dispor de ativo que permita pagar a totalidade da dívida de todos.

IV. CONCLUSÕES

1. A ação executiva tem por finalidade a realização coativa da obrigação (art. 10.º-4, CPC): através dela, o credor obtém resultado idêntico ou equivalente ao da prestação voluntária da coisa ou facto devido. Proposta pelo credor contra o seu devedor, é qualificada como execução singular, sem prejuízo de para ela serem convocados os credores que tenham garantia real sobre os bens penhorados.

2. Por seu lado, o processo de insolvência não cuida duma particular relação jurídica de obrigação: o concurso de credores é universal, nele reclamando os seus créditos todos os credores, comuns ou privilegiados, do devedor.

3. É frequente dizer-se que tanto a execução singular como a execução universal visam a satisfação dos credores (cf. art. 1.º-1, CIRE), mas, mais do que por este fim, a insolvência caracteriza-se por constituir uma reação do sistema jurídico liberal contra a verificação da impossibilidade, em que uma empresa (ou, por extensão, outro devedor) se encontre, de realizar a sua função económica: é extinta ou suspensa a atividade da empresa e assegurada, após a liquidação do seu património, a satisfação igualitária dos credores comuns, sem prejuízo das preferências decorrentes das garantias reais constituídas.

4. Através desta *par condicio creditorum*, a insolvência constitui o modo de realização mais perfeito da ideia de garantia comum dos credores (art. 604.º, CC), de tal modo que cessa com a sua declaração a garantia constituída pela penhora, tal como a resultante de hipoteca judicial (art. 140.º-3, CIRE).

5. Embora qualquer credor ("ainda que condicional e qualquer que seja a natureza do seu crédito") a possa requerer (art. 20.º-1, CIRE), a organização da insolvência visa assim a proteção da sociedade em geral e, em especial, a dos credores comuns do insolvente.

6. Isto mesmo é espelhado no enunciado dos índices de insolvência elencados no art. 20.º-1, CIRE, nomeadamente nas suas alíneas *a*), *g*) e *b*).

7. Este último índice claramente inculca a ideia de que a declaração de insolvência não tem como escopo a proteção do interesse individual dum credor, por muito avultado que seja o seu crédito, mas sim a proteção do interesse geral dos credores: para que se verifique o requisito da impossibilidade de satisfação da generalidade dos créditos, não basta demonstrar a impossibilidade de satisfazer o direito de crédito em mora; é preciso demonstrar a impossibilidade de pagar também a generalidade das outras dívidas vencidas, o que não ocorre quando não haja outros credores conhecidos ou quando os outros credores existentes prorroguem o prazo de pagamento, não interpelem o devedor para cumprir ou renunciem de algum modo, desde que não antecipadamente, ao seu direito ao pagamento pontual.

8. Admitir a declaração de insolvência em benefício de um só credor, como alternativa à ação executiva, constituiria desvio da função própria do instituto para o subordinar à função própria desta ação.

9. Assim seria, sobretudo, estando o credor garantido com hipoteca sobre bens do devedor: o credor com garantia real é sempre pago com a prioridade que lhe caiba, quer movendo execução própria, quer reclamando em execução alheia, enquanto o credor comum pode ser preterido por outro credor comum que, antes dele, penhore os bens do devedor.

10. Aliás, o credor preferencial não tem, em princípio, interesse jurídico em requerer a insolvência, em lugar de propor a ação executiva, em que poderá, sendo caso disso, obter a dispensa da citação prévia se outros bens do devedor existirem para além dos hipotecados e estes forem insuficientes para satisfazer o seu direito: o seu interesse em requerer a

insolvência antes da ação executiva consistirá em pressionar o devedor para uma dação em pagamento ou conseguir, na liquidação, apropriar-se de todos os seus bens, o que não chega para se verificar o pressuposto processual do interesse em agir e, desviando o meio processual da sua função, é fundamento de absolvição da instância.

11. De acordo com o art. 697.º, CC, o devedor que for dono da coisa hipotecada tem o direito de, na execução, se opor à penhora de outros bens do seu património enquanto não for reconhecida a insuficiência da garantia, o mesmo direito tendo, com maioria de razão, o fiador, ainda que principal pagador (art. 637.º, CC, e art. 640.º-*a*, CC, *a contrario*).

12. Por sua vez, o art. 752.º, CPC, só admite a penhora de bens diferentes daqueles que, pertencendo ao devedor, estejam onerados com garantia real quando se reconheça a insuficiência destes para o fim da execução, o que, dada a posterioridade da lei processual (2013) em face da lei civil (1966), dispensa a oposição do devedor: a verificação, no processo executivo propriamente dito, da existência da garantia basta para impedir o prosseguimento da execução sobre outros bens, salvo se for feita prova dessa insuficiência; também este preceito é invocável a favor do fiador, cujos bens não respondem pela dívida enquanto não se verifique a insuficiência da garantia constituída sobre os bens do devedor.

13. Verificada, na ação executiva, a insuficiência dos bens penhorados para o pagamento do crédito do exequente, verifica-se o índice da insolvência do art. 20.º-1-*e*, CIRE.

14. Constituiria fraude à lei admitir que o credor hipotecário pudesse, em processo de insolvência, fazer apreender bens do devedor não onerados pela hipoteca, sem a prévia demonstração, de que o credor tem o ónus, da insuficiência dos bens hipotecados que os citados arts. 697.º, CC, e 752.º, CPC, exigem.

15. A fraude à lei é mais nítida ainda no processo de insolvência do fiador principal pagador, por se basear na insuficiência do seu património para o pagamento da totalidade da dívida, não obstante a norma geral do art. 519.º-1, CC, e a circunscrição da aplicação das normas excecionais também aí consagradas no âmbito da ação ou execução singular.

16. A não se considerar, neste caso, haver fraude à lei, o comportamento do credor que requeira a insolvência de vários fiadores principais pagadores, com base na insuficiência do património de cada um, isoladamente considerado, para o pagamento da totalidade da dívida, configura o abuso de direito, por exceder o fim dessas normas excecionais.

CONCESSÕES PETROLÍFERAS E CONTRATAÇÃO PÚBLICA(*)

Por Lino Torgal(**)
e Miguel Assis Raimundo(***)

Sumário:

§ 1.º Considerações sobre a formação de contratos de concessão da prospeção, pesquisa, desenvolvimento e produção de petróleo. 1.1. Enquadramento normativo: o Decreto-Lei n.º 109/94, de 26 de abril. **1.2.** Idem: o Código dos Contratos Públicos, de 2008. **1.3.** Do impacto do CCP no Decreto-Lei n.º 109/94: em geral. **1.4.** Idem: sobre a regulação do concurso público pelo Decreto-Lei n.º 109/94. **1.5.** Idem: sobre a regulação da negociação direta pelo Decreto-Lei n.º 109/94. **§ 2.º Da (in)existência de regimes de contratação pública aplicáveis à aquisição de bens e serviços por concessionárias de atividades petrolíferas. 2.1.** Razão de ordem. **2.2.** Concessões outorgadas antes da entrada em vigor do CCP. **2.3.** Concessões outorgadas após a entrada em vigor do CCP. **2.4.** O regime de extensão da aplicação do CCP (artigos 276.º a 277.º). **§ 3.º Conclusões.**

(*) O presente estudo tem por base uma investigação realizada antes da revisão do Código dos Contratos Públicos, operada pelo Decreto-Lei n.º 111-B/2017, de 31 de agosto, que republicou o diploma. Relativamente ao texto original, fizeram-se apenas ligeiras alterações e atualizações, tendo sobretudo por referência a nova versão do CCP, bem como alguns outros elementos relevantes entretanto surgidos.

(**) Advogado e Docente Convidado da Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa (Lisboa).

(***) Professor da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa e Advogado.

§ 1.º
Considerações sobre a formação de contratos de concessão da prospeção, pesquisa, desenvolvimento e produção de petróleo

1.1. Enquadramento normativo: o Decreto-Lei n.º 109/ /94, de 26 de abril

1. A regulação jurídica da atividade de exploração comercial de campos de petróleo tem sido feita, no Direito administrativo português e na generalidade dos ordenamentos que lhe são próximos, por intermédio de diplomas legais autónomos. Decorrerá muito provavelmente aquele traço do sistema jurídico, não só do facto de estarmos perante uma específica atividade económica em si mesmo muito relevante, como da circunstância de ela estar agregada às não menos importantes atividades de prospeção e pesquisa, que, a montante, se assumem como essenciais para localizar e aferir a viabilidade comercial do próprio recurso energético em causa e que podem implicar, só por si, encargos significativos, que correspondem a investimentos que o promotor precisa de realizar.

A apontada especificidade da organização jurídico-legal daquela fileira de atividades do setor petrolífero não significa, porém, que estejamos perante uma matéria que possa permanecer incólume perante os movimentos e princípios jurídico-administrativos de ordem geral que se têm respetivamente registado e afirmado nos tempos mais recentes.

O presente estudo aborda justamente o regime das referidas atividades da fileira do petróleo do ponto de vista de uma das dimensões que tem estado em foco na evolução do Direito Administrativo das últimas décadas: a que se prende com o regime de *formação* dos contratos públicos que têm o desenvolvimento de tais atividades por objeto.

E isto numa dupla faceta: pretende saber-se, por um lado, qual o regime de formação dos contratos que, celebrados com entidades privadas, habilitam operadores económicos a dedicar-se à prospeção, pesquisa, desenvolvimento e produção de petróleo. Mas é

nosso propósito analisar também a questão de outra perspetiva em que ela pode colocar-se, qual seja a de saber se *as próprias entidades privadas* que assumem, por via de contrato, uma determinada atividade tendente à produção petrolífera, não deverão, elas próprias, nos seus contratos, aplicar princípios e regras em matéria de contratação pública.

Em síntese, e partindo do ponto de vista do concessionário das ditas atividades, visa saber-se *qual o regime de formação do contrato de concessão* que atribui o título de concessionário, e também apurar *qual o regime de formação dos contratos que esse mesmo concessionário depois celebra* para levar a cabo a sua atividade.

Para efeitos desta investigação, importa começar por identificar as regras vigentes no ordenamento jurídico nacional que regulam a formação de contratos de concessão da prospeção, pesquisa, desenvolvimento e produção de petróleo. Estas atividades, que, em conjunto, compõem a chamada fase *upstream* da cadeia de valor do sector petrolífero([1]), são especialmente reguladas pelo Decreto-Lei n.º 109/94, de 26 de Abril([2]).

Nos termos deste diploma, o título contratual habilitante do desenvolvimento das *"actividades de prospecção, pesquisa, desenvolvimento e produção de petróleo"* é a concessão, a qual é aí expressamente qualificada como uma espécie do género *contrato administrativo*([3]). A atribuição da concessão deve ser precedida de um procedimento de *concurso público* ou de *negociação direta*([4]).

([1]) Por contraposição à fase do *downstream*, regulada fundamentalmente pelo Decreto-Lei n.º 31/2006, de 15 de Fevereiro, significativamente alterado pelo Decreto-Lei n.º 244/2015, de 19 de outubro, diploma que define o regime geral do *Sistema Petrolífero Nacional*, o qual integra as atividades de *refinação, armazenamento, transporte, distribuição de produtos de petróleo e comercialização de petróleo bruto e de produtos de petróleo*.

([2]) Alterado pela Lei n.º 82/2017, de 18 de agosto, que determina a obrigatoriedade de consulta prévia aos municípios nos procedimentos administrativos relativos à prospecção e pesquisa, exploração experimental e exploração de hidrocarbonetos.

([3]) Cf. art. 18.º do Decreto-Lei n.º 109/94.

([4]) Cf. art. 15.º, n.º 5, do Decreto-Lei n.º 109/94.

2. A Secção II do Capítulo II do Decreto-Lei n.º 109/94 contém as normas relativas à atribuição de uma concessão através do procedimento de concurso público.

Em resumo, este procedimento pode ser promovido a todo tempo, por determinação do Governo (é competente para tal o ministro da tutela, em concreto, o Ministro da Economia), através da publicação de anúncio no *Diário da República* e no *Jornal Oficial das Comunidades*(5), que regulamenta o modo e forma de apresentação de propostas à atribuição da concessão de parte ou da totalidade das áreas geográficas sujeitas a concurso. A decisão da abertura de um concurso público é sempre do Governo, ainda que o impulso para aquela possa ter tido origem no seio da Administração ou, alternativamente, na apresentação de uma candidatura de um particular para o exercício de atividades em determinada área.

A adjudicação é formalizada por despacho do ministro da tutela(6), comunicada a todos os concorrentes pelo GPEP(7), sendo o respetivo contrato outorgado nos termos do disposto nos arts. 20.º e 21.º do diploma em apreço, ou seja, a Administração "*procederá à elaboração da minuta do respectivo contrato*", de acordo com as bases contratuais aprovadas pela Portaria n.º 790/94, de 5 de Setembro, e com as cláusulas contratuais acordadas, se for o caso, a qual será, depois, submetida a aprovação ministerial no prazo máximo de 15 dias. Com a aprovação, "*será outorgado o contrato de concessão, em acto público*"(8).

3. A negociação direta surge como uma novidade no Decreto-Lei n.º 109/94, com a justificação de poder "vir a mostrar-se útil para um país não produtor de petróleo, como é o caso de Portugal".

No art. 8.º, n.º 2, concretiza-se que a negociação direta é um procedimento apenas elegível para a atribuição das áreas: "*a*) *Pre-*

---

(5) Atual *Jornal Oficial da União Europeia*.

(6) Cf. art. 15.º, n.º 3, do Decreto-Lei n.º 109/94.

(7) Ou seja: *Gabinete para a Pesquisa e Exploração de Petróleo*, cujas competências previstas no Decreto-Lei n.º 194/94 foram posteriormente repartidas entre a *Direção-Geral de Energia e Geologia* e a *Entidade Nacional para o Mercado de Combustíveis, E.P.E.*

(8) Cf. art. 21.º do Decreto-Lei n.º 109/94.

viamente declaradas disponíveis numa base permanente; b) *Objecto de concurso público anterior de que não tenha resultado a atribuição de uma concessão; c*) *Restituídas por concessionárias; d*) *Contíguas às de uma concessão em vigor, se a anexação dessas áreas à referida concessão se justificar por razões de ordem técnica ou económica*". O n.º 3 prevê que, "*na situação referida na alínea d*) *do número anterior, havendo mais de uma concessão contígua nas condições indicadas será aberto concurso, limitado às concessionárias confinantes com a área em questão*".

4. O procedimento de negociação direta é um procedimento claramente mais simples do que o concurso público. Na verdade, segundo o art. 17.º, "*qualquer entidade interessada pode requerer (...) a atribuição de concessão para uma área que se encontre nas condições ali indicadas, mediante negociação prévia*"([9]).

O requerimento para a atribuição de concessão deverá ser *"instruído com os elementos necessários para a prova da idoneidade técnica e capacidade económico-financeira do requerente", com "excepção da caução provisória, que não é exigível"*.

A sua apresentação dará início ao processo negocial, o qual deverá estar concluído no prazo de 90 dias a contar da data da entrega do requerimento, podendo a Administração prorrogá-lo por mais 60 dias.

Havendo acordo entre a Administração e o requerente *"quanto à proposta resultante da negociação, deverá o GPEP submetê-la a aprovação do ministro da tutela no prazo de 15 dias após a conclusão das negociações"*([10]).

Proferido o despacho de aprovação e consequente atribuição da concessão, a outorga do contrato de concessão segue os mesmos termos já analisados para o procedimento de concurso público.

5. Cumpre, ainda, fazer uma breve referência à Diretiva 94/ /22/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 30 de Maio

---

([9]) Cf. art. 17.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 109/94.
([10]) Cf. art. 17.º, n.º 4, do Decreto-Lei n.º 109/94.

de 1994([11]) ("Diretiva"), relativa às condições de concessão e de utilização das autorizações de prospeção, pesquisa e produção de hidrocarbonetos.

Esta Diretiva foi publicada em momento posterior à entrada em vigor do Decreto-Lei n.º 109/94 e prevê igualmente regras procedimentais que os Estados-membros devem respeitar na concessão de *autorizações* para a prospeção, pesquisa ou produção de hidrocarbonetos numa determinada área geográfica.

Nos seus termos, as autorizações devem ser concedidas *"no termo de um procedimento em que todas as entidades possam apresentar pedidos em conformidade"*. Este procedimento pode ser desencadeado através de um anúncio a publicar no Jornal Oficial das Comunidades Europeias por *"iniciativa das autoridades competentes" ou, alternativamente, "na sequência da recepção de uma proposta por uma entidade"*([12]).

O regime da Diretiva acaba por ter o necessário acolhimento no ordenamento jurídico nacional, através do regime do concurso público previsto no Decreto-Lei n.º 109/94, acima já mencionado.

Mais: ela própria veio dar aos Estados-Membros a possibilidade de concederem autorizações sem se iniciar um procedimento de concurso público, contanto a área para a qual a concessão é solicitada (*i*) esteja disponível a título permanente, (*ii*) tenha sido objeto de procedimento do qual não tenha resultado a concessão de uma *autorização* ou (*iii*) tenha sido abandonada por uma entidade([13]). A Diretiva prevê ainda que também poderá não ser utilizado um procedimento aberto *"se e na medida em que razões de ordem geológica ou de produção justifiquem que se conceda uma autorização para uma área ao titular de uma autorização para uma área contígua"*([14]).

Assim, além de o concurso público previsto no Decreto-Lei n.º 109/94 acolher as exigências respeitantes ao procedimento

---

([11]) Publicada no *Jornal Oficial das Comunidades Europeias* n.º L 164, de 30 de Junho de 1994.

([12]) Cf. n.os 1 e 2 do art. 3.º da Diretiva 94/22/CE.

([13]) Cf. n.º 3 do art. 3.º da Directiva 94/22/CE.

([14]) Cf. n.º 4 do art. 3.º da Directiva 94/22/CE.

aberto previsto na Diretiva, a possibilidade de conceder autorizações sem a abertura de um concurso público, que o diploma europeu também prevê, encontra respaldo no procedimento de negociação direta que o Decreto-Lei n.º 109/94, conforme vimos, também acolhe.

Assim, apesar de não ter existido um ato de transposição da Diretiva para o ordenamento jurídico nacional, o Decreto-Lei n.º 109/94, publicado cerca de dois meses antes da publicação da diretiva, acolhe as exigências previstas no referido diploma europeu.

Em suma, o Decreto-Lei n.º 109/94, ainda que não possa ser considerado uma transposição, em sentido técnico, da Diretiva 94/22/CE, acolhe um regime jurídico-procedimental que se pode considerar conforme com as suas disposições([15]/[16]), representando (chamemos-lhe assim) uma transposição *avant la lettre* desse dispositivo europeu.

6. Sumariados os traços basilares dos procedimentos pré-contratuais previstos no Decreto-Lei n.º 109/94 e compulsado o essencial constante sobre esse mesmo tema na Diretiva de 1994, interessa, de seguida, averiguar se, em face da sobrevigência de diplomas nacionais e europeus em matéria de contratação pública e de execução de contratos públicos, a regulamentação analisada subsiste em vigor e, em caso de resposta afirmativa, em que medida.

2.2. *Idem:* o Código dos Contratos Públicos, de 2008

7. O art. 14.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 18/2008, de 29 de Janeiro, diploma que aprovou o Código dos Contratos Públicos ("CCP"), contém uma norma de revogação expressa de um con-

---

([15]) Fator que pode estar na origem do seguinte parágrafo preambular do Decreto-Lei n.º 109/94: *"Na elaboração do presente diploma foram já consideradas as orientações e recomendações comunitárias pertinentes"*.

([16]) Referindo-se igualmente a uma "transposição" do diploma comunitário, cf. Suzana Tavares da Silva, *Direito da Energia*, Coimbra: Coimbra Editora, 2011, p. 44.

junto de diplomas, que deixaram, assim, por virtude dela de vigorar na nossa ordem jurídica.

No entanto, ciente que a legislação extravagante relativa à contratação pública era muito mais vasta do que a constante dos diplomas mencionados no referido art. 14.º, n.º 1, o legislador previu ainda uma norma de revogação genérica, no art. 14.º, n.º 2. De acordo com esta norma, *"é igualmente revogada toda a legislação relativa às matérias reguladas pelo Código dos Contratos Públicos, seja ou não com ele incompatível"*.

Uma vez que o Decreto-Lei n.º 109/94 não figura entre os diplomas expressamente identificados no art. 14.º, n.º 1, a vigência dos procedimentos pré-contratuais que o mesmo rege depende da sua inclusão, ou não, no âmbito de aplicação da norma prevista no n.º 2 do mesmo preceito.

O alcance da norma constante do art. 14.º, n.º 2, é controverso. Normas desta natureza surgem por vezes em diplomas que consolidam vários regimes antes dispersos. Trata-se, no fundo, da explicitação de algo que porventura já resultaria dos critérios gerais de resolução de antinomias, ou seja, a revogação (que, nesse caso, seria tácita) de regras referentes ao domínio de incidência material da nova lei. A razão pela qual o legislador utiliza este tipo de norma é, presume-se, a segurança jurídica. A verdade, porém, é que este tipo de normas — como se comprova com o exemplo que agora temos em mãos — não elimina dúvidas sobre quais são os regimes efetivamente revogados, pois obriga o intérprete a procurar os domínios nos quais a regulação do novo diploma se sobrepõe à de outros diplomas preexistentes (e, portanto, prevalece sobre eles).

As normas deste tipo apresentam, normalmente, uma de duas fisionomias: ou se dispõe que ficam revogados os diplomas (*rectius*, as regras, porque pode tratar-se de uma revogação apenas de secções de diplomas) sobre as matérias reguladas pelo novo diploma, se forem incompatíveis com o novo regime; ou se dispõe que ficam revogados os diplomas (ou as regras) sobre a matéria regulada pelo novo regime, independentemente da relação de (in)compatibilidade com esse novo regime. No primeiro caso, a revogação depende da verificação de dois pressupostos: identidade

da matéria regulada e contrariedade entre normas; no segundo, depende apenas da identidade da matéria regulada.

No presente caso, o critério utilizado pelo legislador para determinar a revogação de normas anteriores, prende-se com o facto de a matéria em causa estar, ou não, regulada pelo CCP, já que o critério da sua (in)compatibilidade com as normas deste diploma foi afastado pela parte final da norma *("seja ou não com ele incompatível")*.

De um ponto de vista meramente literal, atendendo a que o CCP "*estabelece a disciplina aplicável à contratação pública e o regime substantivo dos contratos públicos que revistam a natureza de contrato administrativo*"([17]) e atendendo à enorme abrangência do conceito de *contrato público* (e portanto, do regime da contratação pública) que resulta do art. 1.º, n.º 2, do mesmo Código, rapidamente se chegaria à conclusão, cremos que precipitada, que, por força do mencionado art. 14.º, n.º 2, do Decreto-Lei n.º 18/2008, todas as normas relativas à formação de contratos públicos ou à execução de contratos administrativos sedeadas fora do CCP se encontrariam revogadas, uma vez que essa é a matéria regulada pelo próprio CCP.

Esta conclusão acarretaria, sem mais, uma outra: a de que os procedimentos disciplinados pelo Decreto-Lei n.º 109/94 estariam revogados.

Parece-nos, porém, que a solução não pode ser esta. Importa, pois, determinar, com precisão, o sentido e alcance da norma contida no art. 14.º, n.º 2, do diploma que aprovou o CCP.

8. A questão não tem passado despercebida à Doutrina nacional, como podemos verificar pelos exemplos que a seguir se referem a título meramente ilustrativo.

A este propósito, Alexandra Leitão, depois de confessar, em face da norma em questão, estar em "dúvida quanto ao alcance exacto da revogação, sobretudo no que toca a diplomas anteriores que tenham natureza especial", tende a considerar que, "sem pre-

---

([17]) Cf. art. 1.º, n.º 1, do CCP.

juízo da sempre necessária análise casuística, (…) o Código pretendeu regular de forma omnicompreensiva a matéria da contratação pública, pelo que a larga maioria dos diplomas anteriores estão revogados"([18]).

João Amaral e Almeida e Pedro Fernández Sánchez, por seu turno, salientam o carácter "ambicioso" da norma, traduzido numa "inequívoca intenção revogatória de todos os regimes particulares e dispersos que pudessem obstaculizar o objectivo primário que motivou a aprovação do referido Código, a saber, a criação, pela primeira vez na tradição legislativa portuguesa, de uma regulação tendencialmente global, uniforme e exaustiva da actividade contratual da Administração Pública em sentido material"([19]). Acrescentam, porém, os Autores que "o intérprete não se encontra em condições de determinar com precisão o verdadeiro alcance da referida norma revogatória — e, portanto, de identificar as normas constantes de regimes particulares ou especiais que ainda se mantêm em vigor — sem que primeiro verifique que a intenção revogatória do legislador do Código não foi concretizada nos mesmos termos para o âmbito do regime de formação de contratos públicos, por um lado, e para o âmbito do regime de execução de contratos administrativos, por outro lado"([20]). Assim, ainda de acordo com os mesmos Autores, a propósito do alcance do preceito em causa do diploma que aprovou o CCP, seria identificável uma "intenção revogatória extraordinariamente mitigada no âmbito do regime de execução dos contratos administrativos", atribuindo-se, contudo, maior relevância à norma no que respeita ao regime procedimental pré-contratual. Salientam que, apenas neste domínio, "o legislador pretendeu uma uniformização absoluta da disciplina da actividade contratual jurídico-administrativa, sendo pois aí que se impõe a revogação dos regimes particulares que vigoravam na data da entrada em vigor do Código dos Contratos Públicos". Isto é assim,

---

([18]) Cf. Alexandra Leitão, *Lições de Direito dos Contratos Públicos — Parte Geral*, Lisboa: AAFDL, 2.ª ed., 2015, p. 38.

([19]) Cf. João Amaral e Almeida/Pedro Fernández Sánchez, *Temas de Contratação Pública*, I, Coimbra: Coimbra Editora, 2011, p. 201.

([20]) *Idem*, p. 201.

pois, "ao regular a formação dos contratos públicos o legislador tinha em mente que o procedimento de escolha do co-contratante da Administração não pode alhear-se dos princípios comunitários da concorrência e da não discriminação em razão da nacionalidade, por um lado, e da incumbência constitucional prioritária de assegurar a concorrência entre os operadores económicos"([21]).

Enfim, Mário Esteves de Oliveira e Rodrigo Esteves de Oliveira, para referir mais um exemplo, afirmam que a "revogação tácita" prevista na disposição em questão "deixa pouca margem de manobra para a existência de uma ampla legislação extravagante ao Código"([22]). Para a tarefa de identificação dos diplomas tacitamente revogados, os referidos Autores sugerem dois critérios, de aplicação sucessiva. O primeiro é o de saber se o contrato sobre que esse diploma versa é daqueles que, nos termos dos arts. 4.º e seguintes do CCP, foi também excluído, em matéria de formação e/ou execução, da aplicação do CCP. Isto porque se esses contratos são subtraídos ao regime do CCP tal significa, "não só que ele os não quer sob o seu manto (a razão não interessa), mas também que lhe é indiferente que os mesmos estejam sujeitos a este ou àquele regime de contratação. E se para o Código isso é irrelevante, então não há motivo para que ele interfira nos regimes que os vinculam, que os derrogue, devendo ser os legisladores respectivos a determinar se são de manter, modificar ou revogar"([23]). Quando esta aproximação à norma em questão "não funcionar — ou não for fácil determinar se funciona ou não —", lançar-se-ia mão de um segundo critério, apurando se há coincidência entre a matéria regulada no Código e a constante de lei extravagante sobre cuja revogação se questiona. Concretamente, haverá que averiguar, por recurso ao mais específico dos seus elementos, qual o conteúdo dessa lei e verificar se há no Código disposições que tenham o mesmo objeto([24]).

([21]) *Idem*, p. 206.

([22]) Cf. Mário Esteves de Oliveira/Rodrigo Esteves de Oliveira, *Concursos e outros procedimentos de contratação pública*, Coimbra: Almedina, 2011, p. 86.

([23]) *Idem*, p. 87.

([24]) *Idem*, p. 87.

9. Em nosso entender, uma tomada de posição sobre o problema tem de partir da conjugação de diversas coordenadas, em parte já mencionadas nas posições doutrinais acima referenciadas.

Assim, é notório que o legislador do CCP quis — como aliás seria de esperar dado o intuito codificador do diploma — que a sua regulação passasse a constituir a referência do ordenamento jurídico em matéria de contratação pública.

No entanto, a par dessa preocupação, devemos referir que se impõem considerações de lógica do sistema e, em concreto, de prevenção de lacunas de regulação.

Além disso, nada parece aconselhar — muito pelo contrário — que a aprovação de um Código resulte na eliminação de regimes aperfeiçoados para problemas muito específicos, que não sejam resolvidos pelas regras, necessariamente mais gerais, aprovadas pelo CCP: nesse caso, ainda que não se criasse uma lacuna propriamente dita, o que teríamos seria uma *regressão* na qualidade das soluções oferecidas pelo ordenamento jurídico, o que, como está bem de se ver, não há de presumir-se ter sido algo desejado pelo legislador.

Destas considerações podem ser extraídos alguns corolários, que funcionam como linhas orientadoras na interpretação da regra do referido art. 14.º, n.º 2, do decreto preambular do CCP.

O primeiro corolário, apoiado na própria letra da lei (que fala nas *"matérias reguladas pelo Código"*), é o da exigência de uma efetiva *conexão material de institutos e de normas* entre o CCP e a lei especial: só assim pode existir revogação. Isto implica, designadamente, que o mencionado preceito não pode deixar de ser coordenado com todas as disposições que recortam o âmbito de aplicação do Código e em particular com as disposições constantes dos seus arts. 4.º, 5.º e 6.º, de forma a se verificar se a matéria em causa é efetivamente regulada pelo CCP. Por outras palavras, para se considerar que um diploma (ou um conjunto de normas, ou uma norma) foi revogado por força da referida norma de revogação, não basta que a legislação seja extravagante e incida sobre questões de formação de contratos públicos ou de execução de contratos administrativos, devendo igualmente verificar-se se o CCP se aplica, atento o seu âmbito objetivo e subjetivo de aplicação, à formação e/ou execução desse concreto contrato. Mas, além e após essa indagação, deve

defender-se, como a doutrina defende, que ainda é preciso fazer uma outra investigação: é que mesmo verificado o âmbito objetivo e subjetivo do CCP (i.e., verificado que existe um contrato público, celebrado por entidades adjudicantes, cuja formação esteja sujeita à Parte II do CCP), pode bem suceder que uma ou mais *regras especiais* sejam ressalvadas da revogação, caso se verifique que tratam de uma qualquer *matéria* que deva considerar-se *não regulada* (a um nível "micro", se assim podemos expressar-nos) pelo CCP.

O segundo corolário é o de que a interpretação daquela norma do art. 14.º, n.º 2, do diploma preambular, deve ser feita de modo a evitar a existência de lacunas de regulação.

O terceiro corolário será o de que não deverá perfilhar-se a revogação global de sectores do ordenamento bem caracterizados, com pressupostos e soluções claramente distintos dos pressupostos e soluções do CCP, e que ofereçam um regime mais ajustado para uma dada situação vida económico-social. No fim de contas, a propósito deste último corolário, trata-se apenas de fazer valer a ideia de que a mera norma do art. 14.º, n.º 2, do assinalado diploma preambular não é suficiente, só por si, para manifestar a "intenção inequívoca" que deve ser exigida para que uma lei geral revogue uma lei especial([25]). Essa intenção inequívoca, de facto, não existirá, sempre que a aplicação literal e sistematicamente desapoiada da norma revogatória leve a resultados manifestamente desadequados e que, numa óptica de razoabilidade, o próprio legislador não teria querido([26]).

Por fim — e este é o quarto e último corolário —, nada parece obstar a que, mesmo quando se considere, por força dos critérios interpretativos anteriores, que um dado regime especial subsiste, se venha a entender o CCP como fonte de regime subsidiário para esses

---

([25]) No mesmo sentido, Gonçalo Guerra Tavares/Nuno Monteiro Dente, *Código dos Contratos Públicos Comentado*, I, *Regime da Contratação Pública*, Coimbra: Almedina, 2009, p. 54.

([26]) Defendendo igualmente uma posição ponderada desta natureza, nesse caso a propósito da articulação entre o art. 14.º, n.º 2, do decreto preambular, e o art. 1.º, n.º 3, do CCP, cf. Rui Medeiros, "Âmbito do novo regime da contratação pública à luz do princípio da concorrência", *in Cadernos de Justiça Administrativa*, 69, (Maio/Junho), 2008, pp. 3-29 (pp. 9-10).

subsectores normativos. Pelo contrário: essa conclusão parece-nos estar bastante ajustada à intenção codificadora do legislador do CCP e permite ainda, mesmo nos casos de sobrevivência de regimes especiais anteriores, uma certa aplicação do espírito que preside ao art. 14.º, n.º 2, do diploma preambular.

10. A aplicação destes critérios orientadores pode ser exemplificada. A celebração de um contrato de arrendamento por parte de um instituto público apresenta todos os elementos de um contrato público no sentido amplíssimo do art. 1.º, n.º 2, do CCP: trata-se de um *contrato*, celebrado por uma *entidade adjudicante*. A formação de tal contrato encontra regras especiais num regime anterior ao CCP: o Decreto-Lei n.º 280/2007, de 7 de Agosto.

Porém, esta situação é prova de que seria realmente precipitado interpretar a referência do art. 14.º, n.º 2, do diploma preambular, como revogando toda a legislação especial que possa ser *genericamente* considerada como contendo normas sobre contratação pública. Com efeito, note-se que o desenrolar do articulado do CCP revela que o âmbito das matérias por si reguladas é mais restrito do que aquilo que poderia ser considerado contratação pública à luz, apenas, do art. 1.º, n.º 2: neste caso, como se sabe, o CCP determina a sua não aplicação a este tipo de contratos relacionados com bens imóveis (cf. art. 4.º, n.º 2, alínea *c*), do CCP). Vai, note-se, neste mesmo sentido a subtil alteração introduzida, ao n.º 2 do art. 1.º do Código, pelo Decreto-Lei n.º 111-B/2017, de 31 de agosto: ao acrescentar àquele preceito o inciso final *"e não sejam excluídos do seu âmbito de aplicação"*, está o legislador a sinalizar, de algum modo, que a amplitude da norma do n.º 2 é objeto de limitação nos demais preceitos que recortam o âmbito de aplicação do Código.

Deste modo, uma interpretação puramente literal e acrítica da norma do 14.º, n.º 2, que atendesse apenas à recondução geral das matérias aos conceitos de *contratação pública* e *regime de execução dos contratos administrativos*, sem cuidar de saber se certo tipo de situação merece ou não um regime por parte do CCP, levaria o intérprete aplicador a criar lacunas no ordenamento jurí-

dico([27]), que careceriam de ser integradas nos termos gerais previsto no art. 10.º do Código Civil.

11. Numa exemplificação de outro tipo, pode referir-se que o próprio legislador se faz portador da ideia de que nem sempre o regime pré-contratual previsto no CCP é o mais adequado às especificidades de um certo sector. Na realidade, existem procedimentos pré-contratuais em legislação extravagante posterior ao Código, cujas particularidades específicas dos temas que tratam, merecem uma especial atenção do legislador.

Nesta linha, veja-se, recentemente, o regime de procedimento concursal recortado pelo Decreto-Lei n.º 38/2015, de 12 de Março, que desenvolve as bases da *Política de Ordenamento e de Gestão do Espaço Marítimo Nacional*. Nos termos deste decreto-lei, a *utilização privativa do espaço marítimo nacional* carece de um título habilitante, que poderá ser atribuído por concessão, licença ou autorização, consoante os casos. O modo de atribuição destes títulos é regulado pelo respetivo decreto-lei, sendo o CCP apenas aplicável a título subsidiário([28]). Outro exemplo similar encontramo-lo previsto no art. 10.º do também recente Decreto-Lei n.º 64/2015, de 29 de Abril, a respeito da alteração à regulação da atividade de exploração e prática dos jogos de fortuna e azar.

Assistimos, pois, à criação de um sistema avulso de regulação da formação de contratos que, pelas suas especificidades, merecem uma disciplina diferente da prevista no CCP. Mas se assim é com legislação posterior ao CCP, também assim deve ser, para o intér-

---

([27]) Como referem João Amaral e Almeida/Pedro Fernández Sánchez, a intenção de uniformizar o regime da atividade contratual da Administração só poderia acarretar a revogação de legislação avulsa ou dispersa quando esta incidisse sobre "as matérias a reguladas pelo Código" — sob pena de, como é óbvio, deixar um vazio legal no tocante às "matérias" nele não reguladas (cf. *Temas de Contratação Pública,* I, p. 205).

([28]) Veja-se, por exemplo, o n.º 5 do art. 61.º e o n.º 4 do art. 64.º. No que concerne à fase de execução do contrato, *vide* o art. 53.º, n.º 5 do Decreto-Lei n.º 38/2015, de 12 de Março. De notar que a pesquisa, prospeção, exploração e extração de petróleo é uma das atividades relevantes para a aplicação deste Decreto-Lei, pelo que, caso essa atividade seja realizada em espaço marítimo nacional, a concessionária necessitará igualmente de um título de utilização do espaço marítimo nacional ao abrigo desta legislação para exercer a sua atividade.

prete, para a legislação especial anterior àquele Código, se for evidente que tal regulação específica corresponde a necessidades reais, que não seriam adequadamente satisfeitas pelas regras do CCP.

2.3. Do impacto do CCP no Decreto-Lei n.º 109/94: em geral

12. Feito o enquadramento geral do art. 14.º, n.º 2, do diploma que aprovou o CCP e explicitados os critérios que devem orientar-nos na sua aplicação, devemos agora analisar se o CCP teve algum efeito sobre o regime jurídico que regula a matéria da formação dos contratos de concessão de prospeção, pesquisa, desenvolvimento e produção de petróleo previstos no Decreto-Lei n.º 109/94.

Como vimos, o CCP, pretendendo proceder à criação de um regime procedimental uniformizado e excludente de quaisquer regimes dispersos ou avulsos, determinou a revogação da legislação relativa às matérias reguladas pelo Código desde que esta não esteja excluída do seu âmbito de aplicação.

Saber se o Decreto-Lei n.º 109/94, em concreto, foi ou não objeto de revogação é algo que, como se viu, depende de uma indagação em dois passos: em primeiro lugar, saber se o âmbito do diploma em questão é, de modo genérico, coberto pelo âmbito (objetivo e subjetivo) do CCP. E, em segundo lugar, caso a resposta seja positiva, é preciso indagar se as concretas matérias reguladas pelo regime especial avulso encontram correspondência nas concretas matérias reguladas pelo CCP.

13. O primeiro passo da indagação evidencia dúvidas fundadas. Não, note-se bem, no que diz respeito ao âmbito subjetivo: as concessões de que nos ocupamos são outorgadas pelo Estado e como tal, está preenchido o art. 2.º, n.º 1, alínea *a*), do CCP.

As dúvidas colocam-se, isso sim, em relação ao âmbito *objetivo*, e isto a partir de duas normas do CCP: por um lado, a exclusão contida no art. 4.º, n.º 2, alínea *c*), e por outro a norma do art. 5.º, n.º 1, combinada com o art. 16.º, n.º 2, do mesmo Código.

Começando pelo art. 4.º, n.º 2, alínea *c*), já acima referido, o preceito exclui do âmbito de aplicação do CCP (quer da sua Parte II, sobre formação dos contratos públicos, quer da Parte III, sobre regime substantivo dos contratos administrativos), os contratos de *"compra e venda, de doação, de permuta e de arrendamento de bens imóveis ou contratos similares"*.

A dúvida surge, precisamente, atendendo à referência final aos "contratos similares": as concessões que têm por objeto o uso privativo ou a exploração de bens do domínio público apresentam uma clara analogia com os contratos pelos quais o Estado dá de arrendamento um seu terreno, ou constitui sobre ele um direito de superfície.

Essa proximidade é assumida explicitamente pelo próprio legislador, ao regular no mesmo diploma (o também já mencionado Decreto-Lei n.º 280/2007) ambas as realidades. Com efeito, o Decreto-Lei n.º 280/2007 apresenta, a par da regulação dos contratos referidos no art. 4.º, n.º 2, alínea *c*), algumas regras aplicáveis às concessões dominiais (cf. os seus arts. 27.º a 30.º).

A dúvida sobre se as concessões dominiais não farão parte dos "contratos similares" a que se refere o art. 4.º, n.º 2, alínea *c*), do CCP, encontra também, sublinhe-se, uma justificação histórica: aquilo que hoje se concebe como concessão (incluindo, e quiçá sobretudo, a concessão dominial), era tradicionalmente tratado como arrendamento, em anteriores fases de evolução do Direito da contratação pública([29]). Repare-se como, ainda hoje, as concessões dominiais implicam frequentemente o pagamento de uma prestação periódica pelo concessionário, expressamente designada como *renda* — assim sucede, precisamente, no âmbito dos contratos regulados pelo Decreto-Lei n.º 109/94 (cf. o seu art. 52.º, que regula o pagamento da chamada *renda de superfície*, devida anualmente).

Esta mesma dúvida poderia considerar-se fortalecida pela ausência de qualquer referência às concessões dominiais entre os

---

([29]) Notando essa proximidade entre a moderna concessão e o arrendamento, Miguel Assis Raimundo, *A formação dos contratos públicos. Uma concorrência ajustada ao interesse público*, Lisboa: AAFDL, 2013, p. 605.

tipos contratuais mencionados no art. 16.º, n.º 2, do CCP, como contratos suscetíveis de concorrência de mercado. Tal ausência poderia considerar-se um indício de que estaríamos perante tipos contratuais cujas prestações típicas não estariam sujeitas à concorrência de mercado, algo que, como se sabe, representa um recorte negativo da aplicação da Parte II do CCP, pois o art. 5.º, n.º 1, exclui esses contratos do âmbito de aplicação do regime da formação([30]).

Por fim, agora no que diz especificamente respeito às concessões dominiais reguladas pelo Decreto-Lei n.º 109/94, alguma doutrina já sugeriu ainda um outro argumento: dado que o CCP se propôs essencialmente transpor as Diretivas 2004/17/CE e 2004/18/CE, não figurando, entre as Diretivas transpostas, a Diretiva 94/22/CE (que aliás é expressamente excluída do âmbito de aplicação daquelas), isso significaria que o legislador do CCP não quis abranger no seu âmbito de aplicação as concessões relacionadas com a prospeção e exploração de hidrocarbonetos([31]).

14. As dúvidas mencionadas não se revelam inultrapassáveis.

Relativamente ao argumento da menção, no art. 4.º, n.º 2, alínea *c*), dos "contratos similares", poderia reverter-se o argumento e referir-se que o legislador, sabendo da regulação das concessões dominiais no mesmo diploma dos contratos aí mencionados, tê-

---

([30]) Especificamente sobre o sentido e implicações do art. 5.º, n.º 1, do CCP, cf. João Amaral e Almeida/Pedro Fernandez Sánchez, *Temas de Contratação Pública*, Vol. I, pp. 219 ss.; Miguel Assis Raimundo, "O *objeto sujeito à concorrência de mercado* no Código dos Contratos Públicos", *in* AA/VV, *Estudos de Homenagem ao Prof. Doutor Jorge Miranda*, vol. IV — *Direito Administrativo e Justiça Administrativa*, Lisboa: Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa/Coimbra Editora, 2012, pp. 675 ss.; e M. A. Raimundo, *A formação dos contratos públicos*, sobretudo pp. 607 ss.

([31]) Neste sentido, AA.VV., *Direito do Petróleo*, Coimbra: 2013, p. 133, considerando que o CCP foi o diploma que procedeu à transposição da Diretiva 2004/17/CE, e que essa Diretiva exclui a sua aplicação aos contratos de prospeção de petróleo ou gás celebrados ao abrigo da Diretiva 94/22/CE, sustentam que o CCP não pretende abranger estes contratos, pelo que, na falta de revogação expressa, o Decreto-Lei n.º 109/94, deve considerar-se em vigor, na medida em que seja inteiramente conforme com a Diretiva de 1994.

-los-ia mencionado expressamente, se pretendia afastá-los do âmbito do Código: embora haja similitudes entre os contratos sobre bens imóveis aí referidos e as concessões dominiais, há diferenças suficientes para que o legislador não confiasse apenas na menção indistinta a *contratos similares* para o efeito.

Por outro lado, cabe recordar a vocação abrangente e ampliativa do CCP: efetivamente, quer-se abranger por este diploma a generalidade das realidades que assentem na atribuição de vantagens económicas escassas aos particulares, o que é visível, desde logo, no carácter claramente *exemplificativo* dos tipos contratuais mencionados no art. 16.º, n.º 2, bem como na expressa extensão (ainda que com adaptações) do regime da Parte II aos atos unilaterais de concessão de vantagens (art. 1.º, n.º 3). E, realmente, não se pode dizer que se verifique qualquer fundamento genérico de afastamento da concorrência, em relação às concessões dominiais(32).

Finalmente, o argumento da falta de correspondência de âmbitos de aplicação entre as Diretivas que o Código visou transpor e a Diretiva que o Decreto-Lei n.º 109/94 transpôs (ainda que no sentido adaptado já referido) para o direito nacional não é decisivo. O legislador nacional tem margem de ampla conformação na transposição de diretivas comunitárias, e manifestamente, ao aprovar o Código dos Contratos Públicos, *quis utilizar essa margem de conformação*, não havendo, repete-se, qualquer indício na legislação nacional — designadamente, no CCP — que tenha, de facto, querido excluir a contratação prevista do Decreto-Lei n.º 109/94(33).

Deste modo, chegamos à conclusão de que não é possível defender uma *exclusão genérica* da matéria das concessões dominiais do âmbito objetivo de aplicação da Parte II do CCP.

---

(32) No mesmo sentido, Ana Raquel Moniz, "Contrato público e domínio público", in *Estudos de Contratação Pública*, Vol. I, Coimbra: CEDIPRE/Coimbra Editora, 2008, pp. 831-892 (pp. 849 e ss.).

(33) Questões diversas são, por um lado, a questão de saber se o CCP pode revogar *toda* a disciplina do Decreto-Lei n.º 109/94, e, por outro, a da relevância deste regime para a aplicação do art. 13.º, n.º 1, alínea *b*), do CCP, como veremos *infra*.

Teremos, assim, de passar ao segundo passo da indagação imposta pelo art. 14.º, n.º 2, do diploma preambular: é necessário saber se, ultrapassado este primeiro patamar, o CCP efetivamente e em concreto *regula as mesmas matérias* que são reguladas por lei especial preexistente, pois disso dependerá a revogação dos específicos preceitos que compõem o regime especial até aí existente.

2.4. *Idem:* sobre a regulação do concurso público pelo Decreto-Lei n.º 109/94

15. Colocada assim a questão, há que dizer que nos parece que o CCP encontra correspondência em matérias reguladas no Decreto-Lei n.º 109/94 e procedeu, como tal, à revogação de regras desse diploma em sede de formação das concessões dominiais que nos ocupam.

Isso parece-nos suceder, de forma clara, relativamente ao procedimento pré-contratual de concurso público. Com efeito, entre o instituto concursal do Decreto-Lei n.º 109/94 e o regulado no CCP existe uma marcada semelhança, principiando desde logo com o nome. O procedimento pré-contratual de concurso público é expressamente previsto no art. 16.º, n.º 1, alínea *b*), do CCP, como um dos cinco tipos de procedimentos para a formação de contratos à disposição das entidades adjudicantes, estando a sua tramitação devida e rigorosamente prevista nos arts. 130.º e seguintes. Pelo que, dúvidas não restam de que se está perante matéria regulada pelo CCP.

Considerando, assim, que a tramitação do concurso público, prevista no Decreto-Lei n.º 109/94, é "totalmente incompatível com a uniformização do regime de formação de contratos que o legislador impôs no Código dos Contratos Públicos através de uma tramitação comum prevista no Título II da Parte II e, no caso de adopção de um concurso público, de uma tramitação específica prevista no capítulo II do Título III da mesma Parte II([34])" e que o

---

([34]) A expressão é de João Amaral e Almeida/Pedro Fernández Sánchez — cf. *Temas de Contratação Pública,* I, p. 215, a respeito das concessões de exploração de

contrato de concessão para a atividade de prospeção, pesquisa, desenvolvimento e produção de petróleo se encontra genericamente abrangido pelo âmbito objetivo e subjetivo de aplicação do CCP, deve, pois, considerar-se que as normas relativas à regulação do concurso público, previstas no Decreto-Lei n.º 109/94, foram em boa medida (já explicaremos de imediato o sentido desta ressalva) revogadas, por via do art. 14.º, n.º 2, do diploma que aprova o CCP.

16. À conclusão acabada de referir só colocamos uma ressalva — mas em todo o caso uma ressalva importante.

Com efeito, se se confrontar o regime do concurso público previsto no Decreto-Lei n.º 109/94 (arts. 10.º e seguintes) com o regime procedimental constante dos arts. 2.º a 6.º da Diretiva 94/22/CE e, por fim, esses dois regimes com o regime do concurso público regulado pelo CCP, rapidamente se percebe que este regime do CCP *não é inteiramente coincidente com o regime do Decreto-Lei n.º 109/94, em pontos que procedem da Diretiva 94/22/CE*.

Podemos fornecer dois exemplos. O art. 12.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 109/94, aqui transpondo o art. 3.º, n.º 2, alínea *a*), da Diretiva fixa um prazo de apresentação de candidaturas em concurso que não pode ser inferior a 90 dias. Ora, os prazos mínimos de apresentação de propostas e de candidaturas nos procedimentos concursais do CCP são, como se sabe, muito inferiores (cf. arts. 135.º e 136.º do CCP), pelo que a aplicação do regime do CCP ditaria, neste aspeto, a violação do regime da Diretiva.

Situação análoga se verifica com o tema dos critérios de adjudicação. De acordo com o art. 5.º, n.º 1, alíneas *a*) e *b*), da Diretiva, na avaliação das candidaturas em concurso, é imperativa a consideração de aspetos de capacidade técnica e financeira e da forma como o candidato se propõe realizar as atividades da concessão, regime que foi transposto pelo art. 15.º, n.º 2, do Decreto-Lei n.º 109/94. Como se verifica, se passassem a ser aqui aplicáveis

---

jogos de fortuna e azar, que adaptamos, *mutatis mutandis,* ao caso do Decreto-Lei n.º 109/94.

estritamente as regras sobre critério de adjudicação constantes dos arts. 74.º e 75.º do CCP, haveria, novamente, violação do Direito europeu. Com efeito, as Diretivas de 2014, que vieram permitir a inclusão, no âmbito do critério de adjudicação, de elementos relativos ao concorrente (designadamente, os recursos humanos a afetar à execução do contrato), circunscrevem com rigor os pressupostos dentro dos quais isso é permitido([35]). É por isso que, mesmo após a revisão do CCP pelo Decreto-Lei n.º 111-B/2017, de 31 de Agosto, continua a estabelecer-se *como regra* que o critério de adjudicação não deve ter em consideração elementos de facto, qualidades ou situações referentes aos concorrentes (cf. o art. 75.º, n.º 3, do CCP).

Isto significa algo de importante. É que acima referimos que a aplicação do art. 14.º, n.º 2, do diploma preambular, não pode ou não deve redundar na criação de lacunas no ordenamento.

Ora, se se defender a revogação pura e simples dos arts. 10.º a 15.º do Decreto-Lei n.º 109/94 pelo Decreto-Lei n.º 18/2008, ficaríamos com uma lacuna duplamente grave: por um lado, porque qualquer lacuna é indesejada, mas, sobretudo, porque essa lacuna redundaria, no fim de contas, na *eliminação, do direito nacional, de normas de transposição de disposições claras, firmes e inequívocas da Diretiva 94/22/CE*. Por outras palavras: o legislador do CCP teria criado uma situação de violação da obrigação de transposição da diretiva.

A solução para este problema é, a nosso ver, simples: terá de entender-se que as disposições do Decreto-Lei n.º 109/94 que constituam transposição de normas claras e inequívocas da Diretiva 94/22/CE, que não deixem margem de conformação ao legislador nacional, não foram revogadas pelo Decreto-Lei n.º 18/2008, mantendo-se em vigor.

Já nos demais aspetos deixados em aberto pelo regime procedimental do Decreto-Lei n.º 109/94 (por exemplo, nas regras sobre competência, nomeação de júri, relatório preliminar e audiência prévia, notificação da decisão e outras), ou em domínios nos quais as regras do Decreto-Lei n.º 109/94 não resultam neces-

---

([35]) Cf. Miguel Assis Raimundo, "Primeira análise das novas directivas (Parte I)", *Revista de Contratos Públicos*, (9), 2013 (mas 2015), p. 5, ss. (55-57).

sariamente da Diretiva (por exemplo, os arts. 12.º, n.º 2 ou 13.º, n.º 1), poderá aplicar-se o regime do procedimento concursal previsto no CCP(36).

Ficamos, no fundo, perante um quadro que é, no essencial, o da aplicação subsidiária das regras do CCP, nesse domínio disponível para o legislador nacional.

2.5. *Idem:* sobre a regulação da negociação direta pelo Decreto-Lei n.º 109/94

17. Tendo concluído pela revogação parcial do regime de concurso público previsto no Decreto-Lei n.º 109/94, procuraremos, agora, fazer o mesmo raciocínio para o procedimento de negociação direta.

Conforme decorre do acima referido, a negociação direta é um procedimento aplicável, sobretudo, aos casos em que as áreas a concessionar tenham sido previamente declaradas disponíveis, iniciando-se com um requerimento apresentado pelos interessados à Administração, o que, ocorrendo dentro de determinados termos, desencadeará uma *fase negocial*, cuja duração, por regra, poderá ir

---

(36) É de sublinhar com particular relevo que o entendimento segundo o qual o regime de formação dos contratos de prospeção e exploração de petróleo contido no Decreto-Lei n.º 109/94 se mantém em vigor viria também a ser defendido — com amplitude ainda maior à que aqui defendemos — em Parecer do Conselho Consultivo da Procuradoria-Geral da República, emitido posteriormente à elaboração da primeira versão deste escrito. Com efeito, no seu Parecer n.º 12/2016 (disponível em <www.dgsi.pt>), posteriormente homologado pelo Secretário de Estado da Energia, aquele órgão consultivo entendeu que o regime do Decreto-Lei n.º 109/94 vigora, presentemente, na ordem jurídica, incluindo o regime da negociação direta, a que adiante faremos referência, e que o Conselho Consultivo expressamente aplicou. Alguns dos argumentos utilizados no Parecer, bem como a amplitude da conclusão a que chega (pois considera em vigor todo o diploma), divergem da nossa posição, mas há convergência no essencial: a norma do art. 14.º, n.º 2, do Decreto-Lei n.º 18/2008, não pôs em causa a vigência do Decreto-Lei n.º 109/94. Como nota o Conselho Consultivo, o próprio legislador, em diplomas mais recentes, como a Lei n.º 54/2015, de 22 de junho, e o Decreto-Lei n.º 13/2016, de 9 de março, tem vindo a referir-se ao Decreto-Lei n.º 109/94, notoriamente pressupondo a sua vigência e a das normas sobre formação dos contratos aí regulados.

até 90 dias. Finda essa negociação, o acordo alcançado é submetido a aprovação pelo ministro da tutela.

Ao contrário do que acontece nos procedimentos de contratação pública disciplinados pelo CCP, este mecanismo, constante do citado diploma de 1994, tem como ato inicial, não uma decisão jurídico-administrativa de contratar, mas sim um ato de iniciativa privada — trata-se, pois, de um procedimento administrativo de *verdadeira* iniciativa particular.

Como é sabido, *procedimentos particulares*, ou de iniciativa particular, são aqueles que têm por objeto pretensões fundadas no interesse do requerente e, portanto, o procedimento "visa uma decisão sobre o regime administrativo dessa pretensão ou bem do particular, protegido (ou referido) na ordem jurídica administrativa: o objecto do procedimento é a resolução da questão posta pelo particular". Como bem sublinha a Doutrina: "os procedimentos particulares iniciam-se (…) a requerimento das pessoas a quem a lei confere tal direito — como direito (potestativo) condicionado à verificação da existência dos respectivos pressupostos procedimentais […]"([37/38]).

A caracterização da negociação direta como um procedimento administrativo (de iniciativa) particular é inequívoca em face do regime previsto no art. 17.º do Decreto-Lei n.º 109/94. Na realidade, o procedimento é iniciado com o requerimento do interessado, o que, ocorrendo nos termos formalmente disciplinados por lei, tem como efeito desencadear o início da contagem do prazo de 90 dias para a conclusão das negociações.

Esta caraterística constitui uma particularidade muito relevante relativamente aos procedimentos de contratação pública dis-

---

([37]) Cf. Mário Esteves de Oliveira, Pedro Costa Gonçalves e J. Pacheco de Amorim, *Código do Procedimento Administrativo Comentado*, Coimbra: Almedina, 1997, 2.ª ed., p. 298.

([38]) No âmbito do já mencionado Decreto-Lei n.º 38/2015, o legislador utiliza claramente a noção de procedimento de iniciativa particular no seu art. 49.º, n.º 1; aí se estatui: *"a atribuição de título de utilização privativa do espaço marítimo nacional é realizada através de procedimento iniciado a pedido do interessado"*; isto por contraposição ao regime previsto no número 2 do mesmo artigo, que refere que a atribuição desse título pode *"ainda ser realizada através de procedimento iniciado pelos membros do Governo responsáveis"*.

ciplinados pelo CCP, que são todos de *iniciativa pública* ou *oficiosa*, seja ela impulsionada pela própria Administração ou pelo interesse que lhe seja demonstrado por um particular.

Ou seja, todos os procedimentos disciplinados pelo CCP surgem na sequência de uma decisão jurídica da própria Administração, com base na inventariação e avaliação da realidade existente e tendo em vista a prossecução das suas atribuições(39). É sempre a Administração, no quadro definido de necessidades coletivas a satisfazer, que promove a aprovação das correspondentes decisões de contratar e de escolha do procedimento de contratação adequado para o efeito, bem como a decisão de aprovar as respetivas peças. Em suma, o ato juridicamente constitutivo do procedimento administrativo pré-contratual é da autoria da própria Administração, não se situando na dinâmica da vida social. Não quer dizer que não possa existir um impulso procedimental alheio à Administração: mas esse hipotético impulso não está regulado, juridicamente não é relevante para o procedimento a iniciar.

A decisão de contratar(40), que marca o início do procedimento de formação de um contrato público(41), traduz-se, assim, "na valoração prioritária de uma atribuição da pessoa coletiva para efeito da satisfação da necessidade coletiva a ela correspondente, na detecção de uma situação concreta em que tal necessidade se manifeste e na escolha de um tipo concreto, ainda que eventualmente muito incompleto, de contrato administrativo como o meio mais racional de realizar o fim satisfazendo a necessidade"(42).

---

(39) Cf. Sérvulo Correia, *Legalidade e Autonomia Contratual nos Contratos Administrativos*, pp. 665-666.

(40) Sobre a matéria, cf., por todos, Sérvulo Correia, *Legalidade e Autonomia Contratual nos Contratos Administrativos*, p. 656 e ss.. Cf. ainda Tiago Duarte, "A decisão de contratar no Código dos Contratos Públicos: da idade do armário à idade dos porquês", *in Estudos de Contratação Pública*, I, Coimbra: Coimbra Editora, 2008, p. 147 e ss.

(41) Cf. art. 36.º, n.º 1, do CCP.

(42) Cf. Sérvulo Correia, *Legalidade e Autonomia Contratual nos Contratos Administrativos*, pp. 665-666.

18. Nesta fase, há que precisar ainda uma ulterior distinção no âmbito dos procedimentos administrativos particulares ou de iniciativa particular.

Assim, pode suceder que exista uma decisão administrativa de contratar a marcar juridicamente o início do procedimento, ainda que a mesma surja causalmente na sequência de um certo impulso privado. Nestes casos, de certo modo, apesar da iniciativa particular ser relevante e juridicamente regulada, há uma decisão na qual a Administração, dotada de autonomia, decide prosseguir ou não.

Num outro grupo de casos, inexiste essa decisão administrativa — o início do procedimento propriamente dito deve-se, então, única e exclusivamente, ao particular, que, cumprindo os requisitos formais e materiais indicados por lei, o desencadeia.

A respeito da análise do regime da concessão de utilização privativa de recursos hídricos — referimo-lo a título ilustrativo — , Pedro Gonçalves pronuncia-se sobre as caraterísticas de um *procedimento administrativo com iniciativa particular*. Refere na realidade o Autor que, "após a alteração de 2008, […] esclareceu-se que a iniciativa privada não determinava, por si só, o início do procedimento concursal, posto que à Administração se conferia o poder de apreciar o pedido e a oportunidade da abertura do procedimento; só após essa apreciação o procedimento se considera aberto, mediante publicitação e apelo ao mercado e à concorrência, tarefas já da responsabilidade da Administração". Adianta ainda o referido Autor: "[…] *in casu* a lei […] optou pela possibilidade de um *modelo procedimental misto* que conjuga a iniciativa particular (ainda que avaliada discricionariamente pela administração) como uma fase de abertura à participação de terceiros concorrentes baseada em iniciativa pública"([43]). No regime apreciado pelo Autor, apesar de haver um impulso do particular, o procedimento administrativo apenas se inicia com a decisão jurídica do órgão público. Aqui está pois a diferença em face de um procedi-

---

([43]) Cf. Pedro Gonçalves, *Liberdade de Produção de Electricidade e Administração da Escassez dos Recursos Hídricos do Domínio Público,* Cedipre Online, 8, 2011, pp. 21-22.

mento administrativo particular, no qual, conforme referimos, a Administração fica imediatamente constituída no dever de decidir por mero efeito do requerimento (regularmente) apresentado pelo particular.

Prosseguindo, importa referir-se que, entre nós, se deve a Sérvulo Correia um primeiro esclarecimento no sentido de que a sequência tradicional de lançamento de um procedimento pré-contratual por decisão administrativa não se verifica necessariamente em todo e qualquer contrato administrativo, existindo situações em que "o acto propulsivo do procedimento" não é uma decisão ou deliberação de contratar, mas consiste, antes, "num pedido ou proposta apresentados pelo eventual co-contratante"(44).

Esclarecia o mesmo Autor em 1987 que tal sucede no caso dos *contratos de atribuição*, ou seja, naqueles contratos cuja *causa-função* reside na atribuição de uma certa vantagem ao cocontratante da Administração. É que esses contratos "não nascem de uma necessidade sentida pela Administração independentemente da noção de quem deva vir a ser o outro contraente: pelo contrário, é a verificação de uma situação concreta que suscita a necessidade e a possibilidade do contrato"(45).

Atendendo à assinalada particularidade, o Autor questionava-se sobre a necessidade de observância, na formação deste tipo de contratos, de especiais vinculações de natureza procedimental relacionadas com a escolha do cocontratante. É que — conforme sublinhava o Autor — tal necessidade de escolha apenas se parece justificar "naquelas outras situações em que a Administração precisa de organizar certos meios com vista à consecução de uma finalidade e, para isso, carece de entrar em relação com outra entidade que lhe possa prestar um serviço ou alienar uma coisa ou, até, receber um serviço ou adquirir uma coisa à Administração" — caracterizando-se todas estas situações pela "fungibilidade do co-contratante porquanto o pressuposto determinante da celebração do contrato não é a necessidade de providenciar uma situação concreta de uma certa

---

(44) Cf. Sérvulo Correia, *Legalidade e Autonomia Contratual nos Contratos Administrativos*, p. 691.

(45) *Idem*, pp. 690-691.

pessoa, mas sim a de satisfazer uma carência da Administração"([46]). E a verdade é que este entendimento veio a obter acolhimento na restrição da aplicação do já revogado art. 183.º do CPA — *rectius*, da regra de obrigatoriedade de concurso público aí estabelecida — aos chamados "contratos administrativos de colaboração".

Parece, porém, ser hoje uma proposição segura a de que, pela necessidade de garantia do princípio de uma "economia de mercado aberta e de livre concorrência", certos contratos de atribuição devem ser precedidos de um procedimento de tipo concorrencial. Recorde-se que o âmbito de aplicação do regime de contratação pública plasmado no CCP abrange *"todos os contratos cujo objecto abranja prestações que estão ou sejam susceptíveis de estar submetidas à concorrência de mercado"*. Em todos esses casos, cumpre assegurar a adoção das melhores práticas contratuais por parte dos poderes públicos e, por essa via, a realização do princípio da concorrência. Assim, se, quanto a alguns *contratos de atribuição* — como poderá ser, por exemplo, o caso dos contratos tendentes à atribuição de subsídios ou de subvenções de qualquer natureza —, não se impõe, nos termos do CCP e à luz do citado princípio da concorrência, seguir os procedimentos pré-contratuais legalmente previstos (sem prejuízo da necessidade de observância dos princípios gerais da atividade administrativa e das normas que concretizem preceitos constitucionais), o mesmo não sucede com outros contratos habitualmente reconduzidos à mesma categoria — que se revela, de resto, bastante aberta. Nomeadamente, no que toca aos contratos de concessão (e licenças) de utilização privativa do domínio público, a Administração terá, por regra, de recorrer a um procedimento pré-contratual "que permita uma chamada de várias propostas propiciadora de uma comparação entre elas"([47]). Nesta linha, a possível inversão, nos mencionados contratos, do sentido do impulso e, mais do que isso, da ordem de interesses normalmente associados à formação dos contratos públicos não será, por-

---

([46]) Cf. Sérvulo Correia, *Legalidade e Autonomia Contratual nos Contratos Administrativos*, p. 691.

([47]) Cf. Diogo Freitas do Amaral, *Curso de Direito Administrativo*, II, col. de Pedro Machete e Lino Torgal, 3.ª ed., Coimbra: Almedina, 2016, p. 458.

tanto, suficiente para afastar a necessidade de observância do princípio da concorrência, sobretudo, atendendo à exclusividade ou escassez dos bens que geralmente integram o objeto (mediato) dos mesmos contratos([48]).

Seja como for e voltando ao nosso tema, para o fechar, as considerações de Sérvulo Correia a propósito desta matéria, formuladas há mais de vinte anos, claramente evidenciam, por contraponto com o esquema tradicional de contratação (decisão propulsora do procedimento adotada pela Administração na sequência de impulso administrativo), que certos procedimentos pré-contratuais têm na sua génese impulsos provenientes de particulares([49]).

19. Realizado este enquadramento, é tempo de verificar, para aplicação do disposto no art. 14.º, n.º 2, do decreto preambular, se o procedimento de negociação direta previsto no Decreto-Lei n.º 109/94 é ou não uma matéria regulada pelo CCP.

Como vimos, todos os procedimentos pré-contratuais regulados no CCP iniciam-se com a decisão de contratar, ato administrativo prodrómico para o qual é competente o órgão que pode autorizar a despesa inerente ao contrato a celebrar ou, inexistindo esta, o órgão da entidade adjudicante competente para o efeito segundo a respetiva Lei Orgânica.

Uma vez que não obedece a este paradigma, assumindo-se como um procedimento de contratação pública de estrutura diferente daquela a que respeita o CCP, entendemos que a negociação direta fica a salvo da revogação prevista pela norma do art. 14.º, n.º 2, do CCP, não se podendo considerar como uma matéria por ele regulada.

De facto, os cinco procedimentos pré-contratuais previstos no art. 16.º, n.º 1, do CCP são todos, sem exceção, procedimentos administrativos de iniciativa pública, e, como tal, métodos precedi-

---

([48]) Cf. neste sentido Miguel Assis Raimundo, *A formação dos contratos públicos*, *cit.*, pp. 599, ss.

([49]) Cf. Lino Torgal / Marisa Martins Fonseca, "Contributo para um regime de contratação de concessões de obras e de serviços públicos na sequência de propostas não solicitadas *(Unsolicited Proposals)*", in *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor José Manuel Sérvulo Correia*, Vol. II, Coimbra: Coimbra Editora, 2010, p. 523 e ss.

dos de uma *decisão de contratar* nos termos do art. 36.º. Não cabendo nesta premissa básica, pelo que acima referimos, não parece possível considerar o procedimento de negociação direta como uma matéria regulada pelo CCP([50]).

Além disso, deve sublinhar-se que as regras que o Decreto-Lei n.º 109/94 dedica à negociação direta não são apenas regras procedimentais: incluem regras importantíssimas no que diz respeito à *escolha* desse procedimento, regras essas que, obedecendo a pressupostos e circunstancialismos extremamente específicos (como a existência de concessões adjacentes ou a disponibilização permanente de áreas de concessão) não encontram qualquer correspondência nos critérios de escolha do procedimento no CCP, pelo que, também por esta via, se confirma que não se trata de matéria que o CCP regule.

Não é de resto de hoje que defendemos posição idêntica à acima referida.

Noutro local e no contexto de ilustrar procedimentos que tinham na sua base impulsos privados, o primeiro signatário deste artigo teve já a oportunidade de alertar para o regime jurídico aplicável à *aprovação de licenças e à celebração de contratos de concessão de uso privativo de terrenos do domínio público hídrico*, de acordo com o disposto na Lei da Água (aprovada pela Lei n.º 58/2005, de 29 de Dezembro) e respetivo diploma complementar (Decreto-Lei n.º 226-A/2007, de 31 de Maio)([51]).

Com base no art. 14.º, n.º 2, do CCP, poder-se-iam considerar *prima facie* revogadas as pertinentes normas da Lei da Água e do Decreto-Lei n.º 226-A/2007, de 31 de Maio. Todavia, conforme se coescreveu com Marisa Martins Fonseca em 2009, relativamente à formação de contratos de concessão de uso privativo, se seria de

---

([50]) Em abono desta conclusão, e como já se sublinhou, é de referir que o já citado Parecer n.º 12/2016 do Conselho Consultivo da Procuradoria Geral da República, homologado pelo Secretário de Estado da Energia, aplicou, de modo expresso, o regime da negociação direta, previsto no art. 17.º do Decreto-Lei n.º 109/94, a um procedimento datado de 2015, afirmando expressamente a vigência daquelas regras.

([51]) Cf. Lino Torgal/Marisa Martins Fonseca, "Contributo para um regime de contratação de concessões de obras e de serviços públicos na sequência de propostas não solicitadas *(Unsolicited Proposals)*", p. 523 e ss.

admitir a derrogação das normas concernentes aos procedimentos de formação resultantes de iniciativa pública (derrogação essa que aparentemente não teria relevantes implicações, porquanto o regime estabelecido nos diplomas em análise já remetia, no essencial, para o regime geral aplicável em matéria de contratação pública, então constituído pelas "*normas relativas à celebração de contratos de empreitadas de obras públicas ou de fornecimentos e aquisição de bens e serviços*")(52), o mesmo já não sucede, porém quanto às particularidades previstas na Lei da Água e do Decreto-Lei n.º 226-A/2007, de 31 de Maio, para os procedimentos desencadeados por decisão da Administração na sequência de pedido de particular, uma vez que não se trata de matéria regulada pelo Código (conforme exige o mencionado art. 14.º, n.º 2, do Decreto-Lei n.º 18/2008, de 29 de Janeiro)(53). Aliás, isto mesmo foi reconhecido pelo legislador, quando veio aprovar, já depois da publicação do CCP, o Decreto-Lei n.º 93/2008, de 4 de Junho, com vista a realizar uma "alteração de carácter interpretativo" de algumas normas estabelecidas no Decreto-Lei n.º 226-A/2007, de 31 de Maio, a respeito da tramitação a que se sujeita a celebração de contratos de concessão na sequência de pedido de um particular. Também a jurisprudência já se manifestou no mesmo sentido(54), acompanhada pela Doutrina(55).

20. Em suma: existem no ordenamento jurídico português vigente seis procedimentos pré-contratuais potencialmente suscetíveis de ser utilizados (isto é, desde que verificados os respetivos pressupostos) na formação de contratos de concessão da prospe-

---

(52) Cf. Lino Torgal/Marisa Martins Fonseca, "Contributo para um regime de contratação de concessões de obras e de serviços públicos na sequência de propostas não solicitadas *(Unsolicited Proposals)*", p. 523 e ss.

(53) Cf. Lino Torgal/Marisa Martins Fonseca, "Contributo para um regime de contratação de concessões de obras e de serviços públicos na sequência de propostas não solicitadas *(Unsolicited Proposals)*", p. 523 e ss.

(54) Cf. o acórdão do TCA Sul de 15-09-2011 (Rel. Paulo Pereira Gouveia), proc. 7754/11, disponível em <www.dgsi.pt>.

(55) Cf. Miguel Assis Raimundo, "Títulos de utilização e exploração do domínio público marítimo", *in* Rui Guerra da Fonseca/Miguel Assis Raimundo (Coords.), *Direito Administrativo do Mar*, Coimbra: Almedina, 2014, pp. 119-153 (p. 143).

ção, pesquisa, desenvolvimento e produção de petróleo, a saber: ajuste direto; concurso público; concurso limitado por prévia qualificação; procedimento de negociação; diálogo concorrencial; e, finalmente, o procedimento de *negociação direta* previsto e regulado no Decreto-Lei n.º 109/94([56]).

A esta conclusão apenas deve acrescentar-se, a título de relevante precisão, que, quando o Estado inicie um procedimento de natureza concursal, está obrigado ao cumprimento, nesse procedimento, das regras do Decreto-Lei n.º 109/94 que correspondem à transposição de regras claras e inequívocas da Diretiva 94/22/CE sobre esse tipo de procedimentos abertos, sob pena de ter de se entender que, por via do art. 14.º, n.º 2, do diploma que aprovou o CCP, foi criada uma situação de incumprimento do dever de transposição daquela Diretiva europeia de 1994.

§ 2.º
Da (in)existência de regimes de contratação pública aplicáveis à aquisição de bens e serviços por concessionárias de atividades petrolíferas

2.1. Razão de ordem

21. Abordemos, de seguida, a problemática de saber se a aquisição de bens e serviços por parte de uma concessionária titular de uma concessão para a realização de atividades de prospeção, pesquisa, desenvolvimento e produção de petróleo, para o desen-

---

([56]) Ao elenco de procedimentos referido adicionou-se, formalmente, com o Decreto-Lei n.º 111-B/2017, de 31 de agosto, o novo procedimento da *parceria para a inovação*, que a revisão do Código dos Contratos Públicos adicionou ao elenco dos procedimentos pré-contratuais. Trata-se, porém, neste último caso, previsivelmente, de um procedimento cujos pressupostos de utilização, que são exigentes (cf. art. 30.º-A do CCP, na versão do Decreto-Lei n.º 111-B/2017), com alguma dificuldade se adaptarão à realidade da prospeção e pesquisa de petróleo. Não deve excluir-se, porém, em tese, que tal suceda.

volvimento das atividades petrolíferas, estará sujeita a algum regime de contratação pública.

Por outras palavras, importa apurar se, na formação de contratos a celebrar com terceiros, nomeadamente na aquisição de bens ou serviços, uma concessionária daquele tipo de atividades deve reger-se por regras de contratação pública.

A resposta dependerá, em primeira linha, de saber qual a legislação vigente à época em que foi atribuída a concessão à entidade em causa e, numa segunda linha, do tipo de procedimento de formação do contrato que foi utilizado pela entidade adjudicante para habilitar a concessionária a realizar as atividades de prospecção, pesquisa, desenvolvimento e produção de petróleo, objeto da concessão.

Analisemos, em seguida, cada uma destas questões.

2.2. Concessões outorgadas antes da entrada em vigor do CCP

22. Conforme sublinhámos, não está em causa saber quais as regras que regeram a atribuição de cada concessão, mas apenas o(s) regime(s) de contratação pública a que uma concessionária de qualquer área geográfica para o exercício da atividade de prospeção, pesquisa, desenvolvimento e produção de petróleo, poderá porventura estar adstrita.

O Decreto-Lei n.º 109/94, de 26 de Abril, não faz referência a obrigações de contratação pública da concessionária nas suas relações com terceiros([57]).

Do mesmo modo, a Diretiva 94/22/CE é omissa em matéria de regulamentação de procedimentos de contratação pública que a concessionária tenha de observar na contratação de terceiros para o exercício da sua atividade.

([57]) Efetivamente, a única referência existente no Decreto-Lei n.º 109/94 a respeito de contratação das concessionárias de atividades petrolíferas consta do seu art. 76.º, que se traduz numa mera obrigação de comunicação à concedente dos contratos por elas celebrados com terceiros.

Por outro lado, previna-se que não iremos analisar detidamente o regime do (hoje já revogado pelo CCP) Decreto-Lei n.º 223/2001, de 9 de Agosto — diploma que pretendeu transpor para o direito interno português "*as regras comunitárias referentes aos processos de celebração de contratos nos sectores da água, energia, transportes e telecomunicações, que, na perspectiva daquelas directivas, constituem sectores especiais e como tal são por elas tratados*" (cf. preâmbulo do diploma)([58]) —, pois isso duplicaria a análise do regime dos sectores especiais do CCP, devendo considerar-se que as conclusões que faremos a propósito da (não) aplicação desse regime ao sujeito concessionário regulado pelo Decreto-Lei 109/94 são extensíveis à (não) aplicação do Decreto-Lei n.º 223/2001 durante o tempo da sua vigência.

23. Importa, pois, determinar se a entrada em vigor do CCP teve algum efeito sobre o quadro legal a que as concessionárias nessa data já titulares de uma concessão para as atividades de prospeção, pesquisa, desenvolvimento e produção de petróleo se encontram vinculadas.

Para o efeito, há que confrontar os ditames que resultam do art. 16.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 18/2008, de 29 de janeiro, diploma que aprovou o CCP. Aí se menciona que *"O Código dos Contratos Públicos só é aplicável aos procedimentos de formação de contratos públicos iniciados após a data da sua entrada em vigor e à execução dos contratos que revistam natureza de contrato administrativo celebrados na sequência de procedimentos de formação iniciados após essa data, salvo o disposto no n.º 2 do art. 18.º"*. Ficamos a saber, por conseguinte, que o regime de execução contratual previsto no CCP apenas se aplica a contratos cujo procedimento de formação se iniciou posteriormente ao dia 29 de julho de 2008.

Atento o disposto nesta disposição, parece seguro concluir que os contratos celebrados com terceiros, por uma concessionária habilitada, antes daquela data do ano de 2008, a desenvolver ativi-

---

([58]) Diretiva 93/38/CEE (sectores excluídos), de 14 de Junho.

dades de prospeção, pesquisa, desenvolvimento e produção de petróleo, na sequência de procedimentos de formação iniciados em momento anterior ao da entrada em vigor do CCP, não estão sujeitos à disciplina jurídica do CCP.

24. Nesta senda, cabe agora apurar se os contratos a celebrar com terceiros por uma concessionária petrolífera (que já o era antes da entrada em vigor do CCP) devem, após a entrada em vigor do CCP, ficar sujeitos a qualquer tipo de obrigações de contratação pública.

O referencial cronológico a considerar para esta específica parte da presente investigação é, insiste-se, o dos contratos cujos procedimentos de formação se iniciaram após a entrada em vigor do CCP (29 de julho de 2008), sendo que, de acordo com o disposto no art. 36.º do CCP, o *"procedimento de formação de qualquer contrato inicia-se com a decisão de contratar"*.

Para responder à questão colocada, importa assim apurar se este concreto tipo de concessionários — de prospeção, pesquisa, desenvolvimento ou produção de petróleo — são qualificados como *entidades adjudicantes*, nos termos e para os efeitos do Código.

Como é sabido, *"de acordo com a sistematização do CCP existem três grupos e tipos de entidades adjudicantes — e um quarto grupo de entidades definidas nos arts. 276.º e 277.º, que, não sendo entidades adjudicantes, veem, em certas circunstâncias, ser-lhes estendido este ou aquele regime pré-contratual do Código"*([59]).

Estão aqui em causa (*i*) as entidades adjudicantes referidas no art. 2.º, n.º 1, do CCP, (*ii*) as entidades adjudicantes identificadas no art. 2.º, n.º 2, do CCP, (*iii*) as entidades adjudicantes mencionadas no art. 7.º, n.º 1, do CCP e, finalmente (*iv*) a extensão do âmbito de aplicação do CCP, sobre o qual nos debruçaremos mais adiante.

Facilmente se conclui que este tipo de concessionárias não integra os dois primeiros grupos de entidades adjudicantes enumerados.

([59]) Cf. Mário Esteves de Oliveira e Rodrigo Esteves de Oliveira, *Concursos e Outros Procedimentos de Contratação Pública*, p. 89.

Com efeito, uma concessionária habilitada a realizar atividades de prospeção, pesquisa, desenvolvimento e produção de petróleo, agregando, em regime de consórcio externo, pessoas coletivas de capitais privados, não integra o sector público administrativo([60]) previsto no art. 2.º, n.º 1.

Além disso, essa mesma concessionária não se enquadra no conceito de *organismo de direito público*, porquanto não é maioritariamente financiada ou de qualquer forma sujeita ao controlo de entidades do mencionado sector público administrativo, sabendo-se que este é um requisito essencial para este efeito([61]).

É verdade que o contrato de concessão, ele mesmo, confere ao concedente alguns poderes sobre o concessionário (cf., por exemplo, os arts. 61.º, 64.º ou 66.º do Decreto-Lei n.º 109/94). Tais poderes, porém, não permitem ao concedente qualquer interferência na nomeação dos membros dos órgãos sociais dos sujeitos que compõem o concessionário, não assumindo, igualmente, intensidade suficiente para que se possa falar na capacidade de controlar efetivamente a gestão quotidiana do concessionário, padrão que tem sido aplicado pelo Tribunal de Justiça para aferir o controlo de gestão([62]).

25. Cabe, assim, verificar se tal concessionária é qualificada como uma entidade adjudicante dos sectores especiais da água,

---

([60]) De facto o n.º 1 do art. 2.º contempla o sector público administrativo, não sendo a afirmação prejudicada pelas entidades referidas na alínea *g*) desse número, já que estas resultam necessariamente da associação daquelas e configuram, por isso, um seu fenómeno de extensão ou instrumentalização.

([61]) Sobre os requisitos necessários para a qualificação como organismo de direito público, veja-se, sobretudo, JOÃO AMARAL E ALMEIDA, "Os «organismos de direito público» e o respectivo regime de contratação: um caso de levantamento do véu", in, *Estudos em homenagem ao Professor Doutor Marcello Caetano no centenário do seu nascimento*, Vol. I, Lisboa: Faculdade de Direito de Lisboa, 2006, p. 633 e ss.; BERNARDO AZEVEDO, "Organismo de direito público — Uma categoria jurídica autónoma de direito comunitário intencionalmente aberta e flexível", *in* PEDRO GONÇALVES (org.), *Estudos de Contratação Pública*, Vol. III, Coimbra: CEDIPRE, 2010, pp. 51-86.

([62]) Cf., sobretudo, os acórdãos do TJ de 12-09-2013 *(IVD GmbH & Co. KG)*, proc. C-526/11; de 13-04-2010 *(Wall)*, proc. C-91/08; de 27-02-2003 *(Adolf Truley)*, proc. C-373/00, todos disponíveis em <curia.europa.eu>.

energia, transportes e serviços postais ao abrigo do disposto no art. 7.º, n.º 1 do CCP.

Em particular, salientamos a alínea *b*) desse artigo, de acordo com a qual são entidades adjudicantes *"quaisquer pessoas colectivas não abrangidas pelo art. 2.º que gozem de direitos especiais ou exclusivos não atribuídos no âmbito de um procedimento de formação de contrato com publicidade internacional e que tenham por efeito:* (*i*) *reservar-lhes, isolada ou conjuntamente com outras entidades, o exercício de uma ou várias actividades nos sectores da água, da energia, dos transportes e dos serviços postais e* (*ii*) *afectar substancialmente a capacidade de quaisquer outras entidades exercerem uma ou várias dessas entidades"*.

Deste artigo retira-se que o legislador optou, no caso dos sectores especiais, por poder vir a considerar como *entidade adjudicante* uma entidade puramente privada, desde que beneficie de direitos especiais ou exclusivos.

Esta opção deve ser lida à luz do sentido, quer do regime dos sectores especiais como um todo, quer do art. 7.º, n.º 1, alínea *b*), do CCP, em particular.

Ora, a justificação para um regime específico de contratação pública nos sectores especiais é o de impedir que as entidades titulares de direitos de exclusivo — que lhes garantem *monopólios de facto e de direito* numa certa área —, seja qual for a fonte da atribuição do mesmo, distorçam o mercado interno através de práticas anticoncorrenciais(63). O receio do legislador europeu é o de que uma empresa que tenha um monopólio possa ser tentada a ser menos objetiva e racional nas suas escolhas (dado que um mono-

---

(63) Vejam-se, por exemplo, Rui Medeiros, "A contratação pública nos sectores com regime especial — água, energia, transportes e telecomunicações", *in* AA/VV, *La contratación pública en el horizonte de la integración europea. V Congreso Luso-Hispano de profesores de Derecho Administrativo*, Madrid: Instituto Nacional de Administración Pública, 2004, p. 137, ss.; Miguel Assis Raimundo, "Contratação pública no sector da energia", *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, L, (1-2), 2009, p. 199 ss.; Mark Kirkby, "Contratação pública nos «sectores especiais»", *in* Pedro Gonçalves (org.), *Estudos de Contratação Pública*, Vol. II, Coimbra: CEDIPRE, 2010, p. 41, ss.; e Totis Kotsonis, "The 2014 Utilities Directive of the EU: codification, flexibilisation and other misdemeanours", *Public Procurement Law Review*, (4), 2014, p. 169, ss.

polista tende a "descuidar" a racionalidade económica), e daí que lhe imponha respeitar certas regras de escolha do cocontratante. Recorde-se que o legislador pretende, sobretudo, que os agentes económicos decidam com base em considerações de racionalidade económica, e que as empresas europeias consigam prestar serviços em qualquer ponto geográfico da União, desde que o façam de forma competitiva. Pretende evitar-se, particularmente, que as entidades adjudicantes sejam tentadas a favorecer os agentes económicos *do seu próprio país,* isto é, quer evitar as formas diretas e indiretas de *discriminação em razão da nacionalidade*.

Contudo, e como resulta do art. 7.º, n.º 1, alínea *b*), do CCP (e do regime europeu correspondente), o legislador só considera justificado submeter uma entidade privada às regras da contratação pública se o direito de exclusivo lhe foi atribuído *num procedimento sem publicidade internacional*.

Compreende-se que assim seja: se uma empresa obtém um direito de exclusivo *que estava acessível a outras empresas*, isso significa que não há que recear pela atuação não concorrencial dessa empresa (porque se entende, desde logo, que o Estado não exerce sobre ela uma influência significativa)(64). Esse receio só se justifica se *a empresa obteve esse direito de exclusivo do Estado por um procedimento sem publicidade e, portanto, sem garantias de transparência*. A atribuição de um direito nessas condições de ausência de publicidade não ofereceria garantias de que não teria existido um tratamento preferencial dado pelo Estado a essa empresa. Deste modo, a *ratio,* o sentido, do preceito em causa, é o de dizer que *só a atribuição de um direito exclusivo sem publicidade é suscetível de prejudicar a concorrência de mercado*. O objetivo do art. 7.º, n.º 1, alínea *b*), do CCP não é outro que o de garantir que o mercado é adequadamente avisado da possibilidade

(64) Entre nós, MARK KIRKBY sugere que a *ratio* da norma é precisamente a de "excluir do conceito de «entidades adjudicantes» […] todas as entidades sobre as quais a Administração não pode exercer uma influência real quanto às decisões relativas aos contratos que aquelas venham a celebrar, precisamente porque a Administração não goza de liberdade ou de poderes discricionários na atribuição dos referidos direitos exclusivos ou especiais" [porque foram atribuídos na sequência de um procedimento concursal]. Cf. "A Contratação Pública nos «Sectores Especiais»", p. 52.

de atribuição do direito exclusivo, por razões de transparência e igualdade.

Cumpre, agora, avançar na análise do circunstancialismo do qual depende a qualificação de uma entidade privada como entidade adjudicante nos termos do art. 7.º, n.º 1, alínea *b*), do CCP.

26. A definição do que podem ser direitos especiais e exclusivos relevantes para este efeito está condicionada a um conjunto de fatores que carecem de ser lidos em conjunto, fazendo desde já notar que, em caso de não preenchimento destes pressupostos, a entidade privada em causa não será considerada como entidade adjudicante e estará, portanto, desobrigada do cumprimento das regras de contratação pública previstas no CCP.

Em primeiro lugar, há que averiguar se os direitos especiais ou exclusivos foram atribuídos à concessionária no âmbito de um procedimento de formação de contrato com publicidade internacional. Em caso afirmativo, esse direito especial ou exclusivo deve reservar à entidade em causa o exercício de uma ou várias atividades no âmbito dos sectores especiais e, finalmente, esses direitos têm de afetar substancialmente a capacidade de quaisquer outras entidades exercerem as mesmas atividades.

Não existe qualquer dúvida que a concessionária, por via da concessão, exerce um direito exclusivo sobre uma determinada área geográfica, com a finalidade de prospetar ou explorar petróleo, sendo igualmente certo que o art. 9.º, n.º 1, alínea *b*), do CCP, em preenchimento do segundo requisito que acima mencionámos, explicita que se consideram *"actividades nos sectores da água, da energia, dos transportes e dos serviços postais: […] b*) *as relativas à exploração de uma área geográfica com a finalidade de: i*) *Prospectar ou proceder à extração de petróleo, gás, carvão ou outros combustíveis sólidos; […]"*.

Em todo o caso, uma característica típica de qualquer concessão é a utilização exclusiva de um bem que lhe é afeta. Ora, o "exclusivo" detido por uma concessionária de uma área geográfica para a prospeção e exploração de petróleo, *per se*, difere substancialmente do "exclusivo" referido na norma do art. 7.º, n.º 1, alínea *b*), que é qualificado com o conjunto de requisitos identificado.

A qualificação de uma concessionária como entidade adjudicante fica, assim, numa primeira linha de análise, dependente da forma como a concessão lhe foi atribuída, isto é, se o direito de exclusivo lhe foi atribuído no âmbito de um procedimento de formação de contrato com publicidade internacional. A lógica desta exigência, como se viu, prende-se com a proteção da concorrência, do qual o princípio da publicidade é corolário.

Nesta medida, se o procedimento utilizado para a outorga da concessão foi precedido de publicidade internacional, esta concessionária não poderá ser qualificada como entidade adjudicante.

De acordo com a nossa análise do Decreto-Lei n.º 109/94, identificámos os dois procedimentos que, até ao CCP, podiam ser mobilizados para a atribuição de concessões para o exercício da atividade de prospeção, pesquisa, desenvolvimento e produção de petróleo: o concurso público e a negociação direta.

No caso do concurso público, a obrigação de o mesmo ser publicado no "Jornal Oficial das Comunidades"([65]), revela que a atribuição de concessões, por este meio e ao abrigo do Decreto-Lei n.º 109/94, era realizada no âmbito de um procedimento com publicidade internacional. Nesta medida, é forçoso concluir que as concessionárias que tenham obtido o seu título ao abrigo deste regime não podem ser consideradas entidades adjudicantes ao abrigo do art. 7.º, n.º 1, alínea *b*), do CCP.

27. Em contraste, na negociação direta, não existe qualquer norma que obrigue a publicidade (nacional ou internacional) *do procedimento propriamente dito*, o que, aliás, se compreende, se atendermos aos seus pressupostos e considerarmos que o mesmo se inicia com um requerimento apresentado pela entidade interessada, seguindo-se um período de negociação com a Administração, culminado com o acordo das partes sobre os termos em que será exercida a concessão e a consequente aprovação desses termos pelo Ministro da tutela([66]).

([65]) Cf. art. 10.º do Decreto-Lei n.º 109/94.

([66]) Cf. art. 17.º do Decreto-Lei n.º 109/94.

Em face da ausência de publicidade aquando do lançamento do procedimento de negociação direta propriamente dito, pareceria que se deveria concluir que as concessionárias às quais tenham sido atribuídas concessões para o exercício da atividade de prospeção, pesquisa, desenvolvimento e produção de petróleo no âmbito de negociação direta previsto no Decreto-Lei n.º 109/94, em momento anterior ao CCP, deveriam ser consideradas como tendo tido acesso à posição de concessionárias sem publicidade internacional, o que as colocaria na esfera de influência da alínea *b*) do n.º 1 do art. 7.º do CCP.

Não é, porém, assim, pois a verdade é que uma análise mais aprofundada dos fundamentos de recurso à negociação direta revela que em todos eles, ocorre, num momento anterior, uma publicidade internacional relevante, a qual, atendendo às finalidades do regime dos sectores especiais, deve considerar-se suficiente para afastar a aplicação da alínea *b*) do n.º 1 do art. 7.º do CCP; ou, pelo menos, apresentam, tais casos, razões justificativas da dispensa de publicidade e/ou concorrência.

De facto, parece-nos ser de diferenciar a situação de uma concessionária obter o seu título através de um procedimento pré-contratual sem publicidade internacional, porque a regulamentação à época não exigia qualquer procedimento, da situação de uma outra concessionária sujeita igualmente a um procedimento pré-contratual sem publicidade, mas porque tal era permitido pela própria legislação ao abrigo de critérios compatíveis com a proteção da concorrência, de harmonia com a legislação nacional e comunitária, vigente à época.

Como se compreende, a norma do art. 7.º, n.º 1, alínea *b*), do CCP pretende sujeitar à concorrência, por via do regime dos sectores especiais, a atividade de uma concessionária titular de um exclusivo, e cujo título habilitante foi atribuído sem preocupações concorrenciais([67]).

([67]) Ou pela negativa: "A ideia é, portanto, a de que, se tiver existido concorrência comunitária a montante, na atribuição do direito exclusivo ou especial, a entidade sua titular não estará, pelo menos ao abrigo do art. 7.º/2, obrigada a observar, a jusante, os procedimentos de pré-contratação pública". Cf. Mário Esteves de Oliveira e Rodrigo Esteves de Oliveira, *Concursos e outros procedimentos de contratação pública*, p. 116.

Ora, verifica-se que a situação dos concessionários que receberam a concessão por via da negociação direta regulada pelo Decreto-Lei n.º 109/94 beneficia da notória preocupação desse regime com o cumprimento de critérios de concorrência europeus. O facto de, por aplicação desses critérios, se ter concluído pela desnecessidade de publicidade comunitária *do lançamento do procedimento propriamente dito* não é razão justificativa para submeter a concessionária a novo escrutínio concorrencial a jusante, quando os diversos fundamentos do recurso à negociação direta já pressupõem uma publicidade prévia. Tal sujeição à contratação pública seria aliás discriminatória face às demais concessionárias. Neste sentido, a norma parece ter uma formulação literal mais estrita do que aquilo que o legislador pretendia aplicar e do que era exigido pelo direito europeu([68]).

Assim, embora a negociação direta, isoladamente considerada, seja um procedimento sem base concorrencial, os casos que permitiam o acesso a este procedimento têm, na sua origem, uma *ratio* claramente justificadora dessa ausência de concorrência. Existe, até, bem vistas as coisas, um evidente paralelismo com as razões motivadoras da definição dos critérios materiais da escolha do procedimento de ajuste direto previstos no CCP.

Relativamente às alíneas *b*) e *c*) do n.º 2 do art. 8.º do Decreto-Lei 109/94([69]), está subjacente uma ideia de prévia sujeição ao

---

([68]) Igualmente com a tónica que a letra desta norma é mais restritiva do que seria desejado pelo legislador, MÁRIO ESTEVES DE OLIVEIRA e RODRIGO ESTEVES DE OLIVEIRA sugerem: "Note-se que o CCP contém, nesta matéria, uma norma que aparentemente é mais restritiva do que a do direito comunitário […]. O que significa que, por exemplo, a atribuição de direitos especiais ou exclusivos mediante licença (e não apenas mediante concessão contratual), sujeita a prévio procedimento de acto administrativo conforme os princípios do direito comunitário, de acordo com a Directiva [17/2004/CE], também relevam, para estes efeitos, excluindo essa entidade do âmbito de aplicação pré-contratual do CCP". Cf. *Concursos e Outros Procedimentos de Contratação Pública,* p. 116. Os AA. repudiam o sentido resultante da interpretação literal do art. 7.º/2, entendendo "dever a mesma interpretar-se extensivamente", para que nela caibam, não só as concessões atribuídas por contrato, mas, igualmente, os atos de licenciamento conformes com os princípios de direito europeu.

([69]) Referimo-nos ao facto de um concurso público ter ficado deserto ou à restituição de uma área por uma concessionária (para efeitos de raciocínio, neste último caso, previamente sujeita a concurso).

mercado([70]). Seja porque do concurso público lançado não surgiu nenhuma concessionária, seja porque a concessionária restituiu a área previamente já concessionada. Nestes casos, o contrato de concessão em questão só é celebrado por negociação direta porque o mercado não reagiu perante um procedimento anterior que seguiu a forma de concurso público [alínea *b*)] ou porque o mercado, através do operador escolhido concorrencialmente, repudiou a concessão [alínea *c*)]. O pressuposto (negativo) essencial do art. 7.º, n.º 1, alínea *b*) do CCP está, pois, cumprido, nesses casos.

No que concerne à alínea *d*), a não sujeição à concorrência tem um fundamento técnico-económico, de novo numa lógica semelhante ao procedimento de ajuste direto, assente numa ligação qualificada do objeto do contrato a uma entidade específica: neste caso, a ligação geográfica da zona territorial, previamente concedida a uma entidade privada, a um campo de petróleo adjacente a essa zona([71]). Reforçando a conclusão, veja-se até que o legislador nacional (na senda do europeu) levou até onde lhe era possível, mesmo nestes casos, a proteção da concorrência: estabeleceu no art. 8.º, n.º 3, do Decreto-Lei n.º 109/94, que neste tipo de situações, "havendo mais do que uma concessão contígua nas condições indicadas será aberto concurso, limitado às concessionárias confinantes com a área em questão". Ou seja, o legislador, em cumprimento do princípio da não discriminação, colocou em pé de igualdade as duas concessionárias em situação semelhante.

Quanto à alínea *a*) do mesmo artigo, respeitante a áreas previamente declaradas disponíveis numa base permanente, numa primeira análise, a falta de publicidade pareceria desrespeitar o princípio de publicidade europeia previsto no art. 7.º, n.º 2, alínea *b*), do CCP, uma vez que a concessão é atribuída a um privado, mediante sua solicitação e negociação entre este e a entidade pública competente.

([70]) Sobre o prévio recurso ao mercado como fundamento de dispensa da publicidade e concorrência, cf. M. A. Raimundo, *A formação dos contratos públicos*, p. 920, ss.

([71]) Sobre este tipo de fundamento de dispensa de publicidade e concorrência, M. A. Raimundo, *A formação dos contratos públicos*, p. 989 ss. e, com particular relevância para o presente texto, p. 995, ss. e 1013, ss.

Importa, porém, reter uma particularidade do procedimento de negociação direta lançado ao abrigo da mencionada alínea: ele só é possível em áreas que tenham sido previamente declaradas disponíveis numa base permanente([72]). Efetivamente, prevê-se a obrigação de a Administração conferir publicidade, não só nacional, mas também europeia, às áreas para as quais poderiam ser atribuídas concessões por negociação direta, ou seja, o GPEP (ou quem sucedeu nas suas competências) estava obrigado a dar a conhecer aos operadores interessados no mercado europeu que poderiam apresentar um requerimento, para que lhes fosse atribuída uma concessão por negociação direta, nas áreas devidamente indicadas para esse efeito([73]).

O procedimento de negociação direta aberto com o referido fundamento é, assim, obrigatoriamente precedido da publicitação europeia de um aviso com a indicação das áreas disponíveis, as quais poderão ser concessionadas através de uma negociação direta. Ora, a publicação deste aviso não pode deixar de ser relevada como um elemento essencial do concreto pressuposto que permite a mobilização do procedimento de negociação direta. Por este motivo, neste caso, admitimos que a utilização do procedimento de negociação direta não ignora a publicidade europeia exigida pela norma constante do art. 7.º, n.º 1, alínea *b*) do CCP, no sentido em que assenta num prévio ato de publicação europeia.

Em síntese, parece-nos, pois, possível concluir que o art. 7.º, n.º 1, alínea *b*), do CCP deve ser interpretado de forma extensiva, por recurso ao seu elemento teleológico, no sentido de não incluir na sua previsão as concessionárias de áreas geográficas para o

---

([72]) Nos termos do art. 2.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 109/94: o Gabinete para a Pesquisa e Exploração de Petróleo […] promoverá, no prazo de 90 dias após a entrada em vigor do presente diploma, a publicação de um aviso no Diário da República e no Jornal Oficial das Comunidades onde serão indicadas as áreas destinadas ao exercício das atividades de prospecção, pesquisa, desenvolvimento e produção de petróleo e, de entre essas áreas, as consideradas disponíveis numa base permanente bem como o local onde podem ser obtidas informações pormenorizadas a este respeito".

([73]) Cf. o aviso publicado no Diário da República, III Série, n.º 167, de 21 de Junho de 1994 e no Jornal Oficial das Comunidades Europeias, n.º 151/171, de 9 de Agosto de 1994, conforme alterado pelo Aviso publicado na III Série, n.º 60, de 12 de Março de 2002.

exercício da atividade de prospeção, pesquisa, desenvolvimento e produção de petróleo, cujo título habilitante lhes tenha sido atribuído ao abrigo de um procedimento compatível com o Decreto-Lei n.º 109/94.

28. Ainda que a conclusão a que se chega seja, só por si, suficiente para excluir a qualificação como entidade adjudicante nos termos da alínea *b*) do n.º 1 do art. 7.º, vale a pena retomar a qualificação do direito de exclusivo relevante para a qualificação de uma concessionária como entidade adjudicante. A este respeito, importa ainda verificar se o exclusivo conferido a uma concessionária para proceder à prospeção, pesquisa e produção de petróleo numa determinada área geográfica tem apetência para afetar substancialmente a capacidade de quaisquer outras entidades exercerem essa mesma atividade.

Nesta sede, importa recorrer ao considerando 25 da Diretiva 2004/17/CE, de acordo com o qual *"não poderão ser considerados, seja porque forma for, inclusivamente mediante atos de concessão, direitos exclusivos ou especiais, os direitos concedidos por um Estado-Membro a um número limitado de empresas com base em critérios objectivos proporcionais e não discriminatórios, que deem a qualquer interessado que os satisfaça a possibilidade de beneficiar dos mesmos"*.

A verdade é que, nos termos do Decreto-Lei n.º 109/94, fosse por procedimento concursal(74), fosse por requerimento apresentado à Administração para exploração de uma área geográfica previamente decretada numa base permanente, através de procedimento de negociação direta, qualquer interessado poderia obter uma concessão para prospeção, pesquisa e produção de petróleo numa base objetiva, desde que cumpridos os requisitos para o efeito. Mais: o facto de uma entidade obter uma concessão não prejudica o direito de outras obterem uma outra concessão, para a

---

(74) Conforme sucedido, em 2002, com o lançamento pelo Estado Português do Concurso Público para Atribuição de Direitos de Prospecção, Pesquisa, Desenvolvimento e Produção de Petróleo no Deep-Offshore, cujas peças podem ser consultadas em <http://www.dgeg.pt/dpep/2002/concurso2002.pdf> (última consulta em 22 de maio 2015).

mesma atividade, numa outra área geográfica disponível, adjacente, ou não, com a área que a primeira explora. Com efeito, de acordo com a DGEG, existem atualmente quatro bacias concessionadas, uma *onshore* e três *offshore*, cada uma delas com variadas áreas de concessão, que contam atualmente com seis concessionárias, conforme informação disponível no sítio da *internet* da DGEG(75). Tudo isto aponta para que há múltiplas entidades inseridas no mesmo mercado, em plena concorrência(76). Temos, pois, que a circunstância de uma concessionária deter um exclusivo de uma área geográfica para a prospeção, pesquisa e produção de petróleo não prejudica efetivamente a possibilidade de quaisquer outras entidades desenvolverem a atividade que é relevante para esse efeito — a prospeção, pesquisa e produção de petróleo numa área geográfica em Portugal(77). A existência desta situação de concorrência foi também implicitamente assumida, como veremos já de seguida, pela própria Comissão Europeia.

Não se encontram assim preenchidos os pressupostos de aplicação da norma prevista na alínea *b*) do número 1, art. 7.º do CCP, pelo que se conclui que as concessionárias titulares de uma concessão para a realização de atividades de prospeção, pesquisa, desenvolvimento e produção de petróleo não são entidades adjudicantes ao abrigo do CCP, **razão pela qual os contratos que estas celebrem não estão sujeitos a procedimentos de contratação pública à luz do CCP**.

---

(75) Informação disponível em <http://www.dgeg.pt/dpep/pt/info_pt.htm> (última consulta em 22 de maio de 2015).

(76) Segundo a DGEG, em 2002, 2006 e 2007 foram assinados um total de catorze contratos de concessão de prospeção, pesquisa, desenvolvimento e produção de petróleo, doze dos quais em 2007. Informação disponível em <http://www.dgeg.pt/dpep/pt/history_pt.htm> (última consulta em 22 de maio de 2015).

(77) No mesmo sentido, mas a respeito de uma concessão de utilização privativa do domínio hídrico, cf. Mark Kirkby, "A Contratação Pública nos «Sectores Especiais»". Segundo o Autor (p. 55), "por um lado, a circunstância de uma determinada entidade deter um direito exclusivo de aproveitamento de potencial hidroelétrico de determinada barragem significa apenas isso mesmo: que essa entidade pode utilizar a água da barragem para produção de electricidade. Mas não significa, como é patente, que detenha um exclusivo da actividade de produção de energia elétrica no território nacional ou um direito especial e reservado no que concerne a esta atividade".

29. Não obstante, deve sublinhar-se, a bem da exaustividade da análise, que, mesmo que se considerasse que uma concessão do tipo das que analisamos afetava substancialmente a capacidade de quaisquer outras entidades exercerem essa mesma atividade, nem por isso a contratação por parte de uma concessionária de áreas geográficas para o exercício da atividade de prospeção, pesquisa, desenvolvimento e produção de petróleo, cujo título habilitante lhe tenha sido atribuído em momento anterior à entrada em vigor do CCP ao abrigo de um procedimento de negociação direta, estaria sujeita aos procedimentos pré-contratuais disciplinados pelo CCP. Ou seja, ainda que se considerasse que estas entidades deveriam ser qualificadas como entidades adjudicantes ao abrigo do art. 7.º, teriam ainda de (*i*) ser preenchida a previsão dos arts. 11.º e (*ii*) não verificadas as causas de exclusão previstas no art. 13.º desse mesmo código.

No âmbito do art. 11.º, seria necessário que o contrato a celebrar pela concessionária (*i*) respeitasse direta e principalmente a uma das várias atividades por elas exercidas nos sectores da água, da energia, dos transportes e dos serviços postais, e ainda que (*ii*) e o seu objeto abrangesse prestações típicas dos contratos de empreitadas de obras públicas (com valor superior ao limiar estabelecido), concessão de obras públicas, concessão de serviços públicos ou locação e aquisição de bens móveis ou serviços (com valor superior ao limiar estabelecido)([78]).

Ora, ainda que se entendesse que os contratos a celebrar pela concessionária estariam abrangidos pelo disposto no art. 11.º, certo é que o art. 13.º do Código excluiria a aplicação da Parte II do Código a esses mesmos contratos.

Com efeito, de acordo com o disposto no art. 13.º, n.º 1, alínea *b*), do CCP, a Parte II do CCP não se aplica à formação de contratos "*a celebrar por uma entidade adjudicante cuja actividade esteja directamente exposta à concorrência em mercado de acesso não limitado, desde que tal seja reconhecido pela Comissão Europeia, a pedido do Estado Português, da entidade adjudicante em*

([78]) Sobre estes requisitos, cf. os já citados estudos de Miguel Assis Raimundo, "Contratação pública no sector da energia" e de Mark Kirkby, "Contratação pública nos «sectores especiais»".

causa ou por iniciativa da própria Comissão Europeia, nos termos do disposto no art. 30.º da Directiva n.º 2004/17/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 31 de Março".

Ora, é a própria Diretiva 17/2004 que atesta que a prospeção, pesquisa e exploração de petróleo é uma atividade diretamente exposta à concorrência em mercado de acesso não limitado, ao prever, no seu art. 30.º, n.º 3, que *para efeitos do no. 1* [do art. 30.º]*, o acesso a um mercado será considerado não limitado se o Estado-Membro tiver transposto e aplicado as disposições da legislação comunitária mencionada no Anexo XI.* Ora, do anexo XI consta precisamente a Diretiva 94/22/CE([79]).

A confirmar tudo isto, surgiu um elemento adicional que torna a questão que abordamos líquida e incontestada, no sentido que aqui se defende. Com efeito, a Comissão Europeia, ao abrigo do já referido mecanismo do art. 30.º da Diretiva n.º 2004/17, emitiu a Decisão de Execução (UE) 2015/2177, publicada no *Jornal Oficial da União Europeia* de 25 de novembro de 2015 (L 307/27 a 30), por meio da qual isentou a prospeção de petróleo e gás natural em Portugal da aplicação da referida Diretiva. Os argumentos utilizados pela Comissão para tomar a referida decisão foram, por um lado, o facto de estar transposta, em Portugal, a Diretiva 94/22/CE (algo que, como se disse acima, permite afirmar que o mercado em questão não é de acesso limitado), e, por outro lado, o facto de o mercado da prospeção de petróleo — que, como refere a Comissão, tem dimensão global — ser aberto e não se encontrar concentrado, o que permite falar numa atividade verdadeiramente concorrencial.

Nesta medida, e ao invés do que é sustentado por alguma doutrina([80]) (que entende que o Código não se aplica, *per se*, às conces-

---

([79]) Por outro lado, e sem prejuízo dos vários critérios estabelecidos no art. 30.º, n.º 2, da Diretiva 17/2004/CE, já no seu considerando 41 o legislador europeu claramente considera os mercados sujeitos à regulação da Diretiva 92/44/CE como sujeitos à concorrência: "Considerar-se-á que a execução e aplicação da legislação comunitária adequada para promover a abertura de um determinado sector, ou de parte deste, proporciona uma presunção suficiente de livre acesso ao mercado em questão […]. Para este efeito, a aplicação por um Estado-Membro de uma directiva, por exemplo a Directiva 94/22/CE, que abre um determinado sector à concorrência […].

([80]) AA.VV, *Direito do Petróleo*, p. 133.

sões de prospecção, pesquisa e exploração de petróleo, incluindo a própria *formação* dessas mesmas concessões, por estes contratos *celebrados pelas próprias concessionárias* estarem excluídos do âmbito da diretiva 2004/17/CE, com base no art. 30.º desse diploma), deve entender-se que o CCP abrange, em princípio, a formação das concessões propriamente ditas (com as especificidades assinaladas e devidas à vigência parcial do Decreto-Lei n.º 109/94), mas exclui da aplicação do regime dos setores especiais os contratos celebrados pelas concessionárias, como base no racional de se tratar de um mercado aberto e livre.

Concluímos, pois, pela não qualificação das concessionárias de áreas geográficas para o exercício da atividade de prospeção, pesquisa, desenvolvimento e produção de petróleo como entidades adjudicantes ao abrigo do art. 7.º, n.º 1, alínea *b*) e, igualmente, numa linha de raciocínio supletiva, que os contratos a celebrar por essas entidades estariam, de todo o modo e em qualquer caso, isentos de procedimentos específicos de contratação pública, por via da exclusão prevista no art. 13.º, n.º 1, alínea *b*), do CCP.

30. Uma última nota, a este respeito, para referir que o que acaba de dizer-se sobre o carácter exposto à concorrência da atividade em causa foi ainda consolidado e reforçado — se necessário fosse — pelo regime da nova Diretiva n.º 2014/25/UE, do Parlamento e do Conselho, de 26 de Fevereiro de 2014, relativa aos contratos públicos celebrados pelas entidades que operam nos sectores da água, da energia, dos transportes e dos serviços postais, e que revogou a Diretiva 2004/17/CE([81]).

Assim, não só o regime, acima analisado, que até aqui constava do art. 30.º da Diretiva 2004/17, se mantém (cf. o art. 34.º da Diretiva 2014/25), como a própria evolução do mercado dos hidrocarbonetos levou a que o legislador europeu tenha deixado pura e simplesmente de submeter à contratação pública as entidades que exercem atividades de prospeção de petróleo, "*dado este sector ter estado sistematicamente sujeito a uma pressão concorrencial tal*

([81]) Publicada no *Jornal Oficial da União Europeia*, L/94, de 28 de Março de 2014.

que a disciplina de contratação imposta pelas regras de contratação pública da União deixou de ser necessária" (considerando 25 da Diretiva 2014/25). Com efeito, sujeita à Diretiva está agora apenas a *exploração* de petróleo e gás([82]), e, mesmo assim, no caso de se tratar de empresa privada, mantém-se o requisito de existência de um direito exclusivo atribuído de forma não concorrencial, nos mesmos termos acima analisados (cf. agora os arts. 4.º, n.º 3 e 14.º, alínea *a*), da Diretiva 2014/25)([83]). Em termos cronológicos, a Decisão de Execução (UE) 2015/2177, embora tenha feito ainda aplicação da Diretiva 2004/17, já refletiu esta orientação.

3.3. Concessões outorgadas após a entrada em vigor do CCP

31. Importa agora saber se as conclusões a que chegámos acima sofrem alguma alteração pelo facto de as concessionárias em causa terem obtido o seu título habilitante após a entrada em vigor do CCP.

Nesta sede, há que recuperar as conclusões a que chegámos na resposta à primeira questão do presente estudo. Assim, se a concessão foi atribuída na sequência de um dos procedimentos disciplinados pelo CCP, estaremos perante um ato necessariamente submetido à concorrência em termos satisfatórios, não devendo a concessionária ser incluída no conceito de entidade adjudicante.

Em todo o caso, também estas concessionárias não devem ser consideradas entidades adjudicantes para efeitos do CCP; assim como os seus contratos continuariam a ser excluídos no âmbito do art. 13.º do CCP, não se encontrando, de igual modo, sujeitas a regimes de contratação pública aplicáveis à aquisição de bens e serviços.

Aplica-se assim, igualmente, todo o racional acima exposto.

([82]) Em coerência, o Decreto-Lei n.º 111-B/2017, de 31 de agosto, alterou a redação do art. 9.º, n.º 1, alínea *b*), do CCP, retirando a menção à prospeção.

([83]) Sobre o regime da nova diretiva, cf., por todos, Totis Kotsonis, "The 2014 Utilities Directive of the EU: codification, flexibilisation and other misdemeanours", *cit.*

3.4. O regime de extensão da aplicação do CCP (artigos 276.º a 277.º)

32. Concluímos que as concessionárias de áreas geográficas para o exercício da atividade de prospeção, pesquisa, desenvolvimento e produção de petróleo não estão sujeitas, nos contratos a celebrar com terceiros, aos procedimentos pré-contratuais previstos no CCP, independentemente de a sua concessão ter sido atribuída antes ou depois da entrada em vigor daquele diploma.

Importa, ainda, referir que tais entidades não se encontram abrangidas pelo regime de extensão, previsto nos arts. 276.º e 277.º do CCP.

Na verdade, o art. 276.º do CCP é apenas aplicável às concessionárias de obras públicas. Uma vez que não estamos — notoriamente — perante um contrato de concessão de obras públicas (cf. art. 407.º, n.º 1, do CCP), mas diante de uma concessão de uso privativo do domínio público, ou, porventura e noutra opinião, de uma concessão de exploração do domínio público (qualificação esta que nos coloca alguma dificuldade, desde logo "haja vista que quando é outorgada a concessão sequer se pode falar propriamente de uma jazida, o que somente surgirá se restar bem-sucedida a etapa de pesquisa")([84]), dúvidas não restam quanto à inaplicabilidade do disposto no art. 276.º do CCP([85]).

([84]) Como refere Floriano de Azevedo Marques Neto, *Bens Públicos*, Belo Horizonte: Editora Fórum, 2009, p. 199. O Autor considera que se estará, neste caso, diante de "concessão de uma atividade económica reservada constitucionalmente ao monopólio, outorga esta precedida da decisão da União (titular do monopólio de explorar indiretamente, naquele bloco, sua prerrogativa constitucional" (p. 199).

([85]) AA.VV, *Direito do Petróleo*, p. 133 e Pedro Gonçalves, *A Concessão de Serviços Públicos,* Coimbra: Almedina, 1999, p. 93. Segundo esta doutrina, está em causa um exemplo de uma concessão de exploração do domínio público e não uma concessão de uso privativo do domínio público, "pois o que está em causa não é a utilização do bem, mas a actividade de o explorar ou gerir — enquanto nas concessões de uso privativo, sendo indispensável para o exercício de uma dada actividade, o uso do bem é o direito que a autoridade administrativa concede, nas concessões de exploração e gestão, o que a autoridade administrativa concede ou transfere para o interessado é um direito próprio, o direito de o explorar ou gerir. A concessão de exploração domínio público coloca por isso o concessionário na posição da Administração concedente". Para Pedro Gonçalves, a "apropriação pública *ope legis*, que exclui obviamente a invocabilidade de um direito de exploração de

33. O art. 277.º do CCP, por seu turno (do qual, em todo o caso, apenas resultaria, não a sujeição à Parte II do CCP, mas a sujeição genérica e indeterminada ao princípio da não discriminação em razão da nacionalidade nos contratos de aquisição de bens móveis e serviços), é apenas aplicável a entidades a quem tenham sido conferidos direitos especiais ou exclusivos no contexto de atividades que sejam qualificadas como de "serviço público".

Este, como tivemos a oportunidade de analisar, não corresponde ao objeto da concessão em análise, já que não há qualquer obrigação de serviço público que seja imposta à concessionária.

Com efeito, embora no domínio das concessões de atividades públicas dominiais se possa verificar, consoante o específico regime concessório, a prestação de um serviço público aos utentes do bem dominial (não já assim nas de uso privativo, nas quais o interesse privado no uso sobreleva, sem qualquer dúvida, o interesse público, aqui correspondente a um interesse sobretudo financeiro), não é essa a realidade das concessões reguladas pelo Decreto-Lei n.º 109/94.

Para o demonstrar — e sem necessidade de grandes desenvolvimentos — basta considerar o regime que o Decreto-Lei n.º 109/94 dedica ao contrato de concessão e o tipo de obrigações a que sujeita o concessionário, para se perceber que em parte alguma, nesse conjunto de obrigações, se inclui qualquer situação que possa ser reconduzida à prestação de um serviço público em sentido próprio, que envolve sempre, seguramente, a prestação de utilidades divisíveis aos utentes de um serviço ou bem. Nenhuma das atividades concessionáveis nos termos do Decreto-Lei n.º 109/94 apresenta essa fisionomia: todas se traduzem, apenas, em atividades de prospecção ou produção de bens que são apropriados pelo próprio concessionário para os seus fins privados, não havendo benefício direto([86]) aos cidadãos por via dessas atividades.

---

natureza privada, não elimina contudo a possibilidade de a Administração transferir o seu direito de exploração para particulares", exemplificando justamente com o Decreto-Lei n.º 109/94 que, no seu art. 4.º, "integra no domínio público do Estado os jazigos de petróleo existentes na superfície emersa do território nacional, nas águas interiores, no mar territorial e na plataforma continental (…), e que disciplina a atribuição de concessões para a produção de petróleo".

([86]) A ressalva decorre de o Decreto-Lei n.º 109/94 prever formas de benefício

§ 3.º
Conclusões

32. Do estudo realizado pode extrair-se, em síntese, que:

a) O Decreto-Lei n.º 109/94 é o diploma nacional que regula a fase *upstream* da cadeia de valor do sector petrolífero, *i.e.*, as "actividades de prospecção, pesquisa, desenvolvimento e produção de petróleo";

b) De acordo com o Decreto-Lei n.º 109/94, as atividades de prospeção, pesquisa, desenvolvimento e produção de petróleo são desenvolvidas ao abrigo de concessão jurídico-administrativa, a qual deverá ser precedida de um de dois procedimentos: concurso público ou negociação direta;

c) O regime do Decreto-Lei n.º 109/94 revela-se conforme às exigências previstas na Diretiva 94/22/CE;

d) O critério determinante para aferir se determinado regime cessou a sua vigência em virtude da aplicação da norma revogatória consagrada no art. 14.º, n.º 2, do diploma que aprova o CCP é o de se tratar de uma "matéria regulada" no CCP;

e) Por matéria regulada deve considerar-se, não apenas a relativa à formação de contratos públicos ou à execução de contratos administrativos, mas ainda a matéria que, analisados os critérios objetivos e subjetivos de aplicação do CCP, neste domínio, esteja abrangida pelo seu âmbito (objetivo e subjetivo) de aplicação; e mais: ainda que uma matéria esteja, genericamente, abrangida por essa regulação, deve sempre procurar indagar-se se uma concreta questão é regulada pelo CCP;

---

indireto à população em caso de ser descoberta uma fonte de hidrocarbonetos (designadamente, pela via fiscal, já que a exploração dessa fonte está sujeita a um imposto especial). Mas beneficiar indiretamente a comunidade pela via fiscal nada tem que ver com prestar uma atividade de *serviço público*.

f) A regulação do procedimento de concurso público, prevista no Decreto-Lei n.º 109/94, foi objeto de revogação *parcial* pela norma constante do art. 14.º, n.º 2, do decreto preambular do CCP, uma vez que a contratação das atividades de prospeção e extração de petróleo é uma matéria regulada pelo CCP e este Código disciplina a tramitação específica do procedimento de concurso público;

g) Devem porém considerar-se ressalvadas dessa revogação, e portanto, plenamente vigentes, todas as normas do Decreto-Lei n.º 109/94, ainda que relativas ao regime do concurso público por esse diploma regulado, que sejam essenciais à transposição de regras claras e inequívocas (e por isso indisponíveis para o legislador nacional) pertencentes à Diretiva 94/22/CE, sob pena de ter de se entender que, por via do art. 14.º, n.º 2, do diploma que aprovou o CCP, foi criada uma situação de incumprimento do dever de transposição daquela Diretiva europeia de 1994;

h) Ao contrário de todos os procedimentos pré-contratuais previstos no CCP, o procedimento de negociação direta, previsto no Decreto-Lei n.º 109/94, é um *procedimento administrativo* que se inicia por arbítrio do particular através da apresentação do competente requerimento, o que constitui a Administração no dever de lhe dar decisão em certo prazo;

i) Por se tratar de um tipo de procedimento pré-contratual não regulado no CCP, quer na sua tramitação procedimental, quer nos seus fundamentos de escolha, o procedimento de negociação direta, previsto no Decreto-Lei n.º 109/94, não se pode considerar revogado pela norma do art. 14.º, n.º 2, do diploma que aprova o CCP, mantendo-se, por conseguinte, em vigor as regras do Decreto-Lei n.º 109/94 que o regulam;

j) No Decreto-Lei n.º 109/94, não se preveem quaisquer obrigações de contratação pública da concessionária habilitada ao desenvolvimento das atividades de prospeção,

pesquisa, desenvolvimento e produção de petróleo nas suas relações com terceiros;

k) O CCP só se aplica a contratos cujo procedimento de formação se tenha iniciado em data posterior à sua entrada em vigor (29 de Julho de 2008), devendo considerar-se que o início do procedimento coincide com a decisão de contratar;

l) Os contratos celebrados com terceiros por uma concessionária habilitada a realizar atividades de prospeção, pesquisa, desenvolvimento e produção de petróleo, na sequência de procedimentos de formação iniciados em momento anterior ao da entrada em vigor do CCP, não estão sujeitos à disciplina deste Código; considerando a inexistência de normas de contratação pública especificamente previstas no Decreto-Lei n.º 109/94 e na Diretiva 92/44/CE, e bem assim a inaplicabilidade de quaisquer outros diplomas (Decreto-Lei n.º 223/2001), não estavam igualmente sujeitos a regras de contratação pública;

m) Quanto a contratos a celebrar com terceiros após a entrada em vigor do CCP (seja no âmbito de concessões outorgadas antes deste momento ou depois), as concessionárias de uma área geográfica para a prospeção, pesquisa, desenvolvimento e produção de petróleo não são consideradas entidades adjudicantes no âmbito dos sectores especiais, uma vez que o direito exclusivo que lhes é conferido não preenche os requisitos previstos no art. 7.º, n.º 1, alínea *b*), do CCP: não só ele não afeta substancialmente o exercício dessa atividade por outras entidades, como se poderá e deverá considerar que os procedimentos de atribuição das concessões regulados pelo Decreto-Lei n.º 109/94 se conformam (concurso público) ou não molestam (negociação direta) as exigências do princípio da concorrência;

n) A contratação por concessionárias de áreas geográficas para o exercício da atividade de prospeção, pesquisa, desenvolvimento e produção de petróleo, cujo título habi-

litante lhes tenha sido atribuído ao abrigo de um procedimento compatível com o Decreto-Lei n.º 109/94 ou com o CCP, está igualmente abrangida pela exclusão de aplicação da Parte II do CCP, prevista no art. 13.º, n.º 2, alínea *b*), do mesmo Código, exclusão essa que, no que diz respeito à prospeção, está expressamente afirmada na Decisão de Execução (UE) 2015/2177;

o) Uma vez que se trata de uma *concessão de uso privativo*, ou, eventualmente, sendo descoberto petróleo, uma *concessão de exploração* de um bem público, às concessionárias habilitadas a realizar atividades de prospeção, pesquisa, desenvolvimento e produção de petróleo, que não sejam qualificadas como entidades adjudicantes, não é também aplicável o regime de extensão do CCP previsto nos arts. 276.º e 277.º deste diploma.

O DISPOSITIVO: UM PRINCÍPIO EVANESCENTE

Por Luís Correia de Mendonça(*)

Sumário:

1. Introdução. **2.** O princípio do dispositivo. **3.** Princípio do dispositivo *stricto sensu* ou substancial e princípio dispositivo *lato sensu* ou processual. **4.** O Código de Processo Civil de 1876. **5.** O Decreto n.º 3, de 29 de Maio de 1907. **6.** O Decreto n.º 12.353, de 22 de Setembro de 1926. **7.** O Decreto n.º 21.694, de 29 de Setembro de 1932. **8.** O Código de Processo Civil de 1939. **9.** O Decreto-Lei n.º 44.129, de 28 de Dezembro de 1961. **10.** O Decreto-Lei n.º 242/85, de 9 de Julho. **11.** Os Decretos-Leis n.º 329-A, de 12 de Dezembro e n.º 180/96, de 25 de Setembro. **12.** O Decreto-Lei n.º 108/2006, de 8 de Junho. **13.** A Lei n.º 41/2013, de 26 de Junho. **14.** Conclusão.

1. Introdução

Pensemos que um governo democrático quer construir um hospital e para isso encomenda um projecto a um arquitecto. Espera-se que este apresente uma tela elaborada a pensar sobretudo nas comodidades e interesses dos médicos, ou, pelo contrário, que dê prevalência aos pacientes?

(*) Juiz Desembargador.

Pensemos, depois, que quer construir uma escola. O que é legítimo esperar da orientação dada ao arquitecto? Que seja no sentido de um projecto feito sobretudo a pensar nos alunos, ou, ao invés, a pensar nos docentes?

Creio que a resposta a estas duas questões é óbvia e que não suscita dúvidas na generalidade das pessoas([1]).

Agora imaginemos que o mesmo governo democrático pretende levar por diante a elaboração de um novo código de processo civil.

Estando sobretudo em causa direitos disponíveis dos particulares, qual deve ser a centralidade teleológica? A regulação do interesse das partes e a ânsia de que lhes seja feita justiça, particularmente quando se julgam com razão e têm meios de a demonstrar, ou, ao invés, o poder do juiz e a sua missão de realizar, como titular de um órgão de soberania, a paz pública?

Não vejo que a resposta a dar a esta última questão deva ser muito diversa daquela que se dá às anteriores.

No entanto, desde 1926, a resposta do legislador português sempre foi a oposta e, consequentemente, durante cerca de 90 anos as reformas do processo civil sempre foram feitas "do ponto de vista do juiz".

De tal modo o princípio do dispositivo que orientava e dirigia toda a estrutura do processo do Código de 1876 foi sendo progressivamente comprimido pelo inquisitório, que chegou ao ponto de desaparecer no glossário da reforma de 2013.

Este texto propõe-se examinar, nos limites estreitos de um artigo e cingindo-se ao processo declaratório, a história desta evolução nas últimas nove décadas, o que não pode deixar de ser visto em confronto com a evolução do princípio do inquisitório, contraponto do primeiro.

([1]) A não ser que se olhe para os doentes e para os alunos como meros frequentadores de hospitais e de escolas e que no fundo só "servem" para estimular o desempenho de uma função: no primeiro caso a função terapêutica; no segundo, a função pedadógica.

2. O princípio do dispositivo

O princípio dispositivo é a projecção no direito processual da autonomia privada que encontra a sua mais pujante afirmação na figura do direito subjectivo.

Ao genérico direito à tutela judicial corresponde o genérico dever do Estado, encarnado no órgão judicante, de prestar essa tutela.

Se tivermos em mente a função do processo, entende-se facilmente que se reconheça às partes um amplo poder de iniciativa que não se encontra noutros tipos de procedimento.

A relevância do interesse da parte no processo civil manifesta-se sobretudo num complexo de poderes:

i) de dar início ao processo (iniciativa *do* processo);

ii) de assegurar o prosseguimento da causa (iniciativa *no* processo);

iii) de fornecer a prova dos direitos afirmados (iniciativa probatória).

No processo civil vigora o princípio do pedido o que significa que o juiz só pode tomar medidas a pedido da parte interessada, salvo nas hipóteses taxativamente previstas na lei, em que a acção pode ser promovida pelo Ministério Público *(nemo iudex sine actore)*.

Porém, não é forçoso que seja assim pois pode conceber-se um outro sistema, no qual, sempre que ao juiz seja dada notícia v.g. do incumprimento de um contrato, aquele actua *ex officio*, na consideração de que se o comportamento em si censurável do devedor atinge os interesses do credor, é simultaneamente lesivo do interesse geral de que as regras do ordenamento sejam respeitadas. A Alemanha nazi e alguns países do leste Europeu são bem exemplo desta possibilidade.

A iniciativa de parte traduz-se no poder de impulsionar o processo *(ne procedat iudex ex officio)*.

Além disso, cabe à parte conformar o objecto do processo. Correlativo do poder da parte está o dever do juiz de se pronunciar

sobre o conteúdo do processo nos estritos limites determinados por aquela *(ne eat iudex ultra petitum partium)*.

Complementar do poder de propor a causa é o poder de o autor fornecer a prova dos factos que constituem os fundamentos do pedido e para o réu o poder de provar os factos que são fundamento das excepções. O *princípio dispositivo* proíbe que o juiz leve a cabo indagações de ofício ou se aproveite do conhecimento privado e reserva à parte a iniciativa na recolha do material fáctico e probatório *(iudex iudicare debet secundum allegata et probata)*(2).

Expressão do *princípio do dispositivo* é também a faculdade de renunciar ao prosseguimento do processo, provocando a respectiva extinção (desistência, confissão, transacção).

As diversas graduações da intervenção do juiz a respeito dos interesses das partes dependem de diversos factores históricos e culturais, designadamente de factores tipicamente forenses, gnoseológicos e sobretudo político-ideológicos.

Quanto aos primeiros factores recorde-se a publicação, em 26 de Abril de 1781, do *Corpus Juris Fridericianum* que aboliu a profissão de advogado, proibindo a representação nos tribunais e criando os "assistentes/assessores" *(Assistenzräte)* que tinham por função assistir as partes e ajudar os juízes a investigar os factos.

Os segundos derivam da aspiração à descoberta da verdade material que postula que, para tal fim, é mais funcional conferir poderes de inquisição ao tribunal do que deixá-los na disponibilidade das partes. No entanto, "a verdade é uma só", e não admite distinções e qualificações [do género "verdade real" e "verdade formal"]; até agora ninguém demonstrou que as provas, só porque aduzidas pelas partes e não de ofício, não fazem perceber a "verdade real" e só fornecem uma "formal". Tal demonstração é impossível , porque é falso que o sistema inquisitório seja mais eficaz para a procura processual da verdade. O juiz, como bem sabe-

---

(2) Sobre a origem e evolução deste brocardo JUAN MONTERO AROCA, *La Prueba en el Proceso Civil*, quinta edición, Thomson, Civitas, 2007:26 e ss; uma abordagem diferente, apoiada numa exaustiva análise bibliográfica, PICÓ I JUNOY, *El Juez Y La prueba*, Bosch, Barcelona, 2007.

mos, é um terceiro que não sabe nada (e nada deve saber) sobre os factos controvertidos; no nosso ordenamento assume também as vestes de um funcionário público, isto é de um burocrata, por isso ele em linha de princípio , para além de ignorar os factos, limita-se a desenvolver o seu trabalho sem particular entusiasmo pelos acontecimentos relativos às partes. Nestas condições é pelo menos temerário pensar que o juiz pode substituir-se com êxito profícuo na aquisição das fontes de prova às partes, que ao invés conhecem bastante bem os próprios assuntos, sabem como e onde procurar as provas, e arriscam na primeira pessoa''([3]).

No que se refere aos terceiros entende-se que os dois modos de conceber a administração da justiça (o processo inquisitório e o processo dispositivo) "são projecções no campo da técnica processual de dois diversos modos de conceber o Estado e as relações que se estabelecem entre o interesse público e o interesse individual, entre a autoridade e a liberdade dos cidadãos. O processo inquisitório, no qual as partes são consideradas somente como instrumentos para satisfazer o interesse público, corresponde a uma concepção paternalística e autoritária do Estado: o juiz pode tudo, os interesses individuais não contam para nada, as partes, a par das testemunhas têm a obrigação de dizer a verdade mesmo contra si próprias, e o conflito de interesses entre si não tem nenhuma relevância, porque relevante é só o interesse do Estado''; "pelo contrário, o processo de tipo dispositivo corresponde a uma concepção individualista e liberal do Estado: o processo não ignora que os dois antagonistas no debate são pessoas vivas, qualquer uma dotada de vontade própria, de interesses individuais, de fins próprios privados; e em vez de reprimir estes impulsos individuais, contrastantes ou divergentes, deixa-os livres de se manifestar e de escolher a sua táctica, e retira do seu contraste ou da sua divergência a força motriz para alcançar igualmente através do recíproco controlo das iniciativas contrapostas, os fins públicos da justiça. Diante do processo inquisitório correspondente ao governo absoluto que apenas conhece súbditos obedientes, o processo de tipo dispositivo representa no campo judiciário uma

---

([3]) Girolamo Monteleone, *Diritto Processuale Civile*, 3.ª ed., Cedam, 2002: 265.

espécie de auto-governo democrático de cidadãos livres e responsáveis das suas acções"(4).

3. Princípio do dispositivo *stricto sensu* ou substancial e princípio dispositivo *lato sensu* ou processual

Na esteira da doutrina alemã e italiana e nas últimas décadas do século passado, alguma doutrina nacional começou a distinguir o princípio dispositivo propriamente dito *(Dispositionsmaxime)* e o princípio da controvérsia *(Verhandlungsmaxime)*(5).

"O princípio do dispositivo (stricto sensu) traduz-se na liberdade de decisão sobre a instauração do processo, sobre a conformação do seu objecto e das partes na causa e sobre o termo do processo, assim como, muito mitigadamente, sobre a sua suspensão. É, *grosso modo*, redutível à ideia de *disponibilidade da tutela jurisdicional*, por sua vez distinguível em *disponibilidade da instância* em si mesma (disponibilidade do início, do termo e da suspensão do processo) e *disponibilidade da conformação da instância* (disponibilidade do objecto e das partes).

O princípio da controvérsia traduz-se na liberdade de alegar os factos destinados a constituir fundamento da decisão, na de acordar em dá-los por assentes e, em certa medida, na iniciativa da prova dos que forem controvertidos. É, *grosso modo*, redutível à ideia de *responsabilidade pelo material fáctico da causa*"(6).

A partir desta distinção passou a defender-se que enquanto a supressão do primeiro princípio afecta directamente a natureza privada dos direitos deduzidos em juízo, tal não acontece com o segundo, porquanto a atribuição ao juiz de poderes de iniciativa probatória para declarar a verdade se contém dentro da chamada

---

(4) Piero Calamandrei, *Studi Sul Processo Civile*, Vol. 6, Cedam, 1957:309.

(5) José Lebre de Freitas, *A Confissão no Direito Probatório*, Coimbra Editora, 1991:450 ss.

(6) José Lebre de Freitas, *Introdução ao Processo Civil*, 3.ª ed., Coimbra Editora, 2013:155 ss.

técnica do processo sujeita a juízos de oportunidade do legislador: "relativamente à afirmação dos factos na causa, assim como na produção dos meios de prova e a sua influência no juízo, o que está em jogo não é a conformação da tutela que o ordenamento concede aos interesses materiais, […] mas a conformação do instrumento que a lei predispõe para actuar jurisdicionalmente tal tutela"(7).

É claro que não estou de acordo com esta posição. Creio, ao contrário, com Montero Aroca, que "deve afirmar-se com toda a clareza que o aumento dos poderes do juiz em matéria de iniciativa probatória não pode deixar de ser o reflexo do aumento dos poderes do Estado na sociedade, aumento que responde a uma concepção autoritária do próprio Estado e, por conseguinte, do papel do juiz no processo civil"(8).

Ou, como Monteleone, que "a contraposição posta em relevo não passa tanto entre o princípio dispositivo e inquisitório como instrumentos de técnica processual, quanto na realidade entre um processo plenamente conforme ao contraditório, ao direito de defesa e à esfera de autonomia e liberdade das partes, e um processo marcado por uma visão que se poderia dizer oficiosa, logo burocrática e autoritaristica da jurisdição"(9).

Em suma, só o processo dispositivo "põe em justo equilíbrio os poderes do órgão e das partes, respeita o contraditório e o direito de defesa, e tudo somado, permite ao magistrado desempenhar com objectividade, serenidade e imparcialidade a sua essencial tarefa: fazer justiça a quem demonstra ter razão no andamento do processo, e não a quem tal razão venha a ser concedida de modo mais ou menos desinteressado, ou sub-reptício, por quem deveria estar *super partes*"(10).

---

(7) Tito Carnacini, "Tutela giurisdizionale e tecnica del processo", *Studi in Onore di Redenti*, Vol. II, Milano, 1951: 759.

(8) Juan Montero Aroca, *La prueba*…, *op. cit.:* 30.

(9) Girolamo Monteleone, *op. cit.:* 264.

(10) *Idem*, 267.

4. O Código de Processo Civil de 1876

Por Carta de Lei de 8 de Novembro de 1876, foi aprovado o primeiro Código de processo civil português.

Enraizado na ideologia liberal do seu tempo, o código de 1876 está profundamente influenciado pelo princípio dispositivo e por uma concepção jusprivatista do processo.

O código instituiu um processo escrito, mediato e não concentrado, em que a recolha de prova testemunhal se fazia, por regra, no processo civil ordinário, em audiência extraordinária sem a presença do juiz, e a discussão da causa só era oral quando intervinha o júri, por acordo expresso das partes reduzido a termo antes de estar designado dia para a inquirição das testemunhas perante o juiz da acção (art. 401.º), o que raramente acontecia, e em certos processos civis especiais (v.g. processo de separação de pessoas e bens e processo de suprimento do consentimento para a venda de bens dos pais ou avós a filhos ou netos, em que intervinha o conselho de família com funções de julgar).

Por outro lado, consagrou os princípios modernos da publicidade (art. 59.º) e da livre apreciação da prova (arts. 2416.º, 2419.º, 2514.º, 2519.º, CC).

No processo de 1876([11]), concebido como uma disputa entre dois adversários perante um terceiro judicante, o respeito pela

---

([11]) Em traços gerais era esta a marcha do processo ordinário: a acção tinha por base a petição inicial em que o autor requeria a citação do réu, deduzia os fundamentos da acção e concluía pelo pedido (art. 394.º); seguia-se a distribuição feita numa das audiências ordinárias (art. 165.º) que se realizavam às segundas e quintas-feiras (art. 151.º, § 1.º); distribuída a acção procedia-se à citação do réu (art. 178.º, ss.) depois de ordenada por juiz competente (art. 180.º); ordenada a citação o escrivão ou o oficial devia fazê-la imediatamente (art. 179.º); a citação revestia duas formas, pessoal ou edital (arts. 183.º, ss., 194.º e 195.º); a falta de oposição ao pedido não dispensava, em regra, o autor de fazer a prova das suas alegações correndo a causa sem necessidade de qualquer intimação pessoal (art. 200.º); a citação para princípio da acção era acusada , pelo autor ou reconvinte, sob pena de não produção de efeitos, na segunda audiência posterior à citação ou ao oferecimento da contestação (arts. 201.º e 332.º, § único); feita a acusação o processo já não podia terminar, a não ser por julgamento ou perempção (art. 202.º); o réu, o qual não tinha necessidade de comparecer na audiência de acusação da citação, podia impugnar o pedido, por excepção ou contestação, na terceira audiência posterior àquela em que fosse acusada a citação (art. 395.º); se o réu deduzisse excepção ou contestasse, articulando ou juntando

forma, que regulamenta e disciplina a discussão, assumia particular relevo.

As formas do processo eram concebidas não para enredar o reconhecimento dos direitos, mas como "meios para impedir a precipitação das decisões, dar a estas a solenidade necessária, e preparar os actos da justiça com as garantias para a sua firmeza"([12]); "forte para extrair a verdade de entre os factos; simples para proteger sem criar inúteis peias; flexível para se moldar às necessidades de todas as causas; firme para resistir ao arbítrio dos juízes, ou ao manejo dos interessados, tal deve ser o carácter da parte formulária, em que se traduz o direito ao processo para ser aplicado"([13]).

As regras da contenda deveriam ser não só efectivas, mas também formalmente equitativas (igualdade de armas).

A parte era dona da lide *(dominus litis)*, estando legitimada a comportar-se como preferir, não cabendo ao magistrado intervir para corrigir uma gestão deficiente dos interesses dos particulares, porquanto tal podia conduzir a um *"paternalismo opressivo"*.

O processo, que se desenvolvia em audiências, estava exclusivamente sujeito ao impulso das partes *(ne iudex procedat ex officio)*, tanto o inicial como o sucessivo, podendo estas pôr-lhe termo através de confissão, desistência do pedido e de transacção (art. 140.º), pois, na ausência de conflito, a causa perde a sua razão de ser.

Às partes cabia definir o objecto da controvérsia a resolver, incumbindo àquela que alegava os factos a obrigação de os provar,

---

documentos, o autor podia replicar na segunda audiência a contar daquela em que devia ser oferecida a última defesa (art. 396.º); em caso de réplica por artigos ou por junção de documentos, o réu podia treplicar no prazo de duas audiências a contar da designada para oferecimento da réplica (art. 397.º); findos os articulados, não comportando o processo audiência de discussão e julgamento, o juiz marcava dia para o depoimento das partes e para os exames ou vistorias que tivessem sido requeridas (art. 398.º) seguindo-se a inquirição das testemunhas, cujo depoimento se reduzia a escrito, em audiência extraordinária de expediente (art. 399.º); finda a produção de prova, o processo era continuado aos advogados para alegações por escrito (art. 400.º); seguia-se o proferimento da sentença, a publicar em audiência ordinária ou por entrega na mão do escrivão (art. 153.º), e eventuais recursos.

([12]) "Parecer da comissão de legislação da câmara dos dignos pares sobre o Projecto do Código de processo civil", *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, 9.º ano, 387.

([13]) *Ibidem*.

salvo tendo a seu favor alguma presunção de direito (art. 2405.º, CC), o que vedava a atendibilidade de factos não alegados, mesmo os notórios *(iudex secundum allegata et probata a partibus iudicare debet)*. O direito alegado presumia-se, sendo necessário prová-lo, por excepção, quando fundado em costume ou em estatuto ou postura municipal do país ou em qualquer lei estrangeira, cuja existência fosse contestada.

O procedimento probatório era dominado pelas partes, não podendo o juiz promover *ex officio* à produção de outras provas que as partes não tivessem submetido à sua apreciação, à excepção dos exames e vistorias e do juramento supletório, que podiam ser ordenados pelo juiz quando o entendesse necessário (arts. 235.º, § 1.º e 2533.º, CC).

À assunção e produção das provas presidia um estilo competitivo. Não havia sanções específicas, salvo em caso de decaimento na acção, em que seria considerada litigante de má fé, contra a parte que se recusasse, a requerimento da outra, a juntar documentos que dissessem respeito à causa e que confessasse existirem em seu poder (art. 211.º); no depoimento, a parte era perguntada pelo juiz e nenhumas perguntas lhe podia fazer a parte contrária (art. 226.º); os peritos eram nomeados pelas partes (art. 236.º); era o advogado da parte que tivesse oferecido a testemunha que a interrogava, podendo o advogado da parte contrária fazer-lhe as instâncias convenientes (arts. 211.º).

A intervenção dos advogados era considerada indispensável. E deles apenas se esperava que fossem defensores, activos e zelosos, dos interesses dos seus clientes, nos termos por estes definidos, no confronto com o adversário, sem se deixarem diminuir com as regras estatuídas (art. 98.º) tendo em vista coarctar as suas *"demasias"*.

O juiz não podia condenar além ou em coisa diversa do que se pedisse *(ne eat judex extra petita)* — arts. 281.º e 1159.º, § 2.º, n.º 1 — sendo igualmente nula a sentença que deixasse de se pronunciar sobre algum ponto submetido à sua decisão (arts. 281.º e 1054.º, n.º 3).

Das decisões finais ou interlocutórias, que deviam ser sempre fundamentadas (art. 96.º), recorria-se, por meio de embargos

(arts. 989.º, ss.), apelação (arts. 933.º, ss.), agravo (arts. 1008.º, ss.), revista (arts. 1148.º, ss.) e cartas testemunháveis (arts. 1022.º, ss.), subindo os agravos de petição, em regra, em separado, para não demorar o andamento do processo.

Compreende-se que um Estado reactivo, cuja função primordial era fornecer um foro neutro para a resolução das controvérsias, evitasse atribuir a um seu órgão responsabilidades, para além das burocráticas, no ritmo e impulso do processo; que este órgão — o juiz — se abstivesse de uma procura activa dos factos e se limitasse a fazer de árbitro na competição entre as partes, resolvendo os incidentes interlocutórios que surgissem entre elas, verificando a observância das regras fundamentais de conduta processual e proferindo a decisão final sobre o mérito da causa.

Na verdade, no código de 1876, a actuação do juiz é predominantemente reflexa e não impulsiva. Faltam àquele magistrado quaisquer faculdades de direcção efectiva do procedimento, só em casos excepcionais se permitindo, v. g. em sede de incompetência em razão da matéria, de nulidades insupríveis, de arbitramento e de legitimidade das partes (arts. 3.º, § 2, 131.º, § único, 235.º, § 1, 281.º), que o julgador tome providências e resoluções oficiosas.

É certo que, ao proferir sentença, o juiz, que até esse momento se mantivera discretamente num segundo plano, presidindo a algumas audiências e intervindo na inquirição das testemunhas apenas quando se levantavam divergências ou conflitos entre os advogados, ganha saliência como centro de atenção. Não deixava, contudo, de ser um mero "servidor da lei", sem qualquer pretensão a fazer direito por sua conta e a ganhar um protagonismo ilegítimo.

José Alberto dos Reis interpretava e ensinava aos seus alunos com inteira correcção e clareza o papel reservado ao juiz pelo código liberal, apesar de tal não ser manifestamente do seu agrado: "a aplicação da lei não pode resultar da própria iniciativa do juiz na repressão dos factos perturbadores ou lesivos do direito. Se assim fosse, a justiça do julgamento ficaria gravemente comprometida pelas impressões recebidas da preparação e promoção do litígio, e por outro lado ofender-se-ia a liberdade dos cidadãos, que são e devem ser os únicos árbitros dos seus próprios interesses e aos quais deve, por isso, conceder-se a faculdade de recorrer aos tribu-

nais, de resolver o conflito por uma transacção ou por um julgamento arbitral, ou de deixar sem reparação o direito violado.

O juiz deve, pois, ser inerte; só deve intervir para a tutela do direito quando uma força estranha o impelir e o solicitar. Essa força é a *acção*. E visto que a actividade do juiz só pode legitimamente exercer-se no sentido de manter direitos ameaçados e reintegrar direitos violados, é claro que a força motriz do magistrado judicial, a acção, deriva naturalmente da necessidade que tem o titular de direitos de os defender contra as ameaças ou lesões exteriores"(14).

5. O Decreto n.º 3, de 29 de Maio de 1907

Este decreto significa, entre outras coisas — v.g. a génese da fiscalização concreta da constitucionalidade —, a sumarização da justiça cível(15).

O Código de Processo Civil de 1876 adoptou uma classificação bipartida dos ritos processuais: o processo era ordinário ou especial.

Prevaleceu a ideia de que o valor da causa não devia influir na forma de processo.

Aquela divisão bipartida, em si mesma, acompanhava os melhores princípios do liberalismo.

No entanto, não demorou muito a suscitar a crítica de que esta medida radical adoptada pelo legislador "se satisfaz aos princípios teóricos que não podem reconhecer na diversidade de valor fundamento bastante para alterar as formas e garantias, não é todavia conforme às exigências da prática que não permitem que os litigantes possam empenhar-se numa luta cujos actos lhe custarão muito mais do que tudo quanto possam obter, ainda no caso do vencimento"(16).

---

(14) José Alberto dos Reis, *Processo Ordinário Civil e Comercial*, Vol. I, Imprensa Académica, 1907: 61.

(15) Luís Correia de Mendonça, "O decreto para a cobrança de pequenas dívidas: no crepúsculo do processo liberal", *Julgar, n.º 4*-2008: 179, ss.

(16) Manuel Dias da Silva, *Processos Civis Especiais*, 2,ª ed., França Amado, Coimbra, 1919: 51.

Foram estas "exigências da prática" que estiveram na origem do Decreto n.º 3 de 1907.

Ao lado da chamada cognição plena, o nosso ordenamento processual voltou de novo a prever uma tutela rápida e abreviada, através da criação de uma nova modalidade de processo.

O Decreto n.º 3 erigiu como suas finalidades primordiais a celeridade, o barateamento e a eficácia processuais, sem prescindir da necessidade de averiguar a verdade e de combater os chamados expedientes dilatórios e a chicana.

Sumarização significa simplificação e rapidez do processo, mas também a inevitável redução das garantias das partes.

Representam, entre outras medidas, diminuição das garantias:

i) a *grave* cominação para a falta de impugnação do réu regularmente citado (art. 4.º), "porque, segundo se deduz dos termos imperativos do decreto, o juiz terá de condenar sempre, sem discutir a legitimidade das partes, nem a competência do juízo, nem a propriedade do processo, nem qualquer nulidade insuprível deste"([17]), ficando drasticamente diminuídos os direitos de defesa em caso de inconcludência da petição inicial;

ii) a restrição da admissão dos incidentes de chamamento à acção e autoria, circunscrita às acções de reivindicação (art. 5.º, § 3.º), excluindo o chamamento v. g. do fiador ou do devedor solidário;

iii) o disposto no art. 6.º, § 5.º, que só permitia a arguição de falsidade de documentos juntos com a última resposta do réu e bem assim a de qualquer termo ou acto judicial, em acção especial a instaurar em separado, nos termos do art. 148.º, n. 2 do CPC;

iv) a restrição dos meios de prova (v. g. com a obrigatoriedade de as partes requererem o depoimento pessoal logo na petição inicial ou na impugnação, ficando, na falta de

---

([17]) V. DE M., "Cobrança de pequenas dívidas", *Gazeta da Relação de Lisboa*, ano 20.º: 730.

impugnação ou de respostas, inibidas de o requerer depois — art. 8.º);

v) poder arbitrário de o juiz indeferir o arbitramento, ainda que ambas as partes concordassem na indispensabilidade da sua produção (art. 8.º, § 1.º);

vi) proibição de os peritos nomeados pelo juiz, por mais manifesta que fosse a sua incompetência, o seu impedimento legal ou os motivos da sua suspeição, poderem ser recusados (art. 8.º, § 3.º);

vii) a obrigação imposta às partes de declararem antes do julgamento se prescindiam ou não de recurso (o que podia criar uma "atmosfera de animadversão por parte de um grande número dos nossos juízes, que vêem naquela declaração, ainda que justamente determinada, uma afronta ao seu elevado critério e à sua conhecida imparcialidade")([18]);

viii) a previsão de serem *extractados* os depoimentos das partes e das testemunhas nas causas civis que excedessem a alçada do juiz de direito, só na acta da audiência e quando autor ou réu declarassem não prescindir de recurso (art. 11.º, § 2.º), por o extracto, "cujo tamanho será maior ou menor segundo o critério do juiz e dos advogados, e sobre o qual a discussão será inevitável"([19]), dificultar a reprodução clara dos depoimentos e, consequentemente, uma apreciação conscienciosa dos mesmos;

ix) agravamento do regime e pressupostos legais da condenação por litigância de má fé (arts. 11.º, § 5.º);

x) subida diferida dos agravos das decisões interlocutórias, em regra apenas com o recurso de apelação da sentença

---

([18]) Sobre a marcha do processo das causas cíveis e comerciais de menor valor, JOSÉ SOARES NOBRE, *O novo processo nas causas cíveis e comerciais de menor valor*, Lisboa, 1907: 9-50 e JOSÉ ALBERTO DOS REIS, *Processo Ordinário e Sumário*, *op. cit.:* 624, ss.

([19]) V. de M., "Cobrança de pequenas dívidas", *op. cit.:* 361. Ulteriormente, em 1932, o Decreto n.º 21.287, de 26 de Maio, criou uma outra forma, o processo sumaríssimo (art. 123.º).

final, deixando literalmente as partes, no decurso do processo, nas mãos do juiz e dos seus eventuais erros (art. 11.º, § 7.º);

xi) eliminação do recurso em importantes hipóteses que, de acordo com o art. 42.º, CPC, admitiam sempre impugnação (questões sobre competência e jurisdição; sobre o estado de pessoas e sobre separação de pessoas e bens; sobre habilitação, sobre multas por litigância de má fé) (art. 11.º, § 9.º)([20]).

Por fim realce-se que o Decreto n.º 3 foi o responsável pela introdução da teoria processual do imediato *svuotamento del sacco*. Como resulta do art. 5.º, na impugnação da acção deve o réu deduzir quaisquer excepções e alegar toda a mais defesa que tiver. Este princípio da preclusão da defesa depois retomado nos arts. 12.º e 14.º do Decreto n.º 12.353 e que se mantém até hoje (art. 573.º) corresponde bem ao desejo publicístico e autoritário de retirar às partes e aos seus defensores a faculdade de adaptarem o exercício do direito de defesa aos desenvolvimentos concretos do processo, expondo-os ao risco de graves responsabilidades emergentes de eventuais erros e omissões sem remédio([21]).

6. O Decreto n.º 12.353, de 22 de Setembro de 1926

São três as principais causas das imperfeições que o Decreto n.º 12.353 imputava ao Código de Processo Civil de 1876:

a) A conservação de certas solenidades absolutamente desnecessárias para a administração da justiça, como a acusação da citação e o oferecimento dos articulados em audiência;

([20]) *Ibidem*.

([21]) Defendendo a incompatibilidade entre preclusão e processo justo, GIROLAMO MONTELEONE, "Preclusioni e giusto processo: due concetti incompatibili", *Il Giusto Processo Civile*, 1/2006: 31, ss.

b) O carácter essencialmente *escrito* do processo, com largas e multiplicadas assentadas, com vista dos autos aos advogados para alegações e com os contínuos incidentes, arguições e recursos antes da decisão final;

c) O conceito individualista da relação processual, de onde derivam, como corolários, o princípio da *inércia e passividade do juiz* e a liberdade ilimitada das partes em orientar e dirigir toda a estrutura do processo.

Como remédio para esconjurar tais causas, o Decreto consagrou os princípios da *oralidade*, *concentração* e *actividade jurisdicional*.

Todavia, o que verdadeiramente revolucionou o nosso sistema processual não foi a oralidade nem a concentração, só muito timidamente consagradas no diploma, mas sim o *"princípio da actividade permanente e intensiva do juiz"*([22]).

O juiz imparcial que julgava serenamente a causa a final, no termo de um processo em que supostamente não deveria deixar marca da sua intervenção pessoal ou iniciativa por as suas funções serem as de um terceiro judicante equidistante das partes — figurino adoptado pelo Código de 1876 — era agora apelidado *"juiz manequim"* ou *"juiz fantoche"*([23]) — como se os fantoches ou os manequins tivessem consciência e vontade, como se proferir sentenças não implicasse esforço e energia moral. Era este mesmo juiz, de quem se dizia que *"julgava mal* e *julgava com atraso"*([24]), que se pretendia que se metamorfoseasse, não se sabe à força de que poção ou engenho, num magistrado poderoso e super-activo ao ponto de poder "cortar toda a *chicana*", ocupar no processo uma posição tal que lhe permita tomar conhecimento, desde o início, da questão que se controverte, dirigir a instrução, intervir eficazmente na preparação da causa e acompanhá-la com atenção e rapidez até

([22]) José Alberto dos Reis, *Breve estudo sobre a reforma do processo civil e comercial*, Coimbra Editora, 1927: 105.

([23]) *Ibidem*.

([24]) José Alberto dos Reis, "La riforma del processo civile portoghese", *Rivista di Diritto Processuale Civile*, 1930, I, 160.

ao julgamento. Tudo isto, bem entendido, à custa da liberdade das partes na conduta da lide judiciária e para fazer triunfar o direito objectivo.

O ponto culminante da reforma é a formulação normativa constante do art. 27.º: "A instrução do processo pertence às partes, mas sob a direcção e fiscalização do juiz, o qual pode e deve tomar todas as providências necessárias para assegurar a maior rapidez, simplicidade e economia na preparação, discussão e julgamento da causa e para conseguir que a decisão corresponda à verdade e à justiça''.

Como refere Alberto dos Reis "esta disposição revolucionou profundamente o nosso sistema processual; exprimiu a reforma mais audaciosa operada em 1926 no campo do processo civil; consagrou a homenagem mais ousada e franca ao princípio da autoridade do magistrado judicial"([25]).

Dum regime processual impregnado de ideias liberais e garantistas passou-se bruscamente para um regime dominado pela mesma concepção publicística e autoritária que modelou a ZPO austríaca: partes privadas do direito de dispor do ritmo do processo e sujeitas à rígida disciplina que, no interesse superior da justiça e da verdade, o Estado entendeu dever estabelecer para a marcha do processo; amplos poderes discricionários conferidos ao juiz para dirigir, desde o princípio, a causa e conduzi-la, em marcha forçada se necessário, até à extinção; assunção de que a eficiência só se poderá alcançar com a neutralização dos advogados, considerados a causa principal de todos os males do sistema, e a diminuição das garantias, etc.

Depois de definir a posição central do juiz no processo, como órgão coordenador de toda a actividade processual, o art. 28.º do decreto menciona alguns poderes especiais do magistrado.

Esses poderes são susceptíveis de uma classificação em quatro grupos:

i) *poderes de inspecção* (poder de chamar a atenção das partes para quaisquer deficiências, irregularidades ou

---

([25]) José Alberto dos Reis, *Comentário ao Código de Processo Civil*, Vol. 3.º, Coimbra Editora, 1946: 8.

vícios que possam ser corrigidos — art. 28.º, n.º 1; poder de convidar as partes a esclarecer e completar as suas alegações — art. 28.º, n.º 2);

ii) *poderes de instrução* (poder de convidar as partes a completar os seus meios de prova — art. 28.º, n.º 2, *in fine*; poder de ordenar exames, vistorias e avaliações — art. 28.º, n.º 3; poder de ordenar a comparência pessoal das partes para as ouvir sobre os factos essenciais da causa — art. 28.º, n.º 4; poder de requisitar a apresentação de documentos, plantas, desenhos ou objectos indispensáveis ao esclarecimento da verdade — art. 28.º, n.º 5; poder de significar às partes a conveniência de virem depor a tribunal testemunhas residentes fora da circunscrição judicial — art. 28.º, n.º 8);

iii) *poderes de disciplina* (poder de indeferir a junção ao processo de tudo o que for impertinente e desnecessário — art. 28.º, n.º 5, 2.ª parte; poder de chamar à ordem os advogados e de retirar-lhes a palavra no caso de extravasarem nas suas alegações, de forma grave e reiterada, do objecto da causa — art. 28.º, n.º 6, 2.ª parte; poder de recusar a expedição de cartas rogatórias e de cartas precatórias e de indeferir o pedido de quaisquer diligências, quando entenda que se tem apenas em vista protelar o andamento da causa — art. 28.º, n.º 7);

iv) *poderes de impulsão* (poder de ordenar preparos e remover todos os obstáculos ao seguimento do processo — art. 28.º, n.º 9; poder de ordenar a junção de causas entre si conexas e a suspensão de uma causa enquanto não for decidida outra de que está dependente — art. 28.º, n.º 10)([26]).

([26]) José Alberto dos Reis, *Breve estudo*…, *op. cit.:* 107 ss. e *Comentário*…, Vol. 3.º, *op. cit.:* 9 ss. As fontes directas dos arts. 27.º e 28.º do decreto foram os arts. 29.º e 30.º do projecto Chiovenda de 1920, que, no entanto, era muito mais moderado na atribuição de poderes ao juiz, Guiseppe Chiovenda, "Relazione sul progetto di riforma del procedimento elaborato dalla Comissione per il dopo guerra", *Saggi di Diritto Processuale Civile (1894-1937)*, Vol. 2, Giuffrè, 124-125.

Dizer que tais inovações constituem "transformações aberrantes da passividade dos juízes em iniciativas e arbítrios"([27]), que, "desnaturando a índole do magistrado, parecerão às vezes visar ou favorecer uma das partes ou prejudicar a outra para o resultado final, que a cada uma [o juiz] tenha reconhecido no processo"([28]), que, ao impor-se ao magistrado que guie e aconselhe as partes na instrução do processo está-se a ir demasiado longe e a postergar a missão do advogado([29]), é apenas recordar algumas das reacções que a nova reforma provocou.

Para além destes amplos poderes, o Decreto n.º 12.353 consignou, no art. 2.º, o princípio do indeferimento liminar da petição inicial para os casos de ineptidão, incompetência em razão da matéria, impropriedade do meio empregado e inviabilidade evidente da acção.

Trata-se de uma disposição inovadora que impõe "ao juiz o *dever de jugular a acção à nascença"*([30]). Alberto dos Reis via nesta medida uma concretização do princípio da economia processual: "O indeferimento liminar pressupõe que ou por motivos de *forma* ou por motivos de *fundo*, a pretensão do autor está irremediavelmente comprometida, está votada ao insucesso certo. Em tais circunstâncias não faz sentido que a petição tenha seguimento; deixá-la avançar é desperdício manifesto, é praticar actos judiciais em pura perda"([31]).

Para o nosso autor, este dever conferido ao juiz de logo de começo, *inaudita altera parte*, deitar abaixo a acção era uma providência de protecção e benefício do autor e que não brigava com o princípio da integral tutela jurisdicional de todas as situações jurídicas subjectivas. Os advogados, porém, dispensavam este paternalismo e logo alertaram que o indeferimento liminar era perigoso e que podia causar ao autor prejuízos irreparáveis, podia fazer-lhe

---

([27]) Visconde de Carnaxide, "Balanço jurídico do ano de 1926", *O Direito*, 59 (1927): 2.

([28]) *Op. cit.:* 10.

([29]) José Tavares, "A reforma do processo civil e comercial", *O Direito*, 58 (1926): 259.

([30]) José Alberto dos Reis, *Código de Processo Civil, anotado*, Vol. II, Coimbra Editora, 1948: 373.

([31]) *Ibidem*.

perder o próprio direito ou as garantias que tivesse. Mais uma vez perderam os advogados e o indeferimento liminar manteve-se firme até hoje, pese embora o princípio constitucional da tutela jurisdicional efectiva (art. 20.º, n.º 1, CRP)([32]).

7. O Decreto n.º 21.694, de 29 de Setembro de 1932

Foi o Decreto n.º 21.694, de 29 de Setembro de 1932, que instituiu a oralidade no moderno processo civil português. Duas outras importantes medidas — a extinção da jurisdição comercial([33]) e a criação do tribunal colectivo — foram também adoptadas pelo diploma.

Neste breve itinerário só importa referir que o nosso tribunal colectivo descende, em linha recta, do júri mercantil. O Decreto n.º 21.694 aboliu a jurisdição comercial e em simultâneo estabeleceu nova forma de julgamento das causas cíveis, confiando a órgãos diferentes, ainda que ambos profissionais, o julgamento de

---

([32]) O indeferimento liminar manteve-se no Código de 39 (art. 491.º), na reforma de 61 (art. 474.º) e está previsto no actual art. 590.º, n.º 1 (anterior 234.º-A). EUGENIA ARIANO DEHO critica vigorosamente este poder do juiz, também previsto no Código de Processo Civil peruano de 1993, por si considerado em antinomia com o direito de acção e ao processo. "A petição judicial, se efectivamente é a acção concretizada, não deveria ser admitida ou deixar de o ser pelo juiz. A petição judicial deveria somente "comunicar-se", "notificar-se", ou utilizando a espanholissíma expressão *"trasladarse"* ao demandado. Que isso se faça por intermédio do juiz (…), por intermédio de "auxiliar jurisdicional" (…) ou por obra do próprio autor é uma questão a decidir. Todavia, o certo é que não deveria haver filtros para alguém poder levar outra pessoa a juízo", "Sobre el poder del juez de "sofocar desde su nacimiento las pretensiones fatalmente condenadas al fracaso", *Problemas Del Processo Civil*, Jurista editores, Lima, 2003: 80.

([33]) Foi o Código Comercial de Ferreira Borges, publicado em 1833, que introduziu em Portugal a jurisdição mercantil com carácter geral. Desde cedo se detectaram defeitos na parte adjectiva do Código e foram feitas várias tentativas para reformar o processo comercial. A reforma da legislação processual mercantil, considerada ainda mais necessária depois da entrada em vigor do Código de Processo Civil, tornou-se inadiável com a publicação, em 1888, de novo Código Comercial. Em 24 de Janeiro de 1895, por decreto ditatorial, foi aprovado o Código de Processo Comercial. Este Código teve três edições: a primeira, em 1895, e duas outras, em 1896 e 1905. Sobre este Código, ADELINO PALMA CARLOS, *Linhas gerais do processo civil português*, Cosmos, Lisboa, 1991: 27, ss.

facto e o julgamento de direito, a apreciação das provas livres e a apreciação das provas legais.

O tribunal colectivo português, abolido em 2013, o qual desde o Dec-Lei n.º 183/2000, de 10 de Agosto, só passou a intervir quando ambas as partes assim o tivessem requerido (646.º, n.º 1, CPC), não é um verdadeiro tribunal, com plenitude de jurisdição, não é um juiz delegado ou comissário com a função de recolher as provas e muito menos um juiz instrutor de figurino italiano, mas sim "um instrumento destinado a apurar factos que um único juiz tem de valorar"([34]).

Este sistema conduziu a que Portugal, durante mais de 60 anos, tivesse um sistema processual que não assegurava garantias judiciárias fundamentais, a saber: documentação da prova, motivação das decisões em matéria de facto e efectivo segundo grau de jurisdição quanto às questões de facto.

8. O Código de Processo Civil de 1939

Em 28 de Maio de 1939 foi promulgado o novo Código de Processo Civil([35]).

([34]) Eurico Lopes Cardoso, "O tribunal colectivo na revisão do código de processo civil'', *Boletim do Ministério da Justiça*, 106: 24.

([35]) O Código de 1939, com 1178 artigos na versão original, compartimentou os actos e termos do processo de declaração em seis fases: *articulados*, *audiência preparatória e despacho saneador*, *instrução do processo*, *discussão e julgamento*, *sentença* e *recursos.* A actividade inicial permite a apresentação de quatro articulados, dois por cada parte (petição inicial, contestação, réplica e tréplica). A esta actividade sucede-se a audiência preparatória e despacho saneador, com a dupla finalidade alternativa de permitir a decisão antecipada da causa ou estabelecer a transição para a fase subsequente. Esta terceira fase, a existir, é denominada instrução e destina-se à produção das provas, sem prejuízo de algumas delas deverem ser oferecidas com os articulados (v. g. prova documental) ou de se produzirem em regra na audiência de discussão e julgamento (depoimento de parte e inquirição de testemunhas). Instruída a causa segue-se a discussão e julgamento da matéria de facto e, logo depois, o proferimento da sentença, a qual completa e finaliza o julgamento feito em audiência. Finalmente, depois da sentença, entra-se na fase dos recursos. No nosso sistema, muito marcado pelos princípios da eventualidade ou preclusão, os recursos são de reponderação não de reexame.

O Código de 1939 não fez obra de raiz, limitando-se a generalizar a todos os sectores do mecanismo judiciário, aos diferentes actos e termos do procedimento as ideias e conceitos que orientaram as reformas feitas pelo Decreto n.º 12.353 e diplomas posteriores, em ordem à prossecução dos mesmos objectivos essenciais: *justiça real no menor período de tempo*.

O Código de 1939 seguiu na esteira doutrinal em que foram moldadas as reformas feitas pelos decretos n.os 12.353 e 21.694.

Do decreto de 1926 conservou o princípio do *juiz forte*, *activo* e *informado*. Do decreto de 1932 recolheu os princípios da *oralidade* e *concentração*.

Pode, por isso, dizer-se que "*processo oral* e *processo concentrado* dirigido e *comandado*, na realidade, por um *juiz forte* e *activo* são os lineamentos e orientações fundamentais da organização processual estabelecida pelo Código"(36).

Repare-se que neste estudo, por muitos considerado a verdadeira exposição de motivos do Código, Alberto dos Reis não atribui qualquer relevância ao princípio dispositivo.

Quanto ao princípio da *autoridade* e *actividade do juiz*, esse sim sempre enfatizado pelo mestre "o Código está elaborado sobre a base de que é o juiz quem dirige real e efectivamente todo o movimento do processo; e para exercer esta direcção e este comando, foi investido dos poderes necessários"(37).

De entre esses poderes refira-se:

i) o *poder de promoção*, de ordenar oficiosamente o que for necessário para o seguimento do processo (arts. 264.º e 266.º);

ii) o *poder de instrução*, de determinar as diligências e actos necessários para o descobrimento da verdade (art. 265.º, n.º 3);

iii) o *poder de disciplina*, de recusar o que for impertinente ou meramente dilatório (art. 266.º).

---

(36) José Alberto dos Reis, "O novo Código de processo civil", *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, 72.º ano: 164.

(37) *Idem*, 166.

Mas não se esgotam aqui os casos em que a lei confere poderes oficiosos ao juiz. Se os houvéssemos de citar a todos, como adverte Alberto dos Reis, "seria um nunca mais acabar"([38]).

Mesmo assim aluda-se à faculdade de o juiz, por sua iniciativa, suspender a instância (art. 284.º), à de fixar o valor da causa em montante diferente do acordado pelas partes (art. 319.º), à de não suspender uma deliberação social contrária à lei ou aos estatutos, se no seu prudente arbítrio, entender que o prejuízo resultante da suspensão é superior ao que poderá advir da execução (art. 404.º), à de fazer depender o arresto e embargos de obra nova da prestação de caução (arts. 411.º e 424.º) e ainda aos poderes de requisitar informações ou documentos a organismos oficiais, às partes ou a terceiros (art. 535.º, n.º 1), de ordenar oficiosamente a realização de segunda perícia (art. 589.º, n.º 2), de, por sua iniciativa, realizar a inspecção judicial (art. 612.º, n.º 1), de inquirir as testemunhas no local da questão (art. 622.º), de ordenar a notificação, para depor, de testemunha não arrolada (art. 645.º, n.º 1), de, encerrada a discussão, ouvir as pessoas que entender e ordenar as diligências necessárias para o seu esclarecimento (art. 653.º, n.º 1), etc.

Claro que os referidos princípios não são um fim em si, mas determinados instrumentos postos ao serviço de certos objectivos: justiça *simples*, justiça *rápida* e *pronta*, justiça *económica*, justiça *leal* e *correcta* e justiça *real*.

O novo Código representa o ponto de chegada de uma obra, que durou treze anos, de construção de um processo que assumisse por inteiro o feitio do Estado a que pertencia: um Estado anti-individualista e orgânico, um Estado com uma concepção totalitária da vida.

Em vez de o processo civil ser visto como um serviço que o Estado presta ao cidadão, fornecendo-lhe os meios para realizar o seu direito subjectivo, passou a ser entendido como um serviço que o cidadão presta ao Estado, fornecendo-lhe a ocasião para realizar o direito objectivo, porquanto "desde que se assina ao processo um fim público — o da realização da justiça — importa que as partes

---

([38]) *Ibidem.*

tomem no processo aquela atitude e desenvolvam aquela actividade que melhor pode contribuir para a satisfação desse fim"([39]).

9. O Decreto-Lei n.º 44.129, de 28 de Dezembro de 1961

Em Portugal, desde há algumas décadas, quando se faz uma reforma um pouco mais profunda em qualquer área do direito, há quase sempre uma tendência irresistível para se considerar que se fez um novo código.

Assim aconteceu também na área do processo civil, com a reforma de 1961, aprovada pelo Decreto-Lei n.º 44.129 (e, mais próximo de nós, com a reforma de 2013).

A lei preambular de 1961 dispõe no art. 1.º que "é aprovado o Código de Processo Civil, que faz parte integrante do presente decreto-lei", apesar de no n.º 3 do relatório que precede o diploma ter afirmado que "a reforma a que se procede (…) não envolve (…) uma substituição dos princípios fundamentais que a legislação processual vigente abraçou".

Ora a reforma de 1961 foi acima de tudo um trabalho de restauro durante o qual se discutiram sobretudo "os materiais de construção", mas deixando sempre intacto o espírito com que tinham sido utilizados os materiais anteriores([40]).

A reforma surgiu, no essencial, para dar resposta às críticas formuladas contra o nosso sistema de oralidade, designadamente contra a constituição e funcionamento dos tribunais colectivos.

Para dar resposta a estas críticas, e como inovação mais importante do diploma, o legislador de 1961, mantendo embora a intervenção do tribunal colectivo na apreciação da matéria de facto, "com o

---

([39]) José Alberto dos Reis, *O novo Código de processo civil português*, Coimbra Editora, Coimbra, 1945: 11.

([40]) Em sentido próximo, João Castro Mendes quando afirma que o diploma de 61 "não é na realidade mais que uma nova redacção do Código de 1939", *Direito Processual Civil*, Vol. I, AAFDL, 1997: 143.

fim de evitar os graves inconvenientes da apreciação livre das provas por um único juiz" (cf. n.os 11,12 e 13 do relatório), instituiu a *obrigatoriedade da fundamentação* das respostas dadas aos quesitos, "no manifesto intuito de obrigar os juízes a acompanharem atentamente a produção da prova, a precaverem-se contra o impacto especial das primeiras ou das últimas inquirições e a passarem pelo crivo da *razão* as meras impressões de raiz *intuitiva* ou de carácter *emocional*"(41).

Assim, de acordo com a nova redacção dada ao art. 653.º, n.º 1, CPC, o acórdão do tribunal colectivo que julgar a matéria de facto terá de especificar os "fundamentos que foram decisivos para a convicção do julgador", *relativamente aos factos que declare provados*, não se exigindo fundamentação para as respostas negativas.

Continuando a inexistir uma efectiva e rigorosa documentação da prova oral produzida em primeira instância e um igualmente efectivo recurso sobre a matéria de facto, este passo em direcção à fundamentação das decisões pode ser visto como excessivamente tímido e na prática irrelevante. Na base do restaurado edifício do processo conservaram-se intactos os mesmos três pilares fundamentais — actividade do juiz, oralidade e concentração — sobre os quais assentou um conjunto considerável de disposições novas ou modificadas, sempre com referência àqueles princípios e participando do espírito autoritário que os anima(42).

10. O Decreto-Lei n.º 242/85, de 9 de Julho

A primeira reforma do processo civil, pós-25 de Abril, só foi levada a cabo pelo Decreto-Lei n.º 242/85, de 9 de Julho, e abrange 70 artigos do Código.

Aumentou-se o âmbito do conhecimento oficioso do juiz em sede de incompetência relativa, designadamente nas acções de

---

(41) Antunes Varela, *et al.*, *Manual do Processo Civil*, 2.ª ed., Coimbra Editora, 1986: 34.

(42) O Código de 39 sofreu ainda uma outra reforma em 1967, com o propósito de o adaptar aos novos institutos do novo Código Civil de 1966.

falência, nos processos cuja decisão não seja precedida de citação do requerido, nas acções reais e nas emergentes de acidentes de viação (art. 109.º, n.º 2), erigiu-se como regra a existência de apenas dois articulados (petição inicial e contestação), acentuando os elementos preclusivos do sistema (arts. 467.º, n.º 1, al. *c*), 489.º, n.º 1, e 502.º), simplificou-se a organização da especificação e do questionário, admitindo-se o recurso à técnica da remissão para os articulados (art. 511.º), limitou-se o direito de recurso à circunstância de o valor da sucumbência exceder metade da alçada do tribunal de que se recorre (art. 678.º).

Como se vê, soluções que não primam pelo garantismo e que deixam muito a desejar a quem se bata pelo "ideal democrático de se conseguir melhor justiça, através de maior liberdade", ideal que a restauração da democracia em 1974, sua constitucionalização em 1976 e a adopção pelo nosso país, em 1978, da Convenção Europeia dos Direitos do Homem eram as primeiras a incentivar.

Mais ainda: a reforma intercalar era particularmente chocante — senão escandalosa — quando tornou a audiência preparatória facultativa em qualquer hipótese, mesmo quando se tratava de, findos os articulados, o juiz conhecer, sem necessidade de mais provas, do pedido ou de algum dos pedidos principais ou do pedido reconvencional (art. 508.º)([43]).

A faculdade discricionária então conferida ao juiz de julgar antecipadamente de mérito sem audiência, demais a mais quando se reduziram a dois os articulados normais, ou seja o âmbito da discussão anterior ao despacho saneador, não tem defesa possível e contraria o art. 6.º, n.º 1, da Convenção Europeia dos Direitos do Homem.

Enrico Tullio Liebman ensinava que "todas as actividades que se realizam até o despacho saneador, inclusive, têm a natureza de uma *contentio de ordenando judicio* e a função de abrir o caminho e preparar tecnicamente o verdadeiro debate sobre a lide, que deve fazer-se na audiência. Este debate não pode ser preterido, porque é

([43]) Francisco Salgado Zenha, "Novas perspectivas do processo civil: processo civil e democrático. Depoimento de um advogado", *3.º Congresso dos Advogados Portugueses: Relatórios e comunicações*, Porto, 1990: 482.

a fase central, essencial, decisiva de todo o processo. Sua omissão só é possível no caso de não poder haver conhecimento do mérito"([44]). A eliminação da audiência obrigatória, para além de impedir o debate oral entre as partes, retirou-lhes a única oportunidade que a lei lhes tinha concedido para dar desenvolvimento às suas razões; a súbita decisão da lide no saneador, sem prévia audiência das partes, constitui uma surpresa que, podendo embora contribuir para um andamento rápido da causa, prejudica necessariamente a defesa dos interessados([45]). Liebman elogiava o regime do processo civil português anterior à reforma intercalar, ao prever como obrigatória a audiência, em caso de julgamento da causa juntamente com o saneamento do processo. Foi pena que o legislador português, sempre receptivo às doutrinas alheias, não tivesse desta vez meditado nos bons argumentos que vinham de fora.

11. Os Decretos-Leis n.º 329-A/95, de 12 de Dezembro, e n.º 180/96, de 25 de Setembro

A reforma de 95/96 constitui a penúltima grande reforma do processo civil declaratório português (entretanto o DL n.º 39/95, de 15 de Fevereiro, estabeleceu a possibilidade de documentação ou registo das audiências finais e da prova).

Em 1990, na comunicação que fez ao 3.º Congresso dos Advogados, a que acima aludi, Salgado Zenha constatava que o processo civil, em Portugal, se encontrava numa encruzilhada histórica: ou optava pelo progresso ou pelo regresso.

Infelizmente optou-se por aprofundar a tendência regressiva.

Existem, claro está, inovações positivas. De entre estas, destaco: o reforço da dimensão do contraditório, levando à proibição de convolações inesperadas ou do proferimento de "decisões suspresa" (art. 3.º, n.º 3); a possibilidade de as partes, por acordo, pror-

---

([44]) Enrico Tullio Liebman, *Estudos sobre o processo civil brasileiro*, Bestbook editora, Araras, 2001: 90.

([45]) *Idem*, 92/93.

rogarem qualquer prazo para a prática de actos processuais, dentro do limite do dobro do prazo legalmente previsto (art. 147.º, n.º 2); a possibilidade de a citação do réu ser feita por mandatário judicial ou por pessoa por este credenciada (arts. 233.º, n.º 3, 245.º e 246.º); a faculdade de as partes, por acordo, suspenderem a instância, ainda que não podendo ultrapassar o limite imperativo de seis meses (art. 279.º, n.º 4); o abandono do "dogma da prioridade", com consequente possibilidade de se conhecer do mérito da causa sem prévia verificação dos pressupostos processuais e regularização da instância (art. 288.º, n.º 3); a maleabilização do ónus de impugnação especificada (art. 490.º); a previsão de uma "audiência preliminar", em substituição da desgastada audiência preparatória, erigida "em amplo espaço de debate aberto e corresponsabilizante entre as partes, seus mandatários e o tribunal, de forma que os contornos da causa, nas suas diversas vertentes de facto e de direito, fiquem concertada e exaustivamente delineados" (art. 508.º, A); a gravação das audiências e o registo de prova (art. 522.º, B); a eliminação do efeito cominatório pleno, por falta de contestação, nas acções sumárias e sumaríssimas (arts. 783.º e 795.º), etc.

Todavia, o que sobretudo merece ser posto em relevo é o claro reforço dos poderes do juiz, o qual não se vê como compatibilizar com o lema que deveria presidir à elaboração de qualquer processo verdadeiramente garantístico e democrático, a saber "melhor justiça com maior *liberdade*".

Na reforma de 95/96 o juiz conserva, entre outros, os poderes, já constantes da versão originária e a que aludi no ponto 7 deste trabalho.

Tendo erigido em linha essencial da reforma o reforço da inquisitoriedade do tribunal([46]), o legislador de 95/96 não se satisfez com a anterior repartição de poderes entre as partes e o juiz, já em si desequilibrada e não isonómica.

Foi fortemente atenuado o princípio segundo o qual a responsabilidade pela selecção e introdução dos factos no processo per-

---

([46]) Miguel Teixeira de Sousa, *Estudos sobre o novo processo civil*, 2.ª ed., Lex, 1997: 62, ss.

tence exclusivamente às partes; passou-se a acolher com naturalidade e amplamente a existência de "articulados judicialmente estimulados" (art. 508.º, n.º 1, alínea *b*) e n.º 3); ao tribunal foi conferido o amplo poder de, por iniciativa própria, investigar factos instrumentais, durante a instrução e discussão da causa (art. 264.º, n.º 2); em homenagem à concepção do processo civil como instituição, que coloca em primeiro plano o interesse da colectividade, robusteceu-se o poder de direcção formal do processo pelo juiz, apenas limitado quando exista "um ónus de impulso especialmente imposto pela lei às partes" (art. 265.º, n.º 1); atribuiu-se ao magistrado o poder de providenciar pelo suprimento da falta de pressupostos processuais susceptíveis de sanação (art. 265.º, n.º 2); alargou-se substancialmente os poderes instrutórios, de natureza oficiosa, do tribunal, v. g. com a incumbência de o juiz investigar os factos alegados pelas partes (art. 265.º, n.º 3), com o poder de iniciativa do juiz, em sede de depoimento de parte (art. 552.º, n.º 1), com a faculdade de o tribunal inquirir oficiosamente as testemunhas prescindidas pela parte que as ofereceu (art. 619.º, n.º 2), com a ampliação das hipóteses em que é permitida a inquirição oficiosa de testemunhas não oferecidas pelas partes (art. 645.º, n.º 1), com a "desconsideração" de determinados "sigilos" ou "confidencialidades" legalmente reconhecidos, sempre que deva prevalecer a verdade material (arts. 519.º e 519.º-A), etc.([47]).

Não ficam por aqui as manifestações da publicização do processo acolhidas na reforma de 95/96. Lembro, por exemplo, que, para espanto, entre outros, de Tarzia([48]), se estabelece a tutela criminal das providências cautelares decretadas (art. 391.º) — para prestigiar a justiça… em matéria de cognição sumária, mas já não na plena — se permite que o juiz convole a providência requerida para aquela que considere adequada à prevenção do dano receado (art. 392.º, n.º 3), com preterição do princípio do art. 661.º, e se restringe a liberdade de participação contraditória ao ampliar o dever de litigância de

---

([47]) Carlos Lopes do Rego, *Comentários ao Código de Processo Civil*, Vol. I, 2.ª ed., Coimbra, Almedina, 2004: 256, ss.

([48]) Guiseppe Tarzia, "Providências cautelares atípicas (uma análise comparativa)", *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, 1999, n.os 1 e 2: 250.

boa fé (arts. 266.º-A e 456.º, n.os 2 e 3), passando a má fé a poder fundar-se, não apenas em comportamentos dolosos, mas também em comportamentos gravemente culposos, designadamente quando a parte omitir com negligência grave factos desfavoráveis [art. 456.º, n.º 2, alínea *b*)], e, ainda, na omissão grave de deveres de cooperação.

Para contrabalançar o reforço do inquisitório, foi escolhido o paradigma da "comunidade de trabalho'', isto é, um processo baseado, não na lógica do jogo, da disputa ou da estratégia, mas na lógica da informação e da cooperação: "Na condução e intervenção no processo, devem os magistrados e as próprias partes cooperarem entre si, concorrendo para se obter, com brevidade e eficácia, a justa composição do litígio" (art. 266.º, n.º 1, nova redacção).

Esta cooperação seria reforçada pelo princípio da igualdade substancial das partes([49]): "O tribunal deve assegurar, ao longo de todo o processo, um estatuto de igualdade substancial das partes, designadamente no exercício de faculdades, no uso de meios de defesa e na aplicação de cominações e sanções processuais" (novo art. 3.º-A).

Ora, nenhum destes princípios tem a virtualidade de transformar a parte real — "alguém que vive o conflito de modo emocional e não de modo racional"([50]) — num tipo ideal de parte — "que pressupõe claramente um homem que, com a maior isenção, possa apresentar a sua versão dos acontecimentos ao tribunal pedindo apenas aquilo que a lei lhe permite e ajudando, tanto o tribunal, como a parte contrária, na recolha de tudo quanto permita chegar ao resultado final justo"([51]).

Só por utopia ou ingenuidade se pode querer tornar o processo um alegre passeio de jardim que as partes percorrem de mãos dadas na companhia do juiz([52]). Ou, dito de outro modo, nas palavras de Montero Aroca: "…as repetidas alusões a que o processo é um meio para que as partes e os seus advogados colaborem com o

---

([49]) Paula Costa e Silva, *Acto e Processo.O dogma da irrelevância da vontade na interpretação e nos vícios do acto postulativo*, Coimbra Editora, Coimbra, 2003: 111.

([50]) *Idem*, 112.

([51]) *Ibidem*.

([52]) Adolfo Alvarado Velloso lembra que o litígio socialmente é uma guerra… sem armas, e "não alegre passeio dos contendores de mãos dadas pelo parque", *Garantismo procesal contra actuación judicial de oficio*, Tirant lo blanch, Valencia, 2005: 98, nota 50.

juiz na obtenção do mais justo, na descoberta da verdade ou da justiça material, só se compreendem num contexto ideológico que pressupõe como subentendido que os cidadãos não têm direito a "lutar" pelo que crêem que é seu e a fazê-lo com todas as armas que lhes proporciona o ordenamento jurídico"([53]).

Por outro lado, pode legitimamente questionar-se se o correcto exercício do dever assistencial por parte do tribunal — dever de assegurar a igualdade substancial das partes e de atribuir "uma espada maior a quem tem o braço mais curto" — não pressupõe também um tipo ideal de juiz, que, para além de árbitro, faça também de treinador, em ordem a corrigir os erros técnicos das partes e a obter a "actuação da vontade concreta da lei", mas sem dar mostras de parcialidade e sem anular ou diminuir, em relação a cada um dos litigantes, a equidistância que, como terceiro judicante, deve intransigentemente manter.

12. Decreto-Lei n.º 108/2006, de 8 de Junho

O Decreto-Lei n.º 108/2006, de 8 de Junho, aprovou um regime processual experimental (RPE), cujo preâmbulo proclama ter aprovado "um regime processual civil de natureza simples e flexível, que confia na capacidade e no interesse dos intervenientes forenses em resolver com rapidez, eficiência e justiça os litígios em tribunal".

([53]) Juan Montero Aroca, *Los principios políticos de la nueva Ley de Enjuiciamiento civil*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001: 108. Franco Cipriani critica também a ideia de transformar o processo "num lugar onde, sob a iluminante presença do juiz, se discute pacatamente os aspectos da controvérsia, se esclarecem lealmente os pontos obscuros e se eliminam os equívocos e os erros, não só aqueles da parte contrária, mas também, por correcção, os próprios, de maneira a fazer triunfar a verdade e a fazer depressa e bem justiça a quem tem efectivamente razão" *Il Codice di Procedura Civile tra gerarchi*…, *op. cit.:* 22. Esta ideia romântica de pretender que as partes contribuam para a sua própria derrota, admissível e até desejável se sair vencedor do processo quem tiver "verdadeiramente" razão foi acarinhada, entre outros, diga-se de passagem, pelo ministro fascista Solmi. A concepção do processo como um *jogo para vencer* que põe frente a frente partes com interesses contrapostos e para quem o que conta não é tanto a justiça quanto a vitória, consta do conhecido artigo de Piero Calamandrei, "Il processo come giuoco", *Opere Giuridiche*, Vol. I, Morano Editore, Napoli, 1995: 537, ss.

Com este diploma o legislador português deu o passo mais significativo até hoje dado no domínio da flexibilidade processual que impõe a adopção de regras processuais que consintam a adequação do rito às exigências de uma boa tramitação do caso concreto.

Na génese do RPE esteve a intenção de dar resposta, através de meios mais ágeis e eficazes, aos estrangulamentos provocados no sistema de justiça pelo recurso massivo aos tribunais, por parte de um número reduzido de utilizadores (bancos, seguradoras, outras sociedades financeiras, exploradoras de redes telefónicas, etc.).

O RPE introduziu no nosso ordenamento uma nova forma de processo aplicável a todas as acções declarativas cíveis a que não corresponda processo especial (art. 1.º).

Forma liberta de quaisquer vínculos com o valor da causa, que potencia os factores de complexidade de um sistema que passou a contar, ao lado de um processo comum rígido, com as três formas tradicionais, com mais uma forma de tutela "normal", mas dúctil, aplicável apenas em alguns tribunais. É esta característica, e não o tipo de matérias em causa, que lhe confere especialidade.

O RPE "entrou à experiência" no dia 16 de Outubro de 2006, em três comarcas das áreas metropolitana de Lisboa e do Porto, escolhidas pela sua elevada movimentação processual (art. 21.º, n.º 2), prevendo-se a sua revisão no prazo de dois anos, a contar da data da sua entrada em vigor (art. 20.º, n.º 2).

Como tem sido hábito entre nós, o experimental tornou-se definitivo, primeiro com a revogação deste n.º 2 pelo DL n.º 187/ /2008, de 23 de Setembro e, depois, com a integração das soluções encontradas em 2006 na reforma de 2013.

A centralidade do juiz foi proclamada no preâmbulo do Decreto-Lei n.º 108/2006, logo no quarto parágrafo: "Este regime confere ao juiz um papel determinante, aprofundando a concepção sobre a actuação do magistrado judicial no processo civil declarativo enquanto responsável pela direcção do processo e, como tal, pela sua agilização. Mitiga-se o formalismo processual civil, dirigindo o juiz para uma visão crítica das normas".

E como ponto culminante do RPE temos o art. 2.º, sob a epígrafe "dever de gestão processual", cuja redacção vale a pena reproduzir: "*O juiz dirige o processo, devendo nomeadamente:*

a) *Adoptar a tramitação processual adequada às especificidades da causa e adaptar o conteúdo e a forma dos actos processuais ao fim que visam atingir*;

b) *Garantir que não são praticados actos inúteis, recusando o que for impertinente ou meramente dilatório*:

c) *Adoptar os mecanismos de agilização processual previstos na lei*".

A norma enuncia um princípio geral — a direcção do processo pertence ao juiz — e depois elenca, sem carácter taxativo, três tipos de actuação em que essa direcção se traduz: *adequação*, *eficiência* e *agilização*([54]).

O RPE aglutina numa só norma, ampliando-os, os poderes previstos nos arts. 138.º e 265.º-A, CPC, respectivamente para a ordenação formal dos actos e para a forma e conteúdo dos actos em particular [alínea *a*)], os poderes de disciplina já contidos nos arts. 137.º e 265.º, n.º 1, *in fine* [alínea *b*)] e acrescenta-lhes um poder genérico de agilização processual [alínea *c*)].

De entre todos esses poderes é o da alínea *a*), primeira parte, que se destaca. Já não é só a adequação formal que está em causa. A realidade é já outra.

Luís Lameiras refere, com razão, que "o RPE *subordina* a tramitação prevista na lei e a ela *sobrepõe* aquela que o juiz entenda em seu critério dever estabelecer, no cumprimento da obrigação normativa de, por decisão sua, adoptar a sequência de actos concretamente mais ajustada ao caso"([55]).

O que significa que não se trata já de ajustar a tramitação legal às especificidades da lide; "o que lei manda é que, diante da causa concreta — de cada processo — o juiz — de modo activo e positivo — descubra e determine a tramitação processual mais ajustada a ela. Sendo essa a tramitação que densifica a *forma de processo* do caso"([56]).

([54]) Mariana França Gouveia, *Regime Processual Experimental*, Almedina, Anotado, 2006: 32.

([55]) Luís Brites Lameiras, *Comentário ao Regime Processual Experimental*, Almedina, Coimbra, 2007: 31.

([56]) *Ibidem*.

Outros limites aos poderes de cognição do juiz foram abolidos.

Anteriormente estava vedado que, por qualquer via, se modificasse a extensão e profundidade do acertamento.

O RPE prevê que "*quando tenham sido trazidos ao procedimento cautelar os elementos necessários à resolução definitiva do caso, o tribunal pode, ouvidas as partes, antecipar o juízo sobre a causa principal*" (art. 16.º).

Trata-se de uma solução importada do Código de Processo nos Tribunais Administrativos (CPTA) de 2002 (art. 121.º) que permite que o juiz antecipe a decisão final, num procedimento cautelar, desde que estejam alegados e tenham sido objecto de prova os factos principais relativos ao direito alegado, estejam preenchidos os requisitos para o deferimento da providência e as partes tenham sido ouvidas([57]).

A alínea *b*) do citado artigo, por sua vez, nada acrescenta de novo. Limita-se a ampliar os poderes já consagrados nas normas processuais supra citadas "obrigando-se o juiz a um olhar atento aos actos praticados por todos — por ele próprio, pelos funcionários do tribunal, pelos mandatários das partes"([58]).

Já a alínea *c*) representa uma novidade. O nosso processo contém um mecanismo de agilização. Refiro-me à apensação (art. 267.º) correspondente *grosso modo* à *connessione* e à *riunione* do CPC italiano (arts. 40.º, 273.º e 274.º).

Através da apensação dá-se a junção de causas conexas quando propostas separadamente. Obtém-se economia de actividade com a unidade de instrução, e uniformidade de julgamento com a unidade de decisão.

O RPE veio acrescentar novos mecanismos [*agregação de acções* — art. 6.º — a *desagregação* prevista no art. 7.º — simplificação da sentença que passa, em regra, a ser ditada para a acta —

([57]) MARIANA FRANÇA GOUVEIA, *Regime Processual*…, *op. cit.:* 151, ss..; SOFIA HENRIQUES, *A tutela cautelar não especificada no novo contencioso administrativo português*, Coimbra Editora, Coimbra, 2006: 113, ss.; MÁRIO AROSO DE ALMEIDA, CARLOS FERNANDES CADILHA, *Comentário ao Código de Processo nos Tribunais Administrativos*, 2.ª ed., Almedina, Coimbra, 2007: 717, ss. Muito crítico sobre esta convolação, LUÍS LAMEIRAS, *op. cit.:* 21, ss.

([58]) MARIANA FRANÇA GOUVEIA, *Regime Processual*…, *op. cit.:* 35.

art. 15.º, n.º 3 —, com julgamento conjunto de facto e de direito (n.º 1), podendo a decisão da matéria de facto e a motivação de direito serem feitas por remissão para as peças dos autos ou para acórdão uniformizador da jurisprudência, respectivamente — n.os 1 e 5].

Sem prejuízo da agilização processual, o RPE apresenta uma estrutura-padrão que se mantém na linha tradicional das quatro fases processuais: fase dos articulados (arts. 8.º e 9.º); fase do saneamento e condensação (art. 10.º); fase da instrução (arts. 12.º a 14.º); fase do julgamento (art. 15.º).

Mas essa estrutura é uma estrutura-base, uma matriz, a que o juiz pode aderir ou não, e na plena assunção dos seus deveres de gestão e do papel de juiz-demiurgo afastá-la, sobrepondo-lhe uma outra fruto da sua imaginação processual([59]).

O RPE reduziu o número de articulados, em regra, para dois (petição e contestação), como no sumaríssimo, só em casos restritos permitindo a réplica (art. 8.º, n.os 1, 2 e 3); obrigou as partes a apresentarem o requerimento probatório com os articulados (art. 8.º, n.º 5); só admite 3 testemunhas por cada facto, no máximo de dez (art. 11.º, n.º 3), como no sumário, reduzindo assim para metade o número máximo permitido no actual processo ordinário; em regra, como no sumaríssimo, as testemunhas são apresentadas pelas partes (art. 5.º, n.º 5); também como no sumaríssimo e na acção declarativa especial e ao contrário do processo comum ordinário, as alegações de facto e de direito, finda a produção de prova, são orais e realizam-se em simultâneo (art. 14.º, n.º 3); ainda como na forma mais abreviada de processo a sentença julga a matéria de facto e de direito (art. 15.º, n.º 1). Tudo em nome da economia e da simplificação do processo.

Esta estrutura-padrão é entregue na mão do juiz para que a molde ou substitua segundo a especificidade da causa e a finalidade dos actos.

([59]) "Mesmo quando o juiz adere à tramitação estabelecida pela lei, no quadro do RPE, ainda aí, o alicerce de legitimidade dessa concreta tramitação, da (nova) forma de processo, não resulta rigorosamente da lei, mas da decisão — que pode ser meramente tácita — que facultou essa adesão como a mais ajustada naquele caso concreto". LUÍS LAMEIRAS, *op. cit.:* 31.

O juiz pode assim, tendo em conta o seu dever de gestão processual, dar às partes a possibilidade de apresentarem mais articulados(60), permitir o aperfeiçoamento dos requerimentos probatórios(61), optar, findos os articulados e sem ouvir as partes, por proferir despacho pré-saneador, julgar imediatamente a causa, proferir saneador e condensação, com dispensa de audiência preliminar; convocar uma ou mais audiências preliminares, com ou sem elaboração daqueles despachos, marcar audiência final(62), etc.

Ao lado da possibilidade de o juiz poder decidir de mérito de imediato, findos os articulados, sem debate e alegações das partes, cuja conciliação com o art. 6.º da CEDH parece problemática, encontramos outras soluções tão ou mais preocupantes.

Em primeiro lugar, a norma do art. 11.º, n.º 4: *"O juiz recusa a inquirição [de testemunhas] quando considere assentes ou irrelevantes para a decisão da causa os factos sobre os quais recai o depoimento"*.

Como refere França Gouveia "esta norma é, à primeira vista, arrepiante. É muito, muito perigosa, já que deixa na disponibilidade do juiz a produção da prova. Faz lembrar tempos recentes em que o julgamento da matéria de facto era, na prática, incontrolável"(63).

Menos arrepiante, mas não menos autoritária, é a imposição aos advogados do dever de indicarem expressamente ao tribunal o serviço que os impeça de aceitar a data proposta pelo magistrado para a realização das diligências judiciais (art. 10.º, n.º 3) e a já referida obrigatoriedade de apresentação dos requerimentos probatórios com os articulados, que bem pode ser vista como limitação inaceitável do direito à prova(64).

Para contrabalançar as coisas e não ser mais intrusivo na já ampla "zona de indiferença"(65) dos intervenientes forenses, o RPE

---

(60) Mariana França Gouveia, *Regime Processual…*, *op. cit.:* 87.
(61) *Idem*, 89.
(62) *Idem*, 109.
(63) *Idem*, 121.
(64) *Idem*, 94.
(65) A "zona de indiferença" é o espaço imaginário em cujos limites um indivíduo aceita estar subordinado à autoridade de outro em contrapartida de um conjunto de compensações.

criou mecanismos destinados "a incentivar e premiar a colaboração das partes entre si e com o tribunal" (arts. 9.º, 13.º e 18.º).

Todavia, as apostas do RPE não passaram necessariamente por estes mecanismos; passaram sim pela premissa "de que só o órgão judicial está em condições de garantir que o processo tenha uma marcha regular e produza um resultado justo com o menor dispêndio de tempo possível"(66).

13. A Lei n.º 41/2013, de 26 de Junho

Esta lei, culminando um caminho particularmente errático(67) percorrido sob a pressão da Troika, aprovou o que chamou Código de Processo Civil.

Não vou perder mais palavras para demonstrar o que hoje considero ser patente para todos: não estamos perante um novo Código, mas sim em face da reforma da reforma de 95/96(68).

---

(66) Elísio Borges, Inês Setil, *Breve comentário ao regime processual experimental aprovado pelo DL n.º 108/2006, de 8/6*, Scientia Iuridica 306 (2006): 318.

(67) José Acácio Lourenço, "Os direitos das partes no processo civil após a reforma do Código de Processo Civil, em 2013: avanço ou retrocesso?'' Revista da Ordem dos Advogados, ano 73: 481.

(68) O legislador de 95/96 o qual operou a mais profunda reforma jamais ensaiada do código 39 não ousou autodenominá-la novo código. Lê-se, no preâmbulo do DL n.º 329-A/95, de 12 de Dezembro: "Optou-se, na elaboração desta revisão do Código de Processo Civil por proceder a uma reformulação que, embora substancial e profunda de diversos institutos não culmina na elaboração de um Código totalmente novo. Na verdade, para além de tal desiderato se revelar, em boa medida incompatível com os limites temporais estabelecidos para o encerramento dos trabalhos, não se procurou, através dela, uma reformulação dogmática ou conceptual das bases jurídico-processuais do Código, mas essencialmente dar resposta, tanto quanto possível pronta e eficaz, a questões e problemas colocados diariamente aos diferentes sujeitos e intervenientes nos processos, conferindo a este maior celeridade, eficácia e justiça na composição dos litígios''. O legislador de 2013, mais destemido, não hesitou em adornar-se com galões que não lhe pertencem: "O acervo de alterações ora introduzidas permite classificar esta reforma como a mais profunda realizada no processo civil português desse 1939, o que, só por si, justifica que estejamos perante um novo código de processo civil, com nova sistematização, sendo de referir a transferência das disposições relativas à instrução do processo, bem como a eliminação de alguns processos especiais que, actualmente, já não se justificam''. No sentido do texto, José Lebre de Freitas, "Sobre o novo Código de Processo Civil (uma visão de fora)'',

Se se tratasse de um código inteiramente novo, não se justificava uma renumeração, mas uma normal numeração de raiz, nem se sentia a necessidade de procurar incessantemente as diferenças entre a lei nova e a antiga, com o recurso às indispensáveis tabelas de correspondência.

A reforma introduziu apenas algumas alterações de pequena monta ao regime anterior sendo as mais significativas relativas à configuração da introdução dos factos no invólucro processual, à inclusão no articulado do princípio de gestão processual, à inversão do contencioso nos procedimentos cautelares, à introdução de dois novos meios de prova (declarações de parte e verificações judiciais não qualificadas); à eliminação da réplica e da tréplica; ao abandono da fixação dos factos assentes e organização da base instrutória e sua inclusão no julgamento da matéria de facto na sentença, etc.(69).

Em suma, permanecem as linhas de orientação e os princípios estruturantes de 95/96 com importação de soluções consagradas no RPE.

Na Exposição de Motivos que acompanha a Proposta de Lei n.º 113.º /XII, de 22.11.2012, esclarece-se: "mantém-se e reforça-se o poder de direcção do processo pelo juiz e o princípio do inquisitório (de particular relevo na eliminação das faculdades dilatórias,

---

ROA 2013:23, ss ("Trata-se, sim, de uma pequena reforma da lei processual civil, em sentido que, como aliás se reconhece na exposição de motivos da proposta de lei do governo , pretendia aperfeiçoar e rematar a grande reforma empreendida em 1995-1996") e "A mentira dum novo Código de Processo Civil", Jornal "Público" de 25-11-2012 ("A sistematização das matérias pouco foi alterada e, mantendo-se intacta a maioria das normas , a sua passagem para outros artigos é perturbadora: perder-se-á tempo a localizá-las, terá de se fazer a correspondência entre artigos, ao ler uma monografia , um estudo ou uma sentença anterior à mudança, os autores de lições e manuais ocupar-se-ão a alterar as citações da lei; bases de dados organizadas por artigos terão de ser adaptadas. Não parece que esta seja a melhor maneira de dar trabalho aos cidadãos. Não se trata antes de profunda indiferença (ou desprezo) do legislador pelo trabalho alheio?") e MARIANA FRANÇA GOUVEIA, "O Princípio Dispositivo e a Alegação de Factos em Processo Civil: A incessante Procura da Flexibilidade Processual", ROA, 2013: 599 (''Este não é um Código novo — antes pelo contrário este é um código que, lido de certa forma, pouco ou nada altera o anterior processo civil").

(69) Para mais desenvolvimentos, JOÃO CORREIA, PAULO PIMENTA, SÉRGIO CASTANHEIRA, *Introdução ao Estudo e à Aplicação do Código de Processo Civil de 2013*, Almedina, 2013.

no ativo suprimento da generalidade da falta de pressupostos processuais, na instrução da causa e na efetiva e ativa direcção da audiência)".

Um ponto absolutamente fulcral da reforma de 2013 foi, na verdade, o de manter e aprofundar os poderes/deveres de gestão e direcção material do processo por parte do juiz.

Vale a pena comparar este ponto com o seu oposto, tal como enunciado na Exposição de Motivos da Ley de Enjuiciamiento Civil espanhola: "A nova Ley de Enjuiciamento Civil continua a inspirar-se no princípio da justiça rogada ou princípio dispositivo, de que se extraem todas as suas razoáveis consequências, com a vista posta, não só em que, como regra, os processos civis perseguem a tutela de direitos e interesses legítimos de determinados sujeitos jurídicos, a quem corresponde a iniciativa processual e a configuração do objecto do processo, mas também em que os ónus processuais atribuídos a estes sujeitos e a sua lógica diligência para obter a tutela judicial que pedem, podem e devem configurar razoavelmente o trabalho do órgão jurisdicional, em benefício de todos".

Num caso uma concepção que pode classificar-se claramente de publicística e na qual o princípio do inquisitório é o seu elemento determinante; noutro uma concepção garantista em que são as partes que determinam o objecto do processo e a classe de tutela pretendida, não cabendo ao juiz investigar e comprovar os factos alegados.

A nossa lei dedica o art. 6.º ao que chama dever de gestão processual. A maioria das normas de procedimento de qualquer lei ou código de processo são normas de gestão.

Constituem exemplos de normas de gestão processual: art. 151.º — marcação e início pontual das diligências; art. 267.º — apensação de acções; art. 520.º — poder de iniciativa de comunicação directa com o depoente; art. 591.º, n.º 1, al. *g*) — programação dos actos da audiência final; art. 602.º — poderes de direcção da audiência final; art. 604.º, n.º 8 — poderes de alteração da ordem de produção de prova, etc., etc.

Aplicada à solução dos litígios, a gestão visa a coordenação de todos os recursos disponíveis de forma coerente para resolver mais e melhor os litígios jurídicos. Gestão significa ter em conta a

norma de procedimento e aplicá-la de forma flexível, com eficácia e celeridade, mas sem esquecer que as pressas excessivas se pagam com erros e com o abaixamento da qualidade da justiça a que os cidadãos têm direito.

Por outro lado, na gestão coerente e racional dos litígios, tribunal e profissionais do foro são chamados a entender-se com mais propriedade e não a olharem-se com desconfiança e, muito menos, como inimigos.

O citado art. 6.º desdobra o dever genérico de gestão ("dirigir ativamente o processo e providenciar pelo seu andamento célere"), em quatro outros deveres: *dever de promoção* das "diligências necessárias ao normal prosseguimento da acção"; *dever de recusa* do "que for impertinente ou meramente dilatório"; *dever de adopção* dos "mecanismos de simplificação e agilização processual que garantam a justa composição do litígio em prazo razoável"; *dever de sanação*([70]).

A gestão processual embora instrumentalmente subordinada à finalidade de obtenção da decisão de mérito permanece uma gestão formal([71]).

Já no âmbito material do processo discute-se se o juiz pode interferir no pedido, no plano das provas e no da factualidade.

Relativamente ao pedido entendo, na esteira da doutrina maioritária([72]), que para além dos apertados limites estabelecidos nos arts. 264.º e 265.º não é possível a alteração do pedido, designadamente fazendo actuar o princípio da cooperação.

Como diz Horst-Eberhard Henke, citado por Miguel Mesquita, "a concepção social do processo, na qual o juiz assume o

---

([70]) Paulo Ramos de Faria, Ana Luísa Loureiro, *Primeiras Notas ao Novo Código de Processo Civil*, 2.ª ed., Vol. I, Almedina, 2014: 53 ss e Miguel Mesquita, *Princípio de Gestão Processual: o "Santo Graal" do Novo Processo Civil*, "Revista de Legislação e de Jurisprudência", ano 145: 91, ss.

([71]) José Lebre de Freitas, *Introdução ao Processo Civil*, 3.ª ed., Coimbra Editora, 2013: 228 e com Isabel Alexandre, *Código de Processo Civil, Anotado*, 3.ª ed., Vol. I, Coimbra Ed., 2014: 23.

([72]) Carlos Lopes do Rego, *Comentários ao Código de Processo Civil*, 2.ª ed., Vol. I, Almedina: 265; Paula Costa e Silva, *Acto e processo*, Coimbra Editora, 2003: 596; José Lebre de Freitas e Isabel Alexandre, *op. cit.:* 515 ss; em sentido contrário, Miguel Mesquita, *op. cit.:* 99, ss.

papel de conselheiro das partes, ofende a imparcialidade do próprio juiz''. "E, pior, segundo as palavras do professor berlinense, acaba por reduzir a nada a função das partes: quanto mais activo se tornar o juiz, mais cresce a negligência destas''(73).

No que se refere ao plano das provas há largo consenso quanto aos poderes inquisitórios do juiz (art. 411.º). Tudo o que se disse acima no ponto 11 pode ser transposto, com as necessárias adaptações, para a reforma de 2013.

Mesmo em relação aos novos meios de prova introduzidos por aquela reforma (declarações de parte — art. 466.º — e verificações não judiciais qualificadas — art. 494.º) se admite ou impõe a iniciativa oficiosa(74).

Por último, no que se refere à determinação dos factos há muito que o processo civil português deixou de prestar atenção aos sábios conselhos dos antigos Mestres para quem os magistrados não deviam tomar conhecimento dos factos não alegados, ainda que resultem dos autos, por tal se revelar perigoso. Perigoso para a imparcialidade e *terzietà* do juiz, mas também para o princípio da igualdade das partes, princípio fundamental do processo civil: "Se ao juiz lhe repugna sentir-se encerrado nos limites da vontade dominadora das partes deve aceitar, pelo menos, o vínculo de uma consideração prática, isto é, que as partes são os melhores juízes da própria defesa e que ninguém pode conhecer melhor do que elas , que factos deve alegar e quais não deve''(75).

Por sua vez, Alberto dos Reis, ao explicar o regime do art. 664.º (relação entre a actividade das partes e a do juiz), afirmava: "As partes articulam determinados factos, como fundamento das suas pretensões; e ao mesmo tempo submetem esses factos a um determinado regime jurídico, apontando a lei, os princípios de direito, as

---

(73) Miguel Mesquita, *op. cit.:* 103.

(74) Quanto às declarações de parte, Paulo Ramos de Faria/Ana Luísa Loureiro, *op. cit.:* 397; em sentido oposto Isabel Alexandre, "A fase da instrução e os novos meios de prova no Código de Processo Civil de 2013'', RMP, 134. Por outro lado, as partes não têm direito de requerer as verificações judiciais não qualificadas, José Lebre de Freitas/Isabel Alexandre, *Código de Processo Civil, Anotado*, 3.ª ed., Vol. 2.º, Almedina, 2017: 351.

(75) Guiseppe Chiovenda, *Principii di Diritto Processuale Civile*, Jovene Editore, 1965: 729.

regras de doutrina ou de jurisprudência que devem ser aplicados e tirando daí determinadas conclusões. Pois bem, é completamente diferente a posição do juiz perante as duas espécies de materiais que as partes lhe fornecem: no tocante aos materiais de facto, o juiz fica *vinculado*, no tocante aos materiais de direito, o juiz fica *livre*.

O tribunal só pode servir-se dos factos articulados pelas partes; não pode basear a sua decisão sobre outros, salvo se se tratar de factos *notórios* ou de factos revelados pelo exercício da função jurisdicional (art. 518.º)''([76]).

Na reforma de 95/96, o art. 264.º sob a epígrafe (princípio dispositivo), para além de manter a regra anterior, inovou ao estabelecer que o tribunal pode tomar em conta, mesmo oficiosamente, dos factos instrumentais que resultem da instrução e da discussão da causa, podendo ainda conhecer dos factos essenciais complementares ou concretizadores que resultem da instrução ou discussão da causa, desde que a parte interessada manifeste a vontade de deles se aproveitar, após ser cumprido o contraditório.

Por fim, a reforma de 2013 ultrapassou todos os limites razoáveis porquanto o conhecimento daqueles factos essencias passou a ser oficioso, deixando de depender da vontade do interessado([77]).

Não por acaso, ocorreu um *apagão*([78]) do princípio dispositivo que deixou de figurar no glossário da reforma.

É claro que o dispositivo ainda existe [entre outros, arts. 3.º, n.º 1, 5.º, n.º 1, e 615.º, n.º 1, *d*) e *e*)] e continuará a existir enquanto houver os arts. 26.º, n.º 1, 61.º, n.º 1, e 62.º, n.º 1, da CRP.

Todavia a actualização lexical não pode deixar de ter um significado, ainda que simbólico. E esse parece-me ser o de se querer redesenhar mais uma vez a relação entre as partes e o juiz, sem que para compreender o novo desenho seja necessário recorrer a uma concepção, "anquilosada''([79]) ou não, daquele princípio, pois o que

---

([76]) José Alberto dos Reis, *Código de processo civil explicado*, Coimbra Editora, 1939: 416/417.

([77]) Considerando esta posição incorrecta, mas fácil de corrigir, Mariana França Gouveia, "O princípio dispositivo…'', *op. cit.:* 614/615.

([78]) A expressão é de França Gouveia, *op. cit.:* 604.

([79]) João Correia, *et al.*, *op. cit.:* 18.

passa a contar unicamente é o *interesse público* no aproveitamento do facto complementar ou concretizador cuja aparição no processo ocorreu tardiamente.

14. Conclusão

A reforma de 2013 foi em geral mal acolhida entre os profissionais do foro, cansados de sucessivas reformas ineficientes.

Não percebo a insistência do legislador em querer solucionar os múltiplos problemas do processo civil privilegiando a posição do juiz em relação às partes e aumentando os poderes oficiosos, receita que já se viu não dar resultado.

Quem se congratulou com a reforma foram os laboralistas que viram, com razão, no diploma de 2013 a "laboralização'' do processo civil, tradicionalmente mais complexo e evoluído e de aplicação subsidiária ao processo do trabalho.

Ora, como refere Manuel Ramirez Fernandes "não deixa de ser paradoxal que o direito processual subsidiário evolua no sentido do direito processual subsidiado. O paradigma processual civil e laboral ficou mais próximo, as diferenças esbateram-se e já existe quem questione a necessidade de uma codificação autónoma do processo laboral''([80]).

Se isto é exacto, já não estaremos a lidar apenas com as ideias "publicísticas'' que inspiraram o processo civil desde 26, mas com outra realidade, bem mais inquietante.

([80]) *Revista Pontos de Vista*, ed. 42, 2015:8. Sobre os princípios de direito processual de trabalho, RAUL VENTURA, "Princípios Gerais de Direito Processual do Trabalho'', *Curso de Direito Processual do Trabalho*, Suplemento ao Vol. XVI da *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, 1964: 31-50, que identifica três princípios: justiça célere, justiça pacificadora e justiça completa. Considerando que no Código de Processo de Trabalho de 1999 não se podem já identificar aqueles três princípios como específicos do processo do trabalho, ISABEL ALEXANDRE, "Princípios Gerais do Processo do Trabalho'', *Estudos do Instituto de Direito do Trabalho*, Vol. III, Almedina, 2002:439. Pondo em destaque esta laboralização e concluindo que "hoje, mais do que nunca, o processo laboral é um processo civil especial'', MARIA DO ROSÁRIO PALMA RAMALHO, ''Tem o direito processual do trabalho princípios próprios?'', *Estudos Apodit 2*, AAFD, 2016: 13-22.

DIREITO E ROBÓTICA:
uma primeira aproximação

Por Nuno Sousa e Silva(*)

Sumário:

Abreviaturas utilizadas. Resumo/Abstract. **0.** Introdução. **1.** O que é um robot? *1.1.* Definições. *1.2.* Personalidade, protecção indirecta ou (meras) coisas? **2.** Robots e Direitos Fundamentais. **3.** Robots e Responsabilidade. *3.1.* Responsabilidade por robots. *3.2.* Responsabilidade de robots? *3.3.* Vias propostas. **4.** Propriedade Intelectual. *4.1.* Novos resultados? *4.2.* Novos criadores? **5.** Conclusão.

"«Tudo me é permitido», mas nem tudo é conveniente.
«Tudo me é permitido», mas eu não me farei escravo de nada".

1 Coríntios 6:12

"It is change, continuing change, inevitable change, that is the dominant factor in society today. No sensible decision can be made any longer without taking into account not only the world as it is, but the world as it will be. This, in turn, means that our statesmen, our businessmen, our Everyman, must take on a science fictional way of thinking, whether he likes it or not or even whether he knows it or not".

Isaac Asimov, *Asimov on Science Fiction* (Avon Books, 1981) p. 5.

(*) Mestre em Direito. LLM. IP (MIPLC). Assistente da Universidade Católica Portuguesa (Porto). Advogado. E-mail: <nsousaesilva@gmail.com>. Gostaria de agradecer a Manuel Sousa e Silva, Luís Guerra, Pedro Sousa e Silva, António Frada de Sousa, João Taborda da Gama, Miguel Assis Raimundo e Tito Rendas a generosidade com que, a vários níveis, me agraciaram no desenvolvimento deste trabalho. Os eventuais erros serão da minha inteira responsabilidade.

Abreviaturas utilizadas

ADI	Actas de derecho industrial
BFDUC	Boletim da Faculdade de Direito da Univerisdade de Coimbra
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch (Código Civil Alemão)
CdP	Cadernos de Direito Privado
CPE	Convenção sobre a Patente Europeia
CPI	Código da Propriedade Industrial
CR	Computer und Recht
CRi	Computer und Recht international
CUP	Cambridge University Press
GRUR	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht
GRUR Int	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht Internationaler Teil
EE	Edward Elgar
EIPR	European Intellectual Property Review
ERPL	European Review of Private Law
JIPITEC	Journal of Intellectual Property, Information Technology and E-Commerce Law
OUP	Oxford University Press
RDE	Revista de Direito e Economia
ResPE	Resolução do Parlamento Europeu de 16 de Fevereiro de 2017, que contém recomendações à Comissão sobre disposições de Direito Civil sobre Robótica [2015/2103 (INL)]
RLJ	Revista de Legislação e Jurisprudência
UCE	Universidade Católica Editora
ZEuP	Zeitschrift für europäisches Privatrecht

Resumo

A possibilidade de aparelhos e objectos autónomos sempre exerceu sobre a humanidade um misto de fascínio e temor. A rápida evolução tecnológica transforma a ficção científica de ontem no nosso quotidiano de amanhã. Prevê-se "o fim das profissões", "amor e sexo com robots", e mesmo "robots assassinos". O Direito, como meio natural (e humano) de regulação de interesses e resolução de conflitos, não pode ignorar estes desenvolvimentos. Este texto visa explorar as intersecções entre Direito e robótica. Para o efeito começa por procurar definir o que se deve entender por robot e discutir que tratamento é que os robots merecerão no quadro das categorias jurídicas. Depois pondera vários impactos no âmbito dos direitos fundamentais, designadamente em matéria de emprego, distribuição de riqueza, privacidade, propriedade, liberdade e grau de intervenção Estadual. As questões de responsabilidade (civil e penal) envolvidas na utilização de robots são analisadas no quadro actual do direito positivo e na perspectiva do direito a constituir. Pondera-se a responsabilidade dos seres humanos envolvidos e a eventual responsabilidade dos próprios robots. O texto lida ainda com a Propriedade Intelectual, tendo em conta a possível necessidade de proteger novos resultados, em especial dados industriais, e o enquadramento das criações produzidas por robots. Conclui-se que, apesar de ainda não se justificar a autonomização de um ramo do Direito, será necessário adaptar algumas regras por via interpretativa e mesmo por via legislativa.

Abstract

The existence of autonomous machines has always elicited feelings of fascination and fear. The quick pace of technological evolution turns yesterday's science fiction into tomorrow's everyday life. As a result the end of professions, love and sex with robots, as well as killer robots, have been predicted. The Law as the natural mechanism to regulate conflicting interests cannot

ignore these developments. This text aims to explore the intersections of Robots and the Law. In order to so, it starts by defining robot and discuss the way robots should be legally framed. Afterwards it ponders on several impacts in the field of fundamental rights, namely employment, wealth distribution, privacy, property, freedom and degrees of State intervention. Questions of civil and criminal liability are critically examined *de lege lata* and *de lege ferenda*. The possible liability of humans involved with robots as well as that of robots themselves is evaluated. The text also deals with Intellectual Property discussing the introduction of a new right for raw industrial data and the treatment of robot creations. The text concludes that although there is not yet an autonomous field of law, there is a need to adapt some of the existing rules to accommodate some of the foreseeable changes.

0. Introdução

Este texto constitui uma breve reflexão sobre alguns aspectos jurídicos da robótica. O tema não se encontra particularmente desenvolvido e nem pode dizer-se que tenha, por enquanto, autonomia científica(1). A abordagem é fenomenológica e não dogmática. Trata-se de analisar um aspecto da vida social do ponto vista do sistema jurídico, ao invés de isolar questões jurídicas no seu domínio próprio(2).

Uma abordagem deste tipo, ganhando em amplitude, corre o risco de perder em profundidade e rigor(3). Porém, é importante que o Direito não se limite a encarar uma tecnologia sem reavaliar a adequação dos seus quadros tradicionais(4). É necessário que a

---

(1) Recorrendo a Orlando de Carvalho, *Direito das coisas* (Coimbra Editora, 2012), p. 18, dir-se-á que ainda não existe socialmente uma relação jurídica típica que faça surgir uma disciplina autónoma. Alain Bensoussan/Jérémy Bensoussan, *Droit des Robots* (Larcier, 2015), pp. 25-26, prevêem a criação de um Direito dos Robots como consequência da necessidade de regras específicas neste domínio.

(2) Lembre-se que quando surgiu a Internet, rapidamente se iniciou uma discussão em torno da eventual autonomia da sua regulação jurídica (leia-se Lawrence Lessig, 'The Law of the Horse: What Cyberlaw Might Teach' Harvard Law Review [1999] pp. 501--546) e que, ainda hoje, não está encerrada [veja-se recentemente Jacqueline Lipton, *Rethinking Cyberlaw: A New Vision for Internet Law* (EE, 2015), p. 13, desvalorizando essa discussão]. É, porém, ponto assente que o impacto da Internet no Direito é incontornável [Michael L. Rustad, *Global Internet Law in a Nutsehll* (West, 2012), p. 6: "The Internet has made it necessary to rework every branch of law"]. Para um enquadramento breve, com referências adicionais, veja-se Nuno Sousa e Silva, 'A Internet — um objecto para o Direito Administrativo Global?' Revista de Direito Público n.º 13 (2015), pp. 47-69. Ryan Calo, 'Robotics and the Lessons of Cyberlaw' California Law Review 103 (2015), pp. 513-563, destaca o paralelismo entre as duas áreas.

(3) Desde logo pelo número de áreas do Direito em causa. A dificuldade adensa-se pelas dificuldades de conhecimento da tecnologia e do respectivo jargão. Bryant Walker Smith, 'Lawyers and engineers should speak the same robot language' in Ryan Calo/ /Michael Froomkin/Ian Kerr (eds.), *Robot Law*, (EE, 2016), pp. 78-101, engenheiro e jurista, identifica o problema e faz algumas sugestões no sentido de aproximar os dois jargões. Para uma interessante e acessível apresentação no domínio da técnica, cf. Alan Winfield, *Robotics: A very short introduction* (OUP, 2012), cuja introdução começa por sublinhar as mudanças que se adivinham para breve.

(4) Destaca-o Bryant Walker Smith, 'Regulation and the Risk of Inaction', *in* Markus Maurer, *et al.* (eds.), *Autonomes Fahren* (Springer Vieweg, 2015), pp. 593-609. Sobre a adaptação do Direito e a necessidade de uma intervenção regulatória proactiva cf. Mark Fenwick/Wulf A. Kaal/Erik P. M. Vermeulen, 'Regulation Tomorrow: What

ordem jurídica acompanhe activamente o desenvolvimento, disciplinando-o. Quanto mais cedo os juristas virarem a sua atenção para as tecnologias emergentes, melhor poderão conformar a sua forma futura([5]). Por outras palavras, quanto mais conscientemente acompanharmos, como sociedade e cidadãos, o desenvolvimento destas tecnologias, que se prevêem pervasivas, melhores serão as nossas escolhas colectivas. Por outro lado, como assinala JORGE PEREIRA DA SILVA([6]), "A sociedade actual (…) gera problemas a um ritmo superior ao da sua própria capacidade para produzir o conhecimento necessário à sua resolução…".

Ciente disto, o **Parlamento Europeu** adoptou em **16 de Fevereiro de 2017** uma **resolução** com recomendações à Comissão Europeia sobre regras de Direito Civil sobre robótica (doravante "ResPE")([7]). Nesta resolução reconhecem-se os perigos e oportunidades da robótica e da inteligência artificial e são feitas várias sugestões para a respectiva regulação. A Resolução apela à Comissão para, com base no art. 114.º do TFUE, apresentar, uma **proposta legislativa** sobre questões jurídicas relacionadas com o desenvolvimento e a utilização da robótica e da Inteligência Artificial previsível para os próximos 10 a 15 anos e propõe a respectiva

---

Happens When Technology is Faster than the Law?' disponível em <https://ssrn.com/ abstract=2834531>.

([5]) Por vezes a tecnologia (e os usos do sector) assume uma tal centralidade na vida das pessoas que o Direito torna-se mais *objecto* do que *agente* de mudança (trata-se de uma ideia tributária da chamada "força normativa dos factos" (cf. BAPTISTA MACHADO, *Introdução ao Direito e ao Discurso Legitimador* (Almedina, 2007), pp. 44-49) e THOMAS DREIER/INDRA SPIECKER, 'Legal aspects of service robotics' Poiesies Prax (2012), p. 204). Pode ver-se a exposição particularmente interessante deste fenómeno no caso da Internet feita por MAARTEN TRUYENS/PATRICK VAN EECKE, 'Surprised by Embedded Assumptions: The Online Sector's Troubled Relationship with EU Case Law' CRi 1/2016, pp. 1-10.

([6]) *Deveres do Estado de Protecção de Direitos Fundamentais* (UCE, 2015), p. 12.

([7]) [2015/2103(INL)]. A resolução, aprovada com 396 votos a favor (123 contra e 85 abstenções) e teve como relatora a luxemburguesa Mady Delvaux. Foi precedida de um rascunho (de 31 de Maio de 2016, disponível em <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//NONSGML%2BCOMPARL%2BPE-582.443%2B01%2BDOC%2BPDF%2BV0//EN)> e de dois estudos que influenciaram o seu conteúdo: AAVV, *Suggestion for a green paper on legal issues in robotics — Contribution to Deliverable D3.2.1 on ELS issues in robotics* (EURobotics, 2012) e NATHALIE NEVEJANS, *European civil Law Rules in Robotics: Study* (Juri, 2016), este último já tem em conta o conteúdo do rascunho e revela-se particularmente crítico deste.

conjugação com instrumentos não legislativos([8]). Em **anexo** a esse documento são ainda apresentadas **recomendações** relativas ao conteúdo da proposta — incluindo definição de robot, sistema de registo a ser gerido por uma agência europeia, regras de responsabilidade civil, seguros e fundos de garantia e regras de interoperabilidade — e uma "**Carta da Robótica**", que contem um código de conduta voluntário dirigido a investigadores e *designers* em robótica([9]).

O objectivo deste texto é a divulgação e análise da intersecção entre Direito e robótica numa perspectiva propedêutica([10]). Este tema foi, recentemente, tratado com profundidade em dois livros:

— *Robot Law*, obra colectiva editada em 2016 por Ryan Calo, Michael Froomkin e Ian Kerr, publicada na editora inglesa Edward Elgar([11]);

— *Droit des Robots*, obra de Alain Bensoussan e Jérémy Bensoussan publicada em 2015 na editora belga Larcier([12]).

([8]) ResPE, §51.

([9]) A Coreia do Sul apresentou em 2007 um projecto de Carta Ética dos Robots com um conteúdo semelhante.

([10]) **Excluiu-se** da análise as questões intrincadas do **direito internacional humanitário** que a utilização bélica de robots e *drones* (autónomos ou não) colocam. Sobre isto, veja-se, entre muitos outros, Ian Kerr/Katie Szilagyi, 'Asleep at the switch? How killer robots become a force multiplier of military necessity' in Ryan Calo/Michael Froomkin/ /Ian Kerr (eds.), *Robot Law* (EE, 2016), pp. 333-366; Peter Asaro, '*Jus nascendi*, robotic weapons and the Martens Clause', *in* Ryan Calo/Michael Froomkin/Ian Kerr (eds.), *Robot Law*, (EE, 2016), pp. 367-386; Ugo Pagallo, 'Robots of Just War: A Legal Perspective' Philosophy & Technology 24(3) (2011), pp 307-323; Peter W. Singer, *Wired For War: The Robotics Revolution and Conflict in the 21.st Century* (Penguin, 2009); Nils Melzer, *Targeted Killing in International Law* (OUP, 2008). Para uma perspectiva mais ampla do problema dos *killer drones* veja-se Grégoire Chamayou, *Drone Theory* (Penguin, 2013).

([11]) Escrevi uma recensão a este livro, publicada em *SCRIPTed* (2016), 13:2, pp. 210-214.

([12]) Além destes podemos destacar a obra anterior de Ugo Pagallo, *The Laws of Robots: Crimes, Contracts, and Torts* (Springer, 2013). É claro que a análise jurídica transcende o ponto de vista próprio do Direito e, num domínio como este, envolve necessariamente especulação. Uma das primeiras análises ampla das questões encontra-se em Patrick Lin/Keith Abney/George A. Bekey (eds.), *Robot Ethics: The Ethical and Social Implications of Robotics* (MIT Press, 2011).

Em ambos os livros se reconhece que estamos no advento de uma tecnologia que, à semelhança da Internet, tem um potencial transformativo intenso(13). De facto, estudos recentes prevêem o desaparecimento de diversas profissões(14). O que não será tão fácil de substituir é a tarefa do jurista, o processo (arte?, ciência?) de interpretação-aplicação (criação) do Direito(15/16). Apesar disso,

---

(13) Ryan Calo, 'Robotics and the Lessons…', *cit.*, pp. 516 e 526: "It is becoming increasingly obvious that advances in robotics will come to characterize the next several decades". No mesmo sentido ResPE, §B.

(14) Carl Benedikt Frey/Michael Osborne, *The Future of Employment: How susceptible are jobs to computerisation?* (2013), disponível em <http://www.oxfordmartin.ox.ac.uk/publications/view/1314>, estimam que 47% dos empregos norte-americanos desaparecerão nos próximos 20 anos. Com dados empíricos robustos relativamente ao impacto da robótica no mercado de trabalho norte-americano entre 1990 e 2007, cf. Daron Acemoglu/Pascual Restrepo, 'Robots and Jobs: Evidence from US Labor Markets' (2017), disponível em <https://irs.princeton.edu/sites/irs/files/event/uploads/robots_and_jobs_march_3.17.2017_final.pdf>. Sobre o assunto veja-se ainda Martin Ford, *The Rise of the Robots: Technology and the Threat of Mass Unemployment* (Oneworld Publications, 2015). Curiosamente, as previsões neste contexto vão variando. Há quem sugira que o trabalho menial (como a jardinagem) será mais importante visto envolver movimentos finos, ainda muito difíceis de obter de um robot (cf. Larry Eliot, 'The new robot revolution will take the boss's job, not the gardener's' (22 Janeiro, 2017), *in* <https://www.theguardian.com/business/economics-blog/2017/jan/22/the-new-robot-revolution-will-take-the-bosss-job-not-the-gardeners)>. Martin Ford, *ob. cit.*, pp. 85-131, aponta essa tendência com um conjunto de exemplos. Por último, não se pode ignorar que a robótica também criará novas profissões.

(15) Desde logo porque o chamado "sentimento jurídico" não é irrelevante (assim Carneiro da Frada, *Teoria da Confiança e Responsabilidade Civil* (Almedina, 2004) pp. 24-25 n. 6: "…frequentemente, as mais das vezes mesmo, (o jurista) *descobre* a sua decisão por vias completamente diferentes, a saber, intuitivamente, instintivamente, pelo sentimento jurídico, pela razão prática, a partir duma sã razão humana."). O automatismo da decisão (derivada de uma concepção positivista) não é consentâneo com a realidade actual da metodologia jurídica (Menezes Cordeiro, *Tratado De Direito Civil*, Vol. I (Almedina, 2012), pp. 495 e ss., aponta as lacunas, os conceitos indeterminados, as contradições de princípios e as leis injustas como quatro obstáculos inultrapassáveis para essa concepção). Sobre as relações (metodológicas) entre Inteligência Artificial e Direito podem ver-se os livro precursores de Richard E. Susskind, *Expert Systems in Law: A Jurisprudential Inquiry* (Clarendon, 1987) e Peter Wahlgren, *Automation of Legal Reasoning* (Kluwer Law, 1992).

(16) Há muitos autores que acreditam que no futuro teremos julgamentos feitos integralmente por inteligência artificial — o "computador-juiz" [v.g. Pamela Grey, *Artificial Legal Intelligence* (Dartmouth, 1996) ou, antes disso a oração de sapiência muito citada de Jap van den Herik, *Kunnen Computers Rechtspreken?* (Gouda Quint, 1991) e o artigo de Anthony d'Amato, 'Can/Should Computers Replace Judges?' Georgia Law

há já um grande número de litígios de consumo que são resolvidos automaticamente([17]) e, em tarefas repetitivas como o procedimento norte-americano de *discovery* (ou o português das injunções) já se utiliza *software* em vez de seres humanos([18]).

Aos poucos esta tecnologia (a inteligência artificial e, quando combinada com um *hardware* fisicamente mais "interventivo", a robótica)([19]) entra no nosso quotidiano. Já há carros sem condutor e carros "normais" que apresentam algumas funções autónomas, como o estacionamento ou a condução em auto-estrada([20]). Ven-

---

Review (1977), pp. 1277-1301]. Para uma experiência recente, demonstrando as actuais limitações da inteligência artificial (dificuldade em lidar com argumentos e com precedente), cf. Henriëtte Nakad-Weststrate, *et al.*, 'Digitally Produced Judgements in Modern Court Proceedings' International Journal of Digital Society, Vol. 6 (4) (2015), pp. 1102-1112. Analisando o problema e admitindo que em situações limitadas de baixa complexidade poderemos ter decisões automáticas, assim como *software* que garante a conformidade com as leis aplicáveis *(compliance)*, cf. Harry Surden, 'Computable Contracts' UC Davis Law Review 46 (2012), pp. 629-700. O Autor distingue entre "regras" e "standards" (p. 677). As primeiras — susceptíveis de serem facilmente codificadas — têm um elevado grau de determinabilidade (v.g. um limite de velocidade em km/h), as segundas não (e.g. "o condutor deve conduzir de forma prudente e evitar velocidade excessiva"). Segundo o Autor, alguns tipos de contratos deverão começar a ser redigidos de forma a serem lidos por computadores, diminuído assim os custos de transacção.

([17]) Lisa A. Shay, *et al.*, 'Do Robots dream of electric laws? An experiment in the law as algorithm', *in* Ryan Calo/Michael Froomkin/Ian Kerr (eds.), *Robot Law* (EE, 2016), pp. 274-305, descreve a experiência de programação das regras de trânsito do Estado de Nova Iorque e conclui que um sistema de tutela do Direito automática tem grandes dificuldades em lidar com imprevistos e gera uma ameaça considerável à liberdade humana (pp. 300-302). Sobre o tema, cf. Francisco Andrade/Davide Carneiro/Paulo Novais, 'A Inteligência Artificial na resolução de conflitos em linha' Scientia Ivridica, n.º 321 (2010), pp. 137-164.

([18]) Martin Ford, *ob. cit.*, p. 127. Maura R. Grossman/Gordon V. Cormack, 'Technology-assisted review in e-discovery can be more effective and more efficient than exhaustive manual review' Richmond Journal of Law and Technology 17 (3) (2011), pp. 1--48, demonstram que a utilização de *software* é mais eficiente do que seres humanos na identificação de documentos relevantes. Sobre as previsíveis transformações que a Inteligência Artificial trará para as profissões jurídicas veja-se Richard Susskind, *Tomorrow's Lawyers: An Introduction to Your Future* (OUP, 2013).

([19]) A robótica caracteriza-se pela combinação de *software* (em especial a chamada inteligência artificial) com *hardware* móvel, isto é, com capacidade de intervir directamente e de forma significativa na realidade física. Voltarei *infra* **(1.)** à espinhosa questão de definir o que é um robot.

([20]) Começa a existir alguma literatura sobre o assunto, nomeadamente a excelente abordagem interdisciplinar presente em Markus Maurer, *et al.* (eds.), *Autonomes*

dem-se cada vez mais aspiradores-robóticos e espera-se que daqui a dez anos haja um considerável número de pessoas que possua um robot útil(21). As funções possíveis dos robots são inúmeras e a cada passo discutem-se implicações éticas(22). Robots como o Paro, um "robot terapêutico" com o aspecto de uma foca concebido para interagir com pacientes de Alzheimer e outros tipos de demência, levantam interrogação sobre se é correcto empregar robots para tarefas centradas em interacções emocionais(23). O problema coloca-se ainda com maior acuidade nos chamados "sexbots"(24).

Fahren (Springer Vieweg, 2015). Ver também Jack Boeglin, 'The Costs of Self-Driving Cars: Reconciling Freedom and Privacy with Tort Liability in Autonomous Vehicle Regulation' Yale Journal of Law & Technology 12 (2015), pp. 171-203; Eric Hilgendorf/Sven Hötitzsch/Lennart Lutz (eds.), *Rechtliche Aspekte automatisierter Fahrzeuge* (Nomos, 2015); Sven A. Beiker, 'Legal Aspects of Autonomous Driving: The need for a legal infrastructure that permits autonomous driving in public to maximize safety and consumer benefit' Santa Clara Law Review 52 (2012), pp. 1145-1156; Frank Douma/Sarah Aue Palodichuk, '"But Officer, it wasn't my fault…, the car did it!": Criminal Liability Issues Created by Autonomous Vehicles' Santa Clara Law Review 52 (2012), pp. 1157-1169. De acordo com a ResPE, §27: "…a transição para veículos autónomos terá impacto nos seguintes aspetos: responsabilidade civil (imputabilidade e seguros), segurança rodoviária, todos os temas ligados ao ambiente (por exemplo, eficiência energética, utilização de tecnologias e fontes de energias renováveis), questões relacionadas com a informação (acesso aos dados, proteção dos dados e da privacidade e partilha dos dados), questões relacionadas com as infraestruturas de TIC (por exemplo, a densidade elevada de comunicações eficientes e fiáveis) e com o emprego (por exemplo, a criação e a perda de postos de trabalho, a formação dos condutores de veículos pesados de mercadorias com vista à utilização de veículos automatizados)".

(21) Neil Richards/William Smart, 'How should the law think about robots?', *in* Ryan Calo/Michael Froomkin/Ian Kerr (eds.), *Robot Law*, (EE, 2016), p. 11.

(22) Para um exemplo veja-se a interessante exposição dos problemas envolvidos na programação de carros autónomos de Patrick Lin, 'Why Ethics Matters for Autonomous Cars', *in* Markus Maurer, *et al.* (eds.), *Autonomes Fahren…*, *cit.*, pp. 69-85.

(23) ResPE, §32. *Vide* Jason Borentstein/Yvette Pearson, 'Robot Caregivers: Ethical Issues across the Human Lifespan', *in* Patrick Lin/Keith Abney/George A. Bekey (eds.), *Robot Ethics*…, *cit.*, pp. 251-265, e Noel Sharkey/Amanda Sharkey, 'The Rights and Wrongs of Robot Care' in Patrick Lin/Keith Abney/George A. Bekey (eds.), *Robot Ethics*…, *cit.*, pp. 267-282. Os problemas identificados passam sobretudo pela distorção das relações humanas, excessiva dependência e confiança na tecnologia, aumento da marginalização (especialmente de grupos vulneráveis como idosos e incapazes), impacto no desenvolvimento (especialmente de crianças), alienação e desresponsabilização.

(24) Cf. Thomas E. Simmons, 'Sexbots; An Obloquy' Wisconsin Law Review Forward (2016), pp. 45-53. O Autor destaca a necessidade de legislar sobre o assunto, considerando as alternativas de proibição total ou regulação restritiva e a sua admissibilidade

Em todo o caso, alguns destes robots têm-se revelado particularmente bem sucedidos na terapia de pessoas com autismo ou demência(25). Outras vezes, os robots desempenham apenas funções "sociais", como é o caso do robot social "Gaspar", desenvolvido em Portugal, que tem sido utilizado no departamento pediátrico do IPO(26).

Se é certo que a realidade frequentemente ultrapassa a ficção, é igualmente habitual que a ficção a preceda. Neste contexto é tentador recorrer à ficção científica e, em especial, à obra vasta do autor russo ISAAC ASIMOV, que desenvolveu curiosos cenários num futuro imaginado de convívio intenso entre seres humanos e robots, informado pelas "três leis da robótica" assegurando uma coexistência segura(27). Na verdade, os filmes, os livros e a cultura

---

constitucional, sobretudo tendo em conta a privacidade dos utilizadores. Conclui no sentido da proibição total dos "fornicatory androids". A generalidade dos autores aborda o assunto na convicção de que os *sexbots* serão sobretudo "femininos" nas suas características *(gynoids ou fembots)*. Um dos problemas frequentemente identificado é o da correspondência a um estereótipo físico de formas exageradas e psicológico de submissão, o que pode gerar/prolongar uma determinada concepção da actividade sexual ou mesmo do papel das mulheres. SINZIANA M. GUTIU, 'The roboticization of consent', *in* RYAN CALO/ /MICHAEL FROOMKIN/IAN KERR (eds.), *Robot Law*, (EE, 2016), pp. 186 e ss., argumenta, de forma convincente, que os *sexbots* não serão programados para rejeitar ou consentir actividades de cariz sexual. Assim, o valor do consentimento poderá desvanecer-se para os utilizadores de *sexbots*. A Autora adopta uma perspectiva feminista para apontar as dinâmicas de género que subjazem ao fenómeno. Em contrapartida, há igualmente quem aponte vantagens deste tipo de robots, nomeadamente a diminuição da prostituição (por substituição), das doenças sexualmente transmissíveis e a mesmo de um certo tipo de solidão (nesse sentido DAVID LEVY, 'The Ethics of Robot Prostitutes', *in* PATRICK LIN/KEITH ABNEY/GEORGE A. BEKEY (eds.), *Robot Ethics*…, *cit.*, pp. 223-231). Sobre o tema dos *sexbots*, cf. DAVID LEVY, *Love and Sex with Robots* (Harper, 2008). Segundo o Autor em 2050, os casamentos entre robots e seres humanos serão reconhecidos. É curioso notar que existe um grande investimento na investigação em robótica por parte da indústria pornográfica.

(25) KATE DARLING, 'Extending legal protection to social robots: The effect of anthropomorphism, empathy, and violent behavior towards robotic objects', *in* RYAN CALO/MICHAEL FROOMKIN/IAN KERR (eds.), *Robot Law* (EE, 2016), p. 222.

(26) <http://pt.euronews.com/2016/03/28/gaspar-o-robo-que-faz-sorrir-as-crian cas-do-ipo>.

(27) Estas são: "1: a robot may not injure a human being, or, through inaction, allow a human being to come to harm. 2: a robot must obey the orders given to it by human beings except where such orders would conflict with the First Law. 3: a robot must protect its own existence, as long as such protection does not conflict with the First or Second Law". Mais tarde o Autor acrescentou a lei zero: "robot may not injure humanity

popular em geral têm considerável influência na pré-compreensão que temos do fenómeno dos robots e, ainda que por vezes caricaturais, podem inspirar a análise dos problemas vindouros([28]). Não obstante, devemos evitar eivar o pensamento com estereótipos e medos irracionais([29]).

Este estudo começa por discutir o conceito de robot e o seu enquadramento nas categorias jurídicas (**1.**). Seguidamente, trata sucintamente a relação entre robótica e direitos fundamentais no contexto da transformação social que se prevê (**2.**) e as questões de responsabilidade envolvidas na utilização de robots (**3.**). Antes de concluir (**5.**), o texto analisa ainda os problemas do ponto de vista da Propriedade Intelectual (**4.**).

1. O que é um *robot*?

A que categoria — se alguma — deve um robot ser reconduzido([30])? Já se propôs que os robots configurariam uma nova categoria ontológica — um *tertium genus* entre o vivo e o inerte (não-vivo)([31]). Existe dificuldade em saber *o que é* um robot (conceito)

---

or, through inaction, allow humanity to come to harm". Como a própria obra do escritor demonstra, estas lei não deixam de criar problemas lógicos e de interpretação (cf. GABRIEL HALLEVY, 'The Criminal…, *cit.*, p. 173). Curiosamente a ResPE, §T., faz referência a estas leis, que considera serem dirigidas aos criadores, aos produtores e aos operadores de robôs.

([28]) Com uma abordagem dessas em relação a problemas como o que nos ocupa *vide* as várias contribuições em FABRICE DEFFERRARD (dir.), *Le droit saisi par la science-fiction* (Mare & Martin 2017). UGO PAGALLO, *The Laws of Robots…*, *cit.*, pp. 20-25 apresenta também uma breve abordagem de *Law and Literature.* Sobre o movimento cfr. a obra fundamental de RICHARD POSNER, *Law and Literature* (Harvard University Press, 2009), actualmente na terceira edição.

([29]) É curioso o contraste entre a atitude ocidental de "medo de robots" com a simpatia que estes colhem nas culturas orientais (NATHALIE NEVEJAN, *ob. cit.*, pp. 10-11). JASON BORENTSTEIN/YVETTE PEARSON, *ob. cit.*, pp. 258-259, desvalorizam esta diferença.

([30]) ResPE, §AC: "…em última instância, a autonomia dos robôs suscita a questão da sua natureza à luz das categorias jurídicas existentes, ou se deve ser criada uma nova categoria, com características e implicações próprias".

([31]) PETER H. KAHN, JR., *et al.*, 'The New Ontological Category Hypothesis in Human-Robot Interaction' HRI '11 Proceedings of the 6.th international conference on Human-robot interaction, pp. 159-160.

e *o que é que um robot é*, ou seja, qual o tratamento que merecerá do ponto de vista conceptual, filosófico e jurídico.

1.1. Definições

Quando e em que termos é que falamos de um robot? A **definição de robot** é uma questão controversa e fluída(32). Não se trata, por ora, de chegar a uma conceito jurídico mas somente da delimitação do objecto de estudo(33).

MICHAEL FROOMKIN propõe que se defina robot como "qualquer objecto elaborado por seres humanos capaz de responder a estímulos externos e de actuar sobre o mundo sem necessidade de controlo humano directo"(34). NEIL RICHARDS/WILLIAM SMART(35), falam de "um agente autónomo não-biológico", definindo-o como "um sistema construído que apresente actividade física e mental mas que não esteja vivo no sentido biológico"(36). Um Relatório das Nações Unidas — "UN World 2005 Robotics Report" — utiliza a seguinte definição: "a reprogrammable machine operating in a semi — or fully autonomous way, so as to perform manufactu-

---

(32) Em termos ortográficos, a língua portuguesa admite as formas robot e robô. De um modo geral utilizarei a primeira. A palavra tem origem na peça de teatro de 1920 do escritor checo KAREL ČAPEK, *Rossum's Universal Robots*. Nesta peça os robots acabam por se revoltar contra os seus produtores e extinguir a humanidade. Segundo ALAIN BENSOUSSAN/JÉRÉMY BENSOUSSAN, *ob. cit.*, p. 8, n. 34 a palavra terá sido sugerida pelo irmão do autor, Josef Čapek.

(33) KATE DARLING, *ob. cit.*, p. 228, ao propor a criação de leis "protectoras de robots" avança um conceito de robot social (objecto de protecção) assente em três notas: ser um objecto físico, com um grau de comportamento autónomo e especificamente concebido para interagir com seres humanos a nível social e reagir a maus tratos de forma equivalente a um ser vivo.

(34) 'Introduction', *in* RYAN CALO/MICHAEL FROOMKIN/IAN KERR (eds.), *Robot Law*, (EE, 2016), pp. xi e xii. RYAN CALO, 'Robotics and the Lessons…, *cit.*, pp. 530-531, sugere que é relativamente consensual dizer que "… robots are mechanical objects that take the world in, process what they sense, and in turn act upon the world".

(35) 'How should the law…, *cit.*, p. 4.

(36) *Ibid*, p. 6. Os autores sublinham que a "atividade mental" é determinada na perspectiva da aparência externa, na linha do conhecido teste de Turing: o que interessa é se o sistema aparenta ter capacidade mental.

ring operations (e.g., industrial robots), or provide "services useful to the well-being of humans" (e.g., service robots)".

A pré-compreensão que temos de um robot envolve um substrato físico *(hardware)* e um substrato "espiritual"/mental *(software)*, bem como sensores, isto é, formas de captar estímulos. Se pensarmos, esta é também a compreensão, em quadro simplificados, de um ser humano ou qualquer outro ser vivo: um corpo, uma alma/mente ("centro de controle") e sentidos. GEORGE BEKEY(37) vai ao ponto de definir robot como "uma máquina, situada no mundo, que sente, pensa e age".

A grande diferença dos robots em relação à chamada inteligência artificial reside na actividade física, na interacção mais directa e corpórea com a realidade. Fazendo da autonomia um carácter definidor da robótica, este terá necessariamente alguma componente de inteligência artificial(38). Dito de outra forma, um robot é uma das várias aplicações da inteligência artificial. É a inteligência artificial que confere autonomia a uma máquina e faz desta um robot. Um robot é "software encarnado"(39).

Seguindo a abordagem de GABRIEL HALLEVY(40), podemos dizer que a **inteligência artificial** se caracteriza pela reunião de cinco características: capacidade comunicativa, conhecimento interno (de si mesma), conhecimento externo (acerca do mundo), comportamento determinado por objectivos e criatividade (no sentido de explorar vias alternativas de solução quando as vias anteriormente ensaiadas falharem).

Uma preocupação presente na generalidade das definições, ou pelo menos na análise dos problemas, é a distinção entre fenómenos em que o ser humano é a fonte única (ou principal) de controlo da

---

(37) 'Current Trends in Robotics: Technology and Ehtics', *in* PATRICK LIN/KEITH ABNEY/GEORGE A. BEKEY (eds.), *Robot Ethics…*, *cit.*, p. 18

(38) UGO PAGALLO, *The Laws of Robots…*, *cit.*, pp. 2-3. Dando conta da diversidade de abordagens, cf. ALAN WINFIELD, *ob. cit.*, pp. 8-9.

(39) CURTIS KARNOW, 'The application of traditional tort theory to embodied machine intelligence', *in* RYAN CALO/MICHAEL FROOMKIN/IAN KERR (eds.), *Robot Law*, (EE, 2016), p. 59 ("embodied software").

(40) 'The Criminal Liability of Artificial Intelligence Entities — From Science Fiction to Legal Social Control' Akron Intellectual Property Journal (2010), pp. 175-176. O Autor analisa a noção em maior detalhe em *Liability for Crimes Involving Artificial Intelligence Systems* (Springer, 2014), pp. 6-14.

operação de uma máquina (como um *drone* remotamente conduzido ou um braço biónico) e a sua utilização ainda se encontra (maioritariamente) na sua esfera de controlo (logo, de imputação) daquelas outras situações em que o objecto se determina de forma autónoma(41). É claro que, mesmo nestes últimos casos, a nossa realidade (jurídica) começa e acaba em seres humanos(42). Mas parece certo que se irão colocar problemas intrincados de causalidade à medida que a complexidade e autonomia dessas máquinas for crescendo.

É igualmente importante distinguir autonomia de **liberdade**. Um robot é autónomo no sentido em que, dentro dos parâmetros da programação pré-definida, determina o curso dos acontecimentos em face dos dados que capta(43). Não é livre uma vez que a sua determinação ocorre previamente(44). Isto é muito relevante para ponderar a responsabilidade criminal: sem liberdade é difícil afirmar-se culpa e como tal considerar, pelo menos nos quadros actuais do nosso sistema penal, a punibilidade de robots(45).

---

(41) Por vezes os aparelhos controlados à distância são designados "robots teleoperados". A autonomia é um *continuum* e não uma fronteira claramente delimitada, ou seja, há graus de autonomia (Alan Winfield, *ob. cit.*, p. 10). Curtis Karnow, *ob. cit.*, p. 53, destaca que a autonomia relevante é aquela que implica que o método seleccionado para atingir um dado objectivo não é dado por um ser humano. O Autor, sem prescindir da continuidade dos conceitos, define autonomia com base na capacidade de gerar a sua própria heurística (p. 56). Em sentido próximo, cf. George Bekey, *ob. cit.*, p. 18.

(42) Neelie Kroes, 'Robots and Other Cognitive Systems: Challenges and European Responses' Philosophy & Technology (2011), p. 357.

(43) ResPE, §AA: "…a autonomia de um robô pode ser definida como a capacidade de tomar decisões e de as aplicar no mundo exterior, independentemente do controlo ou da influência externa; considerando que esta autonomia é de natureza puramente tecnológica e que o seu grau depende do modo como o nível de sofisticação da interação do robô com o seu ambiente foi concebido".

(44) Sendo certo que dentro de certos tipos de inteligência artificial que visam desenvolver a própria capacidade de aprendizagem, podemos vir a falar de uma certa autodeterminação. Aqui entramos no domínio da depuração dos conceitos e da mais intrincada filosofia. Além disso, pode revelar-se impossível rever ou mesmo compreender o "raciocínio" utilizado. Um exemplo disso é a recente resolução de um problema matemático, só possível com recurso a um super-computador mas que os investigadores não são capazes de rever (veja-se <http://observador.pt/2016/07/12/ja-foi-resolvido-o-maior-problema-matematico-do-mundo/>). No limite, esta realidade levanta mesmo problemas de definição do que é conhecimento científico.

(45) Figueiredo Dias, *Liberdade, Culpa, Direito Penal* (Coimbra Editora, 1995), *passim*, esp. pp. 19 e ss. e 117 e ss. Volto a esta questão *infra* (**3.**).

O conceito de robot adoptado neste texto, centrado na sua autonomia e "carácter físico", permite-me **circunscrever** parcialmente a análise a empreender([46]). Há questões jurídicas como a contratação automática promovida por inteligência artificial, designadamente no sector financeiro e industrial, que não serão abordadas([47]). Outra categoria de problemas excluídos prende-se com o impacto da inteligência artificial nas regras do direito da concorrência *(antitrust)*, designadamente os "cartéis" gerados por *software*, ou a discriminação de preços resultante do recurso a *big data*([48]), entre muitos outros([49]). Alguns aspectos, de pendor futuristas mas igualmente excluídos, dizem respeito ao papel da robótica no chamado trans-humanismo([50]), designadamente a utilização de exo-esqueletos, ciborgues e outros aspectos da biónica.

([46]) É certo que esta limitação é apenas parcial visto que, ao tratar de alguns aspectos da Propriedade Intelectual (**4.**) o que está em causa é sobretudo "actividade intelectual", logo inteligência artificial.

([47]) Para um levantamento de alguns destes problemas veja-se Francisco Pacheco de Andrade, '"Agentes" de Software e o Instituto da Representação', *in* AAVV, *Estudos em Comemoração dos 20 Anos da Escola de Direito da Universidade do Minho* (Coimbra Editora, 2014), pp. 295-313; Giovanni Sartor, 'Cognitive automata and the law: electronic contracting and the intentionality of software agents' Artificial Intelligence and the Law 17 (2009), pp. 253-290; Miguel Marques Vieira, 'A autonomia privada na contratação electrónica sem intervenção humana', *in* Diogo Leite de Campos (coord.), *Estudos sobre o Direito das Pessoas* (Almedina, 2007), pp. 179-202; Paula Costa e Silva, 'A contratação automatizada', *in* AAVV, *Direito da Sociedade da Informação*, Vol. IV (Coimbra Editora, 2003), pp. 289-305. Para uma perspectiva comparativa e aprofundada, cf. Norman B. Thot, *Elektronischer Vertragsschluß — Ablauf und Konsequenzen: Ein Rechtsvergleich zwischen dem amerikanischen und dem deutschen Recht* (Peter Lang, 2000).

([48]) Cf. Maurice E. Stucke/Ariel Ezrachi, 'Artificial Intelligence & Collusion: When Computers Inhibit Competition', disponível em <http://ssrn.com/abstract=2591874>. Em Maio de 2016 as autoridades da concorrência francesa e alemã publicaram um relatório "Competition Law and Data" analisando a questão (disponível em <http://www.autoritedelaconcurrence.fr/doc/reportcompetitionlawanddatafinal.pdf>).

([49]) Existe, desde 1992, uma revista dedicada aos problemas jurídicos da IA *(Artificial Intelligence and the Law)* editada pela Springer. Para uma panorâmica do campo, cf. T. Bench-Capon, *et al.*, 'A history of AI and Law in 50 papers: 25 years of the international conference on AI and Law' Artificial Intelligence, Vol. 20 (3) (2012), pp. 215-319.

([50]) Trata-se de um conceito assente na ideia aumentar consideravelmente as capacidades intelectuais, físicas e psicológicas humanas com recurso a tecnologias, designadamente no domínio da biologia, mecânica e informática (cf. Nick Bostrom, 'A History Of Transhumanist Thought' Journal of Evolution and Technology 14 (2005), pp. 1-25).

Na linha de autores como RYAN CALO([51]), utilizarei uma noção de *robot* que não equipara as respectivas capacidades em termos de inteligência e/ou consciência às de um ser humano. É discutido na literatura da especialidade se a criação de uma inteligência artificial com essas capacidades será sequer tecnicamente possível([52]). Em qualquer caso, vale a pena citar o cenário descrito por JAMES BOYLE([53]) e aprofundado por RYAN CALO([54]) do tipo de problemas que um *robot* desse estilo geraria: "an artificial intelligence announces it has achieved self-awareness, a claim no one seems able to discredit (…) Say the intelligence has also read *Skinner v. Oklahoma*, a Supreme Court case that characterizes the right to procreate as "one of the basic civil rights of man." The machine claims the right to make copies of itself (the only way it knows to replicate). These copies believe they should count for purposes of representation in Congress and, eventually, they demand a pathway to suffrage. Of course, conferring such rights to beings capable of indefinitely self-copying would overwhelm our system of governance. Which right do we take away from this sentient entity-the fundamental right to copy, or the democratic right to participate?"

Actualmente os *robots* ainda não interagem frequentemente com seres humanos, apesar de isso já ser tecnologicamente possí-

---

([51]) 'Robotics and the Lessons of Cyberlaw, *cit.*, pp. 528-529.

([52]) Há muitos autores que, na linha de JOHN SEARLE (e do seu famoso argumento do "quarto chinês") rejeitam a possibilidade de um computador "pensar" (no sentido de conscientemente compreender os seus processos). Para estes autores, quando se fala em inteligência artificial fala-se apenas de inteligência artificial "fraca", isto é, uma simulação da inteligência humana (cf. LAWRENCE SOLUM, 'Legal Personhood for Artificial Intelligences' North Carolina Law Review (1992), pp. 1234-1238 e ROB SPARROW, 'Can Machines Be People? Reflections on the Turing Triage Test' in PATRICK LIN/KEITH ABNEY/GEORGE A. BEKEY (eds.), *Robot Ethics*…, *cit.*, pp. 301-315). Numa perspectiva mais ampla sobre estas e outras questões conexas pode ver-se JACK COPELAND, *Artificial Intelligence: A Philosophical Introduction* (Wiley, 1993).

([53]) *Endowed by Their Creator? The Future of Constitutional Personhood* (Brookings, 2011). O Autor explora também o enquadramento constitucional de novas entidades como quimeras (animais com células humanas e vice-versa) e clones.

([54]) 'Robotics and the Lessons of Cyberlaw, *cit.*, p. 529. LAWRENCE SOLUM, *ob. cit.*, p. 1257 considera que a concessão de direitos fundamentais a robots dependeria tão somente da respectiva natureza e justificação. Essa abordagem faz lembrar o disposto no art. 12.º da CRP em relação aos direitos fundamentais das pessoas colectivas.

vel([55]). No entanto, começamos a passar da fase em que os robots eram utilizados apenas em ambientes muito controlados, como a fábrica ou o armazém [já há décadas povoados por braços robóticos/controladores e *agvs (automated guided vehicles)*] — a chamada "primeira vaga de robots"([56]) —, para aquela em que robots lidam com seres humanos num contexto pouco estruturado e relativamente imprevisível (os "smart robots"). Os riscos/efeitos do antropomorfismo são identificados a vários níveis. Uma discussão particularmente interessante prende-se com a possibilidade de os robots virem a ter direitos ou, assumindo que o sistema jurídico não evolui para esse "entorse" dogmático, pelo menos, interesses protegidos, à semelhança do que acontece com animais([57]). Em todo o caso, é necessário evitar aquilo a que NEIL RICHARDS e WILLIAM SMART([58]) chamam a "falácia do andróide", ou seja, a tendência para projectar características humanas nos robots com formas humanas, nomeadamente confundido diferenças subtis de estímulos com livre-arbítrio e, em consequência disso diferenciar entre forma em vez de função.

([55]) NEIL RICHARDS/WILLIAM SMART, 'How should the law…, *cit.*, p. 10. No Japão existem algumas funções como porteiro ou guia que começam a ser desempenhadas por robots "humanóides". Na Coreia do Sul há robots a exercer funções de guarda prisional e de patrulha da fronteira com o Norte. Em hospitais na Bélgica e mesmo em Portugal utilizam-se já robots sociais, isto é, robots desenhados apenas com o propósito de interagir com seres humanos.

([56]) ALAN WINFIELD, *ob. cit.*, p. 22.

([57]) ALAIN BENSOUSSAN/JÉRÉMY BENSOUSSAN, *ob. cit.*, pp. 26-27. Sobre a questão da subjectividade jurídica de objetos naturais veja-se o texto seminal de CHRISTOPHER STONE, 'Should Trees Have Standing? — Towards Legal Rights for Natural Objects' Southrtn California Law Review (1972), pp. 450-501. O Autor argumenta que a evolução do Direito tem sido no sentido de conferir direito a categorias (como escravos, mulheres, crianças e pessoas colectivas) que até então não os tinham. Sugere ainda que a linguagem dos direitos é útil e benéfica e que a tendência iria nesse sentido.

([58]) 'How should the law…', *cit.*, pp. 18-20. Os Autores citam uma experiência em que um andróide privava os participantes de uma recompensa de $20. 65% dos participantes reagiram com base na responsabilidade do andróide, o que, como sublinham os Autores, não acontece com o falhanço das máquinas de *vending*, que desempenham a mesma função. De igual forma destacam que, se um andróide conduz um carro ou se o carro tem capacidade de se conduzir autonomamente, tratando-se da mesma função há uma tendência para diferenciar a aplicação de regras de responsabilidade ocorrendo um acidente.

1.2. Personalidade, protecção indirecta ou (meras) coisas?

Pode discutir-se o **estatuto** do robot e, no limite, a hipótese de reconhecimento de personalidade e consequente titularidade de direitos por parte de robots([59]). A atribuição de personalidade jurídica a robots e/ou a sua responsabilidade civil e criminal à primeira vista pode parecer um absurdo mas, se vista por analogia com a personalidade jurídica das pessoas colectivas([60]), revela-se um expediente jurídico atraente para lidar com alguns dos problemas que esta tecnologia irá colocar, especialmente em termos de responsabilidade([61]).

([59]) Em 1988 PHIL MCNALLY/SOHAIL INAYATULLAH, 'The Rights of Robots: Technology, Culture and Law in the 21.st Century' Futures 20(2) (1988), pp. 119-136 (p. 120), previam que num espaço de 25 a 50 anos (logo entre 2013 e 2038) os Robots teriam direitos. A proposta consta da ResPE, §59/*f*). ALAIN BENSOUSSAN/JÉRÉMY BENSOUSSAN, *ob. cit.*, pp. 41-49, sugerem que a personalidade funcionaria com base num registo, modelando a personalidade robótica na das pessoas colectivas. Recentemente SHAWN BAYERN, *et al.*, 'Company Law and Autonomous Systems: A Blueprint for Lawyers, Entrepreneurs, and Regulators' Hastings Science and Technology Law Journal (2017) (no prelo), exploraram, num contexto de direito comparado (Reino-Unido, EUA, Alemanha e Suíça), mecanismos de **Direito das Sociedades** que permitem conferir personalidade jurídica (indirecta) a agentes autónomos. Sobre o tema ver também SHAWN BAYERN, 'The Implications of Modern Business-Entity Law for the Regulation of Autonomous Systems', Stanford Technology Law Review 19 (2015), pp. 93-112.

([60]) Sobre o tema, exaustivamente, veja-se DIOGO COSTA GONÇALVES, *Pessoa Coletiva e Sociedades Comerciais* (Almedina, 2016). GUNTHER TEUBNER, *Rights of Non-humans? Electronic Agents and Animals as New Actors in Politics and Law* (Max Weber Lecture, 2007), após expor várias explicações para a personificação (económicas — redução de custos de transacção; sociológicas — coordenação de recursos e jurídicas — continuidade), sustenta, apoiando-se nas teses de LUHMANN e LATOUR, que a técnica da personificação permite lidar com a incerteza, gerando uma capacidade comunicativa assente em ficções que equiparam o "personificado" ao humano.

([61]) GABRIEL HALLEVY, 'The Criminal…, *cit.*, pp. 173-174: "People's fear of AI entities, in most cases, is based on the fact that AI entities are not considered to be subject to the law, specifically to criminal law. In the past, people were similarly fearful of corporations and their power to commit a spectrum of crimes, but because corporations are legal entities subject to criminal and corporate law, that kind of fear has been significantly reduced". Seguindo a mesma via, cf. THOMAS DREIER/INDRA SPIECKER, *ob. cit.*, p. 215. Nesta discussão irão entrecruzar-se fundamentos categóricos e consequencialistas. Os primeiros prendem-se com saber se estas entidades "devem/merecem" ter personalidade, os segundos analisam o assunto tendo em vista saber se será útil conferir-lhes personalidade. Para um discussão detalhada da questão, cf. BERT-JAPP KOOPS/MIREILLE HILDEBRANDT/DAVID-

SAMIR CHOPRA/LAURENCE WHITE([62]), defendem que, a partir do momento em que uma entidade tem um grau de autonomia bastante para que se possa falar de intenções, lhe deveremos conferir personalidade do ponto de vista do Direito. O ponto de vista é categórico. Segundo estes autores, existindo empatia e inteligência haverá uma personalidade (e responsabilidade) que o Direito terá que reconhecer. Abordagens menos extremas partem da ideia de ficção legal, assimilando a personalidade robótica/electrónica à personalidade colectiva([63]). Outros autores rejeitam esta possibilidade, considerando que ela resulta de uma visão irrealista construída a partir da ficção científica([64]).

As principais objecções à concessão de uma personalidade jurídica e direitos fundamentais a agentes de inteligência artificial (incluindo robots) são sintetizadas por LAWRENCE SOLUM([65]), em três. Primeiro, a ideia de que os direitos fundamentais são reservados a seres humanos; segundo, a ideia de que estes agentes não possuem uma dada qualidade (tal como liberdade, consciência, sentimentos ou desejos) essencial para a concessão de personalidade ("missing-something argument") e, por último, a concepção de que os agentes de inteligência artificial deverão ser considerados propriedade (falando-se mesmo em "escravos naturais"). No limite esta discussão passa pela interrogação fundamental: o que é que faz um ser humano([66])?

-OLIVER JAQUET-CHIFFELLE, 'Bridging the Accountability Gap: Rights for New Entities in the Information Society?' Minnesota Journal of Law, Science & Technology 11(2) (2010), pp. 497-561.

([62]) *A legal theory for autonomous artificial agents* (University of Michigan Press, 2011), *passim*, esp. pp 177 e ss. Os autores criticam a visão antropocêntrica que subjaz à recusa de atribuição de direitos a robots. Segundo os Autores a negação desta personalidade "…is based on a combination of chauvinism and a misunderstanding of the notion of legal person" (p. 27).

([63]) Assim, LAWRENCE SOLUM, *ob. cit.*, pp. 1258-1262.

([64]) NATHALIE NEVEJANS, *ob. cit.*, pp. 14-16. Em sentido próximo UGO PAGALLO, *The Laws of Robots…*, *ob. cit.*, p. 165.

([65]) *Idem*, pp. 1258-1279. O Autor analisa criticamente cada um deles e rejeita-os.

([66]) ROB SPARROW, *ob. cit.*, pp. 312-313. Esta discussão releva também em relação a embriões, fetos e a pessoas em coma sem atividade cerebral (JAMES BOYLE, *ob. cit.*, pp. 7-9, dando conta que a discussão se processa "em vários tabuleiros").

Claro que a questão não passa apenas por saber *se* os robots devem ter personalidade mas também por discutir *que* personalidade é essa([67]). Afinal de contas os menores, que não têm capacidade de exercício e se presumem desprovidos de capacidade delitual (civil) até aos sete anos (art. 487.º do CC), distinguem-se de outras categorias de pessoas. Defender a atribuição de personalidade não avança muito o debate se não soubermos que capacidades, direitos e deveres, é que esta atribuição acarreta. Poderemos considerar uma personalidade mitigada ou um outro estatuto *sui generis*([68]).

Ainda que a perspectiva da subjectividade jurídica seja rejeitada, é previsível que se generalizem sentimentos humanos de empatia por robots à semelhança do que hoje ocorre em relação a certos animais([69]/[70]). Kate Darling([71]) relata vários fenómenos de empati-

---

([67]) Ugo Pagallo, *The Laws of Robots…*, *ob. cit.*, pp. 153 e ss.

([68]) Bert-Japp Koops/Mireille Hildebrandt/David-Oliver Jaquet-Chiffelle, *ob. cit.*, pp. 548 e ss. Discutindo a tese da personalidade parcial num contexto mais geral cfr. Diogo Costa Gonçalves, 'Personalidade *vs.* Capacidade Jurídica — Um Regresso Ao Monismo Conceptual?' ROA [2015], pp. 121-150.

([69]) ResPE, §3: "…deve ser prestada particular atenção ao possível desenvolvimento de uma ligação emocional entre os seres humanos e os robôs, especialmente em grupos vulneráveis (crianças, idosos e pessoas com deficiência), e sublinha as questões suscitadas pelo grave impacto físico ou emocional que essa ligação emocional pode ter nos seres humanos". Matthias Scheutz, 'The Inherent Dangers of Unidirectional Emotional Bonds between Humans and Social Robots', *in* Patrick Lin/Keith Abney/George A. Bekey (eds.), *Robot Ethics…*, *cit.*, pp. 203-221 identifica os riscos de dependência psicológica e o consequente potencial para manipulação. O desenvolvimento de sentimentos por objectos inanimados e plantas é frequentemente designado "efeito tamagotchi".

([70]) Devo realçar que esta equiparação não visa escamotear as diferenças entre meros objetos e animais, seres vivos sensíveis e com dignidade inerente. Sobre os fundamentos da tutela *vide* Fernando Araújo, *A Hora dos Direitos dos Animais* (Almedina, 2003) e, com adicionais referências, Mafalda Miranda Barbosa, 'A recente alteração legislativa em matéria de proteção dos animais: apreciação crítica' Revista de Direito Civil n.º 1 (2017), pp. 51 e ss. Seguindo a concepção desta última Autora, a justificação da tutela (por meio de deveres) faz-se com referencia a três objectivos: protecção da humanidade (salvaguarda do ecossistema), protecção de interesses particulares (especialmente os donos), salvaguarda dos bons costumes (evitando práticas que firam o sentimento dominante na comunidade), (pp. 64-65).

([71]) *Ob. cit.*, pp. 217 e ss. Veja-se também Glenda Shaw-Garlock, 'Looking forward to sociable robots' International Journal of Social Robotics 1 (3) (2009), pp. 249-260; Matthias Scheutz, *ob. cit.*

zação com robots, incluindo robots concebidos para fins militares. Estes sentimentos por robots criarão alguma pressão no sentido de adoptar regras jurídicas que "protejam" robots. A Autora argumenta que nestes casos, ainda que os robots não sejam seres vivo dotados de sensibilidade, muitos dos fundamentos que justificam a protecção jurídica de (certos) animais poderão ser transpostos para a tutela indirecta de (certos) robots. De facto, além da protecção da propriedade, a repressão da violência — evitando a sua banalização, servindo para identificar (e reprimir) pessoas com tendências violentas e proteger outras pessoas que tenham sentimentos pelo objecto violentado — pode justificar a tutela indirecta de robots([72]).

Parece-me perfeitamente pensável um tipo penal de maus tratos a robots (semelhante ao previsto nos arts. 387.º a 389.º do Código Penal para os animais de companhia). No entanto, quanto a certos robots cuja existência se justificará precisamente pela sua aptidão para serem expostos ao perigo não fará tanto sentido adoptar medidas de tutela([73]). Na verdade, a dificuldade consistirá sobretudo em determinar que condutas é que serão puníveis e a que título.

2. *Robots* e Direitos Fundamentais

Transformando a sociedade, os *robots* terão inevitavelmente um impacto constitucional profundo([74]). Colocar-se-á, desde logo, a questão do surgimento de um **dever de protecção** por parte **do Estado**, concretizado designadamente num dever de legislar([75]).

([72]) Kate Darling, *ob. cit.*, pp. 223 e ss.

([73]) Ugo Pagallo, *The Laws of Robots…*, *cit.*, pp. 163-164.

([74]) Não pretendo abordar aqui as hipóteses extremas do governo por robots ou do impacto institucional do chamado governo electrónico. É claro que o direito a não ser sujeito a decisões automáticas é também uma questão de desenho das instituições e de exercício do poder. Na verdade o Direito Constitucional "institucional" não se separa claramente do Direito Constitucional "material", isto é, os direitos fundamentais e a constituição económica.

([75]) Thomas Dreier/Indra Spiecker, *ob. cit.*, p. 203 assinalam-no. Dão conta também de que a lei poderá, por via de regulação, criar um ambiente mais favorável ao desenvolvimento da tecnologia e da sua compatibilidade social. Jorge Pereira Da Silva, *ob. cit.*, *passim*, esp. pp. 20 e ss., dá conta da transversalidade dos deveres de protecção.

Uma discussão ligada a esta prende-se mesmo com a **competência da União Europeia** para intervir neste domínio(76).

Um dos grandes receios gerados pela robotização passa pela **diminuição drástica do emprego**. Afinal já ARISTÓTLES, no século IV AC, tinha escrito que: "Se cada ferramenta, quando a tal instada, executasse o trabalho para a qual foi concebida (…) então não existiria necessidade de mestres, trabalhadores ou escravos"(77). Mais de dois milénios volvidos, em 1930, JOHN MAYNARD KEYNES avisava(78): "We are being afflicted with a new disease of which some readers may not have heard the name, but of which they will hear a great deal in the years to come namely, *technological unemployment*." Muitos autores estão convencidos que estas profecias serão finalmente concretizadas nas próximas décadas(79).

Associada a transformações no âmbito do trabalho é provável que a **distribuição de riqueza** se torne um assunto premente(80).

---

(76) Na ResPE, §4, sugere-se que medidas neste domínio deverão ser tomadas a nível europeu com base na regulação do mercado interno (art. 114.º, TFUE). Sobre esta base legislativa e os seus limites veja-se CATHERINE BARNARD, *The Substantive Law of the EU: The four freedoms* (OUP, 2016), pp. 557 e ss.

(77) *Apud* KARL MATHIA, *Robotics for Electronics Manufacturing* (CUP, 2010), p. 1.

(78) 'Economic Possibilities for our Grandchildren' (1930), reimpresso em JOHN MAYNARD KEYNES, *Essays in Persuasion* (W. W. Norton & Co 1963), p. 360. A própria ResPE, §E: "…nos últimos 200 anos, os níveis de emprego aumentaram de forma constante devido ao desenvolvimento tecnológico…" relativiza esta ideia. O rascunho de 2016 desta resolução continha a seguinte afirmação (entretanto suprimida): "…o desenvolvimento da robótica e da IA pode fazer com que muito do trabalho que é atualmente efetuado por humanos passe a ser feito por robôs, suscitando, assim, crescentes apreensões sobre o futuro do emprego e a viabilidade dos sistemas de segurança social, se a atual base de fiscalidade for mantida, criando o potencial para uma maior desigualdade na distribuição da riqueza e da influência".

(79) Cf. *supra* nota 14. É provável que surjam movimentos sociais semelhantes ao ludismo que, na sequência da revolução industrial em Inglaterra, se opôs violentamente à mecanização do trabalho. Sobre alguns impactos no **Direito do Trabalho** *vide* JESÚS MERCADER UGUINA, 'La robotización y el futuro del trabajo' Trabajo y Derecho 27 (2017), pp. 13-24. Entre várias propostas, o Autor sugere a criação de algo semelhante ao Alaska Permanent Fund, um fundo para o qual as empresas petrolíferas contribuem, sendo o seu produto repartido anualmente (em Outubro) pelos cidadãos do Estado. Claro que a extracção do petróleo tem que acontecer naquele local geográfico, ao contrário da utilização de robots, o que representa uma diferença importante.

(80) NATHALIE NEVEJANS, *ob. cit.*, p. 24, chama a atenção para a necessidade de garantir **acesso igualitário** aos desenvolvimentos da robótica para evitar um "robotics divide".

Por isso mesmo, a progressiva robotização da produção é um dos argumentos invocados pelos defensores do Rendimento Básico Incondicional([81]). Há quem argumente também no sentido da necessidade de criar um **imposto** sobre os robots, a ser cobrado aos respectivos fabricantes([82]). Uma diminuição do emprego terá inevitável impacto nas **finanças públicas**, especialmente na **Segurança Social**([83]). O direito ao trabalho poderá adquirir renovada importância, mesmo em conflito com a liberdade económica e o direito de propriedade, impondo limitações ao uso de robots para defesa de um "direito a trabalhar" (*ex vi* art. 58.º CRP).

Em certos contextos é provável que, resultado dos chamados efeitos de rede (quanto mais utilizadores mais atractivo e útil é o serviço), a tendência vá no sentido de se estabelecerem monopó-

---

([81]) James J. Hughes, 'A Strategic Opening for a Basic Income Guarantee in the Global Crisis Being Created by AI, Robots, Desktop Manufacturing and BioMedicine' Journal of Evolution and Technology, Vol. 24 (1) (2014), pp. 45-61 e Martin Ford, *ob. cit.*, pp. 256 e ss. O Rendimento Básico Incondicional seria uma prestação monetária suficiente para permitir uma vida com dignidade atribuída a cada pessoa (cidadão?) pelo Estado sem qualquer contrapartida, exigência ou condição.

([82]) ResPE, §59(*d*) apresenta a taxa como uma contribuição para um fundo de garantia. O rascunho (§23) referia "…deve ser ponderada a eventual necessidade de introduzir requisitos de comunicação a nível societário na medida e na proporção do contributo da robótica e da IA nos resultados económicos de uma empresa para efeitos de tributação e de contribuições para a segurança social". Bill Gates proferiu recentemente declarações apoiando a criação de um imposto sobre robots (<https://www.ft.com/content/d04a89c2-f6c8-11e6-9516-2d969e0d3b65>) e o candidato presidencial francês Benoît Hamon incluiu essa proposta no seu programa político. Xavier Oberson, 'Taxing Robots? From the Emergence of an Electronic Ability to Pay to a Tax on Robots or the Use of Robots' World Tax Journal, Vol. 9 (2) (2017), sugere que o desenvolvimento da robótica implica **capacidade contributiva** dos robots e possivelmente uma **personalidade tributária**. A capacidade contributiva é relativizada pelo Autor: "…it appears that they indeed benefit from an ability to pay, which is, however, derived from the activities they exercise (work, transfer of goods and services) or that they will perform without consideration (salary or income). As such, the robot does not generally have a financial capacity, such as equity, personal assets or liquidities. It is the employer (enterprise) or owner who, ultimately, benefits from a capacity to pay. (…) we are looking at taxing the imputed income generated by robots' activities, it is not the robot as such that should be subject to tax but the use of robots (…).As a second stage, perhaps, an ability to pay attributable to the robots could be considered, when technology would allow for a payment capacity to be allocated to them (in the form of electronic equity, for example)".

([83]) Xavier Oberson, *ob. cit.*

lios([84]). Para lidar com a concentração de riqueza e equilíbrio do poder económico, além do recurso ao **Direito Fiscal**, poderemos ver intervenções relevantes no contexto do **Direito da Concorrência** *(antitrust)*([85]).

Um efeito adicional, porventura menos óbvio, da substituição de seres humanos por robots em certas áreas passa pela **diminuição do conhecimento prático humano** (v.g., se a generalidade das cirurgias passar a ser realizada por robots, teremos cada vez menos cirurgiões humanos)([86]).

Outro aspecto que levanta naturais preocupações é a questão da **privacidade**([87]). Ainda que um robot nem sempre transmita a informação recolhida, irá provavelmente armazenar quantidades imensas de dados sobre a vida das pessoas([88]). Como assinalam THOMAS DREIER/INDRA SPIECKER([89]), será necessário arranjar uma forma de garantir a eliminação dos dados armazenados, nomeadamente antes de reutilizar um robot. Esta acumulação de informação fará surgir também complicados problemas de prova: em que medida será lícito utilizar a informação gravada por um robot na esfera privada de uma pessoa? Quem é que deverá ser considerado o titular dessa informação, o dono do robot ou a pessoa a quem a informação diz respeito([90])?

([84]) THOMAS DREIER / INDRA SPIECKER, *ob. cit.*, p. 204.

([85]) A ResPE, §22, aponta para a necessidade de estabelecer *standards* para, entre outras coisas, garantir a livre concorrência, designadamente a interoperabilidade. Sobre a complexa relação entre standards e o direito da concorrência, cf. a bibliografia referida *infra* na nota 176.

([86]) PATRICK LIN, 'Introduction to Robot Ethics', *in* PATRICK LIN/KEITH ABNEY/ /GEORGE A. BEKEY (eds.), *Robot Ethics*…, *ob. cit.*, p. 10.

([87]) RYAN CALO, 'Robots and Privacy', *in* PATRICK LIN/KEITH ABNEY/GEORGE A. BEKEY (eds.), *Robot Ethics*…, *ob. cit.*, pp. 187-201. Haverá ainda que ponderar as eventuais adaptações que a robótica imporá às leis de **protecção de dados** e a forma como esta tecnologia interagirá com o quadro complexo do Regulamento Geral de Protecção de dados [Reg. (UE) 2016/679]. Um aspecto particularmente difícil prende-se com o **consentimento** para o tratamento de dados pessoais. Na medida em que um robot seja equipado com um conjunto amplo e sofisticado de sensores (e mais ainda caso seja ligado à Internet) poderá recolher, armazenar e mesmo transmitir em meros instantes uma quantidade intensa de dados sobre pessoas (NATHALIE NEVEJANS, *ob. cit.*, p. 22).

([88]) ResPE, §14 e §20-21.

([89]) THOMAS DREIER/INDRA SPIECKER, *ob. cit.*, p. 214.

([90]) *Idem*, p. 214.

A informação contida em robots domésticos, hospitalares e industriais terá significativo valor económico, sendo objecto de cobiça(91). Como ilustra ANDREAS WIEBE(92), um carro semiautónomo ligado à internet e equipado com sensores recolhe dados sobre o condutor, a condução, o estado do carro e o ambiente exterior. Quem deverá ser o titular desses dados? Quem poderá aceder a esses dados? O dono do carro, o condutor, as seguradoras, o governo, os fornecedores de serviços de telecomunicações e/ou de navegação?

Os robots, sendo **propriedade** dos seus donos, gozarão de tutela (reflexa) enquanto tal. Criar "direitos dos robots" ou outras formas de protecção destes pode igualmente ser visto como uma restrição do direito de propriedade, visto reduzir as faculdades do proprietário, nomeadamente o direito a destruir o robot ou a utilizá-lo para os fins que, dentro da legalidade, considerar convenientes(93). Na mesma linha, a ResPE sugere a introdução de um sistema de registo de certas categorias de robots avançados(94). Apesar de me parecer admissível, este requisito poderá ser entendido como uma limitação à liberdade de **iniciativa privada** e o mesmo se poderá dizer de outras abordagens regulatórias mais intensas.

O já mencionado **impacto emocional** dos robots (seja em contexto assistencial, lúdico ou sexual)(95) poderá igualmente precipitar transformações constitucionais, por via interpretativa (mutação constitucional) ou legislativa (revisão). Se lhe for atribuído um estatuto jurídico próprio este poderá mesmo vir a ganhar consagração constitucional.

O clássico debate em torno do grau de **intervenção Estadual** ressurgirá a propósito de novas questões(96). Na verdade, a robótica

---

(91) Retomo este ponto *infra* **5.**

(92) 'Protection of industrial data — a new property right for the digital economy?' GRUR Int (2016), pp. 878-879.

(93) KATE DARLING, *ob. cit.*, pp. 229-230. A este propósito veja-se o recentemente introduzido art. 1305.º-A do Código Civil.

(94) ResPE, §2.

(95) Cf. *supra* notas 23 e 24.

(96) Para uma "via intermédia" entre liberalismo e intervencionismo, a que chamam "libertarian paternalism", cf. RICHARD THALER/CASS SUNSTEIN, *Nudge* (Penguin,

ao afectar determinados pressupostos da nossa actual vida em sociedade poderá testar e deslocar os limites do nosso conceito de **liberdade**. Neste processo iremos discutir a existência de alguns **direitos fundamentais atípicos** (ou o conteúdo/concretizações, até agora latentes, de certas liberdades).

No limite poderemos ter que questionar se existe um direito fundamental a violar a lei? Esta discussão surgirá à medida que se desenvolvam sistemas com uma grande capacidade de monitorização e mesmo de antecipação de comportamentos ilícitos([97]). Ligado a isto ocorrerão também discussões intensas relativas aos meios de prova admissíveis, designadamente no contexto do Direito Penal([98]), e mesmo a possibilidade de recorrer a técnicas de interrogatório com recurso a robots([99]).

Tendo em conta a (previsível) segurança e fiabilidade dos carros automáticos (muito superior à de qualquer ser humano) será constitucionalmente admissível uma futura proibição de conduzir([100])? Não se encontra no direito à **autodeterminação pessoal** (livre desenvolvimento da personalidade) também o direito a conduzir([101])? É uma discussão próxima daquela que pergunta se existe um direito a fumar ou a comer comida pouco saudável, mas

---

2009). A perspectiva dos Autores parte da noção de que a organização de opções ("choice architecture") tem uma influência intensa nas escolhas que as pessoas fazem e que, enquanto tal, há uma via intermédia entre nada fazer e forçar. Subjaz a esta visão a constatação de que o grau de liberdade do ser humano não é tão grande quanto se julga.

([97]) Cf. Lisa A. Shay, *et al.*, 'Confronting automated law enforcement', *in* Ryan Calo/Michael Froomkin/Ian Kerr (eds.), *Robot Law*, (EE, 2016), pp. 235-273. Os Autores discutem os custos e benefícios, assinalando a necessidade premente de discutir o assunto visto que a tecnologia já estará em grande medida disponível.

([98]) Sobre o tema, em relação ao ambiente digital, veja-se David Silva Ramalho, *Métodos Ocultos de Investigação Criminal em Ambiente Digital* (Almedina, 2017).

([99]) Kristen Thomas, 'Examining the constitutionality of robot-enhanced interrogation' in Ryan Calo/Michael Froomkin/Ian Kerr (eds.), *Robot Law*, (EE, 2016) pp. 306-329.

([100]) Em bom rigor, os veículos autónomos não serão apenas carros mas também veículos aéreos e marítimos.

([101]) Sobre este direito fundamental, cf., por todos, Paulo Mota Pinto, 'O Direito ao Livre Desenvolvimento da Personalidade', *in* AAVV, *Portugal-Brasil Ano 2000* (Coimbra Editora, 1999), pp. 149-246. Na análise destes problemas haverá ainda que ponderar o direito geral de personalidade (art. 70.º, CC) como "expressão civil" de uma liberdade geral de acção. Sobre este, cf. Rabindranath Capelo de Sousa, *O Direito Geral de Personalidade* (Coimbra Editora, 2011).

com a relevância acrescida de a conduta em causa (conduzir) aumentar o perigo para todos.

O **direito a não ser sujeito a decisões automáticas** (actualmente previsto no art. 13.º da Lei de Protecção de Dados Pessoais — Lei 67/98, de 26 de Outubro) configurará um direito fundamental atípico? Com a evolução da inteligência artificial surgirão cada vez mais indicações e resultados que, apesar da sua fiabilidade, não serão compreensíveis para os seres humanos. Este é aliás um dos maiores desafios do actual desenvolvimento tecnológico nesta área — como compreender os processos por detrás dos resultados. Nesta perspectiva o **direito à informação** e **à fundamentação**, nomeadamente na relação entre cidadãos e Estado([102]), poderá fazer sentido também na relação entres seres humanos e robots, sobretudo quando as decisões tomadas influenciem consideravelmente a sua vida([103]).

Na realidade como decorrência da concentração de riqueza e de poder nas empresas que desenvolvam estas tecnologias, a questão do **efeito horizontal dos direitos fundamentais**, isto é, da relação entre direitos fundamentais e direito privado deverá, a meu ver, ser definitivamente resolvida no sentido da plena sujeição (eficácia imediata) dos privados aos direitos fundamentais([104]).

([102]) Arts. 35.º/1, 48.º/2 e 268.º, CRP e, no domínio da tutela dos consumidores, art. 60.º, CRP.

([103]) ResPE, §12: "…o princípio da transparência, nomeadamente o facto de que deve ser sempre possível fundamentar qualquer decisão tomada com recurso a inteligência artificial que possa ter um impacto substancial sobre a vida de uma ou mais pessoas; (…) deve ser sempre possível reduzir a computação realizada por sistemas de IA a uma forma compreensível para os seres humanos; considera que os robôs avançados deveriam ser dotados de uma «caixa negra» com dados sobre todas as operações realizadas pela máquina, incluindo os passos da lógica que conduziu à formulação das suas decisões".

([104]) Sendo certo que esta dicotomia é frequentemente exacerbada e que a aplicação dos direitos fundamentais tem que ser adaptada à situação concreta e ter em conta os direitos especificamente convocados [sem esquecer a diferença fundamental entre Estado ("escravo do interesse público") e particulares (com preferências pessoais, caracterizadoras da sua liberdade)]. Sobre a questão, veja-se, i.a., Jorge Pereira Da Silva, *ob.cit.*, pp. 87 e ss., 359 e ss. e 712 e ss.; Benedita Mac Crorie, *Os Limites da Renúncia a Direitos Fundamentais nas Relações entre Particulares* (Almedina, 2013), pp. 191 e ss.; Vieira de Andrade, *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976* (Almedina, 2012), pp. 229-262; Pinto Monteiro/Jörg Neuner/Ingo Wolfgang Sarlet (eds.), *Direitos Fundamentais e Direito Privado: Uma perspectiva de Direito Comparado* (Almedina, 2007).

No domínio da **medicina**, a utilização de inteligência artificial em geral e de robótica em particular, colocará também algumas interrogações. Existirá um direito a recusar um tratamento médico por um robot, ainda que este seja garantidamente mais eficiente do que um cirurgião humano([105])? Um médico estará obrigado a consultar *software* de diagnóstico quando se demonstre que este é mais eficiente do que um médico? O recurso a estas tecnologias constitui um acto médico autónomo, sendo para o efeito exigido consentimento informado([106])? Em termos mais amplos, parece-me que se deve afirmar que decorre da dignidade da pessoa humana o direito a recusar o tratamento por um robot([107]).

Além das questões identificadas, a robótica irá certamente intensificar alguns problemas já existentes relacionados com a conduta humana, por exemplo exacerbando a poluição ligada à produção tecnológica([108]), o potencial danoso do terrorismo ou a eficácia de acções criminosas.

3. *Robots* e Responsabilidade

Com a utilização disseminada de robots, a sua potencialidade danosa aumenta. É conhecido o caso japonês de 1981 em que um robot, identificando um trabalhador (Kenji Urada) como um obstáculo para o desempenho da função, removeu-o do seu caminho com um braço hidráulico causando instantaneamente a sua morte([109]). Caso semelhante (a morte de um trabalhador causada

---

([105]) Thomas Dreier/Indra Spiecker, *ob. cit.*, p. 213. Nos termos da Lei n.º 15/2014, de 21 de Março relativa aos direitos e deveres do utente dos serviços de saúde, o paciente poderá recusar essa forma de tratamento.

([106]) Creio que a resposta deve ser afirmativa. Sobre o consentimento informado cfr. por todos André Dias Pereira, *O Consentimento Informado na Relação Médico-Paciente — Estudo de Direito Civil* (Coimbra Editora, 2004).

([107]) Assim Nathalie Nevejans, *ob. cit.*, p. 21. Aqui está em causa o respeito pela contingência corporal do Homem como manifestação de dignidade.

([108]) Patrick Lin, 'Introduction to Robot Ethics, *cit.*, p. 11. O Autor menciona ainda o impacto geoestratégico da localização das matérias primas.

([109]) Gabriel Hallevy, 'The Criminal…, *cit.*, pp. 171-172. O primeiro registo de uma morte causada por um *robot* ocorreu em 1979 numa fábrica da Ford.

por um braço robótico) ocorreu em 2015 em Kassel, numa fábrica da Volkswagen([110]). Em 2007, na África do Sul, um robot-canhão militar "descontrolou-se" devido a uma falha de *software* e começou a disparar matando 9 soldados e ferindo outros 14([111]).

A partir do momento em que definimos robots com a nota característica da autonomia, as situações danosas que os envolvem não podem ser facilmente imputadas a uma pessoa([112]). Isto gera problemas de responsabilidade civil e, para alguns autores, até mesmo penal([113]).

Quando uma acção danosa resulte do comportamento de um robot haverá várias esferas de imputação possíveis: os produtores do *hardware* e *software* do robot (e/ou dos seus componentes), aquele cujas instruções e acções influenciaram o comportamento do robot (genericamente os "utilizadores") e aqueles que beneficiam com a actuação de um robot([114]). No entanto, a concreta identificação do responsável não será fácil de fazer([115]). Por um lado há graus de controlo muito diferentes, sendo impraticável pensar num controlo absoluto por parte de um utilizador; por outro nem sempre será possível determinar o que é que despoletou o evento danoso([116]). No limite poderá não existir nenhum responsável.

O desenvolvimento tecnológico tem provocado alterações estruturais na responsabilidade civil, fruto das crescentes exigências sociais de segurança e bem estar, bem como da massificação

---

([110]) <http://www.telegraph.co.uk/news/worldnews/europe/germany/11712513/Robot-kills-man-at-Volkswagen-plant-in-Germany.html>.

([111]) <https://www.wired.com/2007/10/robot-cannon-ki/>.

([112]) Esta circunstância é distinta do caso descrito por Ugo Pagallo, *The Laws of Robots…*, *cit.*, p. 15 referente à utilização de pequenos helicópteros robóticos num assalto a uma joalharia em 2010. Aí não estamos num domínio tão "problemático" (para a dogmática jurídica) da robótica.

([113]) Ainda não existe um tratamento sedimentado destes temas, mas a obra de referência no direito criminal é Gabriel Hallevy, *Liability for Crimes Involving Artificial Intelligence Systems* (Springer, 2014). Cf. também Ugo Pagallo, *The Laws of Robots…*, *ob. cit.*, pp. 45 e ss.

([114]) Gabriel Hallevy, 'The Criminal…', *cit.*, pp. 179-180.

([115]) Neil Richards/William Smart, 'How should the law…', *cit.*, p. 21.

([116]) Neil Richards/William Smart, 'How should the law…', *cit.*, p. 21, n. 57, assinalam que é provável que um operador diga a um robot *o que* deve fazer mas não *como* deve fazê-lo.

dos danos([117]). As próprias funções da responsabilidade civil vão cambiando([118]). A responsabilidade civil relacionada com a robótica é considerada uma questão crucial([119]).

3.1. Responsabilidade por robots

Um aspecto que afecta a forma como a lei interage com tecnologias inovadoras é o chamado **princípio da precaução**([120]). Este princípio, desenvolvido inicialmente no contexto do Direito do Ambiente, postula que existe um dever, em face do desconhecido com potencial danoso intenso e dificilmente reversível, de procurar prever e tomar as medidas necessárias para evitar a ocorrência desses danos. O problema do princípio da precaução reside nos custos em termos de inovação e desenvolvimento que ele impõe. No limite, a precaução implica a paralisia([121]). Daí que o paradigma seja o do

---

([117]) Rui Mascarenhas de Ataíde, *Responsabilidade Civil por Violação de Deveres no Tráfego* (Almedina, 2015), pp. 16-23, dando conta de "… uma nova e aguda consciência jurídica, incompatível coma antiga conceção fatalista dos acidentes como azares e dos sofrimentos subsequentes como inevitabilidades." (pp. 19-20); Calvão da Silva, *Responsabilidade Civil do Produtor* (Almedina, 1990), pp. 387 e ss, destacando as várias formas de "erosão do princípio da culpa"). Em certos domínios — *máxime* o dos acidentes de viação — foram adoptados esquemas de "socialização do risco" através da consagração de um seguro obrigatório, complementado por um fundo de garantia. Nestes casos há quem passe a falar de um "direito dos acidentes", focado no ressarcimento dos danos (cf. Adelaide Menezes Leitão, *Normas de Protecção e Danos Puramente Patrimoniais* (Almedina, 2009), pp. 822 e ss. e Santos Júnior, *Da Responsabilidade Civil de Terceiro por Lesão de Crédito* (Almedina, 2003), p. 219). Como assinala Moitinho de Almeida, 'O Contrato de seguro' CdP, n.º 51 (2015), p. 26, o contrato de seguro serve "…uma função económica de promover a inovação facilitando a exposição a riscos…". Thomas Dreier/Indra Spiecker, *ob. cit.*, p. 213, assinalam que a solução da responsabilidade pelo risco associada a seguro obrigatório será difícil de implementar no caso da robótica tendo em conta a imprevisibilidade dos danos. Em contrapartida, Lawrence Solum, *ob. cit.*, p. 1245, apontava que até será provavelmente menos oneroso fazer um seguro nestes casos.

([118]) Adelaide Menezes Leitão, *ob. cit*., pp. 827-828. Para uma discussão mais aprofundada, cf. Mafalda Miranda Barbosa, 'Reflexões em torno da responsabilidade civil: teleologia e teleonomologia em debate' BFDUC [2005], pp. 511-600.

([119]) ResPE, §49. O Parlamento Europeu sugere que seja adoptada uma solução a nível da UE.

([120]) *Vide* Mafalda Miranda Barbosa, *Liberdade vs. Responsabilidade: A precaução como fundamento da imputação delitual?* (Almedina, 2006), pp. 335 e ss.

([121]) Sendo certo que, como sublinha Mafalda Miranda Barbosa, *Liberdade…*, *ob. cit.*, p. 341, a precaução não envolve necessariamente a inacção.

risco aceitável, numa perspectiva de custo-benefício([122]). Esta admissibilidade de um certo grau de risco é compensada pela existência (crescente) de responsabilidade objectiva (pelo risco) e de responsabilidades "intermédias" ou reforçadas([123]). O princípio da precaução é também uma forma de aumentar a responsabilidade ao requerer especiais deveres de cuidado([124]). Neste caso pode servir para impor especiais deveres de cuidado quer aos fabricantes, em especial aos programadores do *software* utilizado, quer aos utilizadores([125]).

Inversamente, poderá colocar-se a questão de existir uma **obrigação de utilização de robots** na medida em que estes consigam executar tarefas de forma mais eficiente e com menos riscos do que seres humanos([126]). Se um robot for melhor cirurgião ou mais eficiente no diagnóstico, não será dever do *bonus pater famílias* recorrer a esta tecnologia em vez de actuar ele mesmo([127])? Qual será, então, o papel para o controlo humano([128])?

([122]) Assim, Remédio Marques, *Biotecnologias e Propriedade Intelectual*, Vol. I, (Almedina, 2007), pp. 441-442, a propósito da comercialização de organismos geneticamente modificados.

([123]) Sobre estas, cf. Nuno Pinto de Oliveira, 'Responsabilidade Objectiva' CdP n.º especial 2 (2012), pp. 107-121. O Autor sugere cinco tipos empíricos de responsabilidade civil: responsabilidade subjectiva por culpa provada, por culpa presumida, responsabilidade objectiva em que a responsabilidade pode ser afastada pela demonstração da conduta de uma pessoa ideal, responsabilidade objectiva "impura" em que um individuo só não responde em caso de força maior e responsabilidade objectiva "pura" (pp. 109-110).

([124]) Estes são muitas vezes concretizados em legislação especial, como é o caso da obrigação de Segurança Geral dos Produtos prevista no DL n.º 69/2005, de 17 de Março. No caso da robótica é importante ter também em conta o regime relativo à colocação no mercado e a entrada em serviço de máquinas, previsto no DL n.º 103/2008, de 24 de Junho (transposição da Directiva 2006/42/CE).

([125]) Em sentido próximo, ainda que a propósito da responsabilidade penal, cf. Gabriel Hallevy, 'The Criminal…, *cit.*, pp. 183-184. No quadro da responsabilidade dos programadores há ainda que ponderar a questão das licenças, designadamente as licenças *open source*. Sobre isso, cf. Axel Metzger (ed.), *Free and Open Source Software (FOSS) and other Alternative License Models: A Comparative Analysis* (Springer, 2016).

([126]) Thomas Dreier/Indra Spiecker, *ob. cit.*, p. 206.

([127]) Sobre a responsabilidade civil e criminal envolvida na utilização de um robot em cirugias, cf. Lisa Blechschmitt, *Die straf- und zivilrechtliche Haftung des Arztes beim Einsatz roboterassistierter Chirurgie* (Nomos, 2017).

([128]) Jason Millar/Ian Kerr, 'Delegation, relinquishment, and responsability: The prospect of expert robots', *in* Ryan Calo/Michael Froomkin/Ian Kerr (eds.), *Robot Law*, (EE, 2016), pp. 102-127 apontam a tendência para a **co-robótica**, mantendo o ser

Em face do nosso actual quadro de **direito positivo**, podemos começar por indagar acerca da responsabilidade daqueles que utilizam robots, nomeadamente no cumprimento de obrigações(129). Se há culpa na concepção, escolha ou utilização do robot, valerão as normas básicas da responsabilidade civil (arts. 483.º e 798.º, CC). No entanto, se não há culpa do ser humano que controla o *robot* mas este causou danos, a questão coloca-se noutro plano.

Quanto à responsabilidade obrigacional, CLÁUDIA SANTOS MADALENO sustenta que o **art. 800.º** do CC não é aplicável(130). Na verdade, se a máquina não possuiu uma esfera de imputação essa parece ser a conclusão mais correcta(131). No entanto, com a evolução da robótica poderá ser aconselhável fazer uma interpretação actualista e extensiva dessa norma(132). Quiçá este represente (mais) um indício da necessidade de criar um estatuto jurídico próprio para os robots à semelhança do que vem sendo feito, ainda que não para efeitos de responsabilização, quanto a (alguns) animais(133/134).

---

humano integrado no processo de decisão. Claro que a questão complicada passa pelas situações de desacordo entre robots e seres humanos. Num certo sentido se o ser humano tem a última palavra a decisão de seguir o robot em vez da sua intuição continua a ser uma decisão sua. Os Autores defendem que será melhor conceder a supremacia aos robots visto que estes errarão menos vezes.

(129) Sobre o tema, veja-se CLÁUDIA SANTOS MADALENO, *A Responsabilidade Obrigacional Objetiva por Fato de Outrem* (policopiado, 2014), pp. 537 e ss; MARIA DA GRAÇA TRIGO, *Responsabilidade Civil Delitual Por Facto de Terceiro* (Coimbra Editora, 2009).

(130) *Idem.*, pp. 544-546. Dando conta da mesma discussão em torno do §278 BGB, cf. SUSANNE HORNER / MARKUS KAULARTZ, 'Haftung 4.0. — Verschiebung des Sorgfaltsmaßstabs bei Herstellung und Nutzung autonomer Systeme' CR 1/2016, pp. 7-8. É claro que nada impede que as partes estabeleçam um **regime convencional** para a responsabilidade pela utilização de robots.

(131) CARNEIRO DA FRADA, *Contrato e deveres de protecção* (Coimbra, 1994), p. 206 "… (a responsabilidade do art. 800.º) implica, rigorosamente, uma *dupla imputação*". Também BRANDÃO PROENÇA, *Lições de Cumprimento e Não Cumprimento das Obrigações* (Coimbra Editora, 2011), p. 254.

(132) CLÁUDIA SANTOS MADALENO, *ob. cit.*, p. 545, apresenta a questão como de interpretação enunciativa "…possível extensão do princípio a ela subjacente, talvez até com base num argumento de maioria de razão: assim, se o devedor responde pelos atos dos seus auxiliares, por maioria de razão deverá responder pelo resultado da utilização de máquinas ou outros componentes".

(133) Veja-se, recentemente e a título de exemplo, o Ac. TRP 21.XI.2016 (rel. MANUEL DOMINGOS FERNANDES), onde se pode ler "Os animais, não obstante considerados pelo

Por outro lado, o **art. 500.º do CC**, norma análoga no plano delitual, parece permitir alguma abertura para imputar a quem utiliza um robot os danos por este causados a terceiros. No fundo a utilização de um robot poderia, por interpretação extensiva ou mesmo analogia, ser entendida como uma relação de comissão, gerando uma responsabilidade objectiva daquele que utilizasse um robot. No entanto, esbarramos em iguais problemas de construção: não havendo esfera de imputabilidade de um robot, não existirá forma de aplicar o art. 500.º([135]).

No âmbito da **responsabilidade extracontratual**, como é sabido, o nosso sistema jurídico adopta um *numerus clausus* de responsabilidade(s) objectiva(s) (art. 483.º/2, CC)([136]). Não obstante, e

---

nosso ordenamento jurídico como coisas (nos termos do art. 202.º, n.º 1), fazem parte daquele tipo de propriedade a que tradicionalmente se chama propriedade pessoal, ou seja, propriedade de certos bens que estão ligados à auto-construção da personalidade, razão pela qual na sua actividade valorativa e coordenadora, o juiz tem de atender ao valor pessoalmente constitutivo que o animal possa ter para o seu dono.". Foi entretanto aprovado o Estatuto Jurídico do Animal (Lei n.º 8/2017, de 3 de Março). Sobre este veja-se Mafalda Miranda Barbosa, 'A recente alteração…', *cit.*, pp. 47-74, e com um enquadramento do processo legislativo, A. Barreto Menezes Cordeiro, 'A natureza jurídica dos animais à luz da Lei n.º 8/2017, de 3 de Março', *in* <https://blook.pt/publications/publication/bec30c1c54b7>.

([134]) Francisco Pacheco de Andrade, *ob. cit.*, pp. 310-311, aborda o problema no contexto da representação em termos semelhantes. Mesmo em termos delituais isso poderia abrir a porta para uma aplicação do art. 502.º do Código Civil ou norma semelhante.

([135]) Como explica Almeida Costa, *Direito das Obrigações* (Almedina, 2008) pp. 615 e ss., o art. 500.º pressupõe uma relação de comissão e a responsabilidade (normalmente delitual) do comissário. No estado actual das coisas, um robot nunca poderá integrar uma relação de comissão ou ser responsável. Carneiro da Frada, *Contrato…*, *ob. cit.*, p. 208: "…a interpretação do instituto [do art. 500.º do CC] no sentido de uma responsabilidade objectiva pelo próprio círculo de vida (…) deveria coerentemente prescindir da imputabilidade do dano ao comissário e estender-se também aos danos provocados por coisas no domínio do seu titular: um resultado que, pela sua amplitude, deitaria «pela borda fora» todo o sistema de responsabilidade vigente e tornaria completamente inútil a própria responsabilidade pelo risco". Iguais dificuldades se levantam na aplicação da presunção de culpa do art. 491.º.

([136]) Esta solução é criticada *de iure constituendo* por Brandão Proença, *A conduta do Lesado como Pressuposto e Critério de Imputação do Dano Extracontratual* (Almedina, 1997), pp. 239 e ss. Para uma discussão do problema cf. Nuno Pinto de Oliveira, *ob. cit.*, pp. 113-117 e Júlio Gomes, 'Responsabilidade subjectiva e responsabilidade objectiva' RDE [1987], pp. 97-123.

neste contexto, a **responsabilidade objectiva do produtor** prevista no Decreto-Lei n.º 383/89, de 6 de Novembro poderá constituir uma fonte importante para a solução dos problemas. Lembre-se porém que este regime foi pensado para indemnizar danos pessoais e tem um alcance limitado quanto aos danos materiais(137) e não parece abranger serviços(138). A própria ResPE reconhece a insuficiência do actual regime da responsabilidade do produtor(139).

Outra hipótese com elevado potencial de aplicação — que já foi apresentada como "uma cláusula geral de responsabilidade objectiva impuríssima"(140) — é o **art. 493.º/2** do CC. De acordo com este artigo: "Quem causar danos a outrem no exercício de uma actividade, perigosa por sua própria natureza ou pela natureza dos meios utilizados, é obrigado a repará-los, excepto se mostrar que empregou todas as providências exigidas pelas circunstâncias com o fim de os prevenir". A doutrina reconhece que estamos perante uma norma particularmente flexível e que se aproxima da responsabilidade objectiva(141). Uma primeira dificuldade consiste em determinar o que consiste actividade perigosa(142). Não parece

---

(137) Maria da Graça Trigo, *Responsabilidade Civil: Temas Especiais* (UCE, 2015), pp. 108-109. Para uma síntese do debate em torno da adequação (económica) do regime cfr. Norbert Reich, 'Product Liability and Beyond: An Exercise, *in* 'Gap-Filling'' ERPL [2016], pp. 621-625.

(138) Thomas Dreier/Indra Spiecker, *ob. cit.*, p. 212.

(139) §AI: "…não obstante o âmbito de aplicação da Diretiva 85/374/CEE, o atual quadro jurídico não seria suficiente para abranger os danos provocados pela nova geração de robôs, na medida em que os robôs podem ser dotados de capacidades adaptativas e de aprendizagem que integram um certo grau de imprevisibilidade no seu comportamento, uma vez que aprendem de forma autónoma com a sua experiência própria variável e interagem com o seu ambiente de um modo único e imprevisível".

(140) Nuno Pinto de Oliveira, *ob. cit.*, p.121. Em sentido próximo mas não tão abrangente, cf. Brandão Proença, *A conduta…*, *ob. cit.*, p. 240 e Rui Mascarenhas de Ataíde, *ob. cit.*, pp. 471-472.

(141) Nuno Pinto de Oliveira, *ob. cit.*, pp. 111-112.

(142) Cf. Ac. TRP 13.IX.2016 (rel. Rodrigues Pires) "O que determina a qualificação de uma atividade como perigosa é a sua especial aptidão para produzir danos, o que resultará da sua própria natureza ou da natureza dos meios empregados e só poderá ser apurado face às circunstâncias do caso concreto". O Tribunal considerou que "O corte e desmantelamento de uma central de betão para sucata através da utilização de um maçarico [que se trata de um aparelho que produz uma chama contínua e emite faúlhas] ao ar livre e em tempo quente e seco constitui atividade perigosa".

seguro concluir que a utilização de robots será necessariamente uma actividade perigosa. Na generalidade dos casos, os robots são utilizados nas chamadas "3 d activities: dull, dirty and dangerous"([143]), actividades que os seres humanos não querem fazer mas que não são necessariamente perigosas no sentido da lei. Mesmo assim, esta é uma via de solução promissora.

De aplicação mais directa aos problemas da robótica será o art. 493.º/1 do CC que consagra a presunção de culpa daquele que tiver em seu poder coisa móvel com o dever de a vigiar([144]). A questão principal, aqui. passará pela existência de um dever de vigilância de um robot, bem como em determinar a sua fonte, a sua extensão e mesmo a sua exequibilidade prática. Sendo um robot (em face da definição adoptada) autónomo, nem sempre será fácil conceber uma forma de o vigiar. Tudo dependerá da concreta configuração da tecnologia.

Por seu lado, a equiparação de robots a **animais** abriria a porta a encarar a responsabilidade objectiva do art. 502.º do Código Civil, apesar das maiores dificuldades metodológicas em proceder a extensões teleológicos no campo da responsabilidade pelo risco([145]). Não nos devemos esquecer que alguns robots poderão ser qualificados como **veículos de circulação terrestre**, logo sujeitos ao regime complexo dos arts. 503.º a 508.º do Código Civil.

Uma outra forma de actualizar o instituto da responsabilidade civil aquiliana reside na figura dos **deveres no tráfego/dever geral de cuidado**([146]). Podemos discutir — quando não impor por via

---

([143]) Esta expressão — "3d activities" (indicando em alternativa "dirty, dangerous and demeaning") — utilizava-se inicialmente para designar o tipo de atividades em que a economia americana recorria a *outsourcing* sobretudo no mercado de trabalho asiático. Não obstante é agora generalizadamente utilizada para descrever as atividades em que a robótica é primariamente utilizada (v.g. Patrick Lin, 'Introduction to Robot Ethics, *cit.*, p. 4).

([144]) Sobre o tema, cf. Rui Mascarenhas de Ataíde, *ob. cit.*, pp. 351 e ss.

([145]) Para uma perspectiva de direito comparado da responsabilidade por objetos móveis cf. Cees van Dam, *European Tort Law* (OUP, 2013), pp. 402 e ss. Especificamente sobre animais pode ver-se Ignacio Gallego Domínguez, *Responsabilidad Civil Extracontractual por Daños Causados por Animales* (J. M. Bosch, 1997).

([146]) Susanne Horner/Markus Kaulartz, *ob. cit.*, pp. 8-9. Já Carneiro da Frada, '"Vinho Novo em odres Velhos"? A responsabilidade civil das "operadoras de *Internet*" e a doutrina comum da imputação dos danos' ROA [1999], pp. 681 e 686-687,

legal —, quais os deveres de um fabricante de robots na respectiva concepção, de um utilizador/beneficiário na respectiva utilização ou mesmo de um terceiro que entre em contacto com um robot (v.g. um transeunte em relação a um carro autónomo)([147]). Os usos de cada sector são essenciais para proceder à imputação de danos, pelo menos no esquema da responsabilidade fundada em culpa, permitindo determinar "quem actuou mal" e quais os deveres de cada pessoa no sentido de prevenir danos. Por exemplo, é hoje em dia *standard* numa fábrica que utilize robots que haja sensores que desligam imediatamente um robot caso um ser humano entre na sua área de actividade. Além disso, os braços robóticos estão habitualmente contidos numa jaula de segurança([148]). Havendo uma falha, estes deveres de cuidado permitirão determinar "quem é que podia e devia ter actuado de outra forma".

Dentro dos quadros da responsabilidade delitual podemos sentir uma renovada urgência de repensar o **nexo de causalidade** na responsabilidade civil ou pelo menos de temperar as exigências probatórias que são feitas aos lesados([149]). Algo análogo à necessidade de reinterpretar o requisito do nexo de causalidade sentida no contexto da responsabilidade civil ambiental([150]). A par da tradicio-

---

apontava, entre outras, a via dos deveres no tráfego para enquadrar a responsabilidade por danos na Internet. Sobre o tema dos deveres no tráfego, cf. por todos Rui Mascarenhas de Ataíde, *ob. cit.*

([147]) Thomas Dreier/Indra Spiecker, *ob. cit.*, p. 212.

([148]) Mas o paradigma está a mudar para os robots colaborativos que já interagem com seres humanos (cf. <https://www.ft.com/content/08991fec-f07c-11e3-8f3d-00144feabdc0>).

([149]) ResPE, §59. Nas palavras de Curtis Karnow, 'Liability for Distributed Artificial Intelligences' Berkeley Technology Law Journal (1996), pp. 148-149, "these intelligent programs (…) will inevitably cause damage or injury (…) in the context of litigation stemming from such damage, insuperable difficulties are posed by the traditional tort system's reliance on the essential element of causation". Também Maria da Graça Trigo, *ob. cit.*, p. 110, assinala problemas de causalidade a propósito da posição da jurisprudência quanto ao regime da responsabilidade do produtor. As dificuldades quanto à causalidade colocar-se-ão aos seus dois níveis: a causalidade que fundamenta a responsabilidade (nos termos do art. 483.º do CC) e a causalidade que delimita os danos indemnizáveis (segundo o art. 563.º do CC). Sobre esta distinção, cf. Mafalda Miranda Barbosa, *Responsabilidade Civil Extracontratual: Novas Perspetivas em Matéria de Nexo de Causalidade* (Principia 2014), pp. 9-18.

([150]) Maria da Graça Trigo, *ob. cit.*, pp. 133-136 (criticando a solução legal) e,

nal teoria da "causalidade adequada" na sua formulação negativa (presente no art. 563.º, Código Civil), vão sendo identificadas outras questões problemáticas, como os casos de causalidade cumulativa (resultando dos contributos indispensáveis de vários agentes), aditiva/sinergética (gerando um resultado mais danoso tendo em conta a interacção entre as contribuições dos agentes), alternativa [atribuída necessariamente a um grupo restrito de agentes (v.g. o conjunto de fábricas que produz nas margens de um rio ou de produtores de um dado medicamento defeituoso) mas desconhecendo-se em concreto a qual)] ou probabilística(151).

Na concreta solução de cada caso teremos ainda que atender a uma série de factores de qualificação, nomeadamente saber se existem contratos (aluguer ou compra e venda de um robot, de assistência técnica, de prestação de serviços, etc.) e, em caso afirmativo, com que conteúdo, se os lesados são consumidores e/ou trabalhadores, entre outros(152).

---

em maior detalhe, Ana Perestrelo de Oliveira, *Causalidade e Imputação na Responsabilidade Civil Ambiental* (Almedina, 2007).

(151) Estes casos serão frequentemente abordados no contexto do art. 497.º do Código Civil: responsabilidade solidária repartindo-se a obrigação da indemnização na proporção das culpas, que se presume igual. Os problemas de causalidade alternativa poderiam ser enquadradas na chamada *market share liability* (responsabilidade por quota de mercado). No entanto essa via é rejeitada *de iure constituto* (cf. Calvão da Silva, *ob. cit.*, pp. 581-587). Há ainda que ponderar o contributo do art. 490.º (Carneiro da Frada, *Direito Civil e Responsabilidade Civil: O método do caso* (Almedina, 2006), pp. 105 e ss.). Sobre estes problemas veja-se, i.a., Patrícia Cordeiro da Costa, *Causalidade, Dano e Prova: A Incerteza na Responsabilidade Civil* (Almedina 2016) (a partir do dano da perda de chance); Mafalda Miranda Barbosa, *Responsabilidade Civil Extracontratual: Novas…*, *ob. cit.*, pp. 199 e ss. (propondo uma interpretação alargada da hipótese do art. 497.º com base na esfera de risco, que coincide com a causalidade alternativa incerta prevista no §830 BGB) e Diana Montenegro da Silveira, *Responsabilidade Civil por Danos Causados por Medicamentos Defeituosos* (Coimbra Editora, 2010). Veja-se ainda Paulo Mota Pinto, *Interesse Contratual Positivo e Interesse Contratual Negativo*, Vol. II (Coimbra Editora, 2007), pp. 1103 e ss., n. 3130, dando sucintamente conta das alternativas para lidar com a incerteza na responsabilidade civil. Na Alemanha, Susanne Horner/Markus Kaulartz, *ob. cit.*, pp. 9-10, apontam precisamente a via do §830 BGB.

(152) Nathalie Nevejans, *ob. cit.*, p. 17.

3.2. Responsabilidade de robots?

Numa perspectiva de transformação mais radical, podemos mesmo discutir uma eventual **responsabilidade dos próprios robots**([153]). Neste contexto é frequente recordar-se que o julgamento (e consequente punição no caso de condenação) de animais já foi prática mais ou menos comum([154]). As justificações para esta prática eram controversas([155]) e a responsabilidade dos robots também não será fácil de fundamentar.

GABRIEL HALLEVY([156]), vem defendendo que a inteligência artificial reúne os requisitos da **punibilidade criminal** e deveria, à semelhança do que acontece com as pessoas colectivas, ser sujeita a sanções([157]). O Autor propõe ainda a aplicação de certas causas de exclusão de ilicitude ou de desculpação, nomeadamente equiparando um vírus informático à influência de estupefacientes no

---

([153]) PATRICK LIN, 'Introduction to Robot Ethics cit., p. 8: "as robots become more autonomous, it may be plausible to assign responsability to the *robot itself*…". Esta abordagem é rejeitada, "pelo menos na fase atual" na ResPE, §56.

([154]) GUNTHER TEUBNER, *ob. cit.*, pp. 1-3, e UGO PAGALLO, *The Laws of Robots…*, *ob. cit.*, p. 36. Sobre o tema, cf. WILLIAM EWALD, 'Comparative Jurisprudence (I): What Was it Like to Try a Rat' University of Pennysalvia Law Review (1995), pp. 1889-2149 (o Autor parte deste aspecto para ensaiar uma nova construção do Direito Comparado); ESTHER COHEN, 'Law, Folklore and Animal Lore' Past and Present (1986) pp. 6-37 e EDWARD EVANS, *The Criminal Prosecution and Capital Punishment of Animals* (W. Heinemann, 1906). Deve frisar-se que os animais nem sempre perdiam os julgamentos, havendo vários registos de absolvição.

([155]) Cf. WILLIAM EWALD, *ob. cit.*, pp. 1905 e ss. O Autor descreve também a instituição inglesa "deodand" (abolida em 1846), pelo qual o objeto que causasse dano era dado como perdido a favor da Coroa (pp. 1910-1912) e os julgamentos de coisas inanimadas em Atenas (pp. 1912-1913).

([156]) 'The Criminal…, *cit.*, pp. 186 e ss. e, mais recentemente, GABRIEL HALLEVY, *Liability for Crimes…*, *ob. cit*. O Autor não pretende que esta responsabilidade exclua a responsabilidade pessoal dos seres humanos envolvidos na prática do ilícito mas apenas que a complemente (sendo porém independente).

([157]) Sublinhe-se que em Portugal a responsabilidade penal das pessoas colectivas é um desvio à regra da responsabilidade individual. Nesse sentido vai o preâmbulo e o art. 11.º do Código Penal. Sobre a responsabilidade penal das pessoas colectivas, cf. FERNANDO TORRÃO, *Societas Delinquere Potest? — Da Responsabilidade Individual e Colectiva nos "Crimes de Empresa"* (Almedina, 2010) e GERMANO MARQUES DA SILVA, *Responsabilidade Penal das Sociedades e dos seus Administradores e Representantes* (Editorial Verbo, 2009).

comportamento de um agente([158]). Quanto às **sanções**, sugere a pena de morte (ou seja, que o *software* seja apagado não subsistindo cópias), a privação de liberdade (impedindo durante algum tempo que a entidade de inteligência artificial actue), a pena suspensa, serviço cívico (isto é, a prestação de trabalho a favor da comunidade) e a multa, no caso de a entidade ter património([159]).

Esta análise parece-me ir longe demais, sucumbindo a uma perspectiva antropomórfica/sentimental que, pelo menos por enquanto, é algo difícil de conceber. Por um lado, não creio que se possa sustentar que haja culpa sem liberdade([160]). Assim, no sistema penal português — arrimado no princípio da culpa — um robot nunca dificilmente ser alvo de uma censura ética que fundamente uma punição.

Por outro lado, existe alguma incongruência quando se ponderam as sanções, sobretudo em face do entendimento que vamos tendo da função ressocializadora do Direito Penal([161]). Não obstante, a perspectiva de ressocialização quando muito poderia ser entendida como uma necessidade de alterar a programação de um robot e, nesse caso, as probabilidades de sucesso serão até mais elevadas mas, nesse caso, feita a reprogramação, a pena deixaria de fazer sentido numa lógica de ressocialização.

É certo que os argumentos segundo os quais a função preventiva é central ao Direito Penal e que as pessoas colectivas também não serão propriamente "ressocializadas" são em alguma medida convincentes([162]). No entanto, creio que os mecanismos sancionató-

---

([158]) "The Criminal…", *cit.*, pp. 192-193.

([159]) *Idem.*, pp. 195 e ss.

([160]) Figueiredo Dias, *Liberdade, Culpa…*, *cit.*, pp. 20 e ss. ("o livre-arbítrio como fundamento da culpa"), e pp. 117 e ss. ("A liberdade pessoal (ético-existencial) como fundamento da culpa"). O Autor constrói a liberdade como fundamento da culpa (e do Direito Penal), não como liberdade no momento concreto mas como uma liberdade na construção pessoal, de uma decisão sobre si mesmo (pp. 151 e ss.). Citando: "…o existir, visto primariamente, é ser-livre, e portanto responsável, e portanto capaz de culpa" (p. 153).

([161]) Figueiredo Dias, 'Sobre o Sistema do Facto Punível', *in* AAVV, *Estudos em Homenagem a António Barbosa de Melo* (Almedina, 2013), pp. 408-409.

([162]) Figueiredo Dias, 'Sobre o Sistema…', *cit.*, p. 411: "Não consigo convencer-me que, para um sistema teleológico-funcional, só a pessoa individual possa ser capaz de acção jurídica penal (…) a consagração da possibilidade de responsabilização penal de entes colectivos constitui uma exigência político-criminal para que possa ter êxito a tutela

rios do Direito Penal pressupõem uma liberdade de actuação e uma capacidade de sentir (ou reagir a incentivos) que à partida temos como reservada aos seres humanos([163]). O que se disse não obsta, porém, à destruição de robots que sejam considerados perigosos([164]).

Tendo em conta a função primordialmente ressarcitória da **responsabilidade civil**([165]), os mesmos obstáculos não se colocarão com tanta acuidade caso se opte por criar uma responsabilidade civil própria dos robots. Contudo, uma personalidade sem património (relevante) dificilmente servirá os interesses do lesado.

No entanto, há formas de conseguir um **património** ou um efeito equivalente. Alain Bensoussan e Jérémy Bensoussan([166]), sugerem a atribuição de personalidade robótica com base num registo e a dotação de um capital de indemnização mas não explicam a proveniência desses fundos (previsivelmente virão dos utilizadores). Uma outra via consiste em considerar que o robot se integra no seu próprio património, ou seja, o lesado poderá executar o robot e fazê-lo seu. Trata-se de uma ideia próxima da peonagem (escravidão por dívidas) ou mesmo do esquema de *noxae deditio* do direito romano de acordo com o qual o dono de um escravo podia eximir-se da sua responsabilidade pelos danos causados pelo escravo entregando-o ao lesado([167]). Outra hipótese reside na con-

---

jurídico-penal dos bens jurídicos (…) postos em grave perigo pela grande e nova criminalidade da empresa, própria da 'sociedade do risco'".

([163]) Sendo certo que a inteligência artificial pode ser concebida para (fingir?) "sentir" estes efeitos e/ou responder a incentivos.

([164]) À semelhança do que está previsto para animais no DL n.º 276/2001, de 17 de Outubro ou mesmo às sanções acessórias de perda de objectos relacionados com o crime ou de encerramento de estabelecimento.

([165]) Neste sentido vai a generalidade da doutrina (v.g. Inocêncio Galvão Telles, *Direito das Obrigações* (Coimbra Editora, 2010), p. 209; Antunes Varela, *Direito das Obrigações*, Vol. I (Almedina, 2008), p. 542 e Carneiro da Frada, *Direito Civil e Responsabilidade Civil…*, *cit.*, pp. 64 e ss.). Para uma perspectiva algo diferente, cf. Paula Meira Lourenço, *A função punitiva da Responsabilidade Civil* (Coimbra Editora, 2006).

([166]) Alain Bensoussan e Jérémy Bensoussan, *ob. cit.*, pp. 47-48.

([167]) William Warwick Buckland, *The Roman Law of Slavery: The Condition of the Slave in Private Law From Augustus to Justinian* (CUP, 2010), pp. 98 e ss. (o Autor assinala que a responsabilidade do *dominus* não se verificava no caso de crimes cometidos pelo seu escravo). Sobre o tema, cf. ainda Santos Justo, 'A escravatura em Roma' BFDUC [1997], pp. 19-33.

tratação obrigatória de um seguro de danos por parte do proprietário do robot([168]). A cobertura desse seguro poderia constituir um equivalente a um património ou um *peculium* (recorrendo novamente ao direito romano dos escravos)([169]).

Uma perspectiva menos radical passa pela aproximação do regime da responsabilidade dos donos dos robots ao regime da responsabilidade dos pais pela actuação das crianças (ou incapazes)([170]) ou mesmo ao regime de responsabilidade pela actuação dos escravos no direito romano([171]). Aí estamos novamente no domínio da responsabilidade *por* robots e não da responsabilidade *dos* robots. Esta última não se adivinha para breve.

3.3. Vias propostas

Do que ficou dito, resultam vários caminhos a ponderar.

Sam N. Lehman-Wilzig([172]) considera sete enquadramentos possíveis para os robots: produtos (responsabilidade do produtor), animais perigosos, escravos, dementes e outras pessoas de capaci-

---

([168]) ResPE, §57-58: "…uma possível solução para a complexidade de atribuir responsabilidade pelos danos causados pelos robôs cada vez mais autónomos pode ser um regime de seguros obrigatórios, conforme acontece já, por exemplo, com os carros; observa, no entanto que, ao contrário do que acontece com o regime de seguros para a circulação rodoviária, em que os seguros cobrem os atos e as falhas humanas, um regime de seguros para a robótica deveria ter em conta todos os elementos potenciais da cadeia de responsabilidade (…) esse regime de seguros poderia ser complementado por um fundo de garantia da reparação de danos nos casos não abrangidos por qualquer seguro".

([169]) Ugo Pagallo, *The Laws of Robots…*, *ob. cit.*, pp. 103 e ss.

([170]) Sobre esta *vide* Henrique Sousa Antunes, *Responsabilidade civil dos obrigados à vigilância de pessoa naturalmente incapaz*, (UCE, 2000) e Clara Sottomayor, 'A Responsabilidade Civil dos Pais pelos factos ilícitos praticados pelos filhos menores' BFDUC [1995], pp. 403-468. No quadro do direito espanhol, cf. ainda José Rosa Cortina, *Responsabilidad civil por daños causados por menores: Aspectos subsantivos y procesales* (Tirant lo blanch, 2012). Sobra a responsabilidade por outras pessoas, numa perspectiva comparativa, veja-se Cees van Dam, *ob. cit.*, pp. 490 e ss.

([171]) Sobre este, precisamente com vista a traçar o paralelismo, cf. Jan Dirk Harke, 'Sklavenhalterhaftung in Rom' in Sabine Gless/Kurt Seelmann (eds.), *Intelligente Agenten und das Recht* (Nomos, 2016), pp. 97-117.

([172]) 'Frankenstein unbound: Towards a legal definition of artificial intelligence' Futures 13(6) (1981), pp. 442-457.

dade(s) diminuída(s), crianças, representantes/procuradores e, por último, pessoas em sentido próprio.

Mais comedidamente, a **ResPE** sugere a consideração das seguintes hipóteses para efeitos de responsabilidade([173]):

"*a*) Criar um regime de **seguros obrigatórios**, se tal for pertinente e necessário para categorias específicas de robôs, em que (…) os **produtores ou** os **proprietários** de robôs sejam obrigados a subscrever um seguro para cobrir os danos potencialmente causados pelos seus robôs;

b) (…) **fundos de compensação** [que] não sirvam apenas para garantir uma compensação no caso de os danos causados por um robô não serem abrangidos por um seguro;

c) (…) o **fabricante**, o **programador**, o **proprietário ou** o **utilizador** beneficiem de **responsabilidade limitada se contribuírem para um fundo de compensação ou se subscreverem conjuntamente um seguro** para garantir a indemnização quando o dano for causado por um robô;

d) (…) **criação de um fundo geral** para todos os robôs autónomos inteligentes **ou** quanto à criação de um **fundo individual para toda e qualquer categoria de robôs** e quanto à **contribuição** que deve ser paga a título de **taxa pontual no momento em que se coloca o robô no mercado ou** quanto ao pagamento de **contribuições periódicas** durante o tempo de vida do robô;

e) (…) a **ligação entre um robô e o seu fundo** seja patente **pelo número de registo individual constante de um registo específico da União que permita que qualquer pessoa que interaja com o robô seja informada da natureza do fundo, dos limites da respetiva responsabilidade em caso de danos patrimoniai**s, dos nomes e dos cargos dos contribuidores e de todas as outras informações relevantes;

([173]) ResPE, §59.

f) Criar um **estatuto jurídico específico** para os robôs a longo prazo, de modo a que, pelo menos, os robôs autónomos mais sofisticados possam ser determinados como detentores do estatuto de **pessoas eletrónicas responsáveis** por sanar quaisquer danos que possam causar e, eventualmente, aplicar a **personalidade eletrónica** a casos em que os robôs tomam decisões autónomas ou em que interagem por qualquer outro modo com terceiros de forma independente" (ênfase acrescentado).

Por agora, creio que se impõe prudência e uma busca de soluções dentro do quadro do sistema positivo, recorrendo, nos primeiros casos inovadores, à extensão teleológica. Não me parece avisado proceder — pelo menos nesta fase — a alterações legislativas(174). Será bom que a realidade teste o sistema com casos da vida, antes de fazermos precipitadas avaliações de um futuro que, por natureza, é desconhecido(175). Podemos, porém, ter uma directiva para transpor nos próximos anos (caso a Comissão Europeia apresente uma proposta na sequência deste pedido do Parlamento Europeu e esta venha a ser aprovada).

4. Propriedade Intelectual

Também no contexto da Propriedade Intelectual se levantam algumas questões curiosas. Esta disciplina é susceptível de ser afectada pela robótica essencialmente em dois aspectos: por um lado a

---

(174) Assim Bert-Japp Koops/Mireille Hildebrandt/David-Oliver Jaquet-Chiffelle, *ob. cit.*, p. 560: "For the time being (…) interpretation and extension of the law seems to work well enough with today's computer agentes.". Em sentido contrário Nathalie Nevejans, *ob. cit.*, p. 5: "Scientific research on these emerging technologies seems to imply that they will change the face of society. Therefore, even if robots are not yet commonplace, the time has come to legislate".

(175) F. Patrick Hubbard, 'Allocating the risk of physical injury form "sophisticated robots": Efficiency, fairness, and innovation', *in* Ryan Calo/Michael Froomkin/Ian Kerr (eds.), *ob. cit.*, pp. 25-50, defende que o actual sistema (norte-americano) atinge um equilibrio louvável entre compensação do dano e inovação.

eventual necessidade de alterar o catálogo de resultados protegidos e, por outro, a possibilidade de considerar "novos criadores". A questão da relação entre Propriedade Intelectual (em especial as patentes) e os standards, apesar da sua considerável relevância, não sofrerá grandes modulações neste contexto([176]). Outras questões, tais como a passibilidade de protecção de segredos de negócio ilegais([177]), poderão tornar-se mais prementes mas, na sua configuração teórica, não parecem sofrer alterações. Um último aspecto que, neste contexto, pode ser reconduzido à responsabilidade (**3.**) passa pela possibilidade de robots violarem direitos da propriedade intelectual([178]).

4.1. Novos resultados?

A Propriedade Intelectual desempenha tradicionalmente o papel de tutelar os resultados do desenvolvimento tecnológico, nomeadamente através de patentes e, no caso de *software*, de direitos de autor([179]). Têm surgido alguns autores que discutem a neces-

---

([176]) Sobre o tema *vide* Mislav Mataija, *Private Regulation and the Internal Market: Sports, Legal Services, and Standard Setting in EU Economic Law* (OUP, 2016), pp. 224-253; Valerio Torti, *Intellectual Property Rights and Competition in Standard Setting: Objectives and tensions* (Routledge, 2015); Peter Picht, *Strategisches Verhalten bei der Nutzung von Patenten in Standardisierungsverfahren aus der Sicht des europäischen Kartellrechts* (Springer, 2014); David Telyas, *The Interface between Competition Law, Patents and Technical Standards* (Wolters Kluwer, 2014); Bjorn Lundqvist, *Standards in EU Competition Law and US Antitrust Law* (EE, 2014); Jae Hun Park, *Patents and Industry Standards* (EE, 2013). Para um levantamento da literatura até 2015, cf. Jorge L. Contreras, 'Patents, Technical Standards and Standards-Setting Organizations: A Survey of the Empirical, Legal and Economics Literature', disponível em <https://ssrn.com/abstract=2641569>.

([177]) Cf. Nuno Sousa e Silva, 'Um retrato do regime português dos segredos de negócio' ROA [2015], p. 243.

([178]) Com uma análise nessa linha, excluindo a possibilidade, cf. James Grimmelmann, 'Copyright for Literate Robots' Iowa Law Review (2016), pp. 657-681. O Autor afirma mesmo: "…copyright is the only field of law to so thoroughly and whole-heartedly embrace the idea that robots simply do not count" (p. 674).

([179]) A tutela do *software* pelos direitos de autor é hoje um padrão mundial em resultado do art. 10.º do Acordo TRIPS. Em Portugal está prevista no Decreto-Lei 252/94 de 20 de Outubro.

sidade de criar um novo direito de exclusivo sobre **dados industriais**([180]). Na realidade existe muita informação que é tratada pelo menos a nível contratual como propriedade, não obstante o seu carácter imaterial([181]). Tendo em conta o valor dessa informação é natural que se levantem consideráveis conflitos em torno do seu controlo. No actual quadro de direito positivo português e europeu não existe nenhum direito de propriedade intelectual que permita apropriar (directa ou indirectamente) estes resultados([182]). Por outro lado, a legislação relativa a dados pessoais raramente será aplicada a resultados industriais([183]).

Por causa dessa falta de protecção, há Autores que vão propondo a criação de um direito conexo sobre dados industriais([184]). Argumentam que a alocação de direitos neste domínio permitirá resolver conflitos mais facilmente e criar um mercado, favorecendo as trocas([185]).

Em contrapartida há vários obstáculos que se colocam à consagração de um direito sobre dados. Em primeiro lugar apela-se ao princípio geral da liberdade de ideias e de informação e à excepcio-

---

([180]) *Vide* ANDREAS WIEBE, *ob. cit.*, pp. 877-884; HERBERT ZECH, 'Daten als Wirtschaftsgut — Überlegungen zu einem „Recht des Datenerzeugers"' CR[2015], pp. 137-146 e WOLFGANG KERBER, 'A New (Intellectual) Property Right dor Non-Personal Data? An Economic Analysis' GRUR Int [2016], pp. 989-998. Ligado a isto está o estatuto jurídico do chamado *big data* (cf. MICHAEL DORNER, 'Big Data und „Dateneigentum". Grundfragen des modernen Daten - und Informationshandels' CR [2014], pp. 617-628 e THOMAS HOEREN, 'Big data and the ownership in data: recent developments in Europe' EIPR [2014], pp. 751-754).

([181]) Para um enquadramento dogmático da questão veja-se HERBERT ZECH, *Information als Schutzgegenstand* (Mohr Siebeck, 2012). JORGE MORAIS DE CARVALHO, *Manual de Direito do Consumo* (Almedina, 2017), pp. 38-40, dá conta de que os dados pessoais podem funcionar como um preço, sobretudo em certos contratos digitais. Sobre este aspecto veja-se AXEL METZGER, 'Data as Counter-Performance: What Rights and Duties do Parties Have?' JIPITEC [2017], pp. 2-8 e ALEXANDER DIX, 'Daten als Bezahlung' ZEuP [2017], pp. 1-5.

([182]) ANDREAS WIEBE, *ob. cit.*, p. 881.

([183]) *Idem*, p. 880.

([184]) HERBERT ZECH, *Information als…*, *ob. cit.*, pp. 421 e ss. e HERBERT ZECH, "Industrie 4.0 '— Rechtsrahmen für eine Datenwirtschaft im digitalen Binnenmarkt'" GRUR [2015], pp. 1159-1160. Sobre os direitos conexos, com adicionais indicações, veja-se NUNO SOUSA E SILVA, 'Direitos conexos (ao direito de autor)' ROA [2016], pp 335-445.

([185]) HERBERT ZECH, 'Daten als Wirtschaftsgut…, *cit.*, p. 137. Para uma exposição critica deste fundamento, cf. WOLFGANG KERBER, *ob. cit.*, pp. 993-996.

nalidade dos direitos exclusivos (sujeitos a um princípio de tipicidade/*numerus clausus*)([186]). Neste sentido, a generalidade dos autores salienta que não existe uma justificação económica para a concessão destes direitos([187]). Por outro lado, a consagração de um direito desta natureza levantaria inúmeros problemas, designadamente conflitos de titularidade em caso de sobreposições de protecção([188]), problemas de direito da concorrência([189]) e de incerteza jurídica, nomeadamente na concreta delimitação do objecto de protecção([190]). Na verdade, uma intervenção desta natureza pode mesmo por em causa um mercado que até agora tem funcionado bem([191]).

4.2. Novos criadores?

Por outro lado, na linha das sugestões "personalizantes" dos robots vai-se debatendo de que forma é que o sistema da Propriedade Intelectual deve lidar com as **"criações intelectuais" resultantes da Inteligência Artificial**([192]). Por enquanto parece claro

---

([186]) Michael Dorner, *ob. cit.*, p. 620 (dando conta que nem toda a doutrina alemã aceita o princípio). Nas palavras de Oehen Mendes, 'Obra literária e artística — fronteiras' ADI XVI (1994-95), p. 163 "…são livres e disponíveis todas as criações do espírito humano que não hajam sido expressamente arrancadas a esse desígnio pela mão qualificada do legislador".

([187]) Josef Drexl, *et al.*, 'Data Ownership and Acces to Data: Position Statement of the Max Planck Institute for Innovation and Competition of 16 August 2016 on the current european debate' (2016), disponível em <https://ssrn.com/abstract=2833165>. Wolfgang Kerber, *ob.cit.*, pp. 989-998 concluindo que não há um problema de incentivos que justifique a atribuição de um exclusivo. O Autor salienta que o problema é precisamente o inverso: garantir o acesso a dados dessa natureza.

([188]) Andreas Wiebe, *ob. cit.*, p. 881. Para uma análise desses problemas num contexto mais "tradicional", cf. Nuno Sousa e Silva, *The Ownership Problems of Overlaps in European Intellectual Property Law* (Nomos, 2014).

([189]) Wolfgang Kerber, *ob. cit.*, p. 996. Josef Drexl, *et al.*, *ob. cit.*, pp. 2-3.

([190]) Wolfgang Kerber, *ob. cit.*, p. 997; Andreas Wiebe, *ob. cit.*, pp. 881-883; Josef Drexl, *et al.*, *ob. cit.*, p. 3.

([191]) Josef Drexl, *et al.*, *ob. cit.*, p. 3.

([192]) No contexto da Propriedade Intelectual esta discussão já tem mais de cinquenta anos [cf. K. F. Milde, 'Can a Computer be an 'Author' or 'Inventor'' Journal of the Patent Office Society, Vol. 51 (6) (1969), pp. 378-405, afirmando que se tratava de uma opção política que o legislador devia fazer o quanto antes].

que, não havendo "direitos sem sujeito", a Inteligência Artificial não poderá ser titular de qualquer direito de propriedade intelectual, pertencendo estes resultados ao **domínio público**. A questão reconduz-se então a saber se estes resultados são apropriáveis por quem utilize a Inteligência Artificial "como ferramenta".

Existem já várias invenções obtidas com recurso a inteligência artificial. Nestes casos, a actividade inventiva ("o processo cognitivo") não é desenvolvida por um ser humano mas é despoletada por este. Do ponto de vista do **direito de patentes**, o processo é irrelevante, importando apenas o resultado(193). Além disso entende-se que as patentes devem estar disponíveis para "todos os campos da tecnologia" (art. 27.º/1, TRIPS) e independentemente da forma como foram obtidas(194). A questão residirá em saber se o resultado (a invenção) reúne os requisitos de patenteabilidade, em especial saber se tem altura inventiva(195).

A dificuldade passará em adaptar o teste em relação à inteligência artificial, sobretudo tendo em conta a imprevisibilidade dos seus resultados(196). Para aferir da altura inventiva de uma dada invenção, a lei manda atender à perspectiva um perito na especialidade, isto é, alguém que tem pleno conhecimento do estado da técnica (tudo o que foi tornado público em qualquer parte do mundo) mas que não é criativo(197). Se este perito (imaginário), confrontado com o problema técnico, chegasse à solução apresentada então essa invenção não tem altura inventiva(198). No fundo, no

---

(193) Peter Blok, 'The inventor's new tool: artificial intelligence — how does it fit in the European patent system?' EIPR [2017], p. 70: "…the way in which an invention has been realised is irrelevant to the question of patentability. It is the result that counts."

(194) Expressamente nesse sentido, cf. 35 U.S.C. § 103: "…patentability shall not be negated by the manner in which the invention was made".

(195) Peter Blok, *ob. cit.*, p. 71.

(196) *Idem*, p. 71.

(197) Cf. arts. 55.º e 56.º CPI (e arts. 52.º e 53.º CPE). Sobre este teste veja-se Pedro Sousa e Silva, *Direito Industrial* (Coimbra Editora, 2011), pp. 52 e ss. e Cornish/Llewelyn/Aplin, *Intellectual Property: Patents, Copyright, Trade Marks and Allied Rights* (Sweet & Maxwell, 2010), pp. 189 e ss.

(198) O que interessa é se chegaria e não se poderia chegar *(could-would approach)*. O problema a evitar é o do "ovo de colombo": em retrospectiva tudo parece simples e alcançável (trata-se daquilo que a doutrina norte-americana designa como *the hindsight*

contexto actual do direito de patentes, em face de uma invenção obtida com recurso a inteligência artificial o teste passará por saber se um perito na especialidade recorreria à (ou àquele tipo de) inteligência artificial, ignorando-se o processo pelo qual esse *software* chega à solução técnica e a sua eventual singularidade.

O actual sistema de patentes pressupõe uma intervenção humana. Como escreve PETER BLOK([199]): "if the patentability requirements are satisfied, there will always be a human person involved". A intervenção humana não precisa de ser completamente consciente mas é necessário que exista um **inventor** e para isso exige-se um contributo técnico (**inventividade**)([200]). Nas invenções acidentais a contribuição reside na percepção do efeito técnico([201]). Nas invenções feitas com recurso a inteligência artificial o contributo técnico pode residir apenas em despoletar o processo inventivo. No entanto, creio que as invenções em que não haja um contributo técnico, ainda que mínimo, de um ser humano, não são patenteáveis.

O que se disse em relação às patentes será aplicável — nos sistemas jurídicos que os prevejam — aos **modelos de utilidade**([202]). Já quanto a **desenhos ou modelos**, será irrelevante para a respectiva protecção o meio de obtenção da criação; desde que o desenho ou modelo seja novo e possua carácter singular, será susceptível de protecção([203]).

---

problem). Para ajudar o intérprete existem algumas indicações secundárias de altura inventiva tais como a existência de um preconceito técnico contra a invenção, uma necessidade sentida há muito tempo, o sucesso comercial ou um efeito surpreendente. Para indicações detalhadas, cf. a Parte G das *Guidelines for Examination in the European Patent Office*.

([199]) PETER BLOK, *ob. cit.*, p. 73.

([200]) JANICE M. MUELLER, *Patent Law* (Wolters Kluwer, 2009), p. 179. Não releva o contributo económico ou empresarial [LIONEL BENTLY/BRAD SHERMAN, *Intellectual Property Law* (OUP, 2014), p. 599]. Na definição de HORST-PETER GÖTTING, *Gewerblicher Rechtsschutz* (C.H. Beck, 2014), p. 158: "inventor é aquele que através da sua prestação individual dá origem ou desenvolve a solução técnica".

([201]) HORST-PETER GÖTTING, *ob.cit.*, p. 158. PETER BLOK, *ob. cit.*, p. 72: "The inventor is the natural person that, using the computer as a tool, has found the product or process that solves a particular technical problem".

([202]) A menor exigência em termos de altura inventiva poderá ter alguma repercussão marginal. *Vide* PEDRO SOUSA E SILVA, *ob. cit.*, pp. 87-89.

([203]) Art. 176.º do CPI. Quanto a **sinais distintivos** não me parece que se coloquem questões relevantes.

Em relação ao **direito de autor**, a obra protegida é definida como a expressão de um ser humano, de cariz criativo, isto é, apresentando originalidade. Caso a criação cumpra os demais requisitos da tutela jusautoral, trata-se de uma obra protegida e, assim, gera na esfera jurídica daquele(s) que lhe deu (ou deram) origem um conjunto de faculdades: o direito de autor([204]). Quem cria adquire esse direito pela mera exteriorização da sua criação (art. 12.º, CDADC).

A autoria pressupõe um controlo do processo criativo, fundamento para uma imputação subjectiva do resultado a uma ou mais pessoas. Não é, porém, necessário que o autor tenha um controlo sobre todas as variáveis que geram a obra, exigindo-se apenas um mínimo de controlo. Assim, as obras chamadas de arte aleatória podem ser protegidas, sendo o seu autor aquele que controla minimamente o resultado e a respectiva apresentação.

Também por isso, as criações geradas por computador, em Portugal, não são protegidas quando não possam ser imputadas a uma ou mais pessoas([205]). O criador (ser humano) pode servir-se de meios informáticos (como *CAD*, um processador de texto ou um sintetizador) para criar e nesse caso a criação continuará a ser-lhe imputada, adquirindo o ser humano que utiliza o programa, na sua qualidade de criador, o direito de autor([206]). Sempre que se produza um resultado que não possa ser imputado ao controlo de pelo menos um ser humano, então não estaremos perante uma criação de um autor. Logo, esse resultado, ainda que artística e/ou monetariamente muito valioso, será irrelevante do ponto de vista jusautoral([207]).

No caso de bens imateriais valiosos obtidos com recurso a inteligência artificial que não sejam tutelados por direitos de pro-

---

([204]) Sobre o conceito de obra, com adicionais indicações, cf. Nuno Sousa e Silva, 'Uma introdução ao direito de autor europeu', ROA [2013], pp. 1365-1373.

([205]) José Alberto Vieira, 'Obras geradas por computador e direito de autor' in AAVV, *Direito da Sociedade da Informação*, Vol. II (Coimbra Editora, 2001), pp 132-133.

([206]) José Alberto Vieira, *ob. cit.*, pp. 119-121. Como salienta Kalin Hristov, 'Artificial Intelligence and the Copyright Dilemma' IDEA, Vol. 57(3) (2017), p. 435, a utilização de inteligência artificial como ferramenta criativa não difere muito da utilização de uma máquina fotográfica.

([207]) Oehen Mendes, *ob. cit.*, p. 167: "Toda a obra relevante é necessariamente uma obra humana.". Também José Alberto Vieira, *ob. cit.*, p. 133 e Kalin Hristov, *ob. cit.*, pp. 436-437.

priedade intelectual, haverá ainda que ponderar a aplicação do instituto da **concorrência desleal**, seja na modalidade de actos de aproveitamento, seja em relação aos segredos de negócio.

Tudo somado, não creio que se venha a sentir necessidade de grandes alterações em relação às regras descritas([208]). Pelo menos enquanto não ocorrer uma transformação no sentido da personalização destes "novos criadores", os fundamentos categóricos da Propriedade Intelectual não se estenderão aos robots. De igual forma, assumindo que os robots não reagem directamente a incentivos monetários, as teorias consequencialistas, baseadas em argumentos económicos, serão difíceis de sustentar([209]).

5. Conclusão

Como escreveu Rui Pinto Duarte([210]): "…entre os preços a pagar pelo desenvolvimento estão a multiplicação das leis e a instabilidade dos quadros jurídicos". O progresso cria grandes desafios ao Direito. Pinto Monteiro([211]), aponta como tarefa principal da doutrina e da jurisprudência a melhoria das leis "por via da

---

([208]) Em sentido contrário veja-se Ryan Abbott, 'I Think, Therefore I Invent: Creative Computers and the Future of Patent Law' Boston College Law Review, Vol. 57 (4) (2016), pp. 1079-1126 e Colin R. Davies, 'An Evolutionary Step in Intellectual Property Rights: Artificial Intelligence and Intellectual Property' Computer Law & Security Review, Vol. 27 (6) (2011), pp. 601-619.

([209]) Para uma análise destes fundamentos veja-se Alberto Musso, 'Grounds of Protection: How Far Does the Incentive Paradygm Carry?', *in* Ansgar Ohly, *Common Principles of European Intellectual Property Law* (Mohr Siebeck, 2012), pp. 33-98; Robert Merges, *Justifying Intellectual Property* (Harvard University Press, 2011) e Justin Hughes, *The Philosophy of Intellectual Property* Georgetown Law Journal 77 (1989), pp. 287-366. Com uma perspectiva diferente, cf. Estelle Derclaye, 'Happy IP: replacing the law and economics justification for intellectual property rights with a well-being approach', EIPR [2015], pp. 197-209.

([210]) 'Considerações sobre Níveis de Regulação e Conceitos Legais a Propósito das Sociedades Comerciais', *in* Cadernos do Mercado de Valores Mobiliários, *Ensaios de Homenagem a Amadeu Ferreira*, Vol. I (2015), p. 106.

([211]) 'Interpretação e o protagonismo da doutrina' RLJ 3995 (2015), p. 66, "um rejuvenescimento interno do sistema jurídico, pela via da interpretação".

interpretação". Nalguns domínios da intersecção entre Direito e Robótica essa será a via metodológica possível e mesmo desejável. Noutros, como procurei apontar, haverá que ponderar alterações legislativas ou outras formas de intervenção regulatória.

Determinar a altura óptima para regular é difícil. Enfrentamos aquilo a que se chama o dilema de COLLINGRIDGE(212). Intervir cedo demais corre o risco de gerar soluções obsoletas ou desajustadas por ainda não se dispor de informação suficiente(213). Regular uma tecnologia em plena evolução, em torno da qual se geram incertezas constitui em si um risco. Por outro lado, intervir tarde demais pode deturpar o sentido da regulação pela enquistação de práticas(214).

Quando se decida regular haverá muitas escolhas a fazer: esta regulação dever ser centrada nos deveres dos construtores ou dos utilizadores? Deve ser difusa (utilizando sobretudo instrumento de direito privado) ou centralizada (designadamente através da imposição de licenças ou adopção de *standards*)(215)? O objectivo da regulação será estimular o progresso ou prevenir danos, usando de especial precaução? Como sempre o desafio é conseguir um justo equilíbrio entre os interesses em presença.

As **preocupações centrais** da relação entre o Direito e a robótica parecem resultar essencialmente dos seguintes **quatro factores**:

— desenvolvimento de um sentimento generalizado pelos robots, em especial robots sociais;

— potencial danoso e imprevisibilidade da interacção entre humanos e robots;

---

(212) Descrito inicialmente por DAVID COLLINGRIDGE, no livro *The social control of technology* (St. Martin's Press, 1980).

(213) JORGE PEREIRA DA SILVA, *ob. cit.*, pp. 17-18. Um exemplo deste fenómeno é o regime das topografias dos produtos semicondutores (cf. NUNO SOUSA E SILVA, 'A protecção das topografias de produtos semicondutores — apreciação crítica' CdP n.º45 (2014), pp. 19-31).

(214) MARK FENWICK/WULF A. KAAL/ERIK P.M. VERMEULEN, *ob. cit.*, p. 8. A regulação é sempre permeável a pressões e capturas regulatórias, o *timing* da intervenção também pode influenciar aqueles que têm mais poder em termos de *lobbying*/influência. MARK FENWICK/WULF A. KAAL/ERIK P.M. VERMEULEN, *ob. cit.*, pp. 19-20, sugerem utilizar os dados de investimento em *venture capital* para antecipar necessidades regulatórias.

(215) THOMAS DREIER/INDRA SPIECKER, *ob. cit.*, p. 208.

— substituição de tarefas (meniais e intelectuais) até agora desempenhadas por humanos e consequente concentração de riqueza;

— capacidade de previsão, controlo e registo de comportamentos humanos com base na tecnologia.

Estes factores correspondem às principais áreas problemáticas (do ponto de vista jurídico) que tentei analisar: personalidade ou tutela indirecta dos robots, responsabilidade civil ou penal associada à robótica, impacto dos direitos fundamentais na regulação desta tecnologia, designadamente em termos de privacidade, trabalho e liberdade(s) e, por último, a propriedade intelectual.

Como é óbvio, este levantamento não ambiciona ser exaustivo. Além de alguns problemas imprevistos levantados por qualquer tecnologia inovadora, é sabido que a própria intervenção legislativa pode ter efeitos surpreendentes e mesmo contraproducentes(216). Um exemplo disto é que a taxa sobre sacos de plástico pode gerar mais mortes por contaminação: as pessoas reutilizam os sacos (em vez de os descartar) mas não os limpam adequadamente(217). Já tem sido avançado que a utilização generalizada de carros autónomos/sem condutor, por causa das intensas vantagens de segurança, além de afectar a chamada "economia do acidente", provocará uma escassez significativa de órgãos para transplante(218). Esse constitui mais um argumento a favor da legalização de um mercado nesse domínio(219). As ramificações e impacto da "robolução", se esta vier a ocorrer, serão certamente surpreendentes.

---

(216) Saldanha Sanches, 'A Regulação: História Breve de um Conceito', ROA [2000], pp. 14-15.

(217) Jonathan Klick/Joshua D. Wright, 'Grocery Bag Bans and Foodborne Illness' disponível em <https://ssrn.com/abstract=2196481>.

(218) <http://www.slate.com/articles/technology/future_tense/2016/12/self_driving_cars_will_exacerbate_organ_shortages.html>.

(219) Para uma discussão, cf. Gary S. Becker/Julio Jorge Elías, 'Introducing Incentives in the Market for Live and Cadaveric Organ Donations' Journal of Economic Perspectives (2007), pp. 3-24. Os Autores comparam as objecções morais ao sistema de serviço militar voluntário e rejeitam-nas.

A intervenção do Direito dependerá especialmente da forma como esta tecnologia for encarada pela generalidade da população. Do ponto de vista jurídico, como procurei demonstrar, abundam as analogias: crianças, animais, escravos, pessoas colectivas ou mesmo nascituros/fetos([220]). Como explica RYAN CALO([221]) a própria escolha da metáfora tem impacto no desenvolvimento das regras. Afinal de contas, ao comparar duas realidades, vai implícito o argumento segundo o qual estas podem ser tratadas da mesma forma. Por isso, é necessária especial cautela na utilização (inevitável) de pontos de comparação.

Por enquanto, não parece que se imponha a autonomização de um ramo de Direito([222]). Apesar disso, como procurei demonstrar, não deve vingar a tese segundo a qual, do ponto de vista jurídico, não haverá nada de novo([223]). Afinal de contas: vêm aí os robots…

Vila Nova de Gaia, Julho de 2017

([220]) Veja-se VISA A.J. KURKI/TOMASZ PIETRZYKOWSKI (eds.), *Legal Personhood: Animals, Artificial Intelligence and the Unborn* (Springer, 2017).

([221]) 'Robots as Legal Metaphors' Harvard Journal of Law & Technology (2016), pp. 211-215. O Autor chama a atenção para a necessidade de ter em conta que os robots se comportarão de formas inesperadas e com autonomia, devendo ser abandonada a ideia do robot-autómato (pp. 227-237).

([222]) No mesmo sentido, THOMAS DREIER/INDRA SPIECKER, *ob. cit.*, p. 216. A discussão da autonomia jurídica de certos ramos tem ocorrido em relação a abordagens "centradas na tecnologia" e, em geral, rejeita-se a alteração da "enciclopédia jurídica". Cf. PAULO DE SOUSA MENDES, 'A Responsabilidade de Pessoas Colectivas no Âmbito da Criminalidade Informática em Portugal' in AAVV, *Direito da Sociedade da Informação*, Vol. IV (Coimbra Editora, 2003), pp. 385-386, rejeitando a autonomia dogmática da criminalidade informática.

([223]) RYAN CALO, 'Robotics and the Lessons of Cyberlaw, *cit.*, p. 558: "…the essential qualities of robotics support (…) a moderate legal exceptionalism. They are different enough to occasion broad, systemic changes to the law-to at least as great a degree as the Internet". ALAIN BENSOUSSAN/JÉRÉMY BENSOUSSAN, *ob. cit.*, p. 121: "A singularidade do robot no espaço jurídico tende a acentuar-se…".

Bibliografia

AAVV, *Suggestion for a green paper on legal issues in robotics — Contribution to Deliverable D3.2.1 on ELS issues in robotics* (EURobotics, 2012).

A. Barreto Menezes Cordeiro, 'A natureza jurídica dos animais à luz da Lei n.º 8/2017, de 3 de Março', *in* <https://blook.pt/publications/publication/bec30c1c54b7>.

Adelaide Menezes Leitão, *Normas de Protecção e Danos Puramentes Patrimoniais* (Almedina, 2009).

Alan Winfield, *Robotics: A very short introduction* (OUP, 2012).

Alain Bensoussan/Jérémy Bensoussan, *Droit des Robots* (Larcier, 2015).

Alberto Musso, 'Grounds of Protection: How Far Does the Incentive Paradygm Carry?', *in* Ansgar Ohly, *Common Principles of European Intellectual Property Law* (Mohr Siebeck, 2012), pp. 33-98.

Alexander Dix, 'Daten als Bezahlung' ZEuP [2017], pp. 1-5.

Almeida Costa, *Direito das Obrigações* (Almedina, 2008).

Ana Perestrelo de Oliveira, *Causalidade e Imputação na Responsabilidade Civil Ambiental* (Almedina, 2007).

André Dias Pereira, *O Consentimento Informado na Relação Médico-Paciente — Estudo de Direito Civil* (Coimbra Editora, 2004).

Andreas Wiebe, 'Protection of industrial data — a new property right for the digital economy?' GRUR Int [2016], pp. 877-884.

Anthony D'Amato, 'Can/Should Computers Replace Judges?' Georgia Law Review (1977), pp. 1277-1301.

Antunes Varela, *Direito das Obrigações*, Vol. I (Almedina, 2008).

Axel Metzger, 'Data as Counter-Performance: What Rights and Duties do Parties Have?' JIPITEC [2017], pp. 2-8.

Axel Metzger (ed), *Free and Open Source Software (FOSS) and other Alternative License Models: A Comparative Analysis* (Springer, 2016).

Baptista Machado, *Introdução ao Direito e ao Discurso Legitimador* (Almedina, 2007).

Benedita Mac Crorie, *Os Limites da Renúncia a Direitos Fundamentais nas Relações entre Particulares* (Almedina, 2013).

Bert-Japp Koops/Mireille Hildebrandt/David-Oliver Jaquet-Chiffelle, 'Bridging the Accountability Gap: Rights for New Entities in the Infor-

mation Society?', Minnesota Journal of Law, Science & Technology 11 (2) (2010), pp. 497-561.

Bjorn Lundqvist, *Standards in EU Competition Law and US Antitrust Law* (EE, 2014).

Brandão Proença, *A conduta do Lesado como Pressuposto e Critério de Imputação do Dano Extracontratual* (Almedina, 1997).

___, *Lições de Cumprimento e Não Cumprimento das Obrigações* (Coimbra Editora, 2011).

Bryant Walker Smith, 'Lawyers and engineers should speak the same robot language', *in* Ryan Calo/Michael Froomkin/Ian Kerr (eds.), *Robot Law*, (EE, 2016), pp. 78-101.

Bryant Walker Smith, 'Regulation and the Risk of Inaction', *in* Markus Maurer, *et al.* (eds.), *Autonomes Fahren* (Springer Vieweg, 2015) pp. 593-609.

Calvão da Silva, *Responsabilidade Civil do Produtor* (Almedina, 1990).

Carl Benedikt Frey/Michael Osborne, *The Future of Employment: How susceptible are jobs to computerisation?* (2013), disponível em <http://www.oxfordmartin.ox.ac.uk/publications/view/1314>.

Carneiro da Frada, *Contrato e deveres de protecção* (Coimbra, 1994).

___, *Direito Civil e Responsabilidade Civil: O método do caso* (Almedina, 2006).

___, *Teoria da Confiança e Responsabilidade Civil* (Almedina, 2004).

___, '"Vinho Novo em odres Velhos"? A responsabilidade civil das "operadoras de *Internet*" e a doutrina comum da imputação dos danos', ROA [1999], pp.665-692.

Catherine Barnard, *The Substantive Law of the EU: The four freedoms* (OUP, 2016).

Cees van Dam, *European Tort Law* (OUP, 2013).

Christopher Stone, 'Should Trees Have Standing? — Towards Legal Rights for Natural', Southrtn California Law Review (1972), pp. 450--501.

Cláudia Santos Madaleno, *A Responsabilidade Obrigacional Objetiva por Fato de Outrem* (policopiado, 2014).

Clara Sottomayor, 'A Responsabilidade Civil dos Pais pelos factos ilícitos praticados pelos filhos menores', BFDUC [1995], pp. 403-468.

COLIN R. DAVIES, 'An Evolutionary Step in Intellectual Property Rights: Artificial Intelligence and Intellectual Property', Computer Law & Security Review, Vol. 27 (6) (2011), pp. 601-619.

CORNISH/LLEWELYN/APLIN, *Intellectual Property: Patents, Copyright, Trade Marks and Allied Rights* (Sweet & Maxwell, 2010).

CURTIS KARNOW, 'The application of traditional tort theory to embodied machine intelligence', *in* RYAN CALO/MICHAEL FROOMKIN/IAN KERR (eds.), *Robot Law*, (EE, 2016), pp. 51-77.

___, 'Liability for Distributed Artificial Intelligences', Berkeley Technology Law Journal (1996), pp. 147-204.

DARON ACEMOGLU/PASCUAL RESTREPO, 'Robots and Jobs: Evidence from US Labor Markets'(2017), *in* <https://irs.princeton.edu/sites/irs/files/event/uploads/robots_and_jobs_march_3.17.2017_final.pdf>.

DAVID COLLINGRIDGE, *The social control of technology* (St. Martin's Press, 1980).

DAVID LEVY, 'The Ethics of Robot Prostitutes', *in* PATRICK LIN/KEITH ABNEY/ /GEORGE A. BEKEY (eds.), *Robot Ethics: The Ethical and Social Implications of Robotics* (MIT Press, 2011), pp. 223-231.

___, *Love and Sex with Robots* (Harper, 2008).

DAVID SILVA RAMALHO, *Métodos Ocultos de Investigação Criminal em Ambiente Digital* (Almedina, 2017).

DAVID TELYAS, *The Interface between Competition Law, Patents and Technical Standards* (Wolters Kluwer, 2014).

DIANA MONTENEGRO DA SILVEIRA, *Responsabilidade Civil por Danos Causados por Medicamentos Defeituosos* (Coimbra Editora, 2010).

DIOGO COSTA GONÇALVES, 'Personalidade *vs.* Capacidade Jurídica — Um Regresso Ao Monismo Conceptual?', ROA [2015], pp. 121-150.

___, *Pessoa Coletiva e Sociedades Comerciais* (Almedina, 2016).

EDWARD EVANS, *The Criminal Prosecution and Capital Punishment of Animals* (W. Heinemann, 1906).

ERIC HILGENDORF/SVEN HÖTITZSCH/LENNART LUTZ (eds.), *Rechtliche Aspekte automatisierter Fahrzeuge* (Nomos, 2015).

ESTHER COHEN, 'Law, Folklore and Animal Lore', Past and Present (1986), pp. 6-37.

ESTELLE DERCLAYE, 'Happy IP: replacing the law and economics justification for intellectual property rights with a well-being approach', EIPR [2015], pp. 197-209.

F. Patrick Hubbard, 'Allocating the risk of physical injury form "sophisticated robots": Efficiency, fairness, and innovation', *in* Ryan Calo/ /Michael Froomkin/Ian Kerr (eds.), *ob. cit.*, pp. 25-50.

Fabrice Defferrard (dir.), *Le droit saisi par la science-fiction* (Mare & Martin, 2017).

Francisco Andrade/Davide Carneiro/Paulo Novais, 'A Inteligência Artificial na resolução de conflitos em linha', Scientia Ivridica", n.º 321 (2010), pp. 137-164.

Francisco Pacheco de Andrade, '"Agentes" de Software e o Instituto da Representação', *in* AAVV, *Estudos em Comemoração dos 20 Anos da Escola de Direito da Universidade do Minho* (Coimbra Editora, 2014), pp. 295-313.

Frank Douma/Sarah Aue Palodichuk, '"But Officer, it wasn't my fault…, the car did it!": Criminal Liability Issues Created by Autonomous Vehicles', Santa Clara Law Review 52 (2012), pp. 1157-1169.

Fernando Araújo, *A Hora dos Direitos dos Animais* (Almedina, 2003).

Fernando Torrão, *Societas Delinquere Potest? — Da Responsabilidade Individual e Colectiva nos "Crimes de Empresa"* (Almedina, 2010).

Figueiredo Dias, *Liberdade, Culpa, Direito Penal* (Coimbra Editora, 1995).

___, 'Sobre o Sistema do Facto Punível', *in* AAVV, *Estudos em Homenagem a António Barbosa de Melo* (Almedina, 2013), pp. 405-421.

Gabriel Hallevy, *Liability for Crimes Involving Artificial Intelligence Systems* (Springer, 2014).

___, 'The Criminal Liability of Artificial Intelligence Entities — From Science Fiction to Legal Social Control', Akron Intellectual Property Journal (2010), pp. 171-201.

Gary S. Becker/Julio Jorge Elías, 'Introducing Incentives in the Market for Live and Cadaveric Organ Donations', Journal of Economic Perspectives (2007), pp. 3-24.

George A. Bekey 'Current Trends in Robotics: Technology and Ehtics', *in* Patrick Lin/Keith Abney/George A. Bekey (eds.), *Robot Ethics: The Ethical and Social Implications of Robotics* (MIT Press, 2011), pp. 17-34.

Germano Marques da Silva, *Responsabilidade Penal das Sociedades e dos seus Administradores e Representantes* (Editorial Verbo, 2009).

Giovanni Sartor, 'Cognitive automata and the law: electronic contracting and the intentionality of software agents', Artificial Intellegence and the Law 17 (2009), pp. 253-290.

Glenda Shaw-Garlock, 'Looking forward to sociable robots', International Journal of Social Robotics 1 (3) (2009), pp. 249-260.

Grégoire Chamayou, *Drone Theory* (Penguin, 2013).

Gunther Teubner, *Rights of Non-humans? Electronic Agents and Animals as New Actors in Politics and Law* (Max Weber Lecture, 2007).

Harry Surden, 'Computable Contracts', UC Davis Law Review 46 (2012), pp. 629-700.

Henriëtte Nakad-Weststrate, *et. al.*, 'Digitally Produced Judgements in Modern Court Proceedings', International Journal of Digital Society, Vol. 6 (4) (2015), pp. 1102-1112.

Henrique Sousa Antunes, *Responsabilidade civil dos obrigados à vigilância de pessoa naturalmente incapaz* (UCE, 2000).

Herbert Zech, 'Daten als Wirtschaftsgut — Überlegungen zu einem "Recht des Datenerzeugers"', CR [2015], pp. 137-146.

___, '„Industrie 4.0" — Rechtsrahmen für eine Datenwirtschaft im digitalen Binnenmarkt', GRUR [2015], pp. 1151-1160.

___, *Information als Schutzgegenstand* (Mohr Siebeck, 2012).

Horst-Peter Götting, *Gewerblicher Rechtsschutz* (C.H. Beck, 2014).

Ian Kerr/Katie Szilagyi, 'Asleep at the switch? How killer robots become a force multiplier of military necessity', *in* Ryan Calo/Michael Froomkin/Ian Kerr (eds.), *Robot Law* (EE, 2016), pp. 333-366.

Ignacio Gallego Domínguez, *Responsabilidad Civil Extracontractual por Daños Causados por Animales* (J. M. Bosch, 1997).

Inocêncio Galvão Telles, *Direito das Obrigações* (Coimbra Editora, 2010).

Jacqueline Lipton, *Rethinking Cyberlaw: A New Vision for Internet Law* (EE, 2015).

Jack Boeglin, 'The Costs of Self-Driving Cars: Reconciling Freedom and Privacy with Tort Liability in Autonomous Vehicle Regulation', Yale Journal of Law & Technology 12 (2015), pp. 171-203.

Jack Copeland, *Artificial Intelligence: A Philosophical Introduction* (Wiley, 1993).

Jae Hun Park, *Patents and Industry Standards* (EE, 2013).

James Boyle, *Endowed by Their Creator? The Future of Constitutional Personhood* (Brookings, 2011).

James Grimmelmann, 'Copyright for Literate Robots', Iowa Law Review (2016), pp. 657-681.

James J. Hughes, 'A Strategic Opening for a Basic Income Guarantee in the Global Crisis Being Created by AI, Robots, Desktop Manufacturing and BioMedicine', Journal of Evolution and Technology, Vol. 24 (1) (2014), pp. 45-61.

Jan Dirk Harke, 'Sklavenhalterhaftung in Rom', *in* Sabine Gless/Kurt Seelmann (eds.), *Intelligente Agenten und das Recht* (Nomos, 2016), pp. 97-117.

Janice M. Mueller, *Patent Law* (Wolters Kluwer, 2009).

Jap van den Herik, *Kunnen Computers Rechtspreken?* (Gouda Quint, 1991).

Jason Borentstein/Yvette Pearson, 'Robot Caregivers: Ethical Issues across the Human Lifespan', *in* Patrick Lin/Keith Abney/George A. Bekey (eds.), *Robot Ethics: The Ethical and Social Implications of Robotics* (MIT Press, 2011), pp. 251-265.

Jason Millar/Ian Kerr, 'Delegation, relinquishment, and responsability: The prospect of expert robots', *in* Ryan Calo/Michael Froomkin/Ian Kerr (eds.), *Robot Law* (EE, 2016), pp. 102-127.

Jesús Mercader Uguina, 'La robotización y el futuro del trabajo', Trabajo y Derecho 27 (2017), pp. 13-24.

John Maynard Keynes, 'Economic Possibilities for our Grandchildren' (1930), *in* John Maynard Keynes, *Essays in Persuasion* (W. W. Norton & Co. 1963).

Jonathan Klick/Joshua D. Wright, 'Grocery Bag Bans and Foodborne Illness', disponível em <https://ssrn.com/abstract=2196481>.

Jorge L. Contreras, 'Patents, Technical Standards and Standards-Setting Organizations: A Survey of the Empirical, Legal and Economics Literature', disponível em <https://ssrn.com/abstract=2641569>.

Jorge Morais de Carvalho, *Manual de Direito do Consumo* (Almedina, 2017).

Jorge Pereira da Silva, *Deveres do Estado de Protecção de Direitos Fundamentais* (UCE, 2015).

José Alberto Vieira, 'Obras geradas por computador e direito de autor', *in* AAVV, *Direito da Sociedade da Informação*, Vol. II (Coimbra Editora, 2001), pp. 113-144.

José Rosa Cortina, *Responsabilidad civil por daños causados por menores: Asepctos subsantivos y procesales* (Tirant lo blanch, 2012).

Josef Drexl, *et al.*, 'Data Ownership and Acces to Data: Position Statement of the Max Planck Institute for Innovation and Competition of 16

August 2016 on the current european debate' (2016), disponível em <https://ssrn.com/abstract=2833165>.

Júlio Gomes, 'Responsabilidade subjectiva e responsabilidade objectiva', RDE [1987], pp. 97-123.

Justin Hughes, *The Philosophy of Intellectual Property*, Georgetown Law Journal 77 (1989), pp. 287-366.

Karl Mathia, *Robotics for Electronics Manufacturing* (CUP, 2010).

Larry Eliot, 'The new robot revolution will take the boss's job, not the gardener's' (22 Janeiro, 2017), *in* <https://www.theguardian.com/business/economics-blog/2017/jan/22/the-new-robot-revolution-will-take-the-bosss-job-not-the-gardeners>.

K. F. Milde, 'Can a Computer be an 'Author' or 'Inventor'', Journal of the Patent Office Society, Vol. 51 (6) (1969), pp. 378-405.

Kalin Hristov, 'Artificial Intelligence and the Copyright Dilemma', IDEA Vol. 57 (3) (2017), pp. 431-454.

Kate Darling, 'Extending legal protection to social robots: The effect of anthropomorphism, empathy, and violent behavior towards robotic objects', *in* Ryan Calo/Michael Froomkin/Ian Kerr (eds.), *Robot Law* (EE, 2016), pp. 213-231.

Kristen Thomas, 'Examining the constitutionality of robot-enhanced interrogation', *in* Ryan Calo/Michael Froomkin/Ian Kerr (eds.), *Robot Law* (EE, 2016), pp. 306-329.

Lawrence Lessig, 'The Law of the Horse: What Cyberlaw Might Teach', Harvard Law Review [1999], pp. 501-546.

Lawrence Solum, 'Legal Personhood for Artificial Intelligences', North Carolina Law Review (1992), pp. 1231-1287.

Lionel Bently/Brad Sherman, *Intellectual Property Law* (OUP, 2014).

Lisa A. Shay, *et. al.*, 'Do Robots dream of electric laws? An experiment in the law as algorithm', *in* Ryan Calo/Michael Froomkin/Ian Kerr (eds.), *Robot Law* (EE, 2016), pp. 274-305.

Lisa A. Shay, *et al.*, 'Confronting automated law enforcement', *in* Ryan Calo/Michael Froomkin/Ian Kerr (eds.), *Robot Law* (EE, 2016), pp. 235-273.

Lisa Blechschmitt, *Die straf — und zivilrechtliche Haftung des Arztes beim Einsatz roboterassistierter Chirurgie* (Nomos, 2017).

Maarten Truyens/Patrick van Eecke, 'Surprised by Embedded Assumptions: The Online Sector's Troubled Relationship with EU Case Law', CRi 1/2016, pp. 1-10.

Mafalda Miranda Barbosa, 'A recente alteração legislativa em matéria de proteção dos animais: apreciação crítica' Revista de Direito Civil, n.º 1 (2017), pp. 47-74.

___, *Liberdade vs. Responsabilidade: A precaução como fundamento da imputação delitual?* (Almedina, 2006).

___, 'Reflexões em torno da responsabilidade civil: teleologia e teleonomologia em debate', BFDUC [2005], pp. 511-600.

___, *Responsabilidade Civil Extracontratual: Novas Perspetivas em Matéria de Nexo de Causalidade* (Principia, 2014).

Maria da Graça Trigo, *Responsabilidade Civil: Temas Especiais* (UCE, 2015).

___, *Responsabilidade Civil Delitual Por Facto de Terceiro* (Coimbra Editora, 2009).

Mark Fenwick/Wulf A. Kaal/Erik P.M. Vermeulen, 'Regulation Tomorrow: What Happens When Technology is Faster than the Law?', disponível em <https://ssrn.com/abstract=2834531>.

Markus Maurer, *et al.*, (eds.), *Autonomes Fahren* (Springer Vieweg, 2015).

Martin Ford, *The Rise of the Robots: Technology and the Threat of Mass Unemployment* (Oneworld Publications, 2015).

Maura R. Grossman/Gordon V. Cormack, 'Technology-assisted review in e-discovery can be more effective and more efficient than exhaustive manual review', Richmond Journal of Law and Technology 17 (3) (2011), pp. 1-48.

Matthias Scheutz, 'The Inherent Dangers of Unidirectional Emotional Bonds between Humans and Social Robots', *in* Patrick Lin/Keith Abney/George A. Bekey (eds.), *Robot Ethics: The Ethical and Social Implications of Robotics* (MIT Press, 2011), pp. 203-221.

Maurice E. Stucke/Ariel Ezrachi, 'Artificial Intelligence & Collusion: When Computers Inhibit Competition', disponível em <http://ssrn.com/abstract=2591874>.

Menezes Cordeiro, *Tratado De Direito Civil*, Vol. I (Almedina, 2012).

Michael Dorner, 'Big Data und „Dateneigentum". Grundfragen des modernen Daten-und Informationshandels', CR [2014], pp. 617-628.

Michael l. Rustad, *Global Internet Law in a Nutsehll* (West, 2012).

Miguel Marques Vieira, 'A autonomia privada na contratação electrónica sem intervenção humana', *in* Diogo Leite de Campos (coord.), *Estudos sobre o Direito das Pessoas* (Almedina, 2007), pp. 179-202.

Mislav Mataija, *Private Regulation and the Internal Market: Sports, Legal Services, and Standard Setting in EU Economic Law* (OUP, 2016).

Moitinho de Almeida, 'O Contrato de seguro', CdP n.º 51 (2015), pp. 26-36.

Nathalie Nevejans, *European civil Law Rules in Robotics: Study* (Juri, 2016).

Neelie Kroes, 'Robots and Other Cognitive Systems: Challenges and European Responses', Philosophy & Technology (2011), pp. 355-357.

Neil Richards/William Smart, 'How should the law think about robots?', *in* Ryan Calo/Michael Froomkin/Ian Kerr (eds.), *Robot Law* (EE, 2016), pp. 3-22.

Nick Bostrom, 'A History Of Transhumanist Thought', Journal of Evolution and Technology 14 (2005), pp. 1-25.

Noel Sharkey/Amanda Sharkey, 'The Rights and Wrongs of Robot Care', *in* Patrick Lin/Keith Abney/George A. Bekey (eds.), *Robot Ethics: The Ethical and Social Implications of Robotics* (MIT Press, 2011) pp. 267-282.

Nuno Pinto de Oliveira, 'Responsabilidade Objectiva', CdP n.º especial 2 (2012), pp. 107-121.

Nuno Sousa e Silva, 'A Internet — um objecto para o Direito Administrativo Global?', Revista de Direito Público n.º 13 (2015), pp. 47-69.

___, 'A protecção das topografias de produtos semicondutores — apreciação crítica', CdP n.º 45 (2014), pp. 19-31.

___, 'Book Review: Robot Law'*SCRIPTed* (2016) 13:2, pp. 210-214.

___, 'Direitos conexos (ao direito de autor)', ROA [2016], pp. 335-445.

___, *The Ownership Problems of Overlaps in European Intellectual Property Law* (Nomos, 2014).

___, 'Uma introdução ao direito de autor europeu', ROA [2013], pp. 1331--1387.

___, 'Um retrato do regime português dos segredos de negócio', ROA [2015], pp. 223-257.

Nils Melzer, *Targeted Killing in International Law* (OUP, 2008).

Norbert Reich, 'Product Liability and Beyond: An Exercise, *in* 'Gap-Filling'', ERPL [2016], pp. 619-643.

Norman B. Thot, *Elektronischer Vertragsschluß — Ablauf und Konsequenzen: Ein Rechtsvergleich zwischen dem amerikanischen und dem deutschen Recht* (Peter Lang, 2000).

Oehen Mendes, 'Obra literária e artística — fronteiras', ADI XVI (1994-95), pp. 163-170.

Orlando De Carvalho, *Direito das coisas* (Coimbra Editora, 2012).

Pamela Grey, *Artificial Legal Intelligence* (Dartmouth, 1996).

Patrícia Cordeiro da Costa, *Causalidade, Dano e Prova: A Incerteza na Responsabilidade Civil* (Almedina, 2016).

Patrick Lin, 'Introduction to Robot Ethics', *in* Patrick Lin/Keith Abney/ /George A. Bekey (eds.), *Robot Ethics: The Ethical and Social Implications of Robotics* (MIT Press, 2011), pp. 3-15.

Patrick Lin, 'Why Ethics Matters for Autonomous Cars', *in* Markus Maurer, *et al.*, (eds.), *Autonomes Fahren* (Springer Vieweg, 2015), pp. 69-85.

Patrick Lin/Keith Abney/George A. Bekey (eds.), *Robot Ethics: The Ethical and Social Implications of Robotics* (MIT Press, 2011).

Paula Costa e Silva, 'A contratação automatizada', *in* AAVV, *Direito da Sociedade da Informação*, Vol. IV (Coimbra Editora, 2003), pp. 289-305.

Paula Meira Lourenço, *A função punitiva da Responsabilidade Civil* (Coimbra Editora, 2006).

Paulo Mota Pinto, *Interesse Contratual Positivo e Interesse Contratual Negativo*, Vol. II (Coimbra Editora, 2007).

___, 'O Direito ao Livre Desenvolvimento da Personalidade', *in* AAVV, *Portugal-Brasil Ano 2000* (Coimbra Editora, 1999), pp. 149-246.

Paulo de Sousa Mendes, 'A Responsabilidade de Pessoas Colectivas no Âmbito da Criminalidade Informática em Portugal', *in* AAVV, *Direito da Sociedade da Informação*, Vol. IV (Coimbra Editora, 2003), pp. 385-404.

Pedro Sousa e Silva, *Direito Industrial* (Coimbra Editora, 2011).

Peter Asaro, '*Jus nascendi*, robotic weapons and the Martens Clause', *in* Ryan Calo/Michael Froomkin/Ian Kerr (eds.), *Robot Law*, (EE, 2016), pp. 367-386.

Peter Blok, 'The inventor's new tool: artificial intelligence — how does it fit in the European patent system?', EIPR [2017], pp. 69-73.

Peter H. Kahn, Jr., *et. al.*, 'The New Ontological Category Hypothesis in Human-Robot Interaction' HRI '11 Proceedings of the 6.th international conference on Human-robot interaction, pp. 159-160.

PETER PICHT, *Strategisches Verhalten bei der Nutzung von Patenten in Standardisierungsverfahren aus der Sicht des europäischen Kartellrechts* (Springer, 2014).

PETER WAHLGREN, *Automation of Legal Reasoning* (Kluwer Law, 1992).

PETER W. SINGER, *Wired For War: The Robotics Revolution and Conflict in the 21.st Century* (Penguin, 2009).

PHIL MCNALLY/SOHAIL INAYATULLAH, 'The Rights of Robots: Technology, Culture and Law in the 21.st Century', Futures 20 (2) (1988), pp. 119--136.

PINTO MONTEIRO, 'Interpretação e o protagonismo da doutrina', RLJ 3995 (2015), pp. 66-77.

PINTO MONTEIRO/JÖRG NEUNER/INGO WOLFGANG SARLET (eds.), *Direitos Fundamentais e Direito Privado: Uma perspectiva de Direito Comparado* (Almedina, 2007).

RABINDRANATH CAPELO DE SOUSA, *O Direito Geral de Personalidade* (Coimbra Editora, 2011).

REMÉDIO MARQUES, *Biotecnologias e Propriedade Intelectual*, Vol. I (Almedina, 2007).

RICHARD POSNER, *Law and Literature* (Harvard University Press, 2009).

RICHARD E. SUSSKIND, *Expert Systems in Law: A Jurisprudential Inquiry* (Clarendon, 1987).

___, *Tomorrow's Lawyers: An Introduction to Your Future* (OUP, 2013).

RICHARD THALER/CASS SUNSTEIN, *Nudge* (Penguin, 2009).

ROB SPARROW, 'Can Machines Be People? Reflections on the Turing Triage Test', *in* PATRICK LIN/KEITH ABNEY/GEORGE A. BEKEY (eds.), *Robot Ethics: The Ethical and Social Implications of Robotics* (MIT Press, 2011), pp. 301-315.

ROBERT MERGES, *Justifying Intellectual Property* (Harvard University Press, 2011).

RUI MASCARENHAS DE ATAÍDE, *Responsabilidade Civil por Violação de Deveres no Tráfego* (Almedina, 2015).

RUI PINTO DUARTE, 'Considerações sobre Níveis de Regulação e Conceitos Legais a Propósito das Sociedades Comerciais', *in* Cadernos do Mercado de Valores Mobiliários, *Ensaios de Homenagem a Amadeu Ferreira*, Vol. I (2015), pp. 93-107.

Ryan Abbott, 'I Think, Therefore I Invent: Creative Computers and the Future of Patent Law', Boston College Law Review, Vol. 57 (4) (2016), pp. 1079-1126.

Ryan Calo, 'Robotics and the Lessons of Cyberlaw', California Law Review 103 (2015), pp. 513-563.

___, 'Robots and Privacy', *in* Patrick Lin/Keith Abney/George A. Bekey (eds.), *Robot Ethics: The Ethical and Social Implications of Robotics* (MIT Press, 2011), pp. 187- 201.

___, 'Robots as Legal Metaphors', Harvard Journal of Law & Technology (2016), pp. 209-237.

T. Bench-Capon, *et al.*, 'A history of AI and Law in 50 papers: 25 years of the international conference on AI and Law', Artificial Intelligence Vol. 20 (3) (2012), pp. 215-319.

Saldanha Sanches, 'A Regulação: História Breve de um Conceito', ROA [2000], pp. 5-22.

Sam N. Lehman-Wilzig, 'Frankenstein unbound: Towards a legal definition of artificial intelligence', Futures 13 (6) (1981), pp. 442-457.

Samir Chopra/Laurence White, *A legal theory for autonomous artificial agents* (University of Michigan Press, 2011).

Santos Júnior, *Da Responsabilidade Civil de Terceiro por Lesão de Crédito* (Almedina, 2003).

Santos Justo, 'A escravatura em Roma', BFDUC [1997], pp. 19-33.

Sinziana M. Gutiu, 'The roboticization of consent', *in* Ryan Calo/Michael Froomkin/Ian Kerr (eds.), *Robot Law*, (EE, 2016), pp. 186-212.

Sven A. Beiker, 'Legal Aspects of Autonomous Driving: The need for a legal infrastructure that permits autonomous driving in public to maximize safety and consumer benefit', Santa Clara Law Review 52 (2012), pp. 1145-1156.

Shawn Bayern, *et al.*, 'Company Law and Autonomous Systems: A Blueprint for Lawyers, Entrepreneurs, and Regulators', Hastings Science and Technology Law Journal (2017) (no prelo).

Shawn Bayern, 'The Implications of Modern Business-Entity Law for the Regulation of Autonomous Systems', Stanford Technology Law Review 19 (2015), pp. 93-112.

Susanne Horner/Markus Kaulartz, 'Haftung 4.0. — Verschiebung des Sorgfaltsmaßstabs bei Herstellung und Nutzung autonomer Systeme', CR 1/2016, pp. 7-14.

THOMAS DREIER/INDRA SPIECKER, 'Legal aspects of service robotics', Poiesies Prax (2012), pp. 201-217.

THOMAS HOEREN, 'Big data and the ownership in data: recent developments in Europe', EIPR [2014], pp. 751-754.

THOMAS E. SIMMONS, 'Sexbots; An Obloquy', Wisconsin Law Review Forward [2016], pp. 45-53.

UGO PAGALLO, 'Robots of Just War: A Legal Perspective', Philosophy & Technology 24(3) (2011), pp. 307-323.

___, *The Laws of Robots: Crimes, Contracts, and Torts* (Springer, 2013).

VALERIO TORTI, *Intellectual Property Rights and Competition in Standard Setting: Objectives and tensions* (Routledge, 2015).

VIEIRA DE ANDRADE, *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976* (Almedina, 2012).

VISA A.J. KURKI/TOMASZ PIETRZYKOWSKI (eds.), *Legal Personhood: Animals, Artificial Intelligence and the Unborn* (Springer, 2017).

WILLIAM EWALD, 'Comparative Jurisprudence (I): What Was it Like to Try a Rat', University of Pennysalvia Law Review (1995), pp. 1889-2149.

WILLIAM WARWICK BUCKLAND, *The Roman Law of Slavery: The Condition of the Slave in Private Law From Augustus to Justinian* (CUP, 2010).

WOLFGANG KERBER, 'A New (Intellectual) Property Right dor Non-Personal Data? An Economic Analysis', GRUR Int [2016], pp. 989-998.

XAVIER OBERSON, 'Taxing Robots? From the Emergence of an Electronic Ability to Pay to a Tax on Robots or the Use of Robots', World Tax Journal, Vol. 9 (2) (2017).

OS EFEITOS SUBSTANTIVOS DO REGISTO PREDIAL

Por Rui Paulo Coutinho de Mascarenhas Ataíde(*)

Sumário:

1. Considerações introdutórias. O sistema do título e o princípio da publicidade. **2.** O escopo prosseguido pelo Registo Predial. A fé pública registal. **3.** A interferência do registo sobre a situação substantiva. **4.** Efeito presuntivo. **5.** Efeito constitutivo. **6.** Efeito consolidativo. **7.** Efeito meramente enunciativo. **8.** Efeito atributivo ou aquisitivo (aquisição tabular). *8.1.* Registo incompleto com aquisição de direitos incompatíveis a um autor comum. A solução adoptada pelo art. 5.º, n.º 4, CRP. 8.1.1. A conturbada evolução do conceito de terceiros na doutrina e jurisprudência portuguesas. Orientação adoptada. *8.1.2.* A evolução posterior ao acórdão de uniformização de Maio de 1999. *8.2.* Subaquisição com nulidade registal (artigo 17.º, n.º 2, CRP). *8.3.* Subaquisição com registo inexacto (artigo 122.º, CRP). *8.4.* Subaquisição com invalidade substantiva (artigo 291.º, CC). **9.** Análise conclusiva dos casos de aquisição tabular. Significado dogmático.

1. Considerações introdutórias. O sistema do título e o princípio da publicidade

Em Portugal, a aquisição dos direitos reais obedece ao sistema do título. Para que o *jus in re* se constitua ou transmita, é necessário que exista um fundamento jurídico, uma causa que jus-

---

(*) Professor Auxiliar da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa.

tifique esses efeitos. Em princípio, são abrangidas todas as razões em que se funda a aquisição de um direito real, quer se trate da lei (art. 704.º, CC, que se ocupa da hipoteca legal), de sentença (art. 710.º, n.º 1, CC, que dispõe sobre a hipoteca judicial) ou *maxime* de um acto jurídico, mormente, o contrato (art. 408.º, n.º 1, CC), em que o consenso desencadeia a produção desses efeitos([1]).

Como, por um lado, a verificação dos referidos efeitos reais depende fundamentalmente do consenso negocial anónimo mas, por outro lado, os direitos reais são na génese oponíveis *erga omnes*, é necessário garantir a sua cognoscibilidade por terceiros, nomeadamente, quando tenham por objecto bens de maior significado económico e social. O princípio da consensualidade carece assim de complementação pelo princípio da publicidade, que se apoia em dois pilares: a publicidade espontânea, assegurada pela posse e a publicidade organizada, veiculada pelos diversos sistemas de registos públicos, os quais fazem parte da chamada administração pública de Direito Privado, inserindo-se no conjunto de normas que regem a organização e funcionamento dos serviços públicos que certificam e dão fé pública a determinadas situações e actos jurídicos de natureza privada, que carecem, para proteção de terceiros, de publicidade adequada. Em atenção ao objecto do tema, apenas o registo predial irá concitar a nossa atenção.

Com efeito, a particular importância histórica associada à propriedade imobiliária, explica que, desde tempos imemoriais, tenham sido congeminados procedimentos específicos que antecederam os actuais sistemas de registo, destinados a assegurar o conhecimento da situação jurídica dos prédios, designadamente, os seus titulares e os eventuais ónus que existam, de forma a impedir disposições *a non domino* e evitar encargos ocultos que possam entravar a circulação dos bens.

No rigor dos termos, a vigência do sistema do título, ancorado na consensualidade, implicaria que o registo conhecesse uma função meramente declarativa, limitando-se a dar notícia dos factos jurídicos substantivos sobre que incide, uma vez que a sua consti-

---

([1]) Sobre o que se deva entender por "título" no presente contexto, ORLANDO DE CARVALHO, *Direito das Coisas*, Coimbra, Coimbra Editora, 2012, pp. 196-197 (nota 70) e 200.

tuição e eficácia já estão asseguradas pela validade do próprio título. Essa função básica do registo pode ser contudo perturbada por variadas vicissitudes patológicas, que afectem os próprios actos de registo ou as situações materiais subjacentes, criando-se então dilemas cuja solução obriga a conferir ao registo efeitos que se situam para além do referido carácter declarativo.

Com efeito, e sem aprofundar por agora todo o manancial de casos abrangidos, pode haver actos substantivos que não sejam levados ao registo, assim como este pode sofrer de vícios próprios, à semelhança de qualquer outro acto jurídico. Em qualquer dos casos, terceiros de boa-fé podem ser induzidos a desenvolver uma actuação jurídica baseada nessas anomalias, obrigando então os sistemas de registo a tomar uma decisão jurídica delicada: ou optam pelo primado da realidade substantiva, desamparando os que confiaram no registo ou pelo contrário fazem prevalecer a realidade registal, em detrimento dos sujeitos que beneficiam das situações substantivas. O modo de resolução de tais patologias pode assim implicar que o sistema de registo seja chamado a desempenhar funções que transcendem largamente a simples notícia dos factos inscritos.

2. O escopo prosseguido pelo Registo Predial. A fé pública registal

Conforme estabelece o art. 1.º, CRP, o registo predial propõe-se defender a segurança do comércio jurídico imobiliário, assegurando para esse efeito a publicidade organizada de um determinado conjunto de factos respeitantes à situação jurídica dos prédios.

A prossecução desse propósito exige que a lei atribua uma especial força jurídica às inscrições registais, vulgarmente designada por **fé pública** e que consiste em garantir aos terceiros que a situação jurídica publicitada existe nos exactos termos em que está registada, ou seja, que há conformidade entre a situação material e a inscrição registal, de tal forma que os elementos lançados no registo podem ser tidos como verdadeiros, exactos e completos por

todos aqueles que se proponham adquirir direitos sobre os prédios, posto que a final tais elementos se revelem inexactos ou estejam incompletos. A existência de fé pública significa, pois, que as inscrições registais beneficiam de uma **presunção legal de verdade, exactidão e completude**(2).

De todo o modo, ainda que a fé pública registal esteja consagrada em todos os sistemas de registo, a extensão efectiva da sua protecção é variável, dependendo da resposta dada pelas diferentes ordens jurídicas a três hipóteses fundamentais de discrepância entre a situação registada e a que realmente existe, sob o ponto de vista dos terceiros de boa-fé(3):

1.ª) Podem os terceiros de boa-fé confiar que o direito pertence à pessoa em nome de quem o facto foi inscrito, ainda que de facto essa pessoa não seja o efectivo titular substantivo ou, pelo contrário, poderá este verdadeiro titular opor a situação material não registada ao terceiro de boa-fé?

2.ª) Podem os terceiros de boa-fé opor uma situação registal que sofra de vícios, designadamente, de nulidade ou inexactidão?

3.ª) Podem os terceiros de boa-fé opor o registo de uma situação material inválida?

A exposição subsequente vai analisar a solução dada pela ordem jurídica portuguesa às interrogações formuladas, tendo em consideração que a existência de fé pública registal implica necessariamente a tutela, em maior ou menor medida, dos interesses

---

(2) Sobre a origem e o significado do princípio da fé pública registal, CLARA SOTTOMAYOR, *Invalidade e Registo. A Protecção do Terceiro Adquirente de Boa-fé*, Almedina, 2010, pp. 237 ss.

(3) Por terceiros de boa-fé, deve entender-se aqueles que desconhecem sem culpa a desconformidade entre a situação material e a registal, designadamente, os vícios que afectam uma ou outra. Como observa HEINRICH EWALD HÖRSTER, *Efeitos do registo — terceiros — aquisição "a non domino"*, RDE, Ano VIII, n.º 1 Janeiro/Junho 1982, p. 128, é sempre a perspectiva do terceiro de boa-fé que baseia as opções e finalidades da lei do registo.

daqueles que basearam a prática dos seus actos na realidade registal, ignorando sem culpa a sua discrepância com a realidade material(4).

3. A interferência do registo sobre a situação substantiva

A resposta às três questões enunciadas, exige uma análise circunstanciada dos diversos tipos de relações, de índole muito variada, que se podem estabelecer entre o registo e as situações materiais que constituem o seu objecto.

Em primeiro lugar, temos as hipóteses em que a inscrição registal se limita a informar sobre a existência da situação jurídica a que se reporta, dizendo-se por isso que se reveste de efeito meramente **enunciativo**, o qual corresponde à chamada publicidade-notícia de que trata a teoria dos registos (art. 5.º, n.º 2, alíneas *a*), *b*) e *c*), CRP)(5).

Ressalvados estes casos, o registo serve, em regra, para reforçar a oponibilidade da correspondente situação substantiva, conhecendo, nessa medida, efeito **consolidativo** (art. 5.º, n.º 1).

Excepcionalmente, o registo é uma condição de existência da própria situação substantiva a que se reporta, assumindo, por conseguinte, eficácia **constitutiva** (art. 4.º, n.º 2).

Reunidos os competentes pressupostos legais, o registo pode gozar inclusive de efeito **aquisitivo** (ou **atributivo**), sempre que implique a aquisição de um direito em desconformidade com a realidade substantiva (art. 291.º, n.º 1, CC e arts. 5.º, n.º 4., 17.º, n.º 2 e 122.º, n.º 2, CRP).

Finalmente, o registo definitivo reveste-se ainda de efeito **presuntivo**, visto ser base da ilação de que o direito existe e per-

---

(4) Assinala Carvalho Fernandes, *Lições de Direitos Reais*, 6.ª ed., Quid Juris, Lisboa, 2009, p. 125, que a fé pública registal tem que envolver uma tutela destes terceiros.

(5) Doravante, os preceitos legais citados sem indicação de fonte, reportam-se ao Código de Registo Predial.

tence ao titular inscrito, nos precisos termos em que se encontra definido pelo registo (art. 7.º).

Verifica-se assim que, com exceção dos casos em que a inscrição tem simples eficácia enunciativa, o registo não se limita, nas demais hipóteses, a dar publicidade ao facto jurídico substantivo que tem por objecto, antes interfere sobre essa realidade, conferindo-lhe **novos atributos materiais** que correspondem aos chamados **efeitos substantivos** do registo predial e que cumpre agora examinar.

4. Efeito presuntivo

A inscrição definitiva faz presumir que o direito existe tal como consta do registo e de que pertence nesses mesmos termos ao titular que aí figura (art. 7.º).

I. Trata-se de uma expressão forte da fé pública registal, que acarreta para o titular inscrito a vantagem preciosa de inverter o ónus da prova (art. 344.º/1), obrigando aquele que impugna o direito registado a provar o facto contrário ao presumido, isto é, que a pessoa em nome de quem o registo está feito não é o titular do direito.

O efeito presuntivo deve ser correlacionado com o princípio da legalidade (art. 68.º), atendendo a que o conservador verifica se o direito foi validamente adquirido, se a atribuição ao respectivo sujeito foi regular e se não contraria outras situações resultantes do registo. Em suma, o registo garante nos termos em que o conservador verificou, embora o controlo efetuado não seja nem possa ser exaustivo, não podendo dar as mesmas garantias que um processo judicial. Importa por isso manter a porta aberta à eventual discrepância com a realidade material, pelo que o valor da presunção legal é meramente relativo, podendo demonstrar-se a incorreção do registo, mediante impugnação em juízo(6).

---

(6) Nestes termos, Oliveira Ascensão, *«Efeitos Substantivos do Registo Predial na Ordem Jurídica Portuguesa»*, ROA, ano 34, Tomo I-IV, 1974, pp. 17-18.

Se houver conflito com a presunção de titularidade resultante da posse, a presunção fundada em registo só prevalece se for anterior ao início da posse (art. 1268.º/1, CC).

Por outro lado, o efeito presuntivo também vigora no caso de registo nulo, até ser cancelado nos termos do art. 13.º, ao contrário do que sucede no caso de registo inexistente, por força do disposto no art. 15.º/1.

II. Em julgamento de revista ampliada com vista à uniformização de jurisprudência, o Supremo decidiu, por acórdão proferido em 2007, não ser aplicável à ação de impugnação da escritura de justificação notarial, prevista nos arts. 116.º/1, CRP e 89.º e 101.º, CN, a presunção de titularidade do direito, consagrada no art. 7.º([7]).

A decisão não se pode secundar. Baseando-se em considerações de simples senso comum sobre a especial vulnerabilidade das escrituras notariais de justificação a utilizações fraudulentas que permitem ao justificante titular direitos que não possui, lesando assim direitos de terceiros, o STJ restringiu o âmbito literal de aplicação do art. 7.º, sem em momento algum demonstrar, com base nos elementos extraliterais, designadamente, o elemento sistemático e o teleológico, que o legislador disse mais do que queria, tal como é imposto pelos fundamentos comuns que legitimam a interpretação restritiva([8]).

([7]) STJ 04-12-2007, Proc. n.º 07A2464 (Azevedo Ramos), <www.dgsi.pt>. A solução aprovada pelo acórdão de uniformização tem sido respeitada pela jurisprudência mais recente. Assim, STJ 09-07-2015, Processo n.º 448/09.5TCFUN.L1.S1 (Martins de Sousa), <www.dgsi.pt>, STJ 25-06-2015, Proc. n.º 17933/12.4T2SNT.L1.S2 (Abrantes Geraldes), <www.dgsi.pt> e STJ 07-04-2011, Proc. n.º 569/04.0TCSNT.L1.S1 (Serra Baptista), <www.dgsi.pt>.

([8]) Sobre os fundamentos da interpretação restritiva, Miguel Teixeira de Sousa, *Introdução ao Direito*, Coimbra, Almedina, 2012, pp. 377-381.

5. Efeito constitutivo

A publicidade conferida pelo registo diz-se constitutiva quando, antes da sua realização, o facto não produz nenhuns efeitos, quer em relação às próprias partes (ou representantes) e herdeiros, quer em relação a terceiros. Aqui, a publicidade goza de eficácia absoluta, uma vez que, antes de o registo estar realizado, o facto jurídico está desprovido de quaisquer efeitos. Deste modo, o registo faz parte do próprio processo de formação da situação jurídica substantiva.

O único caso, legalmente previsto, de registo imobiliário constitutivo, respeita à hipoteca (que não pode contar com a publicidade resultante da posse), visto que a sua eficácia mesmo entre as próprias partes está sujeita a registo (arts. 687.º, CC e 4.º/2, CRP). Apesar de a terminologia legal apontar para um mero requisito de eficácia, não se pode considerar constituído um direito real que nenhuma eficácia tem antes do registo, mesmo entre as próprias partes(9).

6. Efeito consolidativo

Este efeito está consagrado no art. 5.º, n.º 1, o qual estabelece que os factos sujeitos a registo só produzem efeitos contra terceiros depois da data do respectivo registo.

---

(9) Neste sentido, Oliveira Ascensão, *Direito Civil — Reais*, 5.ª ed. (reimpressão), Coimbra Editora, Coimbra, 2000, p. 358, Carvalho Fernandes, *Lições de Direitos Reais*, pp. 130-131 e Menezes Cordeiro, *Direitos Reais*, Lex, 1993 (reimpressão), p. 281. Em sentido diferente, Isabel Pereira Mendes, *Código do Registo Predial*, Almedina, 17.ª ed., 2009 (nota ao art. 4.º), p. 155, considerando que o registo da hipoteca apenas é constitutivo quando se trate de hipotecas legais e judiciais, enquanto o registo da hipoteca voluntária seria apenas um requisito de eficácia. No mesmo sentido relativamente às hipotecas legais, Pires de Lima/Antunes Varela, *Código Civil Anotado*, Vol. I, p. 726 (nota 1 ao art. 704.º) e Menezes Leitão, *Direitos Reais*, 5.ª ed., Coimbra, Almedina, 2015, p. 423, observando, com razão, que apontam neste sentido os arts. 47.º/1 e 92.º/1, alínea *i*), CRP, ao autorizarem o registo provisório das hipotecas voluntárias ainda antes de titulado o negócio, enquanto o registo corresponde ao próprio facto constitutivo das hipotecas legais e judiciais.

O efeito consolidativo designa o fenómeno de especial oponibilidade conferido à situação substantiva, depois de se proceder ao respectivo registo. Da letra da lei, resulta que o facto, antes do registo, apenas podia ser invocado entre as próprias partes ou seus herdeiros (art. 4.º, n.º 1); feito o assento registal, a situação material também pode ser oposta a terceiros.

Como o art. 5.º, n.º 1, não especifica os terceiros a que se refere, a interpretação literal do preceito aponta para uma noção ampla de terceiros, entendidos como todos aqueles que, nos termos do art. 4.º, n.º 1, não se reconduzem ao conceito de partes ou seus herdeiros. Contudo, o art. 5.º, n.º 4, vem afinal esclarecer que não interessa esse conceito amplo de terceiros, uma vez que, para efeitos de registo, terceiros são apenas as pessoas que tenham adquirido de um autor comum direitos incompatíveis entre si. Deste modo, não estando registada, a situação substantiva só não pode ser oposta a este círculo de terceiros que tenham registado a aquisição que fizeram ao autor comum, conformando assim um caso de **inoponibilidade relativa** que se harmoniza devidamente com o modo de aquisição dos direitos reais em Portugal, ao contrário da exegese literal do art. 5.º, n.º 1, que seria sempre inconciliável com o preceituado no art. 408.º, n.º 1, CC. Com efeito, os direitos reais nascem por mero efeito do contrato, sendo **geneticamente oponíveis aos terceiros em geral**, pelo que a inoponibilidade do facto não registado nunca poderia ser absoluta, sob pena de incorrer em contradição com aquela regra substantiva([10]).

O âmbito da inoponibilidade relativa fixada pelo art. 5.º, n.º 4, compreende-se melhor com algumas demonstrações práticas.

Em primeiro lugar, englobam-se as hipóteses ditas de incompatibilidade **total** ou **absoluta**, por implicarem a preterição de um dos direitos: se **A**, dono do prédio *x*, com inscrição no registo a seu favor, o vender a **B** que não regista a compra e, em seguida, **A** o

---

([10]) Como assinala Oliveira Ascensão, *«Efeitos Substantivos do Registo Predial na Ordem Jurídica Portuguesa»*, pp. 20-21 e 24, o direito real, logo que nasce, é oponível *erga omnes*, embora essa eficácia absoluta possa ser obstada por alguém que, beneficiando da aparência registal, se encontre em posição *incompatível* com a do titular, como já em seguida se explica no texto.

vender novamente a **C** que, ignorando a venda a **B**, procede ao registo da sua aquisição, **B** não poderá opor o seu direito a **C**, apesar de **B** ser o proprietário segundo a ordem jurídica substantiva nos termos conjugados dos arts. 408.º, n.º 1, 1316.º e 1317.º, alínea *a*), CC. Com efeito, o seu direito não é oponível a **C**, em virtude de este ter adquirido de **A** (que é o autor comum a ambos os actos de disposição), um direito incompatível, que registou antes de **B**, desconhecendo a primeira alienação.

Em segundo, também existe incompatibilidade, mas **parcial** ou **relativa**, caso o terceiro tenha adquirido de **autor comum** um direito cujo conteúdo onere, comprima ou de algum modo limite aquele de que é titular a pessoa que o adquiriu validamente nos termos da lei substantiva: se **A**, dono do prédio *x*, com inscrição no registo a seu favor, o vender a **B** que não regista a aquisição e, em seguida, constituir sobre esse prédio, a título oneroso, um usufruto (ou outro direito real menor) a favor de **C**, que regista o facto, também agora a posição jurídica de **C** se sobrepõe ao direito de **B**, apesar de o negócio entre **A** e **C** ser nulo, por se tratar de oneração de coisa alheia. De facto, **C** adquiriu de quem figurava no registo como titular (que é de novo o autor comum a ambos os actos de disposição) e, por outro, ignorando a primitiva alienação, efectuou o registo do negócio antes de **B**, que descurou a sua promoção. Contudo, a consequência é diferente da que se verifica na primeira variante de incompatibilidade, uma vez que a tutela da posição de **C** não implica desta feita a inutilização do direito de **B** mas a sua compressão, dado não existir incompatibilidade total mas apenas parcial. O direito de **B** vai agora subsistir, embora não em termos de propriedade plena mas como propriedade de raiz, onerada pelo encargo constituído em favor de **C**.

Deste modo, o alcance do efeito consolidativo em Portugal acaba por ser bastante reduzido, mantendo-se substancialmente incólume o significado dos princípios da consensualidade e causalidade, uma vez que o adquirente de um direito não registado não só o pode opor eficazmente à contraparte no negócio e aos seus herdeiros nos termos do art. 4.º/1, como ainda a todos os terceiros que sejam titulares de direitos não adquiridos de autor comum (art. 5.º/4) e aos próprios terceiros que tenham adquirido de um

autor comum mas que ainda não registaram essa aquisição. Com efeito, se **A** faz duas vendas sucessivas, primeiro a **B** e depois a **C**, nenhum destes registando a sua aquisição, nem sequer há um conflito de direitos que deva ser dirimido, uma vez que, segundo as regras substantivas pertinentes (art. 408.º, n.º 1, CC), existe somente o direito de **B**. A venda a **C** é nula, em virtude de incidir sobre bens alheios (art. 892.º, CC)([11]).

Consequentemente, a formulação legal acolhida no art. 5.º, n.º 1, é imprópria, por não ser exacto que os factos só produzam efeitos contra terceiros depois do registo. Em rigor, é ao contrário: os direitos reais, quando se constituem em conformidade com as normas substantivas competentes, produzem normalmente efeitos contra os terceiros em geral, apenas deixando de os produzir se os respectivos factos constitutivos não estiverem registados quando os terceiros que adquiriram a um autor comum registarem a sua aquisição. Antes do registo efectuado por estes terceiros, o facto não registado conhecia uma oponibilidade normal que, todavia, cessou, quando tais terceiros efetuaram o registo da sua pseudo aquisição([12]).

7. Efeito meramente enunciativo

Como se observou desde o início, a função precípua do registo consiste em dar publicidade às situações jurídicas substantivas. De todo o modo, há casos em que os assentos registais **apenas** visam esse objectivo, dizendo-se por isso que têm efeito **meramente enunciativo**.

Esses casos estão previstos no art. 5.º, n.º 2, que vem excetuar três grupos de situações do efeito consolidativo consagrado na regra anterior:

([11]) Sobre o reduzido alcance do efeito consolidativo entre nós, Luís Menezes Leitão, *Direitos Reais*, p. 261.

([12]) Considerando que o direito, ainda antes do registo, tem logo eficácia absoluta embora resolúvel, Oliveira Ascensão, *«Efeitos Substantivos do Registo Predial na Ordem Jurídica Portuguesa»*, p. 28 e *Direito Civil — Reais*, p. 362.

a) A aquisição, fundada na usucapião, dos direitos referidos na alínea *a*) do n.º 1 do art. 2.º;

b) As servidões aparentes;

c) Os factos relativos a bens indeterminados, enquanto estes não forem devidamente especificados e determinados.

Nestes casos, a função do registo consiste unicamente em dar a conhecer a situação substantiva, uma vez que o direito pode ser oposto a todos os terceiros ainda que o facto não esteja registado, ao contrário do que sucede no âmbito da solução geral, consagrada no art. 5.º, n.º 1. Trata-se de um caso de mera publicidade-notícia, em virtude de o facto ser logo plenamente eficaz, produzindo já todos os seus efeitos ainda antes e independentemente de ser registado. Deste modo, o registo em nada vem alterar a oponibilidade da situação substantiva, que mantém, após a inscrição, a exacta eficácia de que já dispunha antes de o facto ser registado. Prevê-se, contudo, o registo destes factos de forma a dar a todos a possibilidade de se inteirarem sobre a situação jurídica dos bens([13]).

Por força da alínea *a*), a aquisição fundada em usucapião dos direitos reais de gozo identificados no art. 2.º, n.º 1, pode ser invocada mesmo sem registo e contra qualquer registo *(usucapio contra tabulas)*; ainda que a inscrição registal seja anterior ao início da posse, prevalece sempre o direito adquirido por usucapião, podendo servir, inclusive, para travar uma aquisição tabular. Se **A**, proprietário do prédio *x*, o vender a **B** que não regista e alienar novamente o mesmo prédio a **C**, que regista, este não consegue uma aquisição tabular se **B** demonstrar a usucapião. Aquele que invoca e prova a usucapião, impede o efeito atributivo (*infra*, **8**).

De igual modo, quanto às servidões aparentes (alínea *b*)), uma vez que estas têm a publicidade assegurada pelos sinais visíveis e

---

([13]) Segundo Oliveira Ascensão, *Direito Civil — Reais*, p. 359, é possível generalizar, dizendo que os factos jurídicos reais não negociais não estão em geral sujeitos a registo (como é o caso das preferências legais) e quando o estão, o efeito é enunciativo, como sucede com a posse.

permanentes que as demonstram, os quais permitem o seu conhecimento por terceiros, independentemente do registo.

Tanto no caso de usucapião, como no concernente às servidões aparentes, o carácter meramente enunciativo do registo pode em parte explicar-se em vista da função de publicidade que o sistema reserva à posse.

Já a alínea *c*) decorre do facto de estarem em causa bens indeterminados, não podendo, portanto, incidir sobre eles direitos reais, em consequência forçosa do princípio da especialidade. Logo, a publicidade só pode ser meramente enunciativa. O caso talvez mais significativo que cabe no âmbito desta exceção, é a transmissão *mortis causa*, enquanto se não fizer a partilha(14).

8. Efeito atributivo ou aquisitivo (aquisição tabular)(15)

Diz-se que o registo conhece efeito atributivo quando a inscrição registal, em conjunto com os demais requisitos legalmente exigidos, implica a aquisição de um direito em desconformidade com a realidade substantiva. Nesta medida, o efeito atributivo representa a expressão mais forte da fé pública registal, porquanto significa a prevalência de uma situação registada discrepante da realidade material subjacente, que é postergada.

São quatro as hipóteses legais de efeito atributivo, que cumpre analisar sucessivamente pela ordem apresentada na lei:

— Registo incompleto com aquisição de direitos incompatíveis a um autor comum (art. 5.º, n.os 1 e 4, CRP);

---

(14) Assim, Carlos Ferreira de Almeida, *Publicidade e teoria dos registos*, Coimbra, Almedina, 1966, p. 274.

(15) A expressão "aquisição tabular", que designa aquele que adquire por via do registo, tem origem histórica. Como explica Carlos Ferreira de Almeida, *Publicidade e teoria dos registos*, pp. 121-12, no direito babilónico a propriedade imobiliária costumava ser marcada por pedras, nas quais se transcrevia o conteúdo do documento de aquisição da propriedade, que era, em geral, escrito originariamente em tábuas de argila.

— Subaquisição com nulidade registal (art. 17.º, n.º 2, CRP);
— Subaquisição com registo inexacto (art. 122.º, CRP);
— Subaquisição com invalidade substantiva (art. 291.º, CC).

8.1. Registo incompleto com aquisição de direitos incompatíveis a um autor comum. A solução adoptada pelo artigo 5.º, n.º 4, CRP

Do estudo do efeito consolidativo (art. 5.º, n º 1), resultou implicitamente que, não havendo registo do facto que lhe está sujeito, os direitos incompatíveis que forem adquiridos por terceiro ao autor comum a ambas as disposições e em seguida registados, sobrepõem-se àquele facto não registado, nisso consistindo o efeito **atributivo** ou **aquisitivo** do registo predial, contemplado nos termos conjugados do art. 5.º, n.os 1 e 4([16]).

Este resultado já estava indiciariamente contido nas demonstrações práticas que foram efectuadas para exemplificar o funcionamento do efeito consolidativo, que cumpre agora recordar.

Se **A**, dono do prédio *x*, com inscrição no registo a seu favor, o vender a **B** que não regista a compra e, em seguida, **A** o vender novamente a **C**, que procede ao registo da aquisição, prevalece a posição jurídica de **C**, apesar de o segundo negócio ser nulo por falta de legitimidade do disponente, em virtude de ter vendido uma coisa alheia (art. 892.º, CC). Não obstante **B** ser o proprietário segundo a ordem jurídica substantiva, visto ter adquirido o seu direito pela mera celebração do contrato nos termos conjugados dos arts. 408.º, n.º 1, 1316.º e 1317.º, alínea *a*), CC, esse direito não é oponível a **C**, em virtude de este ter adquirido de **A** (que é o autor comum a ambos os actos de disposição), um direito incompatível e

---

([16]) A existência de um efeito atributivo implícito resultante da interpretação conjugada do art. 5.º, n.os 1 e 4, é genericamente aceite pela doutrina. Ressalve-se contudo a orientação diferente sustentada por José Luís Bonifácio Ramos, "O art. 5.º do Código de Registo Predial e a Compra e Venda Imobiliária", *O Direito*, n.º 143, V, 2011, *passim*., para quem o efeito aquisitivo do registo está exclusivamente sediado nos arts. 17.º, n.º 2, e 122.º, CRP e 291.º, n.º 1, CC.

que registou antes de **B** registar a sua aquisição. A posição jurídica de **C** é protegida, dado beneficiar da fé pública registal, por adquirir de quem figurava no registo como titular e em seguida ter efectuado o registo do negócio, ao contrário de **B** que descurou a sua promoção. Desencadeia-se assim o efeito atributivo do registo a favor de **C**, que beneficia da aquisição tabular do direito de propriedade sobre o prédio *x*. Esta aquisição diz-se tabular, porque decorre da sua prévia inscrição no registo([17]), sendo feita em oposição às regras substantivas em virtude de se basear num acto materialmente nulo, que não pode por definição fundar a aquisição de direitos.

De igual modo, no concernente aos casos de incompatibilidade parcial ou relativa. Se **A**, dono do prédio *x*, com inscrição no registo a seu favor, o vender a **B** que não regista a aquisição e, em seguida, constituir sobre esse prédio, a título oneroso, um usufruto (ou outro direito real menor) a favor de **C**, que regista o facto, também agora a posição jurídica de **C** se sobrepõe ao direito de **B**, apesar de o negócio entre **A** e **C** ser igualmente nulo, por se tratar de oneração de coisa alheia. Contudo, **C** beneficia novamente da fé pública registal, porque, por um lado, adquiriu de quem figurava no registo como titular (que é de novo o autor comum a ambos os actos de disposição) e, por outro, efectuou o registo do negócio antes de **B**, que negligenciou a sua promoção. Contudo, a consequência é diferente da que se verifica na primeira variante de incompatibilidade, uma vez que a tutela da posição de **C** não implica desta feita a inutilização do direito de **B** mas a sua compressão, dado não existir incompatibilidade total mas apenas parcial, em virtude de não serem direitos idênticos. O direito de **B** vai agora subsistir, embora não em termos de propriedade plena mas como propriedade de raiz, onerada pelo encargo constituído em favor de **C**. Deste modo, verifica-se novamente o funcionamento do efeito atributivo do registo a favor de **C**, que beneficia da aquisição tabular de um direito real menor([18]).

([17]) A sua inscrição no registo é prévia em relação ao acto substantivo válido não registado, que contemplou **B**.

([18]) Um caso de oneração tabular por via de hipoteca foi decidido em STJ Processo n.º 91-G/1990.P1.S1, 30-06-2011 (Maria dos Prazeres Pizarro Beleza), <www.

O texto vigente do art. 5.º, n.º 4, resultou basicamente do acórdão uniformizador de jurisprudência n.º 3/99, proferido pelo STJ em 18-05-1999, que adoptou a seguinte solução: terceiros para efeitos do disposto no art. 5.º, CRP, são os adquirentes de boa-fé de um mesmo transmitente comum, de direitos incompatíveis sobre a mesma coisa(19).

Decorridos poucos meses, a lei corroborou a doutrina do acórdão, dando através do DL 533/99, de 11 de Dezembro, a actual redacção do art. 5.º/4: terceiros, para efeitos de registo, são aqueles que tenham adquirido de um autor comum direitos incompatíveis entre si. Em relação ao acórdão de uniformização, o diploma legal suprimiu a exigência de boa-fé do terceiro adquirente.

8.1.1. A conturbada evolução do conceito de terceiros na doutrina e jurisprudência portuguesas. Orientação adoptada

Explicado o modo como funciona a primeira hipótese de aquisição tabular segundo a lei em vigor, importa esclarecer que a solução actualmente acolhida no art. 5.º, n.º 4, é fruto de uma longa e agitada controvérsia que, nas últimas dezenas de anos, tem dividido os meios jurídicos nacionais sobre o conceito de terceiros para efeitos de registo(20).

---

dgsi.pt>: tendo sido constituída pelo doador, após a doação, a hipoteca voluntária registada prevalece sobre a doação anterior, não registada, incidente sobre o imóvel doado.

(19) STJ Processo n.º 98B1050, 18-05-1999 (Pereira da Graça), <www.dgsi.pt>.

(20) Espelha bem a divisão a que se faz alusão no texto, uma relação resumida de jurisprudência favorável às duas concepções, tirada anteriormente ao acórdão de uniformização de 1997. Em prol da concepção restrita de terceiros, pronunciaram-se STJ 13 de Fevereiro de 1979, *in* BMJ, n.º 284, p. 176, de 27 de Maio de 1980, *in* BMJ, n.º 297, p. 271, de 21 de Setembro de 1989, *in* BMJ, n.º 389, p. 593, de 26 de Abril de 1988, *in* BMJ, n.º 376, p. 613, de 8 de Dezembro de 1988, *in* BMJ, n.º 382, p. 463, de 29 de Outubro de 1991, *in* BMJ, n.º 410, p. 731, de 29 de Setembro de 1993, *in* Colectânea de Jurisprudência, Supremo Tribunal de Justiça, I, n.º 3, p. 29, de 18 de Maio de 1994, *in* Colectânea de Jurisprudência, Supremo Tribunal de Justiça, II, n.º 2, e III, de 13 de Dezembro de 1996, *in* Colectânea de Jurisprudência, Supremo Tribunal de Justiça, IV, n.º 1, p. 88, e de 12 de Dezembro de 1996, processo n.º 86129, da 2.ª Secção, «Sumários», 6, 35. Em sentido oposto, tinham aplicado a concepção ampla, os acórdãos do STJ 17-02-

I. Na origem, situa-se a orientação seguida por MANUEL DE ANDRADE, que corresponde à chamada concepção "restrita" de terceiros. No contexto da distinção entre aquisição originária e derivada, MANUEL DE ANDRADE ensinava que o registo predial podia constituir uma restrição ao princípio segundo o qual, na aquisição derivada, o adquirente não pode obter qualquer direito se nenhum direito pertencia ao transmitente, em virtude de haver casos em que prevalecia a posição de quem adquirisse a um disponente sem legitimidade, se registasse essa pseudo aquisição. Assim o impunha a função de publicidade desempenhada pelo instituto do registo predial.

Com efeito, se **A** vendesse certo prédio a **B** e depois a **C**, estes dois adquirentes eram terceiros entre si, prevalecendo a venda que primeiro fosse registada e que poderia ser inclusive a segunda, entre **A** e **C**, apesar de já não ser **A** mas **B** o verdadeiro proprietário do prédio. Deste modo, terceiros, para efeitos de registo predial, eram as pessoas que do mesmo autor ou transmitente adquiram direitos incompatíveis (total ou parcialmente) sobre o mesmo prédio. O facto não registado não era assim oponível a estes terceiros que, consequentemente, adquiriam um direito em derrogação do princípio *Nemo plus iuris ad alium transferre potest quam ipse habet*([21]).

Esta concepção, dita "restrita" porque limita o conceito de terceiros aos adquirentes do mesmo autor comum, baseia-se fundamentalmente na ideia de que o registo, pela forma como está organizado([22]), não pode assegurar a existência efectiva do direito da pessoa a favor de quem o bem está registado mas só que, a ter ele existido, ainda se conserva — ainda não foi transmitido a outra pessoa. A tese recolheu posteriormente diversos apoios na

---

-1994, CJ Tomo I, p. 190, RC 07-02-1995, CJ Tomo I, p. 44 e 08-04-1986, CJ Tomo II, p. 65, RP 11-04-94, CJ Tomo II, p. 207, RL 26-09-1989, CJ Tomo IV, p. 132.

([21]) Assim, MANUELA DOMINGUES DE ANDRADE, *Teoria geral da relação jurídica*, Vol. II (4.ª reimpressão), Coimbra, Almedina, 1974, pp. 19-20.

([22]) Segundo MANUEL DE ANDRADE, *Teoria geral da relação jurídica*, Vol. II, p. 20, os prédios são inscritos no registo em nome de determinadas pessoas apenas sobre a base de documentos de actos de transmissão a favor das mesmas pessoas e não depois de uma averiguação em forma, com audiência de todos os possíveis interessados.

Faculdade de Direito de Coimbra, que a aplicam tanto a aquisições onerosas como gratuitas e quer o terceiro se encontre ou não de boa-fé([23]).

II. O conceito restrito de terceiros começou todavia a ser questionado, por se considerar que era incompatível com os dados da lei em vigor, existindo diversas disposições que estabeleciam a aquisição por meio de registo, em termos que já não se deixavam explicar pelas hipóteses de dupla disposição de direitos incompatíveis sobre a mesma coisa. Esses casos respeitavam à aquisição de um direito em consequência da disposição realizada pelo titular aparente, por força de registo formalmente inválido (o actual art. 17.º, n.º 2, CRP, que reproduz a solução do art. 85.º do Código de 1967) e à aquisição de um direito, ferida de invalidade substantiva, que vem prevista no art. 291.º, CC.

Formou-se assim uma concepção oposta, dita "ampla", que remonta a GUILHERME MOREIRA([24]), segundo a qual terceiros são não só aqueles que adquiram do mesmo alienante direitos incompatíveis mas também aqueles cujos direitos, adquiridos ao abrigo da lei, tenham esse alienante como sujeito passivo, ainda que ele não haja intervindo nos actos jurídicos (penhora, arresto, hipoteca judicial, etc.) de que tais direitos resultam([25]).

([23]) CARLOS ALBERTO MOTA PINTO, ANTÓNIO PINTO MONTEIRO, PAULO MOTA PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, Coimbra, Coimbra Editora, 2005, 4.ª ed., pp. 366-369 e ORLANDO DE CARVALHO, *Terceiros para efeitos de registo*, BFD, LXX, n.º 70 (1994), pp. 97 ss. Por seu turno, PAULO HENRIQUES, "Terceiros para Efeitos do art. 5.º do Código de Registo Predial", *in Boletim da Faculdade de Direito. Volume Comemorativo*, Coimbra, 2003, embora professe a concepção ampla de terceiros (p. 426), rejeita a exigência de onerosidade (p. 438) e de boa-fé (pp. 443 ss). Em sentido relativamente diferente, pronunciou-se HEINRICH EWALD HÖRSTER, *Efeitos do registo — terceiros — aquisição "a non domino"*, p. 133, que rejeita a exigência de onerosidade mas requer a boa-fé subjectiva do terceiro.

([24]) GUILHERME ALVES MOREIRA, *Instituições do Direito Civil Português*, Vol. I — Parte Geral, Coimbra, Imprensa da Universidade, 1907, pp. 525-526 (terceiros são todos os que, tendo adquirido e conservado direitos sobre os prédios, seriam lesados se o acto não registado produzisse efeitos a respeito deles).

([25]) Nestes exactos termos, ANTUNES VARELA/HENRIQUE MESQUITA, "Direitos incompatíveis adquiridos do mesmo transmitente e registo apenas da segunda aquisição; invocação pelo primeiro adquirente da usucapião fundada na sua posse e na dos antecesso-

Foi basicamente esta a doutrina que havia sido acolhida pelo primeiro acórdão de uniformização sobre a matéria, proferido pelo STJ em 20-05-1997, segundo a qual terceiros, para efeitos de Registo Predial, são todos os que, tendo obtido registo de um direito sobre determinado prédio, veriam esse direito ser arredado por um qualquer facto jurídico anterior não registado ou registado posteriormente([26]).

A diferença fundamental entre a concepção ampla e restrita de terceiros, reside na resposta que dão à exigência de a pessoa que

---

res; conceito de terceiros para efeitos do registo", RLJ, ano 127.º, n.º 3838, p. 20. Este entendimento já tinha sido também defendido por Vaz Serra, RLJ, ano 103.º, p. 165, quando escrevia: «Pode dizer-se que, se um prédio for comprado a determinado vendedor e for penhorado em execução contra este vendedor, o comprador e o penhorante são terceiros: o penhorante é terceiro em relação à aquisição feita pelo comprador, e este é terceiro em relação à penhora, pois os direitos do comprador e do penhorante são incompatíveis entre si e derivam do mesmo autor», acrescentando, em seguida, «A noção de terceiro em registo predial é a que resulta da função do registo, do fim tido em vista pela lei ao sujeitar o acto a registo: e, pretendendo a lei assegurar a terceiros que o mesmo autor não dispôs da coisa ou não a onerou senão nos termos que constarem do registo, esta intenção legal é aplicável também ao caso da penhora, já que o credor que fez penhorar a coisa carece de saber se esta se encontra, ou não, livre e na propriedade do executado». A concepção ampla recolheu igualmente a adesão de Miguel Teixeira de Sousa, "*Sobre o conceito de terceiros para efeitos de registo*", ROA, Ano 59, Vol. I, Jan. 1999, pp. 44, ss e Luísa Carvalho Fernandes, *Terceiros para efeitos de registo predial*, ROA, Ano 57, Vol. III, Dez 1997, pp. 1283-1320. p. 1311 (considerando que a falta de registo do primeiro adquirente, deixando subsistir o registo do alienante e a inerente presunção de que o seu direito existe tal como aquele o revela, pode ser sempre invocada pelo segundo adquirente, que regista, ainda no acto de aquisição deste não intervenha o titular inscrito).

([26]) STJ Processo n.º 087159, 20-05-1997 (Tomé de Carvalho), <www.dgsi.pt>. No texto, diz-se que a doutrina da concepção ampla tinha sido "basicamente" acolhida no primeiro acórdão de uniformização, uma vez que, como observou o Conselheiro Quirino Soares na sua declaração de voto de vencido no acórdão de 1999, a solução do aresto uniformizador proferido em 1997 tinha acolhido uma noção demasiado abrangente de terceiros, permitindo, por exemplo, abarcar o seguinte caso: **A** comprou um prédio a **B**, seu legítimo titular e inscrito no registo mas não registou a aquisição. Em seguida, **C** comprou o mesmo prédio a **D**, que não é titular nem goza de inscrição registal mas apesar disso conseguiu inscrever a aquisição, hipótese que não é de verificação impossível apesar da vigência dos princípios da legitimação e do trato sucessivo. Num caso destes, **C** seria considerado terceiro à luz da solução do acórdão de 1997, o que constitui uma solução inaceitável. Em suma, a solução do acórdão de 1997 ainda era mais lata do que o enunciado consagrado da concepção ampla, porquanto não fazia qualquer referência à necessidade de o sujeito inscrito no registo ser sujeito passivo dos actos praticados (penhora, arresto, hipoteca judicial, etc.).

figura no registo como titular do direito ter ou não que ser sempre parte nos actos aquisitivos em presença. A concepção restrita responde afirmativamente a esta interrogação e por isso exige que os terceiros adquiram do mesmo autor comum. A orientação ampla dispensa este requisito, tutelando o terceiro de boa-fé com registo prioritário, ainda quando a sua aquisição assente num acto sem intervenção do titular inscrito.

Deste modo, o presente estado de coisas legislativo significa que o facto não registado poderá ser oposto livremente à **pessoa que registou mas cujo direito não proveio de uma disposição efectuada por um autor comum, como será o caso do credor do alienante que promoveu uma penhora sobre o bem alienado (se A vende a B que não registou e C, credor de A, promover a penhora judicial desse bem e procede ao seu registo, B, apesar de não ter registado a sua aquisição, não é afectado pelo anterior registo da penhora em nome de C, podendo pedir o seu cancelamento). De igual modo, em relação ao adquirente em venda judicial realizada após a penhora (é o exemplo anterior, em que na sequência da penhora o bem é alienado em venda executiva a D, que regista a compra; B também pode pedir o cancelamento deste último registo) e ainda contra aqueles que registaram um arresto, um arrolamento, uma hipoteca legal ou judicial. Em todos estes casos, o titular do direito não registado pode obter o cancelamento daqueles outros registos nos termos do art. 13.º, CRP.**

III. A solução actualmente vertida no art. 5.º, n.º 4, representa um golpe grave na fé pública registal. Com efeito, a possibilidade de o titular da situação material não registada a opor a um terceiro de boa-fé que não adquiriu o seu direito de um autor comum, significa que afinal nem sempre este terceiro de boa-fé pode confiar que o direito pertence à pessoa em nome de quem está inscrito. Desta forma, a medida de protecção da fé pública registal em Portugal revela-se bastante insatisfatória([27]).

([27]) A solução implicou, de acordo com MENEZES CORDEIRO, *Direitos Reais, Sumários*, Lisboa, AAFDL, 2000, p. 92, que Portugal ficasse com o sistema de registo pre-

Como se ensina na doutrina, o registo também concorre, ao lado das exigências de forma, para dar certeza às situações jurídicas, conferindo segurança ao tráfico imobiliário, ao garantir aos interessados que, sobre os bens a que o instituto se aplica, não existem outros direitos senão os que o registo documenta e publicita. Logo, os direitos não inscritos no registo devem ser tratados como direitos "clandestinos", que não produzem quaisquer efeitos contra terceiros([28]).

Na verdade, se o registo predial se destina essencialmente a dar publicidade à situação jurídica dos prédios, tendo em vista a segurança do comércio jurídico imobiliário (art. 1.º), tão carecido de tutela é aquele que adquire um direito com a intervenção do titular inscrito (compra e venda, troca, doação, etc.) como aquele a quem a lei permite obter um registo sobre o mesmo prédio sem essa intervenção (credor que regista uma penhora, hipoteca judicial, adquirente em venda executiva, etc.). Aliás, ao limitar o conceito de terceiros aos sujeitos que tenham adquirido de autor comum direitos incompatíveis, a orientação restrita nem sequer se revela fiel aos seus próprios fundamentos, uma vez que nos casos em que não houve intervenção do titular inscrito, também se trata de assegurar que o direito ainda se conserva na esfera deste sujeito — ainda não foi transmitido a outra pessoa (*supra*, **8.1.1.I**)([29]).

---

dial mais arcaico da Europa, com um risco acrescido no comércio jurídico. Igualmente HEINRICH EWALD HÖRSTER, *Efeitos do registo — terceiros — aquisição "a non domino"*, p. 129, se pronunciou em abono da concepção ampla, considerando que não se deve negar ao terceiro a protecção resultante das regras de prioridade do registo, apenas por não ter havido uma intervenção voluntária por parte do titular inscrito no registo. Por seu lado, PAULO HENRIQUES, "Terceiros para Efeitos do Artigo 5.º do Código de Registo Predial", *in Boletim da Faculdade de Direito. Volume Comemorativo*, Coimbra, 2003, p. 426, manifestou-se também em sentido favorável à prevalência da penhora registada.

([28]) Pronunciaram-se neste exacto sentido, ANTUNES VARELA/HENRIQUE MESQUITA, RLJ, ano 127.º, p. 23.

([29]) Tem por isso razão HEINRICH EWALD HÖRSTER, *Efeitos do registo — terceiros — aquisição "a non domino"*, p. 129, quando diz que, em ambas as situações, existe o mesmo conflito entre adquirentes de direitos incompatíveis entre si, sendo por isso procedentes as razões atinentes à estabilidade do comércio imobiliário que resolvem esse conflito mediante a protecção dos adquirentes que confiaram na fé pública do registo e registaram primeiro.

Por seu lado, a intervenção legislativa realizada em Dezembro de 1999 conseguiu agravar as consequências, já de si infaustas, advenientes da consagração da concepção restrita de terceiros pelo acórdão de uniformização lavrado em Maio desse ano. Com efeito, o legislador suprimiu a exigência de boa-fé subjectiva imposta pelo aresto uniformizador, pelo que, textualmente, a solução legal se aplica tanto a aquisições onerosas como gratuitas, desconsiderando a boa ou má-fé do terceiro.

Também aqui o desacordo é total, na linha aliás do entendimento maioritariamente sufragado na doutrina e jurisprudência, justificando-se uma interpretação que restrinja a aplicação do preceito aos adquirentes de boa-fé e a título oneroso, em atenção tanto ao elemento teleológico, como ao elemento sistemático.

Do ponto de vista teleológico, seria inaceitável do ponto de vista ético-jurídico que a aquisição tabular, na medida em que implica a inutilização ou pelo menos o sacrifício relativo da posição tutelada pela lei civil, servisse para premiar juridicamente quem conhecia ou devia conhecer a verdade substantiva, ou seja, o primeiro acto de disposição (ou oneração). Quando se conhece a verdadeira realidade material, cessa a causa da fé pública registal, pelo que o efeito atributivo não pode prescindir da boa-fé subjectiva do terceiro. Não é aliás fácil compreender as razões que suportam a orientação oposta. Por um lado, quem conhece a efectiva situação substantiva, sabe que ela não é conforme à realidade registal, pelo que não necessita obviamente de ser protegido pelo registo; por outro, se a protecção concedida pelo registo prescindir da boa-fé, abre-se caminho a que o terceiro obtenha dolosamente uma posição de vantagem ao abrigo da desconformidade entre a situação registal e a situação material, o que configura um exercício abusivo de posições jurídicas([30]).

([30]) Como observava Carlos Ferreira de Almeida, *Publicidade e teoria dos registos*, p. 307, havendo má-fé, a intervenção da fé pública registal faria nascer benefícios injustificados, em vez de evitar prejuízos. Em sentido semelhante, José Luís Bonifácio Ramos, "O Artigo 5.º do Código de Registo Predial e a Compra e Venda Imobiliária", p. 980, sublinhando que a dispensa de boa-fé permitiria premiar o sujeito que aproveita a inscrição registal, bem sabendo não ser o legítimo adquirente.

Por seu lado, a exclusão das aquisições gratuitas impõe-se em virtude de só o adquirente a título oneroso ter realizado um sacrifício patrimonial que justifica a protecção dispensada pela fé pública registal, em detrimento da lei substantiva.

Do ponto de vista sistemático, os outros casos de aquisição tabular legalmente previstos nos arts. 17.º, n.º 2 e 122.º, CRP e 291.º/1, CC, exigem a onerosidade da aquisição e a boa-fé do adquirente, definida pelo art. 291.º/3, CC, como o desconhecimento sem culpa, no momento da aquisição, do vício do negócio nulo ou anulável. Deste modo, em vez de se introduzir uma contradição intra-sistemática injustificada no instituto da aquisição tabular, importa assegurar a unidade dos respectivos requisitos em todos os casos previstos na lei, dado não existir fundamento material que legitime a diversidade de soluções entre o art. 5.º, n.º 4 e as outras hipóteses legais de efeito atributivo.

Deste modo, são os seguintes os pressupostos legais de funcionamento do efeito aquisitivo estabelecido no art. 5.º, n.º 4:

— Preexistência de um registo incompleto sobre a situação jurídica do prédio;

— Acto de transmissão do prédio a favor de terceiro, praticado com base no registo incompleto;

— A aquisição pelo terceiro deve ter sido feita a título oneroso e de boa-fé;

— O terceiro deve ter registado a sua aquisição antes do registo do facto aquisitivo do titular substantivo.

8.1.2. A evolução posterior ao acórdão de uniformização de Maio de 1999

Ao contrário do que seria de supor, a prolação, em menos de dois anos(!), de dois acórdãos de uniformização sobre o conceito de terceiros para efeitos de registo predial, não representou a estabilização da orientação judicial, cavando-se, pouco depois, uma nova e profunda divisão sobre a caracterização ou não como terceiro do adquirente em caso de venda executiva.

I. Com efeito, não estando sequer decorridos dois meses sobre o acórdão de uniformização de jurisprudência n.º 3/99, que consagrara a concepção restrita, o STJ decidiu que a solução não era aplicável a um caso em que, em lugar de uma penhora, o terceiro tinha adquirido por venda judicial um prédio que já fora alienado anteriormente por negócio jurídico, sem que esta aquisição tivesse sido registada.

Entendeu o Tribunal que a situação que lhe cabia decidir era bem diferente do caso subjacente ao acórdão uniformizador. Numa penhora, arresto ou hipoteca judicial, estamos apenas perante garantias de um direito de crédito, cuja existência não é prejudicada pela oponibilidade do direito não registado a estas garantias. O crédito mantém-se íntegro na sua substância, podendo ainda vir a ser satisfeito com recurso a outros bens do devedor. Em contrapartida, havendo venda executiva, dá-se a transmissão do prédio para um adquirente que confiou na aparência evidenciada pelo registo predial, caracterizado pela sua função publicista. A protecção do terceiro adquirente não se pode limitar aos casos em que o mesmo proprietário celebra dois negócios jurídicos sucessivos e incompatíveis a respeito do mesmo prédio. Ela tem a sua justificação na publicidade dos actos aquisitivos de direitos reais que, pela sua inscrição registral, se presume serem válidos e eficazes e na confiança que essa inscrição tem que inspirar ao público, independentemente de negociar com o titular inscrito ou acorrer à venda executiva([31]).

Esta orientação, que distingue a posição do terceiro consoante se trate ou não de um adquirente em venda executiva, foi perfilhada por alguma jurisprudência ulterior. Deste modo, entendeu-se de novo que, havendo venda judicial, já não se trata de confrontar apenas a posição do beneficiário de um direito real de garantia mas de um terceiro a quem foi declarada a transmissão de um direito real de gozo equiparado ao direito do anterior adquirente que não registou a sua aquisição. Agora, o confronto efetua-se entre dois

---

([31]) STJ 07-07-1999 (Ribeiro Coelho), Processo n.º 99A475, (CJ/STJ, ano VII (1999), Tomo II, p. 164).

direitos com o mesmo conteúdo, mostrando-se um coberto pelas regras do registo e o outro não. Acresce que, neste caso, se tem ainda que considerar o disposto no art. 824.º, n.º 2, segundo o qual, na venda judicial, os bens são transmitidos livres dos direitos de garantia que os onerem e dos direitos reais que não tenham registo anterior à penhora, com excepção dos que, tendo sido anteriormente constituídos, produzam efeitos em relação a terceiros independentemente de registo([32]).

II. Todavia, uma orientação contrária veio sustentar que, na execução, o tribunal não vende no exercício de um poder originariamente pertencente ao credor ou ao devedor, mas sim em virtude de um poder autónomo que se reconhece à própria essência da função judiciária e que se concretiza na prática deste acto de direito público. Está-se então perante uma venda forçada, naturalmente alheia à vontade do executado — que, aliás, nem legitimidade tem para proceder à venda, na medida em que estaria a vender coisa alheia (art. 892.º) — e para a qual em nada contribui, sobretudo não emitindo qualquer declaração negocial nesse sentido. Constitui, nesta medida, mero artifício a afirmação de que na venda judicial é o executado que deve ser visto como vendedor. Ademais, o direito de pro-

---

([32]) RC19-06-2001 (António Geraldes), Processo n.º 1446, (CJ XXVI, 2001, Tomo III, p. 31, com voto de vencido do Desembargador Eduardo Antunes, por considerar que faltava um autor comum a ambas as transmissões. Considerando também que o adquirente negocial que não registou a sua aquisição, não a pode opor ao posterior adquirente em venda executiva que procedeu ao seu registo), STJ 04-04-2002 (Miranda Gusmão), CJ/STJ, Ano X (2002), Tomo I, p. 154. Em STJ Processo n.º 07B4396, 16-10-2008 (Pires da Rosa), <www.dgsi.pt>, entendeu-se igualmente que recebem direitos (de propriedade) incompatíveis de um mesmo **autor comum**, quem adquire esse direito por compra e venda de uma determinada pessoa e quem o adquire em execução dirigida contra essa mesma pessoa, como executada. Estes dois adquirentes são, então, terceiros entre si para efeitos de registo. Qualquer que seja a natureza da **venda judicial** é do titular executado que provém o direito que o adquirente adquire. Coisa diferente se passa em relação a um simples arresto, penhora ou hipoteca judicial uma vez que, em tais caso, não estamos perante direitos reais de aquisição mas simples direitos de garantia. Em sentido idêntico, STJ Processo n.º 3326/09.4TBVFR.P1.S1, 07-02-2013 (Lopes do Rego), <www.dgsi.pt> e RC Processo n.º 800/03.0TBSRT.C1, 14-07-2010 (Cecília Agante), <www.dgsi.pt> (o anterior adquirente do direito de propriedade não registado e o adquirente em venda executiva de direito de propriedade registado são terceiros para os fins previstos no art. 5.º, n.º 4, CRP).

priedade derivado da venda judicial (ao contrário do direito derivado da compra e venda, que se transfere e consolida no património do comprador por mero efeito do contrato — arts. 879.º, al. *a*) e 408.º do CC, advém para o respectivo titular por força da lei e não por acto do executado, pelo que se não pode defender que ocorra um conflito de dois direitos adquiridos do mesmo transmitente(33).

III. A jurisprudência que, na sequência do segundo acórdão de uniformização e da intervenção legislativa de Dezembro de 1999, considerou que, na venda executiva, os direitos provêm do mesmo titular inscrito, em virtude de o Tribunal se substituir ao executado, pelo que deveriam estar abrangidos pelo art. 5.º/4, CRP, desenvolveu decerto um esforço louvável para obviar às piores consequências da solução legal, sendo por isso merecedora dos devidos encómios.

Contudo, esta orientação judicial não se afigura fiel à solução adotada no aresto uniformizador de Maio de 1999 (e no DL n.º 533/ /99, de 11 de Dezembro), que apenas protege o terceiro caso ele tenha adquirido o seu direito ao autor comum a ambas as disposições. Com efeito, o executado não é nem pode ser, por definição, autor da venda judicial, uma vez que esta constitui um acto de direito público que representa uma venda coerciva, realizada contra a sua vontade. Logo, falta o autor comum a ambas as disposições, exigido pelo segundo acórdão de uniformização; em vez de um mesmo transmitente, o comprador, na venda executiva, adquire o seu direito com base numa decisão judicial. Além disso, não se afigura procedente a invocação do preceituado no art. 824.º, n.º 1, uma vez que a eficácia transmissiva da venda executiva estabelecida

---

(33) STJ Processo n.º 03B996, 30-04-2003 (Araújo de Barros), <www.dgsi.pt>. No mesmo sentido, STJ Processo n.º 121/09.4TBVNG.P1.S1, 12-01-2012, (Silva Gonçalves), <www.dgsi.pt> (o comprador na venda voluntária e o comprador na venda executiva não são terceiros para efeitos de registo; é que a aquisição advinda da execução ao seu titular é atribuída ao comprador diretamente da lei e não por acto singular do executado, isto é, não se verifica uma disputa de direitos adquiridos de um mesmo autor comum) e STJ Processo n.º 3959/05.9TBSXL.L1.S130-09-2014 (Mário Mendes), considerando que não são terceiros (entre si) dois adquirentes em duas vendas executivas sucessivas do mesmo bem imóvel.

nesse preceito, produz-se *ope legis*, pelo que os efeitos da venda judicial se projetam na esfera do executado por múnus exclusivo da lei. Em suma, o conceito vigente de terceiro permite a oponibilidade do direito do adquirente ao comprador em venda executiva.

Decorridas quase duas décadas sobre o segundo acórdão de uniformização, a persistente divisão nos meios judiciários não é inferior, paradoxalmente, à que se verificava antes do primeiro aresto uniformizador, proferido em Maio de 1997, mantendo-se uma instabilidade decisória que desprestigia o poder judicial e atenta contra a segurança do comércio jurídico. As decisões dos Tribunais tornaram-se imprevisíveis, prejudicando consideravelmente a função ordenadora de condutas que se lhes assinala. A nosso ver, este estado de coisas tão negativo só pode cessar com uma clara intervenção legislativa, que consagre a solução mais favorável à protecção da fé pública registal: terceiros são não só os sujeitos que, de boa-fé e a título oneroso, adquiram do mesmo alienante direitos incompatíveis mas também aqueles cujos direitos, adquiridos ao abrigo da lei, tenham esse alienante como sujeito passivo, ainda que ele não haja intervindo nos actos jurídicos (penhora, arresto, hipoteca judicial, venda executiva, etc.) de que tais direitos resultaram.

8.2. Subaquisição com nulidade registal (artigo 17.º, n.º 2, CRP)

A segunda hipótese de aquisição tabular está prevista no art. 17.º, n.º 2, CRP, segundo o qual a declaração de nulidade do registo não prejudica os direitos adquiridos a título oneroso por terceiro de boa-fé, se o registo dos correspondentes factos for anterior ao registo da acção de nulidade. A nulidade registal deve ter criado uma desconformidade com a realidade substantiva, porquanto só nesses casos a regra tem cabimento([34]).

([34]) Neste último sentido, Oliveira Ascensão, *Direito Civil — Reais*, p. 371 e José Alberto Vieira, *Direitos Reais*, Coimbra Editora, 2008, p. 301.

Estão agora em causa os factores de nulidade do próprio registo, previstos no art. 16.º, que têm que ser arguidos judicialmente, para que a nulidade possa ser invocada após a decisão judicial transitar em julgado (art. 17.º, n.º 1). Em regra, a nulidade não pode ser retificada, a não ser que se trate de nulidade por violação do trato sucessivo, caso em que pode ser retificada pela feitura do registo em falta, enquanto não estiver registada a acção de declaração de nulidade (art. 121.º, n.º 4).

A nulidade distingue-se da inexistência por esta não produzir quaisquer efeitos, podendo ser invocada a todo o tempo e por qualquer pessoa, independentemente de declaração judicial (art. 15.º, n.os 1 e 2). Por outro lado, diferencia-se da inexactidão, que se verifica nos casos de erro do registo do art. 18.º, podendo ser retificada por averbamento, que torna o registo perfeito e inatacável.

Alguns casos de nulidade registal previstos no art. 16.º, derivam de invalidades substantivas. Assim, por exemplo, a alínea *a*), parte final, quando comina a nulidade do registo por falsidade do título, reporta-se necessariamente ao vício de falsidade dos documentos previsto no art. 372.º, CC. De igual modo, a alínea *b*), ao reportar-se a títulos insuficientes para a prova legal do facto registado. Será o caso, por exemplo, de se apresentar a certidão de uma escritura de partilha, desacompanhada de uma certidão da escritura de habilitação de herdeiros; por si só, a partilha não é título suficiente para o registo, o que determina a nulidade deste.

A teleologia do art. 17.º/2 visa proteger um terceiro subadquirente, cuja posição adveio da celebração de um negócio jurídico com o titular inscrito com registo nulo, que não é o titular do direito real na ordem substantiva; a pessoa protegida não é o titular do registo nulo mas sim o adquirente em negócio concluído com base no registo nulo, ou seja, um subadquirente.

Exemplo: A, proprietário de *x* mas sem registo a seu favor, aliena a **B**, que consegue registar a aquisição, embora o seu registo seja nulo por violação do trato sucessivo, em virtude de não haver registo a favor de **A**. Mas se **B** transmitir o seu direito a **C** que está de boa-fé e adquiriu a título oneroso, registando a respectiva aquisição, a posição de **C** fica protegida pelo art. 17.º n.º 2, mesmo quando o registo em nome de **B** for declarado nulo.

Existem assim cinco requisitos que condicionam a aplicação do art. 17.º, n.º 2:

— Pré-existência de um registo nulo, com base numa das causas de nulidade do art. 16.º;

— Acto de disposição fundado no registo nulo;

— Boa-fé subjetiva do terceiro adquirente nos termos do art. 291.º, n.º 3;

— Aquisição a título oneroso pelo terceiro de boa-fé;

— O registo da aquisição pelo terceiro tem que preceder o registo da acção de declaração de nulidade do registo (art. 17.º, n.º 2, parte final).

8.3. Subaquisição com registo inexacto (artigo 122.º, CRP)

Prevê-se aqui outra situação de subaquisição mas com registo inexacto nos termos do art. 18.º, n.º 1, em virtude de ter sido lavrado em desconformidade com o título que lhe serviu de base ou por enfermar de deficiências provenientes desse título que não sejam causa de nulidade. Caso o titular inscrito disponha do direito a favor de um terceiro de boa-fé, este é protegido em termos totalmente idênticos aos que estão previstos no art. 17.º, n.º 2.

8.4. Subaquisição com invalidade substantiva (artigo 291.º, CC)

O quarto caso de aquisição tabular está previsto no art. 291.º, n.º 1, CC, em que se configura uma nova situação de subaquisição mas agora precedida de um primeiro negócio ferido de nulidade ou anulabilidade por qualquer invalidade substantiva (erro na declaração ou erro-vício, dolo, coação física ou moral, usura, preterição da forma legalmente exigida, etc.).

I. Estabelece o preceito que a declaração de nulidade ou a anulação do negócio jurídico que incida sobre imóveis ou móveis sujeitos a registo, não é oponível aos terceiros de boa-fé que hajam adquirido, a título oneroso, direitos sobre os mesmos bens, desde que o registo da sua aquisição seja anterior ao registo da acção de nulidade ou anulação ou ao registo do acordo entre as partes acerca da invalidade do negócio.

A previsão legal explicita-se, por exemplo, na seguinte hipótese. **A**, proprietário do prédio *X*, com inscrição no registo predial, vende-o a **B** por negócio jurídico viciado por uma qualquer invalidade substantiva prevista na lei civil. **B** também regista a sua aquisição e, em seguida, revende o prédio a **C** (subadquirente), que está de boa-fé nos termos do art. 291.º, n.º 3, em virtude de desconhecer o vício que fere o primeiro negócio.

Se **C** registar a sua aquisição antes de ser registada a acção de nulidade (ou anulação) do negócio entre **A** e **B**, os seus direitos não serão prejudicados pelos efeitos da anulação ou da nulidade do primeiro negócio, contrariando assim a eficácia retroactiva da decisão judicial atribuída pelo art. 289.º, n.º 1. Com efeito, anulado ou declarado nulo o negócio de alienação que celebrou com **B**, **A** recupera a titularidade jurídica de *X*, privando **B** de legitimidade para dispor do prédio. Logo, a transmissão que **B** efectuou a favor de **C** foi nula, em virtude de respeitar a bens alheios. A norma excepcional do art. 291.º, n.º 1, impede porém a aplicação da regra prevista no art. 289.º, tornando inoponível ao subadquirente **C** a eficácia da decisão judicial que anulou ou declarou a nulidade do negócio precedente entre **A** e **B**. As razões da protecção dispensada ao subadquirente radicam na tutela da sua boa-fé e na fé pública registal, porquanto, ao adquirir o prédio, **C** ignorava o vício do primeiro negócio e estava apoiado pela inscrição a favor de **B**, seu disponente.

A posição jurídica do subadquirente só não será protegida caso a acção de nulidade ou anulação do primeiro negócio seja instaurada dentro dos três anos subsequentes à sua conclusão (art. 291.º, n. 2).

Deste modo, os requisitos que condicionam a aplicação do art. 291.º/1 são os seguintes:

— Pré-existência de um **registo desconforme** por invalidade substantiva do negócio registado (no nosso exemplo, o negócio celebrado entre **A** e **B**), que incidiu sobre imóveis ou móveis sujeitos a registo;

— **Acto de disposição** fundado no registo desconforme;

— **Boa-fé subjetiva** do terceiro adquirente nos termos do art. 291.º/3;

— Aquisição **a título oneroso** pelo terceiro de boa-fé;

— O registo da aquisição pelo terceiro **tem que preceder** o registo da acção de declaração de nulidade ou anulação do negócio jurídico precedente;

— Em sexto lugar, esta acção de declaração de nulidade ou anulação do negócio jurídico precedente **não pode ser proposta dentro dos três anos posteriores à conclusão desse negócio.**

II. A decisão adoptada pelo art. 291.º, n.º 2, de impedir o funcionamento da aquisição tabular nos três anos posteriores à conclusão do primeiro negócio, tem suscitado forte controvérsia, em virtude de não ter paralelo nos demais casos de efeito atributivo. De facto, a opção legislativa criou uma discrepância infundada com a disciplina do art. 17.º, n.º 2, CRP, por não haver fundamento que justifique o tratamento mais favorável do subadquirente de quem tem um registo nulo, relativamente ao subadquirente de quem foi parte num negócio jurídico substancialmente inválido. Basta ter presente que a nulidade do registo se pode fundar em título falso (art. 16.º, alínea *a*), CRP), para se compreender que a patologia da nulidade registal pode ser bem mais grave do que a invalidade substantiva a que se reporta o art. 291.º, CC([35]).

Uma determinada explicação doutrinária desta desarmonia, veio alegar que o subadquirente abrangido pelo art. 291.º, merece contudo menor protecção do que nos restantes casos de efeito aqui-

([35]) Oliveira Ascensão, *Direito Civil – Reais*, p. 372, considera mesmo que existe uma contradição valorativa.

sitivo, porquanto a disposição apenas se aplica às hipóteses em que o terceiro adquiriu sem que houvesse registo prévio a favor do seu transmitente, ao contrário do que sucede em face do art. 17.º, n.º 2, CRP. Mantendo o nosso exemplo de trabalho, a aquisição feita por **B** não teria sido registada, pelo que **C** adquiriu sem estar amparado por uma presunção registal a favor de **B**. Deste modo, não existindo uma inscrição prévia em nome do disponente, o subadquirente (**C**) não pode consequentemente invocar a fé pública registal, pelo que se justificaria que a aquisição não fosse imediata, apenas se dando depois de decorrido o prazo legal de três anos. Nos demais casos, de preexistência de registo desconforme, aplicar-se-ia o regime do art. 17.º, n.º 2([36]).

São diversas as razões que impedem a proficiência da tese, como já aliás resultava da anterior enumeração dos pressupostos que condicionam a aplicação do art. 291.º, em que logo em primeiro lugar se fez figurar a preexistência de um registo desconforme.

Caso o art. 291.º supusesse a ausência de um registo prévio desconforme, a disposição somente se aplicaria quando o princípio da legitimação fosse violado, porquanto os factos de que resulte transmissão de direitos ou constituição de encargos sobre imóveis não podem ser titulados sem que os bens estejam definitivamente inscritos a favor da pessoa de quem se adquire o direito ou contra a qual se constitui o encargo (art. 9.º, n.º 1). Sendo respeitado o princípio da legitimação, tem que existir sempre uma inscrição registal em favor do disponente (**B**). Ora, confinar a aplicação de um preceito aos casos em que outra disposição legal fosse infringida, constitui uma insólita interpretação jurídica que não se pode secundar, não sendo

---

([36]) Considerando que o art. 291.º se aplica aos casos em que não existe registo prévio a favor do alienante, Oliveira Ascensão, *«Efeitos Substantivos do Registo Predial na Ordem Jurídica Portuguesa»*, pp. 36-38, Carvalho Fernandes, *Lições de Direitos Reais*, p. 148 e Menezes Cordeiro, *Direitos Reais, Sumários*, p. 90, Isabel Pereira Mendes, *Estudos sobre o Registo Predial*, Coimbra, Almedina, 2003, pp. 38, 92, 126 (ao terceiro a que se refere o art. 291.º falta uma característica essencial do "terceiro registal", justamente porque não adquiriu de uma pessoa que estivesse inscrita no registo como titular do direito sobre o prédio) e *Código do Registo Predial*, pp. 230-231 (nota ao art. 17.º). Posteriormente, Oliveira Ascensão, *Direito Civil — Reais*, pp. 369-370 e 376, mudou de posição, exigindo a preexistência de registo desconforme, orientação que é apoiada por José Alberto Vieira, *Direitos Reais*, p. 304.

também razoável atribuir semelhante propósito ao legislador. De resto, os próprios defensores da orientação reconhecem que tem por consequência o esvaziamento do campo de aplicação do art. 291.º, porquanto raramente surgirão casos de falta de registo prévio a favor do transmitente, face à vigência do princípio da legitimação.

Em segundo lugar, a aquisição tabular baseia-se sempre na tutela da fé pública registal, pelo que pressupõe necessariamente um registo desconforme relativamente à realidade substantiva. Não existindo registo prévio em nome do transmitente, a pseudo aquisição não pode ser sanada pelo registo, precisamente porque não está coberta pela fé pública registal.

Em terceiro, o princípio do trato sucessivo estabelece que o registo definitivo de aquisição de direitos depende da prévia inscrição dos bens em nome de quem os transmite (art. 34.º, n.º 2), pelo que, não existindo registo prévio em nome do transmitente, a inscrição a favor do subadquirente seria nula por violação do trato sucessivo, não sendo por isso possível conceder-lhe qualquer protecção legal.

Finalmente, faltando o registo desconforme em nome do disponente, dificilmente se pode fundamentar a boa-fé do terceiro, uma vez que este sabe (ou pode saber) que o seu disponente não tem registo a seu favor. Em conclusão, a existência de registo desconforme em nome do segundo transmitente é indispensável à aplicação do art. 291.º, n.º 1.

9. Análise conclusiva dos casos de aquisição tabular. Significado dogmático

Como se analisou, a aquisição tabular tem lugar nos casos previstos nos arts. 5.º, n.º 1 e 4, 17.º, n.º 2 e 122.º, todos do CRP, bem como no art. 291.º, n.º 1, CC.

I. Cada preceito tem um âmbito de aplicação próprio, embora as quatro disposições estejam unidas por determinados denominadores comuns. O art. 5.º cobre a situação de registo incom-

pleto com dupla disposição; o art. 17.º/2, a situação de subaquisição com nulidade registal, o art. 122.º, a subaquisição com registo inexacto e o art. 291.º, n.º 1, CC, a subaquisição com invalidade substantiva. A desconformidade entre a ordem substantiva e a ordem registal é assim variável; no primeiro caso, o registo está incompleto porque não reflecte a prática de um certo acto jurídico, no segundo e terceiro, o registo é nulo ou inexacto e no último o facto registado está ferido por uma invalidade substantiva. Mas um factor comum liga todas estas hipóteses: houve sempre um terceiro que, estando de boa-fé (por desconhecer aquela discrepância), "adquiriu" a título oneroso um direito, procedendo em seguida ao registo dessa "aquisição". O conflito que assim se cria com a realidade substantiva é resolvido pela lei a favor do pseudo adquirente, em atenção à intervenção conjugada daqueles três factores: precedência da sua inscrição registal, boa-fé subjectiva e onerosidade da aquisição.

Em regra, o terceiro ter-se-á fiado na menção registal para praticar o acto jurídico que corporiza a sua pseudo aquisição mas não é obrigatório que assim seja. Com efeito, o efeito atributivo funciona ainda que o terceiro beneficiado desconheça a situação registal. Mais do que proteger a confiança, a aquisição tabular favorece a pura segurança objectiva do tráfego, independentemente das representações psicológicas dos intervenientes no comércio imobiliário(37).

Em sede de teoria geral, o efeito atributivo do registo predial deve ser compreendido como uma hipótese de aquisição derivada de direitos — apesar de significar um importante desvio à sua regra característica(38) — porquanto a constituição do direito na esfera do adquirente tabular está causalmente ligada à extinção ou oneração do direito encabeçado pelo titular primitivo. Por seu lado, do ponto de vista técnico, as normas que consagram a aquisição tabu-

---

(37) Recordando a hipótese característica do art. 5.º, CRP, se **A** vender o prédio *X* a **B** que não regista e, em seguida, o vender a **C**, que regista, o funcionamento do efeito atributivo não será obviamente impedido pelo facto de **C** desconhecer a existência de registo em nome de **A**.

(38) Ao contrário da regra característica da aquisição derivada, o direito obtido pelo adquirente tabular não pertencia efectivamente ao (pseudo) transmitente.

lar são disposições legais destinadas à protecção de interesses alheios, no sentido do art. 483.º, n.º 1, 2.ª parte, CC, impedindo os danos patrimoniais puros que, de outro modo, seriam sofridos pelo adquirente tabular que, sem o registo, não é titular de qualquer direito subjectivo mas de um simples interesse económico.

II. Os fenómenos de aquisição tabular corporizam uma tensão jurídica permanente com a realidade material subjacente, uma vez que o efeito atributivo do registo predial funciona sempre em detrimento da titularidade substantiva. Atribuir um direito a um terceiro em homenagem à sua boa-fé, ao investimento patrimonial consubstanciado na onerosidade da aquisição e à precedência da sua inscrição no registo, importa o sacrifício inexorável da posição jurídica de quem adquiriu o seu direito em conformidade com as regras substantivas, provocando, conforme os casos, ora a respectiva extinção, ora a sua oneração tabular. Em linguagem sincopada, o efeito atributivo do registo predial significa a primazia do "adquirir" sobre o "ter".

Todavia, este confronto entre o "ter" e o "adquirir", ou seja, entre os interesses de conservação ou de integridade e os interesses de movimento ou de aquisição, é em regra resolvido — a nosso ver, mal — pela ordem jurídica portuguesa em sentido desfavorável à segurança dinâmica do tráfego, em prol da ordenação estática dos bens. Entre outros lugares paralelos que poderiam igualmente ser invocados (*v. g.*, a escassa protecção concedida aos terceiros de boa-fé pelo regime da representação sem poderes), a indesejável hostilidade da solução acolhida no art. 291.º, n.º 2, deve ser entendida no contexto de um sistema que, por um lado, recusou o princípio posse vale título (art. 1301.º, CC), por outro, consagrou, já no final do século XX (…), a concepção restrita de terceiros no art. 5.º, n.º 4 e que ainda limitou a eficácia constitutiva do registo ao caso da hipoteca (art. 4.º, n.º 2)([39]).

([39]) Considerando também que o sistema português é marcado por uma prevalência muito forte da titularidade substantiva sobre os interesses do tráfego, OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito Civil — Reais*, pp. 369-370, embora se mostre aparentemente concordante com as opções legais.

De todo o modo, malgrado a excepcionalidade de que se revestem, as hipóteses legais de aquisição tabular bastam para desmentir a afirmação frequentemente proclamada de que o registo "não dá nem tira direitos" e que o sistema português tem mero carácter declarativo, expressão que, em rigor, apenas se adequa à publicidade enunciativa. Se a pessoa que adquiriu validamente o seu direito, deixa de o poder opor a quem inscreveu no registo uma aquisição inválida, então o verdadeiro direito extinguiu-se, dando lugar ao surgimento do "direito" adquirido através do registo.

ORDEM DOS ADVOGADOS

Deliberação do CG 04-02-2017

Alteração do Regulamento de Acesso ao Direito

O Conselho Geral da Ordem dos Advogados, reunido em sessão plenária de 04 de fevereiro de 2017, ao abrigo do disposto nas alíneas *h*) e *cc*), do n.º 1, do artigo 46.º do Estatuto da Ordem dos Advogados, aprovado pela Lei n.º 145/2015, de 9 de setembro, conjugado com o disposto na Portaria n.º 10/2008, de 3 de janeiro, alterada pela Portaria n.º 210/2008, de 29 de fevereiro, alterada e republicada pela Portaria n.º 654/2010, de 11 de agosto e alterada pela Portaria n.º 319/2011, de 30 de dezembro, deliberou, alterar o artigo 12.º-B do Regulamento de Organização e Funcionamento do Sistema de Acesso ao Direito e aos Tribunais na Ordem dos Advogados, Regulamento n.º 330-A/2008, de 24 de junho, com as alterações constantes da Deliberação n.º 1733/2010, de 27 de setembro e da Deliberação n.º 1551/2015, de 6 de agosto, que passa a ter a seguinte redação:

«Artigo 12.º-B

[…]

1 — O reembolso das despesas suportadas pelos Advogados que participam no sistema de acesso ao direito depende da apresentação de nota de despesas e da sua homologação pelo Conselho Geral.

2 — O Advogado deve solicitar a homologação da nota de despesas, na área reservada do portal da Ordem dos Advogados.

3 — A nota de despesas, assim como, os documentos que comprovam a realização das mesmas deverão ser remetidos em formato PDF assinados digitalmente através de certificado de assinatura eletrónica.

4 — O disposto no número anterior não prejudica o dever de exibição dos documentos originais comprovativos das despesas homologadas ou por homologar, sempre que o Conselho Geral o determine.

5 — O Conselho Geral pode delegar num ou mais Conselheiros, as competências referidas nos números anteriores».

7 de março de 2017

O Presidente do Conselho Geral

GUILHERME FIGUEIREDO

PROJETO DE REGULAMENTO ELEITORAL DAS DELEGAÇÕES

ORDEM DOS ADVOGADOS

Aviso n.º 6175 / 2017

Nos termos do disposto no n.º 3 do art. 61.º do Estatuto da Ordem dos Advogados (EOA) aprovado pela Lei n.º 145/2015, de 9 de setembro, a eleição para as Delegações rege-se por regulamento eleitoral.

Tendo em consideração que não existe, no momento presente, regulamento eleitoral para as Delegações e ainda que existem algumas Delegações que aguardam a aprovação de tal regulamento para proceder a eleição para o triénio 2017-2019, o Conselho Geral deliberou desencadear o procedimento necessário à sua aprovação. Para o efeito, aprovou o projeto de "Regulamento Eleitoral das Delegações" que, em cumprimento do n.º 2 do art. 17.º da Lei n.º 2/2013, de 10 de janeiro e nos termos conjugados da alínea *c*) do n.º 3 do art. 100.º e do n.º 1 do art. 101.º do Código do Procedimento Administrativo, ora vem submeter a consulta pública.

Este projeto está sujeito a apreciação e aprovação da Assembleia Geral nos termos do disposto no art. 33.º do EOA, após submissão a consulta pública.

Assim, torna-se público o referido projeto de "Regulamento Eleitoral das Delegações" o qual, se encontra igualmente patente no *site* da Ordem dos Advogados, em <https://portal.oa.pt>.

No âmbito do processo de consulta pública, as sugestões devem ser comunicadas, no prazo de 30 dias a contar da presente publicação, por correio eletrónico para o endereço <consulta.publica@cg.oa.pt>, enviadas eletronicamente através do *site* da Ordem, remetidas sob correio registado ou entregues pessoalmente na sede da Ordem.

4 de maio de 2017

O Presidente do Conselho Geral

GUILHERME FIGUEIREDO

ANEXO

Projeto de Regulamento Eleitoral das Delegações

Artigo 1.º
Âmbito do regulamento

1. O presente regulamento só se aplica às delegações com um número superior a 50 advogados inscritos.

2. Nas Delegações com número inferior ao referido na alínea anterior, as eleições serão efetuadas de acordo com o deliberado em Assembleia Local, aplicando-se subsidiariamente o presente regulamento.

Artigo 2.º
Das eleições

1. As eleições para as Delegações realizam-se entre os dias 15 de novembro e 15 de dezembro do ano imediatamente anterior ao do início do triénio subsequente.

2. O Presidente da Delegação em exercício se vier a fazer parte de uma qualquer lista candidata ao ato eleitoral deverá requerer ao Presidente do Conselho Regional para nomear um advogado inscrito na área da delegação, vinte dias antes do dia das eleições, que será investido de todos os poderes que tem o Presidente da Delegação no processo eleitoral quando não seja candidato.

3. O Presidente da Delegação em exercício notificará os advogados do nome do Advogado que irá dirigir o processo eleitoral, indicando todos os seus contactos.

4. O Presidente da Delegação em exercício designará a data, hora e local das eleições e convocará os advogados para o ato eleitoral com pelo menos trinta dias de antecedência.

Artigo 3.º
Capacidade e elegibilidade eleitoral

1. Possuem capacidade eleitoral e elegibilidade os advogados com inscrição em vigor e no pleno exercício dos seus direitos que possam participar na Assembleia Local constituída nos termos do número 1 do artigo 60.º do EOA.

2. Cada advogado eleitor tem direito a um voto.

Artigo 4.º
Apresentação das listas

1. A candidatura ao ato eleitoral das Delegações será formalizada pela apresentação de uma lista composta por um número mínimo de três e um número máximo de nove elementos, incluindo o Presidente, nos termos da lei.

2. As listas deverão indicar o candidato a Presidente.

3. Das listas devem constar apenas os candidatos efetivos à Delegação.

4. As listas devem ser subscritas por todos os candidatos, devidamente identificados pelo nome e número de cédula profissional.

5. Nenhum dos candidatos pode integrar mais do que uma lista.

Artigo 5.º
Dos mandatários e das notificações

Com a apresentação das candidaturas deve, igualmente, ser indicado o respetivo mandatário com plenos poderes para decidir, que pode ser um elemento da lista, que indicará o respetivo número de fax e endereço de correio eletrónico, de onde e para onde deverão ser remetidas todas as notificações e citações.

Artigo 6.º
Prazo e verificação da regularidade das listas

1. As listas deverão ser apresentadas perante o Presidente da Delegação em exercício, ou o Advogado designado nos termos do número 2, do artigo 2.º, até ao décimo dia anterior à realização do ato eleitoral.

2. Findo o prazo para a apresentação das listas o Presidente da Delegação em exercício, ou o Advogado designado nos termos do número 2, do artigo 2.º, verificará a regularidade do processo e a elegibilidade dos candidatos.

Artigo 7.º
Das irregularidades

Verificando-se irregularidades processuais, o Presidente da Delegação em exercício, ou o Advogado designado nos termos do número 2, do artigo 2.º, mandará notificar de imediato o mandatário da lista respetiva, que deverá supri-las no prazo máximo de 24 horas a contar da notificação.

Artigo 8.º
Da rejeição dos candidatos

1. São rejeitados os candidatos inelegíveis.

2. Os candidatos inelegíveis deverão ser substituídos no prazo de 48 horas, a contar do momento da notificação ao mandatário, sob pena de rejeição de toda a lista.

3. Do despacho de rejeição cabe recurso hierárquico obrigatório no prazo de 48 horas.

Artigo 9.º
Sorteio e publicidade das listas

1. Admitidas as listas candidatas, o Presidente da Delegação em exercício, ou o Advogado designado nos termos do número 2, do artigo 2.º, procederá ao sorteio das letras a atribuir a cada uma das listas admitidas.

2. Até ao quarto dia anterior ao da realização das eleições, a Delegação divulga as listas admitidas.

Artigo 10.º
Dos cadernos eleitorais

O Conselho Geral fornecerá, a pedido de cada Presidente da Delegação em exercício, até à véspera da data designada para as eleições, cadernos eleitorais atualizados dos advogados inscritos na Ordem dos Advogados.

Artigo 11.º
Boletim de voto e forma de votação

1. Os boletins de voto serão impressos em papel e nele devem constar todas as letras das listas admitidas a sufrágio.

2. No boletim de voto as listas vêm indicadas por ordem alfabética, seguida de um quadrado à frente para se assinalar com uma cruz a escolha de cada uma.

3. A votação é presencial.

Artigo 12.º
Da organização das mesas de votos

1. O número de mesas de votos é fixado pelo Presidente da Delegação em exercício, ou o Advogado designado nos termos do número 2, do artigo 2.º, a quando da convocatória para o ato eleitoral.

2. A Mesa Eleitoral ou de Voto é composta por um Presidente e dois Secretários, cuja presença é obrigatória durante o funcionamento da mesa de voto, podendo, dependendo das horas de funcionamento da mesa, haver substituições daqueles por outros previamente nomeados.

3. Não pode haver substituição na hora que antecede o fecho das urnas.

4. Cada lista poderá nomear um representante para estar presente durante todo processo eleitoral.

5. Os membros da Mesa Eleitoral ou de Voto são nomeados pelo Presidente da Delegação em exercício, ou o Advogado designado nos termos do número 2, do artigo 2.º, que os indicará de entre os advogados, não candidatos, inscritos na Delegação.

Artigo 13.º
Funcionamento da Mesa Eleitoral ou de Voto

A Mesa de Voto funcionará no local e horário constante do aviso convocatório.

Artigo 14.º
Da distribuição dos cadernos eleitorais pelas mesas

1. A cada presidente de mesa serão distribuídos os cadernos eleitorais relativos aos advogados com direito de voto.

2. Aos representantes das listas concorrentes será atribuído um caderno eleitoral relativo aos advogados com direito de voto e um relativo aos advogados sem direito de voto.

Artigo 15.º
Das formalidades no ato eleitoral

1. Na votação presencial, verificada a identificação do eleitor e o seu direito de voto pelo presidente da mesa, o secretário da mesa dará baixa do eleitor nos cadernos eleitorais e assinará a folha de votantes, procedendo-se, de seguida, à entrega ao advogado do boletim de voto.

2. O advogado dirigir-se-á ao local indicado para proceder à votação, e entregá-lo-á, dobrado em quatro, ao Presidente da Mesa Eleitoral ou de Voto ou outro membro da Mesa, que o introduzirá na urna de voto.

Artigo 16.º
Da validade dos votos

1. São nulos os votos cujo boletim contenha qualquer risco, desenho, rasura ou escrito, ou aqueles em que seja assinalada mais do que uma lista.

2. São considerados votos em branco os boletins em que não seja assinalada qualquer lista.

3. São, no entanto, considerados válidos os boletins de voto que apenas apresentem sublinhado ou assinalados os nomes de quaisquer candidatos das listas.

Artigo 17.º
Contagem dos votos

1. Encerrada a votação, o Presidente da Mesa contará os votantes pelas assinaturas constantes da respetiva folha e contará o número de boletins de voto entrados.

2. Para a contagem dos votos, os respetivos boletins serão examinados e exibidos pelo Presidente, que os agrupará, com a ajuda dos Secretários, em lotes separados, correspondentes a cada uma das candidaturas votadas, aos votos em branco e aos votos nulos.

3. O resultado do apuramento eleitoral será registado em ata que será assinada por todos os elementos da Mesa de Voto, considerando-se eleito o Presidente e a respetiva lista sobre a qual tenha recaído o maior número de votos.

4. No caso de empate entre as listas mais votadas, o ato eleitoral repetir-se-á oito dias depois, apenas com a participação dessas listas, sendo eleita a que obtenha mais votos.

Artigo 18.º
Ata eleitoral

A ata elaborada pelo Secretário da Mesa Eleitoral deverá conter, para além do apuramento final das eleições, os seguintes elementos:

a) O nome dos membros da Mesa Eleitoral ou de Voto, incluindo os representantes das listas de candidaturas;
b) A hora de abertura, encerramento e local da votação;
c) As deliberações tomadas pela mesa;
d) O número dos advogados que exerceram o seu direito de voto;
e) O número de votos obtidos por cada lista;
f) O número de votos em branco e votos nulos;
g) Eventuais reclamações e protestos;
h) As assinaturas de todos os elementos da Mesa Eleitoral na hora do seu encerramento.

Artigo 19.º
Reclamações no decurso do ato eleitoral

A Mesa de Voto decide as reclamações apresentadas no decurso do ato eleitoral em conformidade com o disposto no Estatuto da Ordem dos Advogados e no presente Regulamento.

Artigo 20.º
Alterações ao Regulamento

Qualquer alteração ao presente Regulamento Eleitoral deverá ser votada em Assembleia Geral, decidindo-se por maioria dos presentes.

Artigo 21.º
Entrada em vigor

O presente Regulamento Eleitoral entra em vigor no dia seguinte à sua aprovação, devendo ser publicado e revogará todos os regulamentos eleitorais existentes nas delegações.

Artigo 22.º
Norma transitória

O presente Regulamento tem aplicação imediata para as eleições das delegações para o triénio 2017-2019 que ainda não se tenham realizado.

Artigo 23.º
Legislação subsidiária

Os casos omissos serão resolvidos de harmonia, e com as necessárias adaptações, com os preceitos do Regulamento n.º 602/ /2016, publicado no Diário da República, 2.ª Série, n.º 116, de 20 de junho de 2016 — Regulamento Eleitoral, do Estatuto da Ordem dos Advogados, da Lei das Associações Públicas Profissionais e do Código do Procedimento Administrativo.

PARECER DO CONSELHO GERAL

Parecer n.º 35/PP/2017-G

Mandato tributário para o exercício de competências junto dos serviços de finanças

Relator: Pedro Costa Azevedo

Sumário:

1. Ao mandato tributário aplicam-se as regras da procuração previstas no art. 262.º do C. Civil e do mandato judicial do art. 45.º do CPC, este por força do disposto no art. 2.º do CPPT. **2.** O mandato conferido a advogado para representar o contribuinte junto de repartição ou serviço de finanças deve constar de documento escrito, não sendo necessária a intervenção notarial. **3.** A Administração Tributária, ao exigir a advogado procuração com intervenção notarial sempre que este actue em representação de um cliente em qualquer procedimento tributário, impede o livre exercício da advocacia, o que está expressamente proibida de fazer por força do disposto no art. 69.º do Estatuto da Ordem dos Advogados, aprovado pela Lei n.º 145/2015, de 9 de setembro.

I. Por comunicação escrita dirigida ao Bastonário da Ordem dos Advogados, datada de (…), a S.ra D.ra (…), Advogada, veio expor o que segue:

1. O Chefe do Serviço de Finanças de (…) apresentou à requerente uma cópia de um documento que intitulou de ordem de serviços de circular para justificar a sua oposi-

ção à prestação das informações por aquela solicitadas em representação do seu constituinte.

2. De acordo com esta "ordem de serviços", que não tem qualquer denominação, não identifica o órgão que a terá emitido, nem contém qualquer assinatura, o Sr. Chefe do serviço de Finanças exigiu que a procuração que fora passada a Advogado com os poderes elementares para representação nas repartições públicas e em especial nas Finanças fosse feita por notário e com os demais elementos obrigatórios constantes da lista respectiva.

3. Discordando totalmente desta conduta e da existência da alegada ordem de serviços, a requerente apresentou a competente Reclamação.

4. Esta Reclamação mereceu uma resposta intermédia da ATA, no sentido em que assumem que "a matéria tem suscitado duvidas, atenta a disparidade de interpretação", pelo que foi remetida para a Área de Justiça Tributária da Direcção das Finanças.

5. A requerente entende ser devida a competente intervenção da Ordem dos Advogados perante tamanha arbitrariedade e efectiva obstrução ao exercício do mandato forense o que afinal, tem reflectido o reiterado desrespeito das Finanças para com os Advogados.

II. Atendendo a que o assunto em causa pode justificar uma tomada de posição da Ordem dos Advogados perante os Serviços de Finanças, órgãos da Administração Pública, compete ao Conselho Geral sobre o mesmo pronunciar-se, atento o disposto no art. 46.º, n.º 1, al. *a*), do EOA.

III. Prevê o art. 79.º, n.º 1, do EOA que, *"no exercício da sua profissão, o advogado tem o direito de solicitar em qualquer tribunal ou repartição pública o exame de processos, livros ou*

documentos que não tenham caráter reservado ou secreto, bem como de requerer, oralmente ou por escrito, que lhe sejam fornecidas fotocópias ou passadas certidões, sem necessidade de exibir procuração". Resulta da norma citada que o advogado pode solicitar informações em qualquer tribunal ou repartição pública, como são os serviços de finanças, sem necessidade de exibir procuração, desde que as informações que pretenda não sejam sigilosas.

No entanto, conforme decorre do disposto no art. 64.º, n.º 1, da LGT, as informações e dados sobre a situação tributária dos contribuintes e sobre os elementos de natureza pessoal que obtidos no procedimento tributário são confidenciais e, portanto secretas. Nos termos do n.º 2, *"o dever de sigilo cessa em caso de:*

a) *Autorização do contribuinte para a revelação da sua situação tributária;*

b) *Cooperação legal da administração tributária com outras entidades públicas, na medida dos seus poderes;*

c) *Assistência mútua e cooperação da administração tributária com as administrações tributárias de outros países resultante de convenções internacionais a que o Estado Português esteja vinculado, sempre que estiver prevista reciprocidade;*

d) *Colaboração com a justiça nos termos do Código de Processo Civil e Código de Processo Penal".*

Assim, de acordo com as disposições conjugadas dos arts. 79.º do EOA (que para além de prever o direito ao acesso, condiciona-o quando se trata de informações secretas ou reservadas) e 64.º da LGT (que estabelece que as informações fiscais são sigilosas) o advogado, quando pretende informações tributárias sobre um determinado contribuinte, deve juntar procuração, demonstrando que se encontra a representar o contribuinte sobre o qual pretende informações e, portanto, tem autorização para esse acesso.

IV. Nos termos do disposto no art. 67.º, n.º 1, do EOA, *"sem prejuízo do disposto na Lei n.º 49/2004, de 24 de agosto, considera-se mandato forense:*

a) *O mandato judicial para ser exercido em qualquer tribunal, incluindo os tribunais ou comissões arbitrais e os julgados de paz;*

b) *O exercício do mandato com representação, com poderes para negociar a constituição, alteração ou extinção de relações jurídicas;*

c) *O exercício de qualquer mandato com representação em procedimentos administrativos, incluindo tributários, perante quaisquer pessoas coletivas públicas ou respetivos órgãos ou serviços, ainda que se suscitem ou discutam apenas questões de facto".*

Por seu lado, estabelece o art. 2.º da Lei n.º 49/2004 que *"considera-se mandato forense o mandato judicial conferido para ser exercido em qualquer tribunal, incluindo os tribunais ou comissões arbitrais e os julgados de paz".*

Decorre das normas referidas, que o EOA prevê um conceito de mandato forense mais abrangente do que a Lei n.º 49/2004. Enquanto nesta Lei n.º 49/2004 equipara-se o mandato forense ao mandato judicial, no EOA, o mandato forense envolve não só o mandato judicial, como também a representação ou o exercício do mandato perante outras entidades. Assim, quando alguém atribui poderes forenses a um advogado para o representar, tal não só prevê a representação em tribunal, o também denominado mandato judicial, como também prevê a representação perante quaisquer pessoas coletivas públicas ou respetivos órgãos ou serviços, como são, por exemplo, os Serviços de Finanças([1]).

([1]) A este respeito, Fernando Sousa Magalhães, na anotação ao art. 2.º da Lei 49/2004, refere: *"A definição do mandato forense foi sujeita a um claro alargamento no artigo 67.º do EOA (...)"* — Estatuto da Ordem dos Advogados — Anotado e Comentado, p. 278, 10.ª ed., Almedina, Coimbra, 2016.

V. Relativamente à forma de constituição de mandato forense, dispõe o art. 43.º do CPC que *"o mandato judicial pode ser conferido:*

a) *Por instrumento público ou por documento particular, nos termos do Código do Notariado e da legislação especial;*

b) *Por declaração verbal da parte no auto de qualquer diligência que se pratique no processo."*

Esta norma conjuga-se na perfeição com o artigo único do Decreto-Lei n.º 267/92 que dispõe que *"as procurações passadas a advogado para a prática de actos que envolvam o exercício do patrocínio judiciário, ainda que com poderes especiais, não carecem de intervenção notarial, devendo o mandatário certificar-se da existência, por parte do ou dos mandantes, dos necessários poderes para o acto".* Assim, está expresso e assente que a representação em juízo não necessita de procuração com intervenção notarial, sendo claro que será suficiente o documento escrito particular, apenas se exigindo ao advogado mandatado que se certifique da existência de poderes por parte do mandante.

Acontece que, como vimos, no caso em apreço não estamos perante um mandato forense que também é mandato judicial. Estamos perante o exercício do mandato forense perante uma entidade administrativa, mais concretamente, um órgão tributário.

VI. O art. 5.º do CPPT, a respeito do "Mandato tributário", dispõe:

"1 — Os interessados ou seus representantes legais podem conferir mandato, sob a forma prevista na lei, para a prática de actos de natureza procedimental ou processual tributária que não tenham carácter pessoal.

2 — O mandato tributário só pode ser exercido, nos termos da lei, por advogados, advogados estagiários e solicitadores quando se suscitem ou discutam questões de direito perante a

administração tributária em quaisquer petições, reclamações ou recursos.

(...)"

No CPPT nada se diz a respeito da forma que deve revestir o mandato conferido a advogado, mas do mesmo consta, no art. 2.º, al. *e*), que se aplica subsidiariamente o Código do Processo Civil.

Atento o exposto, parece-nos claro que, não existindo qualquer norma específica que regule, neste aspecto, as relações do contribuinte com a Administração Fiscal, um documento escrito de onde constem os poderes conferidos ao advogado será suficiente para titular e comprovar a representação, sem que seja necessária qualquer intervenção notarial, por força da aplicação do art. 43.º do CPC ao procedimento tributário.

De igual modo, dispõe o art. 262.º, n.º 2, do C. Civil que *"salvo disposição legal em contrário, a procuração revestirá a forma exigida para o negócio que o procurador deva realizar"*. No procedimento tributário apenas se exige que os actos sejam praticados de forma escrita e que constem de documento passível de consulta (v. art. 27.º do CPPT). Não se exige qualquer outra forma especial.

Assim, também por este motivo, entende-se que bastará um documento escrito a conferir poderes forenses ao advogado para que este possa consultar qualquer tipo de procedimento tributário, solicitar informações ou intervir nesse mesmo procedimento, em representação do contribuinte seu cliente.

Deste modo, deve a Administração Fiscal abster-se de exigir ao advogado procuração com intervenção notarial sempre que este actue em representação de um cliente em qualquer procedimento tributário. Caso tal se verifique, será um acto impeditivo do livre exercício à advocacia, expressamente proibido pelo art. 69.º do EOA.

Em conclusão:

4 — Atento o disposto no art. 67.º, n.º 1, al. *c*), do EOA (Lei n.º 145/2015), considera-se mandato forense o exercício de qualquer mandato com representação em procedimentos administrativos, incluindo tributários, perante quaisquer pessoas coletivas públicas ou respetivos órgãos ou serviços, ainda que se suscitem ou discutam apenas questões de facto.

5 — O mandato judicial pode ser conferido por instrumento público ou por documento particular, nos termos do Código do Notariado e da legislação especial ou por declaração verbal da parte no auto de qualquer diligência que se pratique no processo (art. 45.º do CPC).

6 — Ao mandato tributário aplicam-se as regras da procuração previstas no art. 262.º do C. Civil e do mandato judicial do art. 45.º do CPC, este por força do disposto no art. 2.º do CPPT.

7 — O mandato conferido a advogado para representar o contribuinte junto de qualquer repartição ou serviço de finanças deve constar de documento escrito de onde constem os poderes conferidos ao advogado, não sendo necessária a intervenção notarial.

Propõe-se que seja dado conhecimento do presente parecer, com as suas conclusões, à Secretaria de Estado dos Assuntos Fiscais e ao senhor Secretário de Estado dos Assuntos Fiscais e aos Serviços de Finanças de (…).

É este, s.m.o., o meu parecer.
Braga, 19 de Junho de 2017

O Relator: Pedro Costa Azevedo
(Vogal do Conselho Geral)

Aprovado em Sessão Plenária do Conselho Geral de 23 de Junho de 2017.