ISSN: 0870-8118

REVISTA
da Ordem dos Advogados

"EDITORIAL" Pág. 5

Actualidade

Jorge Miranda — "*A EVOLUÇÃO DA CONSTITUIÇÃO, DE 1976 AO SÉCULO XXI"* — Palestra proferida nas Comemorações dos 40 anos da Constituição da República Portuguesa, no Salão Nobre da Ordem dos Advogados, em 26 de abril de 2016 Pág. 7

Doutrina

Paulo de Pitta e Cunha — *"A HIPÓTESE DE SAÍDA DO EURO"* Pág. 25

Diogo Leite de Campos — *"O CREDOR E O CONTRATO (DÍVIDA E RESPONSABILIDADE)"* Pág. 33

Luís de Lima Pinheiro — *"COMPETÊNCIA INTERNACIONAL EM MATÉRIA DE RESPONSABILIDADE PARENTAL E MEDIDAS DE PROTEÇÃO DE CRIANÇAS PERANTE O REGULAMENTO BRUXELAS II BIS E A CONVENÇÃO DA BAÍA DE 1996"* Pág. 47

Miguel Pestana de Vasconcelos — *"AS CLÁUSULAS PENAIS NOS CONTRATOS DE LOCAÇÃO FINANCEIRA"* Pág. 63

Alberto de Sá e Mello — *"PRINCIPAIS ASPECTOS E ALGUNS PROBLEMAS DA GESTÃO COLECTIVA DE DIREITOS DE AUTOR E DE DIREITOS CONEXOS NO AMBIENTE DIGITAL — O REGIME EM PORTUGAL E EM ESPANHA E NO DIREITO COMUNITÁRIO"* Pág. 77

Catarina Monteiro Pires — *"LIMITES DOS ESFORÇOS E DISPÊNDIOS EXIGÍVEIS AO DEVEDOR PARA CUMPRIR"* Pág. 105

David Ruah Halfin — *"A RECUSA DO DEVER DE PRESTAR ANTES DO VENCIMENTO DA OBRIGAÇÃO: COMPARAÇÃO ENTRE A ORDEM JURÍDICA INGLESA, A ORDEM JURÍDICA PORTUGUESA E O* DRAFT COMMON FRAME OF REFERENCE *(PROJECTO DE QUADRO COMUM DE REFERÊNCIA)"* Pág. 137

Rui Cardona Ferreira — *"ACESSO À INFORMAÇÃO NAS SOCIEDADES ANÓNIMAS (ABERTAS E FECHADAS) E RESPONSABILIDADE CIVIL"* Pág. 195

Ano 76 **Lisboa** **Jan. / Dez. 2016**

Ana Pereira — *"O IMPACTO DOS PROCESSOS DE JUSTIÇA RESTAURATIVA EM VÍTIMAS E OFENSORES: UMA REVISÃO DOS ESTUDOS AVALIATIVOS DA SUA EFICÁCIA"* Pág. 245

Rui Marques — *"O ESTRANHO CASO DAS DÍVIDAS FISCAIS NUNCA PRESCRITAS: A INTERRUPÇÃO PELA CITAÇÃO"* Pág. 269

João Valente Cordeiro — *"A QUEBRA DO DEVER DE SIGILO POR IMPOSIÇÃO DO TRIBUNAL (ART. 135.º DO CPP) DEPOIS DE OUVIDA A ORDEM DOS ADVOGADOS"* Pág. 299

Pedro Coutinho — *"COMPRANDO OS CANHÕES DE NAVARONE — UMA INTRODUÇÃO AO DIREITO DA CONTRATAÇÃO PÚBLICA NA DEFESA"* Pág. 339

Nuno Sousa e Silva — *"DIREITOS CONEXOS (AO DIREITO DE AUTOR)"* Pág. 355

José Ferreira Gomes — *"O SENTIDO DOS 'DEVERES DE CUIDADO' (ART. 64.º CSC)"* Pág. 447

Sandra Horta e Silva — *"DIRECTIVAS ANTECIPADAS DE VONTADE: ANÁLISE PROSPECTIVA"* — Trabalho apresentado em Julho de 2013 no VI Curso pós--graduado de Direito da Bioética da Faculdade de Direito de Lisboa e Associação Portuguesa de Direito Intelectual Pág. 497

Jurisprudência Crítica

Paula Costa e Silva e Nuno Trigo dos Reis — *"REVISITANDO A ESTABILIDADE E A MODIFICAÇÃO DO CASO JULGADO ARBITRAL: QUANDO O FUTURO DESMENTE A PROGNOSE"* — Anotação ao Acórdão Processo n.º 660/15.8YRLSB.L1.S1 do Supremo Tribunal de Justiça Pág. 517

Jurisprudência dos Conselhos

- Processo n.º 4/PP/2016-G — *Publicidade da actividade do advogado; divulgação no respetivo sítio na internet informação; criação de logotipo* Pág. 585
- Processo n.º 86-CS/R — *"Recurso da deliberação do Conselho de Deontologia de Faro"* Pág. 591
- Processo n.º 25/2015-CS/RD — Aprovado por Acórdão do Plenário do Conselho Superior de 29 de Abril de 2016. *"Dispensa de Segredo Profissional"* Pág. 599

Vida Interna

- Regulamento n.º 9/2016 (Série II), de 6 de janeiro de 2016/Ordem dos Advogados — Aprova o Regulamento Geral das Especialidades proposto pelo Conselho Geral da Ordem dos Advogados Pág. 609
- Regulamento n.º 602/2016 (Série II), de 20 de Junho de 2016/Ordem dos Advogados — *"Regulamento Eleitoral"* Pág. 619

Preço €16

REVISTA DA ORDEM DOS ADVOGADOS

ISSN 0870-8118

REVISTA
da Ordem dos Advogados

Directora

Bastonária Elina Fraga

Sub-Director

Prof. Doutor Luís Manuel Teles de Menezes Leitão

Comissão de Redacção

Dr. Fernão Fernandes Thomaz
Prof. Doutor José de Oliveira Ascensão
Prof. Doutor António Menezes Cordeiro
Prof. Doutor Paulo de Pitta e Cunha
Dr. Rui Chancerelle de Machete
Dr. Alberto Luís
Prof. Doutor Dário Moura Vicente
Prof. Doutor Diogo Leite de Campos
Prof. Doutor Fausto de Quadros
Prof. Doutor José Sérvulo Correia
Dr. José Osvaldo Gomes
Prof. Doutor Miguel Teixeira de Sousa
Prof. Doutor Germano Marques da Silva

Revisão

Departamento Editorial e Comunicação da Ordem dos Advogados

Coordenação e Secretariado

Sandra Coelho e Fátima Maciel

Propriedade da Ordem dos Advogados
Edição da Ordem dos Advogados

Redacção e Administração

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

Composição

AGuerra — Viseu

Impressão e acabamentos

Tipografia Frasco, L.da — Póvoa de Varzim

Depósito Legal: 124011/98
N.° de Registo na ERC 124904
ISSN 0870-8118

Tiragem: 12 500 exemplares

REVISTA
da Ordem dos Advogados

ANO 76
2 0 1 6

L I S B O A

EDITORIAL 2016

No ano transacto, a *Revista da Ordem dos Advogados* procurou continuar a acompanhar em permanência a actualidade jurídica, publicando artigos sobre as mais diversas matérias.

No presente ano cumprem-se duas datas históricas para o Direito Português: os 40 anos da Constituição da República Portuguesa e os 60 anos do Código Civil Português. A Revista irá por isso procurar acompanhar as análises comemorativas sobre esses dois diplomas estruturantes do ordenamento jurídico português.

A Revista reitera o seu apelo aos Colegas para que enviem artigos e análises de jurisprudência, que serão sempre bem vindas nas suas páginas.

A Comissão

A EVOLUÇÃO DA CONSTITUIÇÃO, DE 1976 AO SÉCULO XXI(*)

Pelo Prof. Doutor Jorge Miranda

Sumário:

1. Os efeitos da entrada em vigor da Constituição. 2. A questão constitucional após 1976. 3. As revisões constitucionais. 4. Mutações tácitas. 5. Caducidade. 6. O contributo da jurisprudência constitucional. 7. Desenvolvimento e identidade constitucional. 8. Os problemas atuais.

As vicissitudes da Constituição

1. Os efeitos da entrada em vigor da Constituição

A entrada em vigor da Constituição teve por efeitos imediatos e a curto prazo:

— A estabilização institucional e política, com o fim dos Governos provisórios e a progressiva redução da intervenção política das Forças Armadas;

— A afirmação plena dos direitos e liberdades dos cidadãos com consolidação do pluralismo ideológico e político;

(*) Conferência na Ordem dos Advogados em 26 de abril de 2016.

— O reforço das garantias de Direito e processo penal;

— A explicitação dos direitos e liberdades e garantias dos trabalhadores;

— O reforço e o aparecimento de novos direitos dos administrados, com tradução no Decreto-lei n.º 256-A/77, de 17 de Junho;

— A consagração da igualdade plena entre os cônjuges e entre os filhos, depois, também, vertida na reforma do Código Civil operada pelo Decreto-lei n.º 496/77, de 25 de Novembro;

— A concretização da autonomia político-administrativa aos Açores e à Madeira, através de eleições logo em 1976 e da consequente formação de órgãos de governo próprio;

— A restauração da autonomia municipal, com eleições também logo em 1976;

— O pedido de abertura de negociações para a adesão às Comunidades Europeias, em 1977;

— A adesão ao Conselho da Europa e à Convenção Europeia dos Direitos do Homem, em 1978;

— O lançamento do serviço nacional de saúde, em 1979.

2. A questão constitucional após 1976

I — A Constituição nunca foi uma Constituição provisória. Continha, no texto de 1976 (explicável pelas vicissitudes de 1974-1975), um órgão transitório, composto por militares, o Conselho da Revolução, só que presidido pelo Presidente da República, eleito por sufrágio universal e direto e que o iria paulatinamente apagando.

Tanto não era transitório que enumerava explícitos limites materiais da revisão constitucional — quer dizer, princípios substantivos que deviam ser respeitados em ulterior modificação do

seu texto. Era, sim, e continua a ser uma Constituição compromissória, como as de muitos outros países com regime democrático pluralista.

O lugar indicado para analisar o problema, extremamente complexo, não pode ser, porém, este. Por agora apenas se diga que cláusulas de limites materiais encontram-se em várias Constituições (como na nossa de 1911, no seu art. 82.º, § 2.4, ou, mais amplamente, no art. 79.º da Constituição alemã de 1949 e no art. 60.º, § 2.º da Constituição brasileira de 1988). O que distingue a Constituição de 1976 é prever um copioso elenco, abrangendo também princípios da organização económica.

II — O modo como se deveria fazer a primeira revisão constitucional foi, de todas as questões, o mais agitado. A despeito de a Constituição se ocupar *ex professo* do assunto, cometendo tal poder à Assembleia da República [arts. 164.º, alínea *a*), 169.º, n.º 1, e 286.º e segs.], houve quem invocasse a possibilidade ou a necessidade de recorrer ao povo através de referendo; foram apresentados um projeto de lei e uma proposta de lei de autorização legislativa tendentes à organização do referendo; e a campanha eleitoral relativa à eleição presidencial em 1980 teve-o como tema primacial.

O referendo serviria para resolver o problema dos limites materiais da revisão constitucional, pois só o povo, titular da soberania, os poderia ultrapassar; ou para vencer o bloqueamento ideológico que a Constituição traria consigo; ou para eliminar a regra da maioria qualificada de dois terços para a aprovação de alterações à Constituição; ou ainda, na hipótese de não se formar na Assembleia da República a maioria qualificada exigida no art. 286.º, para viabilizar a própria revisão.

Sendo, embora, diversas as funções esperadas do referendo, era comum a fundamentação: o princípio democrático — por o povo, por direito natural (segundo alguns), estar acima da Constituição e esta mesma apelar para a participação direta e ativa dos cidadãos na vida pública (arts. 48.º e 112.º).

Mas a fraqueza jurídica dos argumentos era notória, à face dos cânones gerais de interpretação e das regras básicas do constitucionalismo ocidental (em que todo o poder público tem de estar pre-

visto e contido em regras jurídicas e em que prevalecem os mecanismos representativos e pluralistas sobre os de democracia direta).

Na realidade o que estava em causa era a oposição à Constituição; era, não já um processo para a modificar — o que pressupunha a aceitação das suas regras — mas um processo para a substituir; era saber se deveria ou não dar-se, e de que forma, rutura da ordem constitucional de 1976.

Os resultados da eleição presidencial de Dezembro de 1980 resolveram este problema — no fundo, político, sob as aparências de jurídico — no sentido da inadmissibilidade do referendo e do respeito das regras constitucionais sobre revisão.

III — O intenso debate travado teve, pelo menos, uma vantagem: o de propiciar a consideração crítica dos institutos constitucionais e a formulação, em alternativa, de vários projetos de reforma.

3. As revisões constitucionais

I — A primeira revisão constitucional decorreria, como previsto, com um regime jurídico de alterações mais suaves que o das revisões subsequentes — aprovação por maioria de dois terços dos Deputados presentes, desde que superior à maioria absoluta dos Deputados em efetividade de funções aí (art. 286.º, n.º 2 da Constituição); maioria de dois terços dos Deputados em efetividade de funções para as revisões subsequentes (art. 287.º, n.º 3).

Obrigatória, por causa da necessária extinção do Conselho da Revolução, foi feita já com apaziguamento político (ou relativo apaziguamento político) e traduziu-se, no essencial, em:

a) A redução das marcas ou expressões ideológico-conjunturais vindas de 1975 e, em particular, a supressão das referências ao socialismo em todos os artigos, salvo no 2.º;

b) O aperfeiçoamento dos direitos fundamentais e a clarificação da Constituição económica numa linha de economia pluralista coerente com o princípio político pluralista;

c) Em conexão com a extinção do Conselho da Revolução, o repensar das relações entre o Presidente da República, a Assembleia da República e o Governo, com reflexos no sistema do Governo sem, todavia, o transmutar;

d) A criação de um Tribunal Constitucional, sucessor da Comissão Constitucional, que fora o órgão de consulta jurídica obrigatória, no domínio da inconstitucionalidade, do Conselho da Revolução e já um supremo tribunal de recursos na fiscalização concreta.

II — A segunda revisão constitucional ocorreu de 1987 a 1989 e os seus pontos fundamentais foram:

a) Supressão quase completa das menções ideológico-proclamatórias que ainda restavam após 1982;

b) Aprofundamento de alguns direitos fundamentais, mormente os dos administrados;

c) Supressão da regra da irreversibilidade das nacionalizações posteriores a 25 de Abril de 1974, e, em geral, aligeiramento da parte da organização económica — talvez o ponto mais importante da revisão;

d) Introdução do referendo político a nível nacional, embora em moldes muito prudentes;

e) Modificação de três das alíneas do art. 290.º sobre limites materiais da revisão constitucional.

III — A terceira revisão constitucional deu-se em 1992, por causa do Tratado de Maastricht (que criou a União Europeia) e, no essencial, consistiu no aditamento ao art. 7.º de um n.º 6, dizendo: *"Portugal pode, em condições de reciprocidade, com respeito pelo princípio da subsidiariedade e tendo em vista a realização do princípio da coesão económica e social, convencionar o exercício em comum dos poderes necessários à construção da união europeia"*.

IV — A quarta revisão efetuou-se em 1997 e os seus pontos mais significativos foram:

a) Consagração, a propósito da proteção do ambiente, dos princípios do desenvolvimento sustentável e da solidariedade entre gerações;

b) Possibilidade de reforma do sistema eleitoral relativo: Assembleia da República, permitindo uma representação proporcional personalizada à alemã com círculos uninominais e um círculo nacional de referência ou de reflexo dos resultados obtidos naqueles primeiros círculos;

c) Reforço de mecanismos de participação dos cidadãos (participação no planeamento urbanístico, referendo regional, iniciativa popular, candidaturas independentes nas eleições locais);

d) Desenvolvimento dos poderes das regiões autónomas (nos planos legislativo, tributário, administrativo e europeu), bem como dos poderes das autarquias locais;

f) Reforço do Tribunal Constitucional (com novas competências relativas aos partidos e às assembleias políticas) e, sobretudo, extensão dos mandatos dos juízes para nove anos, não renovável.

V — À semelhança do que acontecera em 1992, também em 2001 foi desencadeado um processo de revisão constitucional por causa de um tratado: o tratado constitutivo do Tribunal Penal Internacional assinado em Roma em 1998.

A Constituição foi revista para permitir a ratificação desse tratado, visto que, algumas das suas cláusulas eram ou poderiam ser consideradas, discrepantes de diversas normas constitucionais. E, por isso, se adotou uma fórmula genérica (no novo art. 7.º, n.º 7) semelhante à adotada já noutros países. *"Portugal pode, tendo em vista a realização de uma justiça internacional que promova o respeito pelos direitos da pessoa humana e dos povos, aceitar a jurisdição do Tribunal Penal Internacional, nas condições de complementaridade e demais termos estabelecidos no Estatuto de Roma".*

Mas a revisão de 2001 tocou também (agora diferentemente do que sucedera em 1992) noutras matérias:

— Previsão, a par do exercício em comum, do exercício em cooperação dos poderes necessários à construção da união europeia;

— Previsão aí também de um "espaço de liberdade, justiça e segurança" (art. 7.º, n.º 6) e, desde logo, desconstitucionalização, para esse efeito, de algumas garantias relativas à expulsão e à extradição (art. 33.º, n.º 5);

— Proclamação do português como língua oficial (art. 11.º, n.º 3);

— Alargamento, em paralelo com o disposto na Constituição brasileira, de direitos a atribuir aos cidadãos dos Estados de língua portuguesa com estatuto de igualdade (art. 15.º, n.º 3).

VI — Provocada basicamente por questões referentes à integração europeia e às regiões autónomas, realizou-se uma sexta revisão constitucional, ordinária em 2003 e 2004.

Num juízo global sobre os resultados desta revisão cabe notar:

a) As alterações e os aditamentos aos arts. 7.º e 8.º exigem uma interpretação conforme com a própria Constituição, sob pena de, se entendidos à letra, ferirem gravemente a consistência do Estado.

b) As alterações introduzidas no título das regiões autónomas deveriam pôr fim às querelas acerca da autonomia, tão vastos foram os novos poderes por elas obtidos — mas nada garante que assim venha a acontecer.

c) Nos domínios da comunicação social e da limitação de mandatos a revisão não foi além de compromissos dilatórios.

VII — Por haver dúvidas (aliás, infundadas) sobre a realização de referendo nacional a respeito da União Europeia, fez-se em 2005 uma sétima revisão constitucional, extraordinária.

Aditou-se, em disposições finais e transitórias, um novo art. 295.º, estipulando o seguinte: *"O disposto no n.º 3 do art. 115.º não prejudica a possibilidade de convocação e de efetivação de referendo sobre a aprovação de tratado que vise a construção e aprofundamento da união europeia"*.

É esta uma norma derrogatória, visto que o regime do referendo nacional implica um duplo procedimento: primeiro, o povo decide se um tratado ou uma lei merece ou não aprovação; e depois, o órgão competente vai, cumprindo essa decisão, aprovar ou não.

Agora, quanto ao referendo europeu, o povo iria logo aprovar ou rejeitar o tratado. Todavia, não foi isso que se verificou com a aprovação do último Tratado da União, o Tratado de Lisboa de 2007.

4. Mutações tácitas

I — Não houve apenas modificações expressas e formais da Constituição. Houve também mutações tácitas, através do costume, de fenómenos de caducidade e de jurisprudência do Tribunal Constitucional.

II — Costume constitucional *secundum legem*, se assim se pode dizer:

— O funcionamento do sistema de governo como verdadeiro sistema de governo semipresidencial, em que o Presidente, *preside*, mas *não governa*; e, embora sempre mais ou menos apoiado por partidos, não é chefe de partido — o que o distingue do superpresidencialismo da V República Francesa.

III — Como manifestações do costume *praeter Constitutionem* podem ser indicados:

— A inelegibilidade local para cargos políticos de ministros de religião de qualquer culto com poderes de jurisdição;

— A invalidade, e não a mera irregularidade, das leis de trabalho sem a participação das organizações de trabalhadores;
— A incompatibilidade dos cargos de Presidente da República e de membro do Governo com qualquer função pública ou privada;
— A reserva de competência legislativa da Assembleia da República sobre alguns dos direitos, liberdades e garantias dos trabalhadores [formalizada pela revisão constitucional de 1982 — hoje arts. 53.º e segs. e 165.º, n.º 1, alínea *b*), da Constituição];
— As especialidades das autorizações legislativas contidas na lei do orçamento (formalizadas em 1989 — hoje art. 165.º, n.º 5);
— A admissibilidade de textos de substituição das comissões (formalizada em 1982 — hoje art. 167.º, n.º 8);
— Os Governos de gestão (formalizadas em 1982 — hoje art. 186.º, n.º 6);
— A admissibilidade dos tribunais arbitrais, inclusive dos tribunais arbitrais necessários (formalizada também em 1982 — hoje art. 209.º, n.º 2);
— O recurso atípico para Tribunal Constitucional da decisão de qualquer tribunal de aplicação de norma declarada inconstitucional com força obrigatória geral;
— A votação final global das leis de revisão constitucional;
— A aplicação dos critérios dos arts. 9.º e 10.º do Código Civil à interpretação e à integração de lacunas da Constituição.

IV — Como manifestações de costume *contra constitutionem* apontem-se:

— A prevalência do setor privado sobre o setor público de propriedade de meios de produção;
— A desvalorização dos planos;

— A desnecessidade de deliberação para que os projetos e as propostas de lei sejam votados na especialidade em comissão (contra o art. 168.º, n.º 3, da Constituição);

— A categoria de Ministro de Estado, com precedência sobre os demais Ministros (contra o art. 183.º);

— O aparecimento, como órgão do município autónomo e com proeminência sobre a câmara, do presidente da câmara municipal (contra o art. 250.º);

— A nunca não recusa de ratificação de tratados pelo Presidente da República [art. 135.º, alínea *b*)];

— A nunca não confirmação pela Assembleia da República de diplomas com normas objeto de fiscalização preventiva no sentido de inconstitucionalidade (art. 279.º, n.º 2, *in fine*).

5. Caducidade

I — Houve também fenómenos de caducidade; a não confundir com o desuso

No desuso, a norma, se fosse cumprida, ainda desempenharia a função para que fora criada. Na caducidade, a norma já não pode desempenhar nenhuma função.

Deverá ser esse o entendimento a dar à decisão de "abrir caminho para uma sociedade socialista, no respeito da vontade do povo português constante do preâmbulo. E é, sem dúvida alguma, o entendimento que têm de receber o art. 7.º, n.º 3, 2.ª parte (inicial art. 7.º, n.º 3, 1.ª parte) e o art. 292.º (inicial art. 309.º).

II — O preâmbulo tem valor jurídico, e não apenas histórico.

Todavia, o "abrir caminho para uma sociedade socialista" só pode ser encarado de duas formas:

a) Ou como significando o mesmo que, desde 1989, se diz no art. 1.º "Portugal é uma República soberana … empe-

nhada na construção de uma sociedade livre, justa e solidária" e no art. 2.º — visar "a realização da democracia económica, social e cultural;

b) Ou, tendo desaparecido desse mesmo art. 2.º o objetivo de "assegurar a transição para o socialismo" e tendo desaparecido também, de entre as tarefas fundamentais do Estado do art. 9.º a de "socializar os meios de produção e a riqueza", do art. 80.º e do art. 81.º, alínea *n*) o "desenvolvimento das relações de produção socialistas" e do art. 80.º e do art. 288.º (inicial art. 290.º) o princípio de "apropriação coletiva dos principais meios de produção" — como significando que tal fórmula deixou de possuir qualquer alcance prático.

Este segundo entendimento afigura-se muito mais adequado no contexto sistemático.

III — Segundo se lê no art. 7.º, n.º 3 da Constituição, Portugal reconhece o direito dos povos à insurreição contra todas as formas de opressão.

Naturalmente, em caso algum, ele poderia ser invocado para abranger também parcelas da comunidade política portuguesa (a açoriana ou a algarvia, a madeirense ou a minhota, por exemplo). Em primeiro lugar, porque se dirige exclusivamente às relações internacionais. Em segundo lugar, porque o direito de insurreição que enuncia só pode justificar-se pela ocorrência de situações de opressão, insuscetíveis de se verificarem no respeito da Constituição; só a ofensa dos valores constitucionais poderia legitimá-la, não a própria Constituição (e é esta que integra os Açores e o Algarve, a Madeira e o Minho na República).

Por outro lado, a despeito da sua origem e da contiguidade com a afirmação da existência de laços privilegiados com os países de língua portuguesa (maior em 1976, por esta afirmação aparecer no mesmo n.º 3, e agora n.º 4), nem sequer este preceito vem manifestar o reconhecimento histórico retroativo do direito de insurreição dos povos africanos contra o domínio colonial português. Por

duas razões ainda: porque não é função de uma Constituição proceder a legitimações *a posteriori*; porque é princípio básico de Direito internacional o da continuidade do Estado.

Mas até 2002 era possível atribuir ao preceito um sentido útil. Era possível vê-lo em conexão com o dever do Estado português de promover e garantir o direito à autodeterminação e à independência de Timor Leste, declarado no art. 307.º, depois art. 293.º. Este dever, fundado na condenação internacional da ocupação indonésia e na relação histórica e jurídica existente entre Timor e Portugal, ficava reforçado pelo reconhecimento do direito do seu povo à insurreição contra à ocupação indonésia. Depois do referendo de 1999 e da proclamação da independência em 2002 já nada justifica subsistir a proclamação no texto constitucional.

IV — Em "disposições finais e transitórias", a Constituição ressalvou na qualidade de leis constitucionais, não na de leis ordinárias (arts. 292.º, n.º 2 e 309.º e, após as revisões constitucionais, 290.º, n.º 1, e 292.º) — três das leis constitucionais publicadas após a revolução de 25 de abril de 1974: as Leis n.os 8, 16 e 18/75, respetivamente de 25 de julho, 23 de dezembro e 26 de dezembro, todas referentes à incriminação e ao julgamento dos agentes e responsáveis da PIDE-DGS, a polícia política do regime autoritário anterior.

Percebe-se facilmente por que razão estas leis não poderiam deixar de ser entendidas como leis constitucionais, embora à margem da Constituição formal primária. É que, por conterem desvios ao princípio da não retroatividade das leis incriminadoras consagrado no art. 29.º, n.º 1, e no art. 11.º, n.º 2, da Declaração Universal, elas não poderiam sobreviver se não fosse a própria Constituição a determiná-lo; teriam cessado a sua vigência logo à face dos arts. 292.º e 293.º iniciais.

Permaneceram, pois, dotadas de força constitucional apenas por virtude de expressos preceitos da Constituição. As suas normas não possuíam qualquer espécie de autonomia diante das demais normas constitucionais; deviam ser interpretadas sistematicamente e integradas em correspondência com elas; e — até onde fosse possível — deviam ter a leitura que menos colidisse com os princípios

da Constituição material. Estavam bem longe dos moldes desenhados pelo art. 16.º, n.º 2.

Hoje (e desde há muitos anos) deve considerar-se que caducaram, por esgotamento do seu âmbito de aplicação ou por prescrição de procedimento criminal (art. 118.º do Código Penal).

6. O contributo da jurisprudência constitucional

I — Ao longo destes 40 anos de vigência da Constituição, o papel da Comissão Constitucional, primeiro, e do Tribunal Constitucional, depois, não consistiu apenas na defesa das normas constitucionais contra violações por ação ou por omissão. Consistiu, além disso, na construção operada sobre elas (com ou sem apoio doutrinal externo) e na definição das modalidades da sua irradiação para a ordem legislativa.

Em qualquer país, a jurisprudência constitucional — sejam quais forem as conceções e os método de interpretação — não pode deixar de ser, pela natureza das coisas, uma jurisprudência muito ativa (o que não equivale necessariamente ao *ativismo* do Superior Tribunal do Brasil). Em Portugal, teve ainda de o ser mais, em consequência, por um lado, da novidade de muitos dos institutos e, por outro lado, do caráter compromissório da Constituição de 1976 e da delicadeza das situações pós-revolucionárias. Afastando-se quer de leituras maximalistas quer de leituras minimalistas — que, umas e outras, teriam feito soçobrar o sistema — a jurisprudência consticional conseguiu traçar uma linha média, de concordância prática, com soluções equilibradas e exequíveis.

E não poucos dos pareceres e acórdãos (e não poucas das declarações de voto que os acompanham) distinguem-se — independentemente de se concordar ou não com as respetivas posições — por uma profundidade de análise e por um rigor argumentativo não comum noutros tribunais superiores portugueses.

A Constituição de 1976 tornou-se uma verdadeira Constituição *normativa*, que se impõe à lei e a todos os demais atos do

poder. Todas as suas normas serão de aplicação imediata, ainda que com graus variáveis.

II — Entre os contributos mais positivos da jurisprudência constitucional, avultam:

— A densificação do princípio da dignidade da pessoa humana (em matérias como o mínimo económico de existência e a punição do lenocínio);

— O repensar conjunto dos princípios da igualdade e da proporcionalidade;

— A aplicação do princípio do Estado de Direito e da tutela da confiança;

— A explicitação do direito à identidade pessoal;

— A extensão ao ilícito de mera ordenação social e ás sanções disciplinares, inclusive em Direito do Trabalho, de alguns dos princípios fundamentais de Direito penal e das garantias de defesa;

— O principio de igualdade processual das partes;

— O princípio da publicidade dos atos;

— O entendimento dado ao ensino religioso nas escolas públicas;

— O entendimento dado a alguns direitos dos trabalhadores e à segurança social;

— A consagração das ordens profissionais como associações públicas;

— O tratamento dos direitos dos estrangeiros;

— A aplicação judicial das medidas de reeducação privativas da liberdade;

— A garantia do duplo grau de recurso em processo penal;

— O desenvolvimento do Direito urbanístico;

— A densificação da inconstitucionalidade superveniente;

— As decisões interpretativas e aditivas do próprio Tribunal Constitucional.

Alguns destes contributos seriam acolhidos em revisão constitucional.

7. Desenvolvimento e identidade constitucional

I — A Constituição continua sendo, após sete revisões, após a entrada de Portugal para as Comunidades e para a União Europeia e após tantas transformações registadas no país e no mundo, a mesma Constituição que em 1976 foi decretada pela Assembleia Constituinte — porque uma Constituição consiste, essencialmente, nunca é demais frisar, num conjunto de princípios e menos num conjunto de preceitos.

Foi modificada a redação da maioria dos artigos, se bem que, só em certos casos, com inflexões da mudança de sentido. E, sobretudo, permaneceram os princípios cardeais identificadores da Constituição: a dignidade da pessoa humana, o Estado de Direito democrático, o projeto de construção de uma "sociedade livre a fraterna" (como se lê no preâmbulo) ou de "uma sociedade livre, justa e solidária" (como consta do art. 1.º após 1989).

II — As modificações relativas aos órgãos políticos de soberania não afetaram a continuidade institucional; e as restantes alterações sofridas pela parte III — desde o referendo às regiões autónomas e ao poder local — destinaram-se (melhor ou pior) à sua viabilização.

Mais profundas foram as alterações da parte II. Mas só quem veja na Constituição económica o cerne de qualquer Constituição poderá contestar, por causa disso, a continuidade constitucional. Ainda assim, subsistem, transformados ou temperados, institutos como a intervenção e a apropriação pública [arts. 80.º, alínea *d*), 83.º e 86.º, n.º 2] e os planos [arts. 80.º, alínea *e*), 90.º e 91.º]; o estatuto da iniciativa privada não apaga o favorecimento da iniciativa cooperativa e a garantia institucional de autogestão (arts. 61.º, 85.º, 94.º, n.º 2, e 97.º) e a ela podem ser vedados certos setores básicos (art. 86.º, n.º 3); perduram intocados os direitos dos

trabalhadores e das suas organizações (arts. 53.º e segs.). Já não poderá falar-se em Constituição socializante, mas, pelo menos, em Constituição de economia social de mercado.

Quanto às modificações introduzidas no art. 290.º (hoje art. 288.º), corroborando a tese da revisibilidade de cláusulas expressas de limites materiais de revisão, não representam também senão benfeitorias e atualizações. O princípio da coexistência de setores é — e já era em 1976 — mais significativo do cerne da Constituição do que a apropriação coletiva; a modificação respeitante ao planeamento é pouco mais que verbal; a participação das organizações populares de base no exercício do poder local, aliás praticamente sem efetividade, terá sido tão só um limite de segundo grau, e essas organizações ou associações de moradores não desaparecem do texto constitucional.

III — Uma Constituição que perdura por um tempo relativamente longo vai-se *realizando* através da congregação de interpretação evolutiva, revisão constitucional e costume *secundum, praeter* e *contra legem.* Contudo, pode também acontecer que, noutros casos, o *desenvolvimento* da Constituição se efetue em períodos mais ou menos breves, principalmente quando Constituição compromissória através da sobreposição dos mecanismos de revisão, de costume e de garantia da constitucionalidade sob o influxo da realidade constitucional.

O desenvolvimento constitucional não comporta a emergência de uma Constituição diversa, apenas traz o aprofundamento ou a reorientação do alcance da Constituição vigente. De certo modo, os resultados a que se chega ou vai chegando acham-se contidos nos princípios fundamentais em que assenta; e ou se trata de um extrair das suas consequências lógicas ou da prevalência de certa interpretação possível sobre outra interpretação igualmente possível.

Foi um fenómeno de desenvolvimento constitucional, e não de rutura, aquele que atravessou a Constituição de 1976 ao longo destes anos, por efeito da jurisprudência, das revisões constitucionais (pelo menos, das três primeiras), da jurisprudência e da interação dialética da aplicação das normas e do crescimento de cultura cívica no país. Desenvolvimento constitucional, e não transfiguração ou desfiguração da Constituição.

Na sua vigência, Portugal tem conhecido um tempo simultaneamente de paz e de liberdadecomo não tinha conhecido, pelo menos, desde o início do século XX.

8. Os problemas atuais

Dito isto, não se ignora que a Constituição — como todas ou quase todas — enfrenta desafios graves neste dealbar do século XXI. Sem esquecer os problemas ligados à globalização em todos os seus níveis e à comunicação informática, pense-se apenas no que se passa na União Europeia.

O Tratado de Lisboa consagra, no art. 4.º, os princípios da subsidiariedade, da igualdade dos Estados-Membros e do *respeito pelas suas estruturas políticas e constitucionais*. O art. 7.º, n.º 6 da nossa Constituição fala em *convencionar* o exercício dos poderes a atribuir à União; o Tribunal Constitucional Federal alemão tem sustentado que ela continua sendo uma *associação de Estados*.

Ora, a prática desde 1992 ou 1999 tem trazido a erosão dos poderes legislativos do Parlamento e intervenções burocráticas vindas de Bruxelas às quais não se tem podido ou querido responder; além da hipocrisia de uma união monetária sem harmonização tributária. As instituições da União, por outro lado, atravessam grave crise.

Podem alguns sustentar que estamos a caminho de uma Constituição global ou cosmopolita, ou mesmo de uma superconstituição europeia. No entanto, sem *transdemocracia* (perdoe-se o neologismo) não vejo como se consiga ir mais longe. Nem se esqueça a irredutibilidade plurinacional da Europa, nos últimos meses ainda mais patente nas reações perante o atual afluxo de refugiados.

Por isso, continuo a acreditar no papel insubstituível da Constituição como grande carta dos direitos fundamentais — de que os cidadãos têm cada vez mais consciência — e como sistema normativo a garantir pelos tribunais em geral e pelo Tribunal Constitucional em especial. A trave mestra da integração democrática da comunidade portuguesa e do seu progresso social continua e vai continuar a ser a Constituição de 1976.

A HIPÓTESE DE SAÍDA DO EURO(*)

Pelo Prof. Doutor Paulo de Pitta e Cunha

1. Tendo sido Portugal um dos Estados fundadores da zona euro, na qual se vem mantendo há já uma quinzena de anos, a decisão de sair, que poderemos designar por "Porexit" (por analogia com a conhecida expressão "Grexit"), teria mais inconvenientes do que vantagens.

Embora, na altura própria, tenha desaconselhado a participação no grupo de arranque da união monetária, também agora discordo, e ainda com maior veemência, da proposta (defendida em certos sectores) de abandono, pelo país, da moeda única europeia — salvo, claro está, na distante possibilidade de dissolução em bloco da união monetária.

O que com tal abandono se pretenderia seria a recuperação da possibilidade de prossecução de uma política monetária e cambial autónoma, tornando possíveis ganhos de competitividade que a permanência no âmbito da zona euro não permite, e a aceleração do crescimento económico induzido pelas exportações.

2. A razão fundamental pela qual advoguei, no passado, em face do lançamento da união monetária, uma atitude prudente de *"wait and see"*, como fez a Dinamarca, radicava-se precisamente

---

(*) Comunicação apresentada na Academia das Ciências de Lisboa em 25 de Fevereiro de 2016.

na relevância que atribuí à independência na prossecução da política monetária e cambial.

Tratar-se-ia agora de desfazer o compromisso de fixação definitiva da paridade, inerente à opção pela moeda única, com o consequente regresso a uma moeda nacional.

3. Admite-se que da recuperação de autonomia, por via do retorno ao escudo, ou da adopção de um "novo escudo", resultasse o impulso das exportações.

Porém, para que esse efeito se verificasse em plenitude seria necessário não só que a procura externa dos bens e serviços produzidos e prestados no país tivesse a elasticidade suficiente para reagir positivamente à variação do respectivo preço, mas também que a oferta nacional pudesse responder por forma adequada ao acréscimo da procura.

A depreciação cambial é eficaz apenas a partir de determinado valor das elasticidades-preço da procura (procura externa de bens nacionais e procura nacional de importações).

Ora, é problemático que se verifiquem, na medida necessária, as condições relativas às elasticidades. Por um lado, pode duvidar-se de que exista uma elevada elasticidade da procura externa, atentos os tipos de bens que Portugal está em condições de produzir, pois ainda abundam na exportação os produtos tradicionais, e não tanto os que incorporam modernas tecnologias.

Por outro lado, na economia portuguesa, que dá sinais de poder sair da estagnação, ou quase estagnação, que já dura há década e meia, nem as exportações representam ainda uma percentagem suficientemente grande do PIB (embora se registem progressos significativos nesta matéria), nem se verificaram transformações estruturais que permitissem expandir a exportação dos tipos de bens transaccionáveis que mais se coadunam com a produção dos efeitos visados pela desvalorização.

Caso a economia dos países potencialmente importadores continue a atravessar uma fase de estagnação, ou de recessão (o que vai sucedendo na Europa, mormente na zona euro), dificilmente se processará o efeito visado pela depreciação cambial.

4. Tem-se notado, de resto, que o encarecimento das importações pode ter a consequência contrária à habitualmente prevista, na medida em que o excessivo aumento do valor de tais produtos em moeda nacional induza à restrição das respectivas importações. Este é um novo padrão de análise dos efeitos da desvalorização, que vem sendo observado em países emergentes, com o Brasil e a Rússia.

Se é certo que deste modo, abranda o efeito inflacionista que estaria ligado a um aumento das importações, a verdade é que, reduzindo-se as importações de bens necessários ao desenvolvimento da actividade produtiva, se acentuará a incapacidade do país para realizar as alterações estruturais necessárias ao incremento do potencial exportador.

5. Há que notar que a depreciação cambial, que se processará na sequência da saída da zona (tal depreciação sendo a consequência imediata, ou quase imediata, do regresso à moeda nacional), não deixará de suscitar uma pressão inflacionista, por via do encarecimento dos bens e serviços importados pelo país.

Tal inflação poderá servir para alimentar a ilusão monetária, como sucedeu quando das desvalorizações acordadas no fim dos anos 70 e começo dos 80 com o Fundo Monetário Internacional (a estabilidade nominal dos salários dissimulando a baixa real dos mesmos); mas terá como consequência o encarecimento dos produtos exportáveis e a neutralização, pelo menos parcial, do efeito de impulsão da competitividade externa.

Como se vê, a desvalorização cambial, sendo inegável que é uma arma relevante na panóplia dos instrumentos de correcção dos desequilíbrios externos, está longe de ser uma panaceia.

6. Não é difícil descortinar toda uma série de aspectos negativos que se relacionariam com o abandono da zona euro.

Em termos financeiros, o país ficaria entregue a si próprio, deixando de contar com a possibilidade de recurso aos mecanismos de auxílio *("bail out")* existentes no âmbito da zona euro, perdendo o apoio conferido pelo Banco Central Europeu, vendo o acesso aos mercados dificultado em razão da desconfiança e do cepticismo

gerados pela saída da zona, e deparando com uma reacção de retraimento por parte dos potenciais investidores estrangeiros.

O abandono da união monetária não deixaria de suscitar um abalo fortíssimo no sistema financeiro, não sendo, de resto, de excluir a possibilidade de falências bancárias.

Seria necessário (como aconteceu na Grécia em face da iminência do incumprimento das suas obrigações internacionais) introduzir rigorosos controlos de capitais, que se tornariam extensivos às próprias deslocações de pessoas ao estrangeiro, controlos esses que atentam contra a normalidade de funcionamento do mercado interno da União.

Põe-se, assim, o problema da compatibilidade da saída do país com as regras relativas às liberdades circulatórias e à concorrência dentro da União Europeia, as quais constituem elementos fulcrais do processo de integração.

No limite, poderia antever-se a saída do país da própria União Europeia — hipótese essa que os Tratados contemplam —, perspectiva que até há pouco parecia impensável, mas que constitui agora objecto de séria atenção. Lembremos, a este respeito, o anunciado referendo britânico sobre a permanência na União, envolvendo o risco do abandono. Não seria de excluir, aliás, que, a prevalecer o "não", se viesse a estar no limiar da secessão escocesa ("Brexit" para a Inglaterra, Gales e Ulster; permanência na UE para a Escócia).

7. Como se referiu, os mercados financeiros internacionais não deixarão de se mostrar sensíveis ao clima de desconfiança criado pela decisão de saída do euro. Ora, é duvidoso que os investidores privados se mostrem atraídos pela economia do país que, tendo-se retirado da zona, optou pela desvalorização.

Por outro lado, a dívida externa, que no caso português (só quanto à que dimana do sector público) já ronda os 130% do PIB, sendo basicamente expressa em euros, passa a assumir, dada a depreciação em relação à moeda europeia, uma expressão incomportável em termos de moeda nacional, agravando-se as dificuldades de satisfação dos compromissos assumidos em relação ao exterior.

8. O valor excessivo da dívida externa portuguesa constitui, aliás, uma razão adicional para que se encare com perplexidade a hipótese de saída da zona. Sendo a receptividade dos credores indispensável para qualquer negociação que tenda a aliviar o peso daqueles compromissos, o abandono unilateral da zona estaria longe de criar o clima desejável para tal negociação.

Pelas razões que se enunciaram — a problemática consecução dos ganhos de competitividade inerentes à desvalorização e os aspectos negativos associados à perda de confiança e ao abalo sofrido pelo sistema financeiro —, é de concluir que a "Porexit" não constitui a via adequada à solução dos problemas da economia portuguesa. Mesmo que se tentasse o que se vem chamando, eufemisticamente, uma saída "organizada", seria sempre uma navegação para águas repletas de escolhos.

9. Sendo de esperar que a proclamação da saída da zona e consequente retorno à moeda nacional implique uma imediata depreciação desta última, torna-se difícil prever que amplitude teria essa depreciação. Em relação à Grécia, têm sido aventadas percentagens muito altas, da ordem dos 50% ou mais. Para Portugal, julgo que não se ousou, até agora, antecipar uma expressão numérica para a desvalorização que se seguisse à passagem à moeda nacional.

De resto, muito depende das circunstâncias em que a saída se processe. Ela pode dar-se quando o país se encontre "encostado às cordas" e incapaz de aceder aos mercados financeiros, como foi a situação recente da Grécia, provisoriamente salva, *"in extremis"*, pela concessão de um terceiro resgate, no valor de 85 mil milhões de euros (a somar aos dois anteriores, que totalizaram 240 mil milhões, havendo ainda que considerar o "desconto" representado pelo *"hair cut"* de 2012). Mas também pode ser desencadeada em condições menos extremas, como pensamos que sucederia com Portugal que, até ao presente, beneficiou de um único resgate, de 78 mil milhões de euros.

Ora, se o país já recuperou o acesso aos mercados financeiros, e a taxas de juro (por enquanto) comportáveis, se já foi completado

o programa de auxílio externo e se a economia vem registando alguns sinais de recuperação e de redução do desemprego, a hipótese de saída, salvo alterações políticas ou económicas graves, que se processem a nível interno ou a nível internacional, tende a tornar-se meramente académica.

Como se sabe, a opção pela moeda única, para ter êxito, deveria envolver amplas mudanças estruturais, visando sobretudo a melhoria da produtividade e a preservação da competitividade externa (em particular em relação aos outros membros da zona).

Faltando estas mudanças, por o país ter incautamente entrado para a zona descurando a adequação aos novos imperativos, deixa de se estranhar que se envolva na crise das dívidas soberanas, crise tanto mais perigosa quanto mais acentuada for a imperfeição do modelo concreto da união.

10. O abandono da união monetária por parte de um (ou mais) dos seus membros, mesmo que não dos mais fortes, não poderia deixar de se traduzir num forte abalo na já de si debilitada construção europeia — agora, para mais, agravada pela crise migratória, e pelas ásperas discordâncias entre os Estados-membros quanto à solução deste problema.

Quer se concorde, quer não, com a formação da união monetária, o certo é que esta é um facto consumado e representa o ponto mais alto das políticas de integração.

A saída da zona por um dos participantes poria termo à visão da irreversibilidade da composição da união monetária; seria um grave revés num processo que tomou como lema "a união cada vez mais estreita", e poderia desencadear um efeito de contágio, de imprevisível extensão.

Compreende-se que, no âmbito do Eurogrupo, se tenham desenvolvido extensos esforços com vista a reter a Grécia no âmbito da zona — esforços facilitados pela inversão da posição do Governo helénico, que havia chegado ao poder sob o signo da anti-austeridade. Por parte do ministro das Finanças alemão, propugnador da linha dura da penalização dos países "esbanjadores", chegou a ser aventada a hipótese de uma "Grexit" temporária —

solução que a Chanceler se apressou a descartar, certamente inspirada sobretudo em considerações de ordem geo-estratégica. Resta saber por quanto tempo se poderá manter aquela irreversibilidade.

O CREDOR E O CONTRATO
(DÍVIDA E RESPONSABILIDADE)(*)

Pelo Prof. Doutor Diogo Leite de Campos(**)

Sumário:

1. Introdução. 2. O ser humano "plural". 3. O credor na relação jurídica. 4. O credor. 5. A vontade é vinculativa. 6. Dívida e responsabilidade.

1. Introdução

Terminámos o estudo sobre "relações de associação"([1]) com uma afirmação de Barbero sobre o não cumprimento da obrigação: o direito de ação não pode ser confundido e unificado com o direito subjetivo. É a ordem jurídica que se interessa em restabelecer a ordem violada([2]).

Demos mais um passo decisivo: não há realmente direito subjetivo; o que existe é uma troca de promessas a que o Direito dá relevo jurídico, utilizando a coação no caso de as promessas não

---

(*) Artigo escrito com destino ao livro de homenagem ao Professor Marcos Sacristán Represa.

(**) Professor Catedrático Jubilado da Faculdade de Direito de Coimbra. Professor Catedrático da Universidade Autónoma de Lisboa.

([1]) Diogo Leite de Campos, *Relações de associação — o Direito sem direitos*, Almedina, Coimbra, 2011, p.125.

([2]) Cf. Aut. cit., *Il diritto soggetivo*, Foro italiano, 1939, 2, IV.

serem cumpridas. Criando uma (nova) relação de indemnização ou reconhecendo um direito sobre a coisa.

O direito ao bem devido não pode confundir-se com a prestação ou abstenção em si mesmas consideradas. O bem devido é o resultado da prestação ou abstenção do devedor.

"Nestes termos, tanto os direitos absolutos como os direitos relativos podem definir-se com uma posição jurídica de vantagem conferida a um sujeito do direito objectivo em ordem a obter um dado bem e consequentemente à titularidade activa, por parte do mesmo sujeito, de uma relação jurídica obrigatória"([3]).

Parece de afastar que o objeto da obrigação (direito/dever) seja o comportamento (devido) do devedor.

A redescoberta da dignidade da pessoa humana "torna dificilmente aceitável o poder de alguém sobre outro ou em relação a uma atividade do outro. Mas já não sobre os bens externos à pessoa"([4]). Se as promessas não forem cumpridas, extingue-se a relação jurídica que elas formavam, surgindo (normalmente) uma outra dela decorrente, gerada pela ordem jurídica estadual que visará a indemnização e (ou) a entrega da coisa prometida.

Hoje é difícil ver no direito subjetivo um poder de uma pessoa sobre a outra. Mas, apesar da evolução, a concepção de direito subjetivo continua a estar viciada pela ideia de poder de uma pessoa sobre outra([5]).

Vamos prosseguir com dois aspectos fundamentais: o da posição jurídica do credor; e simultaneamente afastar o "endeusamento" da autonomia da vontade em termos de, por si só, gerar vínculos jurídicos; criando-se pois, uma nova noção de contrato e do seu caracter vinculativo. Mais um passo: embora as pessoas tenham a faculdade de trocar as promessas que quiserem (sem prejuízo das suas pessoas e dos seus planos de vida) a sociedade e o Direito só darão proteção às que servirem interesses socialmente relevantes([6]) — que podem ser os dos contratantes.

([3]) Diogo Leite de Campos, *ob. cit.*, p. 124.
([4]) Diogo Leite de Campos, *ob. cit.*, p. 127.
([5]) Diogo Leite de Campos, *ob. cit.*, p.128.
([6]) Diogo Leite de Campos, *ob. cit.*, pp. 127 e 128.

Vou ensaiar as minhas explicações e a justificação da minha confiança, no ser humano livre, levado naturalmente a usar desta liberdade para o bem, para a solidariedade com o outro (-eu)([7]).

Concentrar-me-ei no papel do credor, a conduzir **a**, e a derivar **de**, um certo contrato. Depois, a maneira de ser deste contrato. E, finalmente, a força vinculativa do contrato.

Afastando o credor autoritário a favor de um credor colaborante.

2. O ser humano "plural"

O ponto de partida e de concentração da realidade está no facto de que a condição humana, o ser humano, é *"plural"*.

É certo que cada um de *"nós"* é um *"ser em si"* irredutível a qualquer outro e a todos os outros. Valor supremo e inultrapassável para o qual a sociedade e o Estado foram feitos. A sociedade e o Estado — e o Direito — foram feitos para o ser humano, e não o ser humano para a sociedade, o Estado e o Direito.

Tal supremacia/prioridade revela-se nos direitos da personalidade, direitos da pessoa em si mesma, direitos perante a sociedade e o Estado, que servem de base ao Direito que regem e constroem. A pessoa humana gera os seus direitos e estes determinam o Direito.

Mas que pessoa é esta? Reduz-se ao *"ser em si mesmo"*? Em termos de uma sociedade e um Estado formados por átomos? … Vindo a *"organização"* depois, preenchendo o vazio do individualismo? *"Organização*" eventualmente arbitrária, desprovida de valores, tendencialmente totalitária.

Em que os direitos da personalidade viriam *"depois"*, uma vez construídos o Estado e a sociedade. E construídos por estes, possivelmente numa óptica de possibilidade económica. Na esteira das físicas sociais tão presentes nos séculos XIX e XX em que as

---

([7]) Diogo Leite de Campos, *ob. cit.*, p. 128.

engenharias sociais conformavam o átomo humano ao conjunto, esperando que a felicidade de cada um decorresse da submissão do todo às leis naturais.

Mas já em sede de direitos da pessoa se começa a apontar para *"os outros"*, mais precisamente para *"nós"* como titulares de direitos e de danos.

Refiro-me aos direitos da personalidade de *"terceira geração"*. Estes, como o direito de todos a um meio ambiente saudável, estatuto dos idosos e minorias, encontram de um lado toda a população; do outro, bens ou valores sociais: *"nós"* de ambos os lados, interpenetrando-se, por vezes coincidindo([8]).

Dos direitos da personalidade de primeira geração — manifestação e proteção do *"eu"* — chegamos aos direitos colectivos, protecção do eu, sem dúvida, mas através da afirmação do *"nós"*.

Os problemas de afirmação do *"eu"* continuam a existir, talvez com força acrescida. Lembro os direitos da personalidade de segunda geração — direito à habitação (a usufruir de uma habitação), à saúde (a receber cuidados de saúde), à educação (a receber serviços de educação), etc. O *"eu"* afirma-se como um espaço defendido, mas também como um centro de exigências. Diria que estes dois aspectos estão intimamente interligados, sendo o primeiro necessário em si, mas largamente insuficiente sem o outro. Sem prejuízo do valor insuperável de referência ao *"ser em si"*. Mas os direitos da pessoa de segunda geração põem *"os outros"* na relação. Vendo bem, dos dois lados existe (também ou só) o *"nós"*. Todos nós (e cada um) temos esses direitos. E todos nós devemos contribuir para a sua satisfação.

Aqui encontramos uma manifestação fundamental da solidariedade/cooperação nas sociedades contemporâneas (mesmo que não tenham criado o *"Estado-social"*): o imposto generalizado para financiar as necessidades coletivas. Todos pagam para satisfazer as necessidades de todos. Indo até ao fundo da relação, não encontramos só o eu-tu (como em alguma assistência individual); estamos nós-nós.

([8]) Diogo Leite de Campos, *O Direito em nós*, Rev. Ordem dos Advogados, Lisboa, 68, II-III, 2008.

A evolução do processo de civilização não passa (só) pela arte, pela técnica, pelas ciências. Tem como núcleo central a cooperação livre de todos para alcançar ainda mais liberdade e melhor qualidade de vida (felicidade?).

Esta cooperação é típica dos seres vivos.

Estes não existem em si sós, mas em sistemas interdependentes no seu interior e uns com os outros, em que células, tecidos, seres vivem e se sacrificam no conjunto e pelo conjunto.

Voltando aos seres humanos, estes vivem com os outros e para os outros — sacrificando-se e morrendo pelos outros.

O melhor exemplo é a família. Esta é uma comunidade de amor/cooperação.

Em que cada um procura tanto o bem dos outros como o de si próprio. Sendo ambos interdependentes.

Sabendo que os outros são bons (para si), dando para receber e recebendo para dar — consubstanciando o amor.

Esta cooperação (por vezes pouco evidente) existe não só na primeira sociedade (a família), como na sociedade em geral. Esta tem vindo a ser construída a partir de impulsos ou exigências de solidariedade — o respeito, o pagamento justo do trabalho, o salário mínimo, a saúde, as férias pagas, os direitos da personalidade, etc.

Tudo isto — e muito mais — não pela violência, mas, sobretudo pela solidariedade — por reconhecer no outro, outro eu.

E portanto sentir um impulso de solidariedade, de reconhecimento, em relação a ele.

Mais uma vez encontramos aqui o *nós* solidário com o *nós*. Tendo o impulso de dar para receber e, recebendo, dar.

O processo de civilização tem passado por um progressivo reconhecimento do outro, traduzindo em múltiplas formas de solidariedade — desde a iniciativa individual, à instituições privadas de solidariedade social e ao Estado social.

Neste quadro, o Estado, sede de valores, dos valores sociais, pode ser visto cada vez menos como um centro de poder (de soberania) superior aos cidadãos e constrangendo estes. Não como o poder de dar ordens e estabelecer sanções para o seu não-cumprimento, mas sobretudo como a organização e promoção de certos

fins sociais em termos de sugestão, promoção, recompensa (eventualmente).

Isto acontece nomeadamente na matéria que *"parece*" depender mais do poder do que da cooperação, os impostos.

O *"poder"* de tributar afirma-se frequentemente como a atribuição de uma escolha ao contribuinte: exercer certa actividade; investir em certa região; oferecer emprego; etc., em troca de vantagens fiscais.

Se isto é assim no Direito interno, também no Direito internacional: os Estados tentam evitar a saída de capitais oferecendo vantagens; ou atrair capitais oferecendo vantagens superiores.

Transponhamos esta realidade para as relações jurídicas.

3. O credor na relação jurídica

Primeiro, as relações jurídicas, de cada um dos lados, afetam um conjunto de pessoas.

Depois, *"poderes"*, *"autoridade"*, *"direitos"*, estão limitados nelas.

Comecemos pela família, ainda a célula social de base.

A família, hoje, (só) vive de laços de amor, de solidariedade.

Não se concebe o marido credor (jurídico) do amor da mulher ou, mais comezinhamente, dos seus serviços domésticos — e muito menos da procriação. O mesmo se dirá da mulher em relação ao marido.

Cada um dos cônjuges só é *"credor"* do outro, porque acreditou, deu crédito. Credor não significa poder, ou exigência, ou direito: só acreditar, confiar que o outro é capaz de levar a cabo um certo projeto assente num certo programa.

Já se está felizmente longe (pelos menos nos princípios e numa generalizada prática social) da época em que o marido tinha o direito a exigir o depósito da mulher no domicílio conjugal. Afirmando um poder, um direito sobre ela.

Ou em que se entendia que cada um dos cônjuges tinha um direito sobre o corpo do outro, pelo menos para efeito de relações sexuais.

Ambos os cônjuges acreditam num projeto comum e acreditam que em conjunto são capazes de o prosseguir. Se atuam separadamente, contra a unidade que decorreria da prevalência de um projeto de vida, o casamento estará em crise.

Direito à indemnização do cônjuge lesado? Depois, já fora da relação matrimonial. Uma fase é o dever de cumprir; a outro, posterior, o dever de indemnizar.

Esta noção de cooperação é transponível, um pouco mais esbatida, para a sociedade em geral.

Creio ser de afastar, como princípio, o poder do Estado como (único ou principal) instrumento de organização social e de cumprimento dos deveres.

Não se pode desprezar a função dos deveres sociais, da ética individual, dos imperativos religiosos. É a estes que é devido o funcionamento não conflituante da sociedade.

Se esta só funcionasse aplicando sanções, confessar-se-ia destruída.

As sanções são uma última *"ratio"* e devem ser reconhecidas pela sociedade em geral, mesmo por aqueles que as sofrem, como dotadas de ética e eficácia.

Não estou aqui a ocupar-me daqueles que não reconhecem os outros como seres humanos, também não se reconhecendo a si mesmos.

A sociedade é-o por estar assente no valor da cooperação — nesta medida, também uma lei do mundo físico.

A regra é a da prossecução de objectivos comuns.

Quando alguém escolhe — ou exerce — um ofício ou uma actividade económica sabe que, para ter sucesso, deverá prestar serviços de qualidade ou produzir bens apetecíveis.

Ou seja: trabalhar (também) para os outros. O lucro e a riqueza são produtos colaterais.

Quando se fala de concorrência, não se está a salientar o egoísmo do que quer obter mais lucros e destruir os outros. Concorrência significa produzir melhores bens e serviços do que os outros.

O lucro próprio deve estar dependente do serviço aos outros.

A concepção da luta permanente entre os interesses dos trabalhadores e dos patrões tem sido enquadrada na errada perspectiva dos trabalhadores como unidades passivas de produção.

A consciência (crescente) de que os trabalhadores participam num projeto comum, sendo sujeitos deste projeto, tem sido contemporânea da proteção jurídica da sua posição na empresa. Tendo, os trabalhadores por ex., direito de indemnização pelos factos lesivos praticados em relação à empresa.

4. O credor *(cont.)*

Voltemos à ideia de credor (e devedor) despojada da sua marca de autoridade e de poder.

Tem acontecido encontrar nos bancos a seguinte afirmação: somos parceiros financeiros dos nossos clientes/mutuários.

Isto revela a correta ideia de credor; é aquele que é parceiro do devedor num certo projeto comum: lançamento de uma empresa; aquisição de uma casa; etc. Ambos, credor e devedor, estão empenhados em que o projeto que os liga tenha sucesso. O devedor apresentou-se ao banco acreditando no seu projeto.

O banco acreditou também e associou-se a ele(9).

E se o devedor não cumpre, falhando com a sua parte no projeto ou este não tem sucesso?

Resta ao banco abandonar a relação de associação com o devedor e obter uma indemnização. Primeiro, o dever de cumprir. Depois, o dever de indemnizar.

Na perspetiva do credor: primeiro o crédito, o acreditar. Depois, o recurso à indemnização, uma vez que não há mais crédito. Com o Estado a intervir.

Acentuemos este dever de cumprir e o dever de indemnizar.

---

(9) Naturalmente que estamos longe da ideia de sociedade (comercial) mesmo irregular. Continuamos no âmbito da normal cooperação entre pessoas solidárias.

Para a teoria clássica a obrigação seria um vínculo unitário, pessoal, por incidir sobre uma prestação, um acto do devedor. Também se pode perspectivar como um direito sobre o património de devedor, considerado como um prolongamento ou dependência da pessoa do obrigado.

A execução forçada da dívida é a fase patológica da obrigação.

É essencial apenas o direito à prestação, com o dever de prestar do devedor.

Aquilo a que se obriga o devedor, e que, portanto, deve cumprir pontualmente, permite fixar os limites e o conteúdo da falta de cumprimento. O devedor constitui-se no dever de indemnizar o credor. A obrigação de indemnizar revela o sentido e a extensão do dever de prestar.

Só se atinge o pleno significado da lei e do dever, quando se considere que o ser humano é um ser racional, livre.

O ser humano nunca pode ser tratado como meio para os outros realizarem os seus objectivos.

Se a norma não se compreende sem imperativo e sem dever, estes não se compreendem sem a ideia de pessoa humana.

Para Windscheid o direito subjectivo seria um poder ou senhorio da vontade concedido pela ordem jurídica([10]).

Mas não interessa a vontade do sujeito do direito mas a da ordem jurídica, o que afasta a teoria do poder da vontade.

No direito subjectivo haveria só um interesse juridicamente protegido([11]).

Enquanto titular de um poder/direito, o "verdadeiro" credor (detentor de autoridade) é o Estado.

"Não" aquele que acreditou. Transporei em breve esta noção para o próprio fundamento do contrato.

Acreditando (também) na importância das representações sociais no desenvolvimento da vida em sociedade e no Direito, espero que o aprofundamento da ideia de credor seja (um) motor da justiça.

([10]) *Diritto delle Pandette*, pp. 107-8.

([11]) IHERING, *Esprit du droit romain,* trad. francesa, IV, pp. 315 e ss.

O direito subjectivo assenta especialmente nos juízos feitos pelo legislador e não pelo indivíduo.

A função desempenhada pelo direito à indemnização no conjunto dos bens do credor é diversa da que exercia o direito prejudicado.

Tem objecto e fim diversos do dever de prestar, e por causa e justificação os prejuízos causados.

5. A vontade é vinculativa

Uma importante corrente doutrinária anglo-saxónica tem sustentado que a vontade é vinculativa por si mesma. Para além disto, há promessas que não recebem ou recebem graus muito variados de reconhecimento legal, ou de "execução" forçada.

Por outro lado, há vínculos a que são atribuídos efeitos que pouco têm a ver com a declaração.

A obrigação legal pode ser imposta só pela comunidade que visará os seus interesses e valores acima dos das partes([12]).

Por outro lado, o que é considerada a execução forçada da promessa, nada mais é do que a compensação do dano sofrido pelo demandante por ter confiado na promessa de demandado([13]).

E se a parte não sofrer qualquer dano, a promessa não pode ter "execução forçada".

Combinando-se assim indivíduo e colectividade([14]).

O ponto de partida estará na consideração de que seres humanos livres podem, e fazem-no frequentemente, servir os interesses

---

([12]) Vd. Ian Macneil, *The many future of Contracts*, 47, S. Cal. Law Review. 691 (1974); Duncan Kennedy, *Form and Substance in Private Law Adjucation*, 89, Harv. L. Review, 1685 (1976); Anthony Kronman, *Contract Law and Distributive Justice*, 89, Yale Law Review, 691 (1974); Patrick Attiyah, *The rise and fall of freedom of contract*, 405-419, Oxford, 1979; Charles Fried, *Contract as promise, A Theory of contractual obligation*, Harvard University Press.

([13]) Lon Fuller e William Perdue, *The reliance interest in Contract Damages*, 46 Yale L.J. 704 (1931).

([14]) Atiyah, *ob. cit.*, e Grant Gilmore, *The death of contract*, Columbus, 1974.

de outros. Fazendo-o sobretudo por imperativo moral e não por receio de punição([15]).

Através de respeito mútuo e da observância da justiça.

A promessa é normalmente (e socialmente) vinculativa. E o tecido social constrói-se através da promessa e das promessas futuras.

Isto sem esquecer a perspectiva de sanções que se vai tornando menos considerável com o cumprimento de grande massa de promessas.

Tudo parece indicar a presença de interesses próprios no cumprimento da promessa.

Isto sem que se possa reduzir a vinculação moral do "devedor" ao interesse próprio, sob pena de se dar uma alternativa ao obrigado de cumprir ou não cumprir — com equivalência ética e económica entre os dois termos. Pelo contrário: deve levar-se em conta o prejuízo sofrido pelo lesado, todas as vantagens (enriquecimento) que tenha retirado do não cumprimento([16]).

Portanto, a ética impõe o cumprimento; a utilidade (e a ética) proíbe o não-cumprimento.

Não é demais regressar à base: as partes celebram o contrato assente na sua liberdade/autonomia.

6. Dívida e responsabilidade

Com a concepção que percorremos da posição jurídica do credor, parece estarmos encaminhados para a perspetiva da obrigação desdobrada em duas sub-relações: o débito e a responsabilidade. Tendo chegado até aqui num percurso próprio.

Estas realidades foram autonomizadas pelos juristas alemães em termos de "Schuld" e de "Haftung".

A primeira, em termos de dívida jurídica, uma relação pela qual devida uma certa prestação.

([15]) Diogo Leite de Campos, *Relações de Associação*, nom., pp. 47 e ss.

([16]) Diogo Leite de Campos, *Enriquecimento sem causa e responsabilidade civil*, Rev. Ordem dos Advogados, Lisboa, 1982.

A segunda, como uma "relação de sujeitamente duma pessoa, duma coisa ou dum património a outra pessoa para garantia da "Schuld" constituída a favor desta última"([17]).

Contudo, algumas precisões são necessárias:

É certo que a dívida pode existir sem responsabilidade, podendo os sujeitos de ambas ser diversos.

Hipotize-se a constituição de uma garantia quanto à dívida de um terceiro. Podendo a dívida e a responsabilidade constituir-se e extinguir-se em momentos diversos. Vejamos, mais em profundidade, a caracterização da dívida e da responsabilidade.

Para uma corrente, o débito integraria um dever de prestar a cargo do devedor. Seria um dever jurídico.

Estou de acordo em que se trata de um dever jurídico. Mas é duvidoso que haja mais coincidência entre os pontos de vista.

Para esta concepção, o caracter jurídico parece ser ainda uma posição de supremacia do credor sobre o devedor. Para mim, é uma situação de total igualdade, de colaboração, sem o "pecado original" da coercibilidade.

Do lado do crédito, haveria só uma **expetativa** do credor quanto ao recebimento da prestação. Seria uma confiança jurídica do credor, a de receber a prestação por esta lhe ser devida.

Nestes termos, não haverá um verdadeiro credor([18]).

Esta posição está muito próxima, senão coincidente, daquela que propusemos, nomeadamente quanto à existência de um dever

---

([17]) Cf. Manuel de Andrade, *Teoria Geral das Obrigações*, Almedina, Coimbra, 1963, p. 37. Esta doutrina foi defendida em diversos ordenamentos jurídicos, para além da abordagem anglo-saxónica referida. Assim, na Alemanha por Binder, *Zur Lehre von Schuld und Haftung*, Jhjb 77, 1927, pp. 75-187 e (1928) pp. 163 e 226, e E.F.U. Schwind, *Schuld und Haftung in geltenden Recht*, Jhjb 68, 1919, pp. 1-204 (também citados por Menezes Leitão, *Direito das obrigações*, I, Almedina, Coimbra, 2014, 11.ª ed., p. 74); na Itália, entre outros, por Calogero Gangi, *Il debito e la responsabilitá*, Scritti Güridici Varil, I, Padova, 1933 pp. 313 e ss. Em Portugal apoiam esta perspetiva, Inocêncio Galvão Telles, *Das universalidades*, Estudos de Direito Privado, Lisboa, 1940, pp. 105 e ss.; Manuel Gomes da Silva, *Ensaio sobre o direito geral de garantia das obrigações*, Lisboa, CEF, 1965 (1939), pp. 145 e ss., e *Conceito e estrutura das obrigações*, Lisboa, 1943, pp. 172 e ss.

([18]) Entre outros, Pacchioni, Gionvamimi, *Diritto Civile italiano, II, Diritto delle obbligazioni, I, Delle obligazioni in generale*, Padova, 1941, pp. 20 e ss.

jurídico do devedor e de uma expetativa do credor. Isto, porque o Direito, para o ser, não envolve necessariamente coação.

Quanto à responsabilidade, não entendemos tratar-se de qualquer penhor geral sobre o património do devedor([19]), que se manifesta pelo poder de executar os bens do devedor (e desencadear ações sub-rogatória, pauliana, etc.).

Numa primeira fase, haveria um "controlo gestório" que se exerceria sobretudo através da ação sub-rogatória e da ação pauliana.

Na segunda fase, haveria um verdadeiro direito de agressão, a instauração do procedimento executivo. Mas tratar-se-ia sempre do mesmo direito.

Nesta matéria haveria algumas diferenças de perspetiva entre o ponto de vista expresso e o nosso.

Com efeito, a segunda fase está assente na primeira, servindo o não-cumprimento da dívida de título executivo.

Mas a segunda fase existe porque o Estado o quer, encontrando no incumprimento da dívida uma violação do interesse público. Neste sentido escrevi que o Estado aparece como (o verdadeiro) credor. É também um interesse seu, de justiça, que está em causa.

Os Autores([20]) referem os seguintes pontos dignos de consideração: a dívida e a responsabilidade têm distintos objectos qualitativos e eventualmente diferentes montantes. Com efeito, a dívida (pretensão) refere-se a um comportamento; enquanto a responsabilidade envolve a execução de um património. Podendo a responsabilidade ser limitada a certos bens do credor (por ex., arts. 605.º--603.º do Código Civil.

Pode, além disso, haver responsabilidade por dívida de terceiro (por ex., arts. 627.º e ss., 667.º, 2 e 717.º do Código Civil). Enquanto nas obrigações naturais, haveria dívida sem responsabilidade.

([19]) Entre outros, Alfredo Rocco, *Studii sulla Teoria generale del falimento*, RDComm 8, 1910, I, pp. 674 e ss.

([20]) Vd., por todos, a exposição das diversas posições por Luís Menezes Leitão, *ob. cit.*, pp. 74 a 77; críticas nas pp. 76-77.

Podendo os dois "direitos" constituir-se e extinguir-se em momentos diferentes; e a responsabilidade e a dívida respeitarem a sujeitos diferentes.

Parece-nos que, como têm defendido diversos Autores([21]), a responsabilidade integra um direito privado tutelado pelo Estado.

Sobre as críticas à posição que parece mais coerente com a noção de credor, parece-nos possível ultrapassá-las, com base na perspectiva de credor que apresentámos; e sobre a desnecessidade de coação para que uma relação seja jurídica.

Assim, é certo que o fiador é um verdadeiro devedor; devendo pagar a dívida/e ser executado, como qualquer devedor.

As obrigações naturais são verdadeiros vínculos jurídicos a que não se segue a coação que não é necessária para o Direito.

Aceitamos que o poder de execução é uma nova fase da relação — esta sob a forma processual, desencadeada pelo Estado. Não nos parece que isto ponha em causa o caracter dual da obrigação.

([21]) Rocco, RDcomm, 8, pp. 682 e ss.; Gangi, *Scritti*, *cit.*, pp. 344 e ss.; Galvão Telles, *Das Universidades*, *cit.*, p. 107; Gomes da Silva, *Conceito*, *cit.*, pp. 231 e ss.

COMPETÊNCIA INTERNACIONAL EM MATÉRIA DE RESPONSABILIDADE PARENTAL E MEDIDAS DE PROTEÇÃO DE CRIANÇAS PERANTE O REGULAMENTO BRUXELAS II BIS E A CONVENÇÃO DA HAIA DE 1996(*)

Pelo Prof. Doutor Luís de Lima Pinheiro(**)

Sumário:

Introdução. I. Articulação das diferentes fontes. II. Âmbito de aplicação da Convenção da Haia de 1996 e do Regulamento Bruxelas II bis. III. Regras de competência internacional da Convenção da Haia de 1996 e do Regulamento Bruxelas II Bis. IV. Considerações finais.

Introdução

Em situações meramente internas, a responsabilidade parental e as medidas de proteção de crianças são apreciadas sempre pelos tribunais nacionais segundo o Direito material vigente na ordem

---

(*) Texto que serviu de base à comunicação proferida na Conferência "Direito(s) das crianças: novos regimes nacionais e Direito Transnacional", que teve lugar na Universidade Lusíada de Lisboa, em fevereiro de 2016.

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

jurídica portuguesa. Em resultado de diversos fatores, designadamente os fenómenos migratórios e a liberdade de circulação de pessoas na União Europeia, são cada vez com mais frequentes as situações que têm contactos relevantes com outros Estados: por exemplo, a criança ou algum dos seus pais tem residência habitual ou nacionalidade estrangeira.

Estas situações internacionais colocam dois problemas específicos: o problema da determinação do Direito aplicável e, em caso de litígio ou de necessidade de proteção da criança, a determinação das autoridades internacionalmente competentes. Nem sempre o Direito material aplicável a questões de responsabilidade parental e medidas de proteção de crianças é o vigente na ordem jurídica portuguesa. Nem sempre as autoridades portuguesas são competentes para decidir estas questões.

A presente comunicação ocupa-se apenas deste segundo problema. Dada a multiplicidade das fontes de Direito da Competência Internacional nesta matéria, vou cingir-me às fontes mais importantes: o Regulamento comunitário n.º 2201/2003 Relativo à Competência, ao Reconhecimento e à Execução de Decisões em Matéria Matrimonial e em Matéria de Responsabilidade Parental (que doravante designarei como Regulamento Bruxelas II bis) e a Convenção da Haia Relativa à Competência, à Lei Aplicável, ao Reconhecimento, à Execução e à Cooperação em Matéria de Responsabilidade Parental e Medidas de Proteção das Crianças (que doravante designarei como Convenção da Haia de 1996).

Principiarei, no entanto, por um breve apontamento sobre a articulação das diferentes fontes em matéria de competência internacional ([1]).

([1]) Ver, com mais desenvolvimento, Luís de Lima Pinheiro — *Direito Internacional Privado*, Vol. II — *Direito de Conflitos/Parte Especial*, 4.ª ed., Coimbra, 2015, § 55 B e C.

I. Articulação das diferentes fontes

A competência internacional das autoridades portuguesas em matéria de responsabilidade parental e medidas de proteção de crianças determina-se, em princípio, com base no Regulamento Bruxelas II bis. Este princípio comporta três desvios.

Primeiro, dentro do âmbito de aplicação do Regulamento Bruxelas II bis, se das suas regras não resultar a competência das autoridades de um Estado-Membro, são subsidiariamente aplicáveis as regras internas de competência internacional (art. 14.º). Quer isto dizer que, neste caso, a competência internacional das autoridades portuguesas se pode basear nas normas de competência internacional de fonte interna.

Segundo, nas relações com Estados terceiros (i.e., não vinculados pelo Regulamento Bruxelas II bis) contratantes da Convenção de 1996 é aplicável o regime contido nesta Convenção se a criança não tiver residência habitual no território de um Estado-Membro. Já é controverso, nestas relações, a aplicação do regime do Regulamento ou da Convenção se a criança tiver residência habitual no território de um Estado-Membro.

Por último, nas relações com Estados terceiros apenas contratantes da Convenção da Haia de 1961 (que são unicamente Macau e a Turquia) é aplicável o regime contido nesta Convenção se o menor tiver residência habitual num Estado Contratante.

II. Âmbito de aplicação da Convenção da Haia de 1996 e do Regulamento Bruxelas II bis

Comecemos por examinar o âmbito de aplicação da Convenção da Haia de 1996 e do Regulamento Bruxelas II bis.

A Convenção aplica-se às crianças desde o momento do seu nascimento até atingirem a idade de 18 anos (art. 2.º).

Abrange a generalidade das *medidas orientadas à proteção da pessoa ou bens da criança* (art. 3.º), tanto de Direito privado

como de Direito público ([2]), com exceção, designadamente, de decisões sobre a adoção, das obrigações alimentares, da segurança social, das medidas públicas de caráter geral em matéria de educação ou saúde e das medidas tomadas em consequência de infrações penais cometidas pelas crianças (art. 4.º/*b*, *e*, *g*, *h* e *i*).

Abrange igualmente a *responsabilidade parental* entendida como designando o poder paternal ou qualquer outra relação análoga de autoridade que determine os direitos, poderes e responsabilidades dos pais, tutores ou outros representantes legais relativamente à pessoa ou bens da criança (art. 1.º/2).

A Convenção não define por forma geral o seu *âmbito de aplicação no espaço*, que tem de ser examinado com respeito a cada uma das suas disposições([3]).

Em matéria de competência internacional e reconhecimento de decisões sobre responsabilidade parental proferidas noutros Estados-Membros da União Europeia, com exceção da Dinamarca (art. 2.º/3), deve-se também ter em conta o *Regulamento Bruxelas II bis*.

No que toca à "responsabilidade parental", o *âmbito material de aplicação do Regulamento Bruxelas II bis* corresponde, em princípio, ao âmbito material de aplicação da Convenção de 1996([4]).

Com efeito, o conceito de responsabilidade parental empregue neste Regulamento abrange o conjunto dos direitos e obrigações conferidos a uma pessoa singular ou coletiva por decisão judicial, por atribuição de pleno direito ou por acordo em vigor relativo à pessoa ou aos bens de uma criança, nomeadamente o direito de guarda e o direito de visita (art. 2.º/7). Inclui também a generalidade das medidas de proteção da criança (cf. art. 1.º/2) que não

---

([2]) Ver Katharina Boele-Woelki e Maarit Jänterä-Jareborg — "Protecting Children Against Detrimental Family Environments under the 1996 Hague Convention and the Brussels II bis Regulation", *in Liber Amicorum Kurt Siehr*, 125-156, Zurique, 135 e 155.

([3]) Ver Paul Lagarde — "Rapport explicatif sur la Convention-Protection des enfants de 1996", *in Conférence de La Haye de droit international privé. Actes et documents de la Dix-huitième session, t. II, Protection des enfants*, 1996, n.º 17, e "La nouvelle convention de La Haye sur la protection des mineurs", *R. crit.* 86 (1997) 217-237, 222, e Paolo Picone — "La nuova convenzione dell'Aja sulla protezione dei minori", *in Studi di diritto internazionale privato* (2003), 507-550, 1996, 511, 526 e 54.

([4]) Ver também Boele-Woelki/Jänterä-Jareborg (n. 2) 140.

sejam expressamente excetuadas([5]), mesmo que tomadas com base em normas de Direito público([6]).

São excluídas do âmbito de aplicação do Regulamento, designadamente, as decisões sobre a adoção, as obrigações alimentares e as medidas tomadas na sequência de infrações penais cometidas por crianças (art. 1.º/3/*b*, *e*) e *g*).

À semelhança do que se verifica perante os Regulamentos Bruxelas I e I bis, para determinar se um pedido é abrangido pelo âmbito de aplicação do Regulamento Bruxelas II bis há que atender ao objeto do pedido([7]).

Assim, por exemplo, a ação pela qual um dos progenitores pede ao juiz que supra a falta de consentimento do outro progenitor para o seu filho viajar para fora do Estado-Membro da sua residência e para a emissão de um passaporte em nome desse filho é abrangida pelo âmbito de aplicação material do Regulamento, mesmo que a decisão proferida no fim dessa ação deva ser tomada em consideração pelas autoridades do Estado-Membro da nacionalidade da referida criança, no âmbito do processo administrativo relativo à emissão desse passaporte([8]).

Diferentemente da Convenção de 1996, o Regulamento não define o conceito de "criança". Parece de entender como "criança" a pessoa que perante a lei competente segundo o Direito de Conflitos do foro pode estar sujeita a responsabilidade parental (incluindo aqui medidas de proteção tomadas em função da sua

---

([5]) Cf. Considerando n.º 5; Ulrich Spellenberg — "Internationales Verfahrensrecht in Ehesachen. Erster Teil — Europäisches Recht. Brüssel IIa-VO", *in J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, *Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuch/IPR*, *Neuarbeitung 2015*, Berlim, 2015, Einl zur Brüssel IIa-VO, n.º 33, Art. 1, n.º 46; Bertrand Ancel e Horatia Muir Watt —"L'intérêt supérieur de l'enfant dans le concert des juridictions: le Règlement Bruxelles II *bis*", *R. crit.* 94 (2005) 569-605, 571; Thomas Rauscher — "Brüssel IIa-VO", *in Europaïsches Zivilprozess- und Kollisionsrecht EuZPR/EuIPR Kommentar*, vol. IV, 4.ª ed., org. por Thomas Rauscher, Munique, 2015, Art. 1 Brüssel IIa-VO n.º 22. Cp. Rigaux, François e Marc Fallon — *Droit international privé*, 3.ª ed., Bruxelas, 2005, 629 e 643.

([6]) Cf. TCE 27/11/2007, no caso *C.*, e 2/4/2009, no caso *A.* [*in* <http://curia.europa.eu>].Ver, sobre estes casos, Boele-Woelki/Jänterä-Jareborg (n. 2) 141 e segs.

([7]) Cf. TUE 21/10/2015, no caso *Gogova* [*in* <http://curia.europa.eu>], n.º 28.

([8]) Cf. TUE 21/10/2015, no caso *Gogova* [*in* <http://curia.europa.eu>].

idade)([9]). Mas uma parte da doutrina propõe, diferentemente, que na linha da Convenção de 1996, se adote um conceito autónomo de criança com base no limite dos 18 anos de idade([10]).

III. Regras de competência internacional da Convenção da Haia de 1996 e do Regulamento Bruxelas II Bis

Uma vez que as *regras de competência internacional* contidas no Regulamento são parcialmente inspiradas na Convenção de 1996, convém examinar conjuntamente estes instrumentos.

As regras de competência da Convenção e do Regulamento são definidas em função do *superior interesse da criança* e, em particular, do *critério da proximidade*. Assim, o princípio inspirador tanto da Convenção de 1996 como do Regulamento é o da *competência das autoridades e do Direito do Estado da residência habitual da criança* à data da instauração do processo (arts. 5.º e segs. da Convenção e art. 8.º/1 do Regulamento)([11]).

As autoridades do Estado da residência habitual são as mais bem colocadas para conhecer o meio social em que a criança está inserida, para avaliar as suas necessidades bem como as pessoas suscetíveis de a tomarem a seu cargo e, assim, para decretar as medidas mais adequadas à situação e para velar pela sua boa execução. Acresce que é também no Estado da residência habitual que, geral-

---

([9]) Cf., designadamente, SPELLENBERG (n. 5) Art 1, n.os 53-54, sugerindo que se estabeleça autonomamente o limite de 18 anos para evitar contradições com a Convenção de 1996; ALFONSO-LUIS CALVO CARAVACA e JAVIER CARRASCOSA GONZÁLEZ — *Derecho Internacional Privado*, vol. II, 16.ª ed., Granada, 2016, 490.

([10]) Cf. PIERRE MAYER e VINCENT HEUZÉ — *Droit international privé*, 11.ª ed., Paris, 2014, n.º 556, n. 24.

([11]) Em geral, sobre o papel da residência habitual como elemento de conexão em matéria de proteção de crianças, ver ALEGRÍA BORRÁS — "La evolución de la protección del niño en el Derecho internacional privado desde el Convenio de Nueva York de 1989", *in La Protección de Los Niños en el Derecho Internacional y en las Relaciones Internacionales*, org. por Francisco Aldecoa Luzárraga *et al*., 11-37, Madrid, Barcelona e Buenos Aires, 2010, 35-36.

mente, estas medidas devem ser efetivadas, não se suscitando, portanto, um problema de reconhecimento de decisões estrangeiras([12]).

O conceito de "residência habitual" utilizado nestes preceitos deve ser objeto de uma interpretação autónoma. O TUE já teve ocasião de se pronunciar a este respeito relativamente ao art. 8.º/1 do Regulamento([13]). Segundo a interpretação do tribunal, essa residência habitual "corresponde ao local que revelar uma determinada integração do menor num ambiente social e familiar". Para determinar este lugar, deve ser tido em conta o conjunto das circunstâncias de facto relevantes em cada caso concreto, "nomeadamente a duração, a regularidade, as condições e as razões da permanência no território de um Estado-Membro e da mudança da família para esse Estado, a nacionalidade do menor, o local e as condições de escolaridade, os conhecimentos linguísticos, bem como os laços familiares e sociais que o menor tiver no referido Estado"([14]).

Sob certos pressupostos, o art. 9.º do Regulamento prolonga a competência do Estado-Membro da anterior residência habitual da criança *em caso de deslocação legal da criança* para a alteração de uma decisão sobre o direito de visita proferida nesse Estado-Membro antes da deslocação da criança. Estes pressupostos são o exercício dessa competência num prazo de três meses após a deslocação e que o titular do direito de visita continue a residir habitualmente no Estado-Membro da anterior residência habitual da criança.

Esta competência afasta a competência estabelecida no art. 8.º (art. 9.º/1), salvo se o titular do direito de visita tiver aceitado a competência dos tribunais do Estado-Membro da nova residência habitual da criança, participando no processo instaurado nesses tribunais, sem contestar a sua competência (art. 9.º/2).

Isto permite que o titular do direito de visita, que por causa da deslocação da criança não pode exercer do mesmo modo o seu

---

([12]) Ver Y. LEQUETTE — "Le droit international privé de la famille à l'épreuve des conventions internationales", *RCADI* 246 (1994) 9-234, 61.

([13]) Cf. TCE 2/4/2009, no caso A. [*in* <http://curia.europa.eu>], n.º 34.

([14]) Decisão supracit. Ver ainda RAUSCHER/RAUSCHER (n. 5) Art. 8 Brüssel IIa-VO n.os 11 e segs.

direito, possa requerer um ajustamento adequado do direito de visita ao tribunal que o concedeu([15]).

A deslocação é lícita se for permitida pela lei aplicável segundo o Direito Internacional Privado do Estado de origem ou por uma decisão proferida neste Estado([16]). Em princípio, se o titular do direito de visita tiver consentido na deslocação a questão da respetiva licitude não se suscitará([17]).

Em caso de deslocação ou de retenção ilícitas da criança, as autoridades do Estado Contratante ou Membro no qual a criança tinha residência habitual imediatamente antes da sua deslocação ou retenção mantêm a sua competência até que a criança adquira residência habitual noutro Estado e se verifiquem determinadas condições (art. 7.º/1 da Convenção e art. 10.º do Regulamento).

Perante a Convenção, estas condições são as seguintes:

— que qualquer pessoa, instituição ou outro organismo com direitos de custódia consinta na deslocação ou retenção; ou

— que a criança tenha residido nesse outro Estado por um período mínimo de um ano desde que a pessoa, instituição ou qualquer outro organismo com direitos de custódia tenha, ou devesse ter, conhecimento do paradeiro da criança, não se encontre pendente qualquer pedido de regresso apresentado durante esse período, e a criança se tenha integrado no seu novo ambiente.

Perante o Regulamento, estas condições são as seguintes:

— que cada pessoa, instituição ou outro organismo titular do direito de guarda dê o seu consentimento à deslocação ou à retenção (*a*);

— que a criança tenha estado a residir nesse outro Estado-Membro durante, pelo menos, um ano após a data em que a pessoa, instituição ou outro organismo, titular do

---

([15]) Ver Guia Prático elaborado pela Comissão, 14.

([16]) Ver TUE 5/10/2010, no caso *McB* [*in* <http:/curia.europa.eu>], n.os 43-44, e Guia Prático elaborado pela Comissão, 14.

([17]) Ver também Rauscher/Rauscher (n. 5) Art. 9 Brüssel IIa-VO n.º 6.

direito de guarda tenha tomado ou devesse ter tomado conhecimento do paradeiro da criança, se esta se encontrar integrada no seu novo ambiente e se estiver preenchida pelo menos uma das seguintes condições complementares (*b*);

— que não tenha sido apresentado, no prazo de um ano após a data em que o titular do direito de guarda tenha tomado ou devesse ter tomado conhecimento do paradeiro da criança, qualquer pedido de regresso desta às autoridades competentes do Estado-Membro para onde a criança foi deslocada ou se encontra retida (*i*);

— que o titular do direito de guarda tenha desistido do pedido de regresso e não tenha sido apresentado nenhum novo pedido dentro do prazo previsto na subalínea *i*) (*ii*);

— que o processo instaurado num tribunal do Estado-Membro da residência habitual da criança imediatamente antes da deslocação ou retenção ilícitas tenha sido arquivado nos termos do art. 11.º/7 (*iii*);

— que os tribunais do Estado-Membro da residência habitual da criança imediatamente antes da deslocação ou retenção ilícitas tenham proferido uma decisão sobre a guarda que não determine o regresso da criança (*iv*).

Este último preceito deve ser interpretado no sentido de que uma medida provisória não constitui uma decisão sobre a guarda que não determine o regresso da criança, na aceção desta disposição, e não pode constituir fundamento para uma transferência de competências a favor dos tribunais do Estado-Membro para o qual a criança foi ilicitamente deslocada([18]).

Parece que o art. 10.º do Regulamento não só tutela a competência dos tribunais do Estado de origem em caso de deslocação ou retenção ilícitas da criança, como também obsta ao estabeleci-

---

([18]) Cf. TUE 1/7/2010, no caso *Povse* [*in* <http://curia.europa.eu>].

mento de uma competência baseada na nova residência habitual da criança nos termos do art. 8.º/1([19]).

As autoridades do Estado Contratante/Membro para onde a criança foi deslocada ou no qual ficou retida apenas poderão tomar medidas urgentes com caráter provisório necessárias à proteção da pessoa ou bens da criança (art. 7.º/3 da Convenção, que remete para o art. 11.º, e art. 20.º do Regulamento).

A par da regra geral da competência das autoridades do Estado da residência habitual da criança encontramos um certo número de regras especiais que fundamentam a competência das autoridades de outros Estados.

Cabe desde logo perguntar se as *autoridades do Estado da nacionalidade da criança* não têm competência nesta matéria.

A resposta é que as autoridades do Estado da nacionalidade da criança só têm competência legal para tomar medidas de proteção excecionalmente a solicitação ou com o consentimento das autoridades da residência habitual da criança (arts. 8.º e 9.º da Convenção e art. 15.º do Regulamento). Isto não exclui que estas autoridades possam ter uma competência convencional (i.e., baseada na vontade das partes) nos termos adiante expostos.

Para além disso, a Convenção e o Regulamento também preveem uma *competência subordinada e facultativa relativamente às autoridades de outros Estados que se se encontrem em melhor posição para apreciar o caso à luz do superior interesse da criança* (art. 8.º/2 da Convenção e art. 15.º/3 do Regulamento). Estes Estados são, designadamente:

— o Estado no qual os bens da criança se encontram localizados;

— o Estado com o qual a criança tem uma ligação estreita.

As autoridades destes outros Estados só são competentes em duas hipóteses.

([19]) Cf. art. 8.º/2 e TUE 1/7/2010, no caso *Povse* [*in* <http://curia.europa.eu>], n.º 44. A questão é ainda considerada em aberto por RAUSCHER/RAUSCHER (n. 5) Art. 8 Brüssel IIa-VO n.º 17.

Primeiro, a solicitação das autoridades do Estado da residência habitual, se estas considerarem que aquelas se encontram mais bem colocadas para apreciar, no caso concreto, o melhor interesse da criança (art. 8.º/1 da Convenção e art. 15.º/1 do Regulamento). Esta solicitação pode ser feita a pedido de uma das partes ou por iniciativa do tribunal da residência habitual (art. 15.º/2/*a* e *b*). Neste caso, as autoridades desses outros Estados têm a faculdade de aceitar a competência, se considerarem que tal corresponde ao melhor interesse da criança (art. 8.º/4 da Convenção e 15.º/5 do Regulamento).

Segundo, por iniciativa das autoridades desses outros Estados se obtiverem o consentimento das autoridades do Estado da residência habitual (art. 9.º/1 e 3 da Convenção e art. 15.º/2/*c* do Regulamento).

Todavia, no âmbito do Regulamento, tal "transferência" do processo para esses outros Estados por iniciativa do tribunal da residência habitual ou a pedido do tribunal do outro Estado só pode ter lugar se for aceite pelo menos por uma das partes (art. 15.º/2/§ 2.º do Regulamento).

Trata-se de uma solução que flexibiliza o regime da competência internacional legal em matéria de responsabilidade parental e que se aproxima da cláusula *forum non conveniens* consagrada nos sistemas do *Common Law*.

Os arts. 10.º da Convenção e 12.º/1 do Regulamento estabelecem uma *competência concorrente das autoridades do Estado Contratante/Membro no exercício da sua competência para decidir sobre um pedido de divórcio, de separação ou de anulação do casamento*, para tomar medidas relativas à criança([20]). A Convenção abrange apenas os filhos comuns do casal e exige que a lei do Estado Contratante o permita (n.º 1). O Regulamento exige tão-somente que a questão relativa à responsabilidade parental esteja relacionada com o pedido, e a doutrina tende a entender que são abrangidos os filhos de um dos cônjuges([21]).

([20]) Da reserva prevista no art. 55.º/1/*a* também pode resultar uma competência concorrente do Estado da situação dos bens — ver PICONE (n. 3) 530.

([21]) Ver *STAUDINGER*/SPELLENBERG (n. 5 edição de 2005) Art. 12 n.os 54 e segs., ANCEL/MUIR WATT (n. 5) 586 e RAUSCHER/RAUSCHER (n. 5) Art. 12 Brüssel IIa-VO n.º 6.

Tal entendimento permite evitar que as questões relativas a filhos de um dos cônjuges tenham de ser submetidas a uma jurisdição diferente.

Esta competência concorrente é condicionada a pressupostos restritivos e, designadamente:

— que um dos cônjuges tenha ou exerça a responsabilidade parental para com a criança;

— que a competência dessas autoridades para tomar tais medidas tenha sido aceite pelos cônjuges, bem como por qualquer outra pessoa com responsabilidade parental relativamente à criança;

— que seja exercida no melhor interesse da criança.

Uma vez que depende da vontade das partes, esta competência tem, em parte, um fundamento convencional.

Esta competência termina logo que a decisão a autorizar ou a recusar o pedido de divórcio, separação legal ou anulação do casamento tenha transitado em julgado ou que o processo tenha terminado por qualquer outra razão (art. 10.º/2 da Convenção e art. 12.º/2 do Regulamento)([22]).

Os arts. 11.º e 12.º da Convenção e 20.º do Regulamento estabelecem uma *competência das autoridades do Estado Contratante/Membro em cujo território se encontrem a criança ou os seus bens* para tomar medidas provisórias de proteção. Esta competência pressupõe a urgência (art. 11.º/1 da Convenção e 20.º/1 do Regulamento) ou, no caso da Convenção, a eficácia territorial limitada ao Estado em questão aliada à compatibilidade com medidas que já tenham sido tomadas pelas autoridades competentes com base nos arts. 5.º a 10.º (art. 12.º/1).

As medidas provisórias de proteção prescrevem logo que as autoridades primariamente competentes de um Estado Contra-

---

([22]) Nos termos do art. 12.º/2 do Regulamento, quando à data do trânsito em julgado da ação matrimonial ainda estiver pendente uma ação de responsabilidade parental, a competência só cessa com o trânsito em julgado desta ação.

tante/Membro tenham decretado as medidas exigidas pela situação (arts. 11.º/2 e 12.º/2 da Convenção e art. 20.º/2 do Regulamento)([23]).

O art. 12.º do Regulamento admite uma competência convencional (i.e., baseada na vontade das partes do processo) não só no caso, já referido, de os tribunais de um Estado-Membro serem competentes para o divórcio, separação ou anulação do casamento, mas também noutros processos de responsabilidade parental, a favor dos tribunais de um Estado-Membro a que a criança tenha uma ligação particular e desde que esta competência seja exercida no superior interesse da criança (n.º 3)([24]).

A ligação particular com um Estado-Membro pode resultar em especial de um dos titulares da responsabilidade parental ter a sua residência habitual nesse Estado-Membro ou de a criança ser nacional desse Estado-Membro (*a*).

A aceitação das partes tem de ser explícita "ou de qualquer outra forma inequívoca". Poderá resultar da mera comparência da parte sem arguir a incompetência do tribunal? Alguns autores entendem que não([25]). No caso *Gogova*, o TUE entendeu que para haver aceitação da competência dos tribunais de um Estado-Membro, ao abrigo do art. 12.º/3, é necessário que o demandado tenha conhecimento do processo instaurado nesses tribunais, não sendo suficiente que um mandatário *ad litem* designado oficiosamente e que não teve contactos com o demandado não tenha suscitado a incompetência([26]). Esta formulação sugere que se o demandado teve conhecimento do processo e não suscitou a incompetência tal conduta vale como

---

([23]) Segundo a Convenção, se a criança tiver residência habitual num Estado não Contratante, estas medidas prescrevem em cada Estado Contratante logo que as medidas exigidas pela situação, e tomadas pelas autoridades de outro Estado, sejam reconhecidas pelo Estado Contratante em questão (arts. 11.º/3 e 12.º/3). A diferença entre as duas situações resulta de a Convenção só regular o reconhecimento das decisões proferidas por autoridades de outros Estados Contratantes (art. 23.º).

([24]) Segundo TUE 1/10/2014, no caso *E.* [*in* <curia.europa.eu>], esta competência cessa com o trânsito em julgado de uma decisão proferida no âmbito desse processo.

([25]) Ver Rauscher/Rauscher (n. 5) Art. 12 n.os 20-20a e 45, com mais referências.

([26]) Cf. TUE 21/10/2015, no caso *Gogova* [*in* <http://curia.europa.eu>], n.os 42-43.

aceitação tácita da competência. Mas o ponto não é inteiramente líquido.

Presume-se que a competência baseada no art. 12.º é do interesse da criança, se a criança tiver a sua residência habitual num Estado terceiro que não seja parte da Convenção da Haia de 1996, nomeadamente quando for impossível instaurar um processo no Estado terceiro em questão (art. 12.º/4).

À face do Regulamento Bruxelas II, entendeu-se que por força de instrumentos internacionais e, em particular, da Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos da Criança (1989), cada filho tinha de ser individualmente considerado. Daí que a competência dos tribunais dos Estados-Membros em matéria de poder paternal dependesse da verificação das condições previstas no art. 3.º em relação a cada um dos filhos([27]). O mesmo deve valer à face do art. 12.º do Regulamento Bruxelas II bis.

Por último, o art. 6.º da Convenção e o art. 13.º do Regulamento preveem *uma competência subsidiária baseada na presença da criança* quando não possa ser determinada a sua residência habitual ou se trate de crianças refugiadas e não se verifiquem os pressupostos de competência convencional previstos no art. 10.º da Convenção e no art. 12.º do Regulamento.

IV. Considerações finais

O sistema de competência internacional estabelecido pela Convenção da Haia de 1996 e pelo Regulamento Bruxelas II bis é por forma geral adequado à prossecução do superior interesse da

---

([27]) Cf. Alegría Borrás — "Relatório explicativo da Convenção, elaborada com base no artigo K.3 do Tratado da União Europeia, relativa à competência, ao reconhecimento e à execução de decisões em matéria matrimonial", *JOCE* C 221/27, de 16/7/98, 1998, n.º 26.

criança e de outros valores e princípios do Direito da Competência Internacional, mas com um preço: uma elevada complexidade. Esta complexidade é agravada por subsistirem algumas diferenças entre estes dois regimes de competência, parecendo legítimo questionar se não teria sido preferível deixar a regulação desta matéria apenas à Convenção da Haia de 1996([28]).

([28]) Ver, neste sentido, *STAUDINGER*/SPELLENBERG (n. 5) Einl zur Brüssel IIa-VO, n.º 18, e ANCEL/MUIR WATT (n. 5) 574. Em sentido convergente, já ERIK JAYME — "Zum Jahrtausendwechsel: Das Kollisionsrecht zwischen Postmoderne und Futurismus", *IPRax* 20 (2000) 168-171, 169. Também RAUSCHER/RAUSCHER (n. 5), Art. 8 Brüssel IIa-VO n.º 2.Em sentido contrário, MARIANNE ANDRAE — "Zur Abgrenzung des räumlichen Anwendungsbereichs von EheVO, MSA, KSÜ und autonomem IZPR/IPR", *IPRax* 26 (2006) 82-89, 88-89.

AS CLÁUSULAS PENAIS NOS CONTRATOS DE LOCAÇÃO FINANCEIRA

Pelo Prof. Doutor Miguel Pestana de Vasconcelos(*)

Sumário:

1. Introdução. 2. A evolução jurisprudencial. 3. A modalidade de cláusula penal. 4. O regime imperativo do art. 935.º. 5. O regime das cláusulas contratuais gerais. 6. A redução por força do art. 812.º.

1. Introdução(1)

Os contratos de locação financeira(2) têm, como se sabe, um enorme relevo na vida económica e social. Trata-se de um dos mais

---

(*) Professor associado com agregação da Faculdade de Direito da Universidade do Porto.

(1) As normas sem outra indicação pertencem ao Código Civil.

(2) Sobre este contrato em geral, ver: Diogo Leite de Campos, *A locação financeira*, Lex, Lisboa, 1994; *idem*, *Ensaio de análise tipológica do contrato de locação financeira*, BFDUC, 1987, pp. 1, ss.; *idem*, *Locação financeira (leasing) e locação*, ROA, 2002, pp. 761, ss.; João Calvão da Silva, *Locação financeira e garantia bancária*, in: Estudos de direito comercial (pareceres), Almedina, Coimbra, 1996, pp. 5, ss.; *idem*, *Direito bancário*, Almedina, Coimbra, 2001, pp. 417, ss.; Carlos Ferreira de Almeida, *Contratos II*, 4.ª ed., Almedina, Coimbra, 2016, pp. 198, ss.; Rui Pinto Duarte, *A locação financeira (estudo jurídico do leasing financeiro)*, Editora Danúbio, s/d (com nota prévia de 1983); idem, *O contrato de locação financeira. Uma síntese*., Themis, 2010, pp. 135, ss.; *idem*, *Locação financeira — algumas questões*, in I Congresso de direito bancário (coord. Miguel

importantes instrumentos de concessão de crédito, tanto empresarial, como ao consumo. Crédito esse garantido — mas não só —, pela propriedade do bem. O que significa que estamos perante um contrato "bifronte" que é ao mesmo tempo de crédito e de garantia.

A locação financeira tem sido objeto de uma já considerável atenção doutrinal, e sobre ela existe uma amplíssima jurisprudência([3]), por vezes escassamente estudada e analisada.

Estes contratos, como é regra na contratação bancária em massa, são celebrados por via de cláusulas contratuais gerais([4]), que contribuem, articuladas com o regime do tipo legal, para fixar a sua disciplina. Um dos aspetos de maior relevo diz respeito às cláusulas penais que os locadores impõem aos aderentes, e é sobre elas que irá recair a nossa análise.

O percurso que iremos trilhar é o seguinte.

Começaremos por expor de forma breve aquelas que nos parecem mais relevantes e que têm merecido a atenção dos nossos tribunais([5]) e qualificaremos esta modalidade de cláusula penal.

De seguida, passamos a analisar a questão de três ângulos, ou, se se preferir, no seio de três quadrantes nos quais ela se deve inserir.

Em primeiro lugar, é necessário determinar se não existe uma norma imperativa que limite essas cláusulas.

Pestana de Vasconcelos), Almedina, Coimbra, 2015, pp. 245, ss.; Filipe Cassiano dos Santos, *Direito comercial português, vol. I, dos atos de comércio às empresas: o regime dos contratos e mecanismos comerciais no direito português*, Coimbra Editora, Coimbra, 2007, pp. 383, ss.; J. Engrácia Antunes, *Direito dos contratos comerciais*, Almedina, Coimbra, 2009, pp. 515, ss.; Fernando de Gravato Morais, *Manual da locação financeira*, 2.ª ed., Almedina, Coimbra, 2011; M. Januário Costa Gomes, *Contratos comerciais*, Almedina, Coimbra, 2012, pp. 351, ss.

([3]) Quanto ao STJ, e no que toca somente às cláusulas contratuais gerais, ver, p. ex., As Cláusulas Contratuais Gerais na jurisprudência das Secções Cíveis do Supremo Tribunal de Justiça (Sumários de Acórdãos de 1996 a Outubro 2012), Gabinete de Juízes Assessores do Supremo Tribunal de Justiça, Assessoria Cível, in: <www.stj.pt/ficheiros/jurisptematica/clausulascontratuaisgeraisjurisprudenciastj.pdf>.

([4]) Ver António Pinto Monteiro, *Banca e cláusulas contratuais gerais (breve apontamento),* in: I Congresso de direito bancário (coord. Miguel Pestana de Vasconcelos), Almedina, Coimbra, 2015, pp. 101, ss.

([5]) Ver, sobre elas, R. Pinto Duarte, *O contrato de locação financeira. Uma síntese*., cit., pp. 170, ss. Sublinhando o relevo prático da questão, Quirino Soares, *Contratos bancários*, SI, 2003, p. 124.

Em segundo lugar, se estas cláusulas contratuais gerais não serão inválidas por força do Dec.-Lei n.º 446/85, de 25/11.

Por fim, verificar se elas não deverão ser reduzidas por aplicação do art. 812.º.

Por uma questão de clareza, que, atendendo ao caráter complexo desta matéria, se impõe, tratá-las-emos sequencialmente.

2. A evolução jurisprudencial

I. Começaram por ser impostas (são cláusulas contratuais gerais) cláusulas nos termos das quais, incumprido e resolvido o contrato, o locador poderia exigir ao locatário o conjunto das rendas vencidas e não pagas, as rendas vincendas, assim como o valor residual([6]/[7]). Elas foram, em geral, consideradas, e bem, abusivas pela jurisprudência.

Com efeito, o locador resolvia o contrato, mas impunha uma solução em que ficava numa posição melhor do que se a outra parte tivesse cumprido, uma vez que obteria imediatamente a parte de amortização do capital incluída nas rendas vincendas (e retinha as já recebidas, mesmo nesta parte), os juros a constituir no futuro integrados nessas rendas, o valor residual e manteria a propriedade do bem([8]).

([6]) Um das suas formulações era esta: "Em alternativa ao n.º 2 pode o locador optar por exigir o pagamento do montante de todas as rendas vencidas acrescido dos juros calculados nos termos do n.º 7 do art. 9.º, desde as datas de vencimento dessas rendas até às da sua efectiva cobrança, das rendas vincendas e do valor residual.". Trata-se de uma caso decidido pelo STJ [acórdão do STJ de 31.5.2001 (Sousa Inês), in: <www.dgsi.pt>].

([7]) A prática consagra inúmeras variantes desta cláusula. Sobre ela, ver F. GRAVATO MORAIS, *Manual da locação financeira*, cit., pp. 251, ss. E, em Itália, A. LUMINOSO, *I contratti tipici e atipici*, in: Tratatto di diritto privato (a cura de Giovanni Iudica e Paolo Zatti), Giuffrè, Milão, 1995, p. 411.

([8]) Lapidarmente, o acórdão do STJ de 31.5.2001 (Sousa Inês), cit.: "Com o incumprimento e a resolução, a considerar-se válida a cláusula em exame, o locador ainda ganharia mais que com o cumprimento do contrato, uma vez que receberia a totalidade do capital investido, o juro e o lucro, tudo imediatamente a seguir à resolução, tudo como se findo o contrato o locatário optasse pela compra, mas continuando o locador com a pro-

Mas mesmo na versão em que se transmitisse a propriedade do bem, ainda assim, para além de se manter em melhor posição, porque desde logo obtinha antecipadamente os juros a constituir no futuro, não é aceitável impor a compra do bem, que consiste num direito, mas não de um dever do locatário([9]). Ora o incumprimento não pode ter por efeito transformar esse direito da contraparte da instituição de crédito num dever.

Os tribunais puseram-lhes, bem, cobro.

II. A cláusula penal que acabou por vir, em geral([10]), com flutuações([11]), a ser aceite([12]) foi aquela em que o locatário, para além de ter que pagar as prestações vencidas, terá ainda que pagar 20% das prestações vincendas e o valor residual([13]). Subentende-se

---

priedade da coisa locada." Acórdão que entendeu, e bem, que a referida cláusula viola o art. 19.º, al. *c*) do Dec.-Lei n.º 446/85, de 25/10, sendo, pois, nula (art. 12.º Dec.-Lei n.º 446/85, de 25/10).

([9]) Nesta linha quanto ao dever de comprar, o acórdão do STJ de 10.7.2012 (Serra Baptista), in: <www.dgsi.pt>: "São, pois, nulas, as cláusulas em apreço, na parte em que, em alternativa da resolução do contrato, prevêem, em caso de incumprimento por banda do locatário, a obrigatoriedade de aquisição da coisa locada".

([10]) Em termos tendenciais. Há diversas flutuações. Para efeitos de análise, é suficiente, porque o critério que passamos a desenvolver se aplica também a cláusulas penais com outros conteúdos. Referindo-se à tendencial uniformização dos contratos nestes termos, F. Gravato Morais, *Manual da locação financeira*, cit., p. 251.

([11]) Ver, p. ex., o acórdão do STJ de 8.05.2001 (Pinto Monteiro), in: As Cláusulas Contratuais Gerais na jurisprudência das Secções Cíveis do Supremo Tribunal de Justiça, (Sumários de Acórdãos de 1996 a Outubro 2012), Gabinete de Juízes Assessores do Supremo Tribunal de Justiça, Assessoria Cível, in: <www.stj.pt/ficheiros/jurisptematica/clausulascontratuaisgeraisjurisprudenciastj.pdf>: "não se tendo feito prova da inexistência de danos, as cláusulas contratuais que fixam, a título de indemnização, um montante igual a trinta por cento do capital financeiro em dívida no momento da resolução e que estabelecem a indemnização pelo atraso na entrega do locado, não são nulas, nos termos do art. 19.º, alínea *c*), do DL n.º 446/85, de 25-10, alterado pelo DL n.º 220/95, de 3-08." (sumário).

([12]) Sobre ela, ver J. Ribeiro de Faria, *A natureza da indemnização no caso de resolução do contrato. Novamente a questão*, in: Estudos em comemoração dos cinco anos (1995-2000) da Faculdade de Direito da Universidade do Porto, Coimbra Editora, Coimbra, 2001, pp. 12-13.

([13]) "Não pode abstractamente considerar-se nula, por desproporcionada ao dano a ressarcir, a cláusula inserta em contrato de locação financeira, que estabelece que, resolvido o contrato, o locatário se constitui na obrigação de pagar indemnização igual a 20% da soma das rendas vincendas com o valor residual". Acórdão do STJ de 11.01.2001 (Dio-

que perde, também, as prestações pagas (uma vez que, se não fosse isso, teria direito à sua restituição).

3. A modalidade de cláusula penal

I. Antes de prosseguirmos é de todo o relevo qualificar esta cláusula. Na verdade, de acordo com o sustentado de Pinto Monteiro, deve-se distinguir entre a cláusula penal em sentido estrito, a cláusula penal como fixação antecipada da indemnização e a cláusula penal compulsória(14). É uma questão de interpretação negocial, tendo que se ter em conta o escopo das partes(15).

Cremos que daí decorre que elas pretenderam, simplesmente, pré-fixar a indemnização por incumprimento, dada dificuldade posterior em determinar os danos(16). Mas não se tem aqui em vista propriamente compelir o devedor a cumprir o contrato, sujeitando-o a uma sanção pesada, ou à ameaça(17) de uma sanção pesada, tendo assim um caráter compulsório, se ele não o fizer(18).

Não se vê aqui um interesse tão relevante do locador no pontual cumprimento do contrato que o leve a criar uma verdadeira cláusula penal. Estamos, recorde-se, face a um contrato de crédito,

---

nísio Correia), sumário, in: As Cláusulas Contratuais Gerais na jurisprudência das Secções Cíveis do Supremo Tribunal de Justiça, cit. De forma idêntica, o Acórdão do STJ de 3.06.2003 (Pinto Monteiro) in: <www.dgsi.pt>.

(14) A. Pinto Monteiro, *Cláusula penal e indemnização,* Almedina, Coimbra, 1990, pp. 19, ss.; pp, 280, ss.; pp. 671, ss. (para as modalidades de cláusulas).

(15) A. Pinto Monteiro, *Cláusula penal e indemnização*, cit., pp. 638, ss., p. 642.

(16) Neste sentido, na doutrina alemã, ver M. Martinek, *Das Leasinggeschäft*, in: Herbert Schimanski/Herman-Josef Bunte/Hans-Jürgen Lwowski, *Bankrechts-Handbuch*, Band II, 4.ª ed., C. H. Beck, Munique, 2011, § 102, pp. 926-927.

(17) A. Pinto Monteiro, *Cláusula penal e indemnização*, cit., p. 19; *idem*, *Sobre o controlo da cláusula penal*, in: Comemorações dos 35 anos do Código civil e dos 25 anos da reforma de 1977, volume III, Direito das Obrigações, Coimbra Editora, Coimbra, 2007, p. 196.

(18) Para esta distinção de regime entre a cláusula de fixação antecipada da indemnização e a cláusula penal em sentido estrito, destacando o facto de esta última ser independente dos danos em concreto, que podem nem sequer se verificar, e poder ser exigida face ao simples mora, o que não sucede no primeiro caso, ver A. Pinto Monteiro, *Cláusula penal e indemnização*, cit., p. 443, pp. 579-580, p. 634.

em que a posição do locado está especialmente segura relativamente aos outros contratos de crédito próximos (p. ex., o mútuo), porque é titular da propriedade do bem que, conforme se tem sublinhado, desempenha uma função de garantia (a que pode juntar outras).

Todavia, o cálculo do dano em caso de incumprimento, dada a necessidade de se entrar em conta com diversos factores, é complexo. Por isso, se recorre à sua fixação prévia da indemnização. É esse o sentido da cláusula([19]).

4. O regime imperativo do art. 935.º

I. Há aqui três aspetos a ter em conta relativamente ao art. 935.º.

O primeiro é o da sua aplicabilidade à locação financeira. O segundo está relacionado com o seu regime. O terceiro tem a ver com as modalidades de cláusulas penais aqui previstas e da adaptação do seu regime à locação financeira, se se entender que é aplicável.

II. Sustentamos a aplicabilidade dos arts. 934.º e 935.º à locação financeira dirigida à aquisição do bem, em virtude da extensão decorrente do art. 936.º, n.º 1 a "todos os contratos pelos quais se pretenda obter resultado equivalente ao da venda a prestações". O que é o caso([20]).

De facto, apresar de haver diferenças tanto no âmbito estrutural como na disciplina, o critério da lei é o do resultado ser equivalente. E desse prisma há uma proximidade muito grande à venda a prestações com reserva de propriedade e entrega da coisa.

Trata-se, em ambos os casos, de contratos pelos quais se concede crédito à outra parte, se lhe entrega o bem que ela passa a usar, sendo a tutela do credor a propriedade do bem, mantida na

---

([19]) Refira-se, em termos de direito comparado, que o BGH tem uma atitude severa com este tipo de cláusulas de fixação prévia da indemnização na locação financeira, e, na dúvida, toma por base a avaliação em concreto do dano. Ver M. MARTINEK, *Das Leasinggeschäft*, cit., § 101, p. 927.

([20]) Ver, para a demonstração deste aspeto, MIGUEL PESTANA DE VASCONCELOS, *Direito das garantias*, 2.ª ed., Almedina, Coimbra, 2013, pp. 514, ss.

sua esfera. Note-se que as rendas na locação financeira são rendas financeiras, calculadas para amortizar o bem e pagar os juros e de forma semelhante na venda a prestações com reserva de propriedade o cálculo das prestações implica o valor de amortização do valor de venda do bem, mais o custo do crédito concedido.

III. Temos depois o regime do art. 935.º. Distinguem-se aqui duas figuras: uma verdadeira cláusula penal e uma cláusula de perda de prestações pagas.

Nos termos do art. 935.º, n.º 1, a cláusula penal está limitada a metade do valor do preço. Sendo fixada em montante superior, reduz-se automaticamente a essa quantia (art. 935.º, n.º 2)([21]). Apesar disso, as partes podem estipular a ressarcibilidade de todo o prejuízo sofrido, caso em que o credor que pretenda obter uma indemnização superior ao estabelecido na cláusula terá que provar esse dano (art. 935.º, n.º 1).

Está também prevista a cláusula de perda de prestações pagas.

Caracterizemo-la brevemente.

Esta figura([22]/[23]) aproxima-se da cláusula penal, mas tem uma estrutura diversa, uma vez que essas quantias já foram recebidas e o locador teria que as restituir([24]).

([21]) Trata-se de uma cláusula relativa à indemnização que o credor pode exigir no caso de resolução do contrato, cfr. V. Lobo Xavier, *Venda a prestações: algumas notas sobre os artigos 934.º e 935.º do Código Civil*, RDES, 1974, pp. 259, ss.; L. Menezes Leitão, *Direito das obrigações, vol. III, contratos em especial*, cit., pp. 55-56. Noutro sentido, Pires de Lima/Antunes Varela, *Código civil anotado*, vol. II, 4.ª ed., Coimbra Editora, Coimbra, 1997, p. 232. Cremos que têm razão os primeiros Autores. Aliás, terá mesmo que ser assim no caso da perda das prestações já pagas, porque se visa dessa forma obstar a um dos efeitos da resolução.

([22]) Trata-se de uma cláusula de perda de direitos — A. Pinto Monteiro, *Cláusula penal e indemnização*, cit., pp. 58, ss.; *idem*, *Sobre o não cumprimento na venda a prestações (algumas notas)*, Dir., 1990, p. 567.

([23]) Cf. Massimo Bianca, *La vendita e la permuta*, in: Trattato di diritto civile italiano (dirigido por Filippo Vassalli), volume settimo, tomo primo, Utet, Turim, 1972, pp. 550, ss. Denominado em Itália *patto di confisca delle rate* e considerado pela doutrina como uma forma de cláusula penal do art. 1382.º do *Codice Civile*. Cf. G. Aversano, *La vendita com riserva di proprietà (artt. 1523-1526)*, in Codice della vendita (a cura di Vincenzo Buonocore, Angelo Luminoso, Caterina Miraglia), 3.ª ed., Giuffrè, Milão, 2012, p. 954.

([24]) Pese embora essa diferença estrutural, a semelhança em termos funcionais, permite a aplicação do regime da cláusula penal. Assim, A. Pinto Monteiro, *Cláusula*

Dispõe o art. 935.º, n.º 2, que elas não podem exceder metade do preço([25]). Sempre que superarem esse valor, opera-se igualmente a redução.

No entanto, se houver prejuízo excedente e se tiver convencionado a sua ressarcibilidade, o locador poderá ser ressarcido pela totalidade do dano (pelo interesse contratual positivo)([26]).

Quando tal não tenha sido acordado, ainda assim, não está o vendedor estritamente limitado pelas prestações recebidas que representem metade do preço. De facto, tratando-se da cláusula de retenção das prestações pagas, se elas excederem metade do preço, dá-se a mesma redução, mas, não obstante, confere-se ao vendedor a faculdade de demonstrar dano superior até esse montante, ou seja, até ao montante das prestações recebidas. Todavia, no caso de o valor das prestações retidas ser inferior ao dano efetivo, o vendedor só poderá exigir a indemnização por todo o prejuízo sofrido, se as partes o tiverem acordado([27]).

Recorrendo a um exemplo. Se o preço for de 100 dividido em 10 prestações, tendo sido pagas 4 prestações, o vendedor pode retê-las. Se tiverem sido pagas 6 (60), terá que devolver 10. Contudo, se o prejuízo for superior a 50, demonstrando-o, pode o vendedor exigir uma indemnização até ao valor das prestações recebidas, ou seja, de 60, mesmo sem acordo nesse sentido. Na eventualidade de ter recebido prestações no valor de 60, mas se o

---

penal e indemnização, cit., p. 65; *idem*, *Sobre o não cumprimento na venda a prestações (algumas notas)*, cit., p. 568.

([25]) No direito italiano (art. 1526.º, n.º 2 do *Codice Civile*), onde o nosso Código neste ponto se inspirou, é igualmente prevista uma cláusula de perda das prestações pagas, a "título de indemnização", mas não se estabelecem valores máximos. Apenas se confere ao tribunal o direito de reduzir esse valor, "segundo as circunstâncias". Exige-se aqui na doutrina "uma desproporção excessiva entre o montante das prestações recebidas e o conteúdo da pretensão ressarcitória e indemnizatória que aproximadamente caberia ao vendedor." M. Bianca, *La vendita e la permuta*, cit., p. 552.

([26]) Noutro sentido, sustentando dever ser a indemnização calculada pelo interesse contratual negativo, V. Lobo Xavier, *Venda a prestações: algumas notas sobre os artigos 934.º e 935.º do Código Civil*, cit., p. 262.

([27]) Cf. Pires de Lima/Antunes Varela, *Código civil anotado*, vol. II, cit., p. 232; A. Pinto Monteiro, *Sobre o não cumprimento na venda a prestações (algumas notas)*, cit., p. 568; P. Romano Martinez, *Direito das obrigações (parte especial) contratos, Compra e venda, locação, empreitada*, 2.ª ed., Almedina, Coimbra, 2003 (reimpressão), p. 94.

prejuízo for de 70, só se houver acordo (de ressarcibilidade do dano excedente) pode peticionar uma indemnização pela totalidade do dano (que terá que demonstrar).

IV. A noção de preço a que se recorre no art. 935.º não é aquela de preço em sentido técnico, ou em sentido estrito, como contrapartida da transmissão da propriedade. Ele engloba também o custo do crédito — os juros — e outras despesas([28]). Pelo que o limite decorrente desta disposição não significa, na verdade, metade do preço de aquisição do bem, mas metade do custo global do negócio.

No que toca à locação financeira, o preço, neste sentido, abarca o montante de todas as rendas mais o valor residual do bem comprado.

Assim determinado, a cláusula penal não pode ser superior a metade desse montante.

V. Estamos, desta forma, em posição para avaliarmos as cláusulas penais previstas nos contratos de locação financeira e aceites pelos nossos tribunais. Estruturalmente, temos nestes casos uma cláusula penal como fixação antecipada da indemnização e também uma figura próxima, a cláusula de perda de prestações realizadas, que se articulam de forma global.

Desde logo, elas integram uma parte de retenção de rendas pagas. Depois, a outra parte do valor determina-se numa percentagem das rendas vincendas (os 20%), mais o valor residual. Elas têm, assim, um caráter móvel, sendo o seu montante, maior ou menor, de acordo com o número (e valor) das rendas já pagas([29]).

([28]) Como sublinha V. Lobo Xavier, *Venda a prestações: algumas notas sobre os artigos 934.º e 935.º do Código Civil*, cit., pp. 241-244. Era a posição já sustentada por Luiz da Cunha Gonçalves, *Tratado de direito civil em comentário ao Código Civil português*, vol. VIII, Coimbra Editora, Coimbra, 1934, p. 601 (engloba: preço em si, juros, outras despesas).

([29]) Para este aspeto face ao art. 935.º, n.º 2, ver A. Pinto Monteiro, *Cláusula penal e indemnização,* cit., pp. 692-693.

Se esta quantia ultrapassar metade do preço (rendas mais valor residual), será reduzida a esse montante([30]), podendo as partes sempre prever a ressarcibilidade do dano excedente, como resulta do art. 935.º.

VI. Restam-nos as duas últimas questões colocadas. A aplicação do art. 19.º, al. *c*), do Dec.-Lei n.º 446/85, de 25/10, e/ou o art. 812.º

([30]) Voltando a um exemplo simples. Os dados são os seguintes: o preço de compra do bem ao vendedor é de 100, e ele se reparte-se em 80 integrados nas rendas e 20 no valor residual. Os juros globalmente considerados são de 40, o que significa que o valor das rendas é de 120. O prazo é de 10 meses, sendo o valor mensal das rendas (constantes) de 12 (a benefício de análise — a composição das rendas, em regra, é diversa, como se referiu, sendo a parcela de juros maior nas primeiras rendas, invertendo-se depois a proporção nas últimas rendas —: 8 de amortização mais 4 de juros).

Suponhamos que eram pagas 4 rendas (48) e que, de seguida, o locador resolvia o contrato por incumprimento da outra parte.

Se a cláusula penal fosse composta pela retenção das rendas pagas, mais 20% das rendas vincendas mais o valor residual, teríamos o seguinte resultado: 48 (rendas pagas) + 15,5 (20% de 72, as rendas vincendas) + 20 (valor residual) = 83,5.

Como metade do valor global a atender (140 = 120 das rendas + 20 do valor residual), seria 70, a cláusula seria reduzida até esse valor, neste caso em 13,5.

Contudo, se as rendas pagas tivessem sido 5 (60), o valor da cláusula penal seria de 92 (60, rendas pagas + 12 — 20% das rendas vincendas, que são 60 + 20, valor residual). Teria que se reduzir em 22.

Pelo contrário, se as rendas pagas tivessem sido 3 (36), o valor da cláusula penal seria de 72,8 (36, rendas pagas + 16,8 - 20% das rendas vincendas, no valor de 84 + 20, valor residual), pelo que a redução seria de 2,8.

Já se as rendas pagas tivessem sido só 2 (24), o valor da cláusula penal seria de 63,3 (24, rendas pagas + 19,2 - 20% das rendas vincendas, no valor de 96 + 20, valor residual). Não haveria lugar a qualquer redução.

Não se esqueça, porém — o que é do maior relevo —, que o locador mantém-se proprietário do bem que poderá vender no mercado ou dar a outrem em locação financeira.

5. O regime das cláusulas contratuais gerais [art. 19.º, al. *c*) do Dec.-Lei n.º 445/86 de 25/10]

I. As cláusulas penais previstas pelo locador financeiro são cláusulas contratuais gerais, pelo que se lhes aplica o regime destas.

E não é por estarmos ainda dentro do âmbito do art. 935.º que uma cláusula não possa ser logo, atendendo em especial ao valor económico do bem dado em locação financeira, desproporcionada face aos danos expectáveis. Os pressupostos, os efeitos e as finalidades das referidas normas são diversos([31]).

Ponto é que se verifiquem os elementos previstos no art. 19.º, al. *c*) do Dec.-Lei n.º 446/85, de 25/10.

O que significa avaliar se, no âmbito do quadro negocial padronizado([32]), tendo em conta não só o tipo contratual, mas igualmente a modalidade de locação financeira, o bem seu objeto (e as suas particularidades, em especial a desvalorização expetável), o prazo contratual, essa cláusula é desproporcionada face ao dano previsível([33]/[34]), ou seja, aquele que é expectável de acordo

---

([31]) Como refere Joaquim de Sousa Ribeiro (*Responsabilidade e garantia em cláusulas contratuais gerais*, BFD, número especial, Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Ferrer Correia, IV, Coimbra, 1997, p. 288, nota 91): "com pressupostos, efeito — redução (…) — e finalidades próprias, os limites estabelecidos naqueles dispositivos não são sobreponíveis ao do art. 19, al. *c*), pelo que a protecção do devedor contra os riscos específicos dessas situações não prejudica a tutela que ele goza, na qualidade de aderente a c.c.g., e vice-versa".

([32]) E não para aquele contrato em concreto com as suas circunstâncias individualizadoras, específicas. Desenvolvidamente sobre este ponto J. Sousa Ribeiro, *Responsabilidade e garantia em cláusulas contratuais gerais*, cit., p. 265, e pp. 247-249 nota 13 (para os elementos a ter em conta nessa valoração); A. Menezes Cordeiro, *Tratado de direito civil, II, parte geral, negócio jurídico*, 4.ª ed., Almedina, Coimbra, 2014, p. 450.

([33]) Aqueles que "normal e tipicamente resultam, dentro do "quadro negocial padronizado" em que o contrato se integra", J. Sousa Ribeiro, *Responsabilidade e garantia em cláusulas contratuais gerais*, cit., p. 286. Claro está, sem se atender às particularidades daquele contrato. O que não obsta a que se possam em abstrato ter em conta esses factores, pelo menos os dois primeiros. Ver também M. J. Almeida Costa/A. Menezes Cordeiro, *Cláusulas contratuais gerais. Anotação ao Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de outubro*, cit., p. 46.

([34]) Noutro sentido, sustentando uma avaliação face ao dano efetivo, Ana Prata, *Contratos de adesão e cláusulas contratuais gerais*, Almedina, Coimbra, 2010, p. 417.

com o "normal curso das coisas"([35]). Para tal não basta que o montante previsto na cláusula seja simplesmente superior, ou ligeiramente superior, ao dano expectável nos termos referidos: é necessária "uma desproporção sensível"([36]). Quando assim for, a consequência é a nulidade.

Neste quadro, reforce-se, os aspetos de maior relevo serão o montante das rendas, o valor de mercado do objeto do contrato e sua evolução previsível (há bens que se desvalorizam muito rapidamente, há bens que se depreciam pouco e há mesmo, em certos casos, bens que se valorizam com o decurso do tempo), assim como a modalidade de locação financeira.

Na verdade, quanto a este último aspeto, no *sale and lease back*, o preço pago pela sua aquisição ao locatário financeiro/vendedor (o financiamento) será sempre inferior ao seu valor de mercado (como o bem é o objeto da garantia, o crédito concedido — o preço — é sempre menor do que o seu valor).

Recorrendo a um exemplo:

A dá em locação financeira um automóvel de luxo a ***B***. O preço (de compra ao concessionário dos automóveis) é de 1000, sendo repartida a amortização de 800 em 10 rendas, com os juros no valor de 100 (valor global das rendas: 900). Cada renda teria o valor de 90. O valor residual é de 200. A desvalorização expetável do automóvel nesse período de tempo (1 ano) é de 10%([37]). A cláusula penal é — claramente, neste caso —, desproporcionada aos danos a ressarcir [art. 19.º, al. *c*) do Dec.-Lei n.º 446/85, de 25/10] e, portanto, nula.

([35]) Na formulação do § 309, 5, al. *a*) BGB: "nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge zu erwartenden Schaden".

([36]) M. J. Almeida Costa/A. Menezes Cordeiro, *Cláusulas contratuais gerais. Anotação ao Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de outubro*, Almedina, Coimbra, 1991, p. 47. Exigindo um excesso significativo, J. Calvão da Silva, *Banca, bolsa e seguros, tomo I, Direito europeu e português*, 4.ª ed., Almedina, Coimbra, 2013, p. 202. Porém, J. Sousa Ribeiro, *Responsabilidade e garantia em cláusulas contratuais gerais*, cit., pp. 289, ss.

([37]) Sublinhe-se que o locatário tem o dever de fazer um seguro do bem contra a sua perda e deterioração [art. 10.º, n.º 1, al. *g*) do Dec.-Lei n.º 149/95, de 24/6].

Note-se que neste casos este, mesmo o limite de 50% do preço (decorrente do art. 935.º), aqui 550 (900 das rendas + 200 do valor residual), tendo em conta que o automóvel valerá 900 é muito elevado.

Claro que o resultado seria diverso se estivéssemos face a bens que se depreciassem rapidamente e o prazo contratual fosse mais extenso.

6. A redução por força do art. 812.º

I. Não cremos mesmo que o art. 935.º implique que as cláusulas penais que passem no seu teste fiquem sempre fora do controlo do art. 812.º([38]). Ou seja: preenchidos estes requisitos não poderia ser reduzida; este regime afastaria o do art. 812.º.

Não é, parece-nos, assim.

O que a lei impõe é que não se ultrapasse este valor.

Mas tal não significa que, mesmo não o excedendo, a cláusula esteja isenta de controlo pelo art. 812.º (que permite um controlo mais "fino"). E sendo, naquele caso, marcado pelos seus contornos específicos, uma cláusula manifestamente excessiva([39]), venha a ser reduzida de acordo com a equidade([40]). Aqui, para a redução,

---

([38]) O não afastamento do regime geral do art. 812.º pelo do art. 935.º havia sido já sustentado por A. PINTO MONTEIRO, *Cláusula penal e indemnização*, cit., p. 66; *idem*, *Sobre o não cumprimento na venda a prestações (algumas notas)*, cit., p. 565.

([39]) Os conceitos indeterminados de desproporção e de manifesto excesso, como é claro, não são coincidentes. O primeiro é muito mais apertado do que o segundo. Quanto ao manifesto excesso, e o seu preenchimento, A. PINTO MONTEIRO, *Cláusula penal e indemnização*, cit., pp. 739, ss.; *idem*, *Sobre o controlo da cláusula penal*, in: Comemorações dos 35 anos do Código Civil e dos 25 anos da reforma de 1977, volume III, Direito das Obrigações, Coimbra Editora, Coimbra, 2007, pp. 202, ss.

([40]) Ao contrário do art. 19.º, al. *c*) do Dec.-Lei n.º 446/85, de 25/10, não se trata aqui de um controlo geral, abstrato, *ex ante*, sem atender às circunstâncias concretas do caso individual (assim, quanto a esta norma, J. SOUSA RIBEIRO, *Responsabilidade e garantia em cláusulas contratuais gerais*, cit., pp. 25-266). O que não acontece no art. 812.º, centrado nas particularidades do caso concreto.

haverá que contar, também, como no seu pressuposto, tanto com aspetos objetivos como subjetivos(41).

Note-se que, agora, relativamente art. 19.º, al. *c*) do Dec.-Lei n.º 446/85, de 25/10, dentre outros aspetos diferenciadores, o controlo realizado aqui não é feito *ex ante*, tendo em conta os danos previsíveis, mas, antes, aqueles em concreto sofridos (para o que poderão ter contribuído circunstâncias não expectáveis).

(41) Assim, e de forma desenvolvida sobre este ponto, ver A. PINTO MONTEIRO, *Cláusula penal e indemnização*, cit., pp. 717, ss., pp. 739, ss. Note-se, como destaca este Autor (*ob. últ. cit*., p. 723), que a existência dos mecanismos específicos de controlo não afasta aqueles decorrentes das "normas e princípios de alcance geral", tanto no que diz respeito "ao acordo das partes", como no que toca ao "exercício do direito".

PRINCIPAIS ASPECTOS E ALGUNS PROBLEMAS DA GESTÃO COLECTIVA DE DIREITOS DE AUTOR E DE DIREITOS CONEXOS NO AMBIENTE DIGITAL(*)

O regime em Portugal e em Espanha e no direito Comunitário

Pelo Prof. Doutor Alberto de Sá e Mello(**)

SUMÁRIO:

1. Objecto e fins das entidades de gestão colectiva de direitos de autor e direitos conexos. 2. Legitimidade das entidades de gestão colectiva. *2.1.* Âmbito do mandato para gestão colectiva; em particular, os direitos pessoais de autor. *2.2.* Legitimação das entidades de gestão colectiva. O "contrato de gestão e representação". 2.2.1. A gestão colectiva "forçada". 2.2.2. O caso da colocação à disposição do público de prestações artísticas fixadas. *2.3.* Requisitos e âmbito da representação pelas entidades de gestão colectiva. **3. Direitos dos titulares confiados à gestão colectiva (incluindo quanto a utilizações não comerciais de obras e prestações).** *3.1.* Acordos colectivos de licenciamento conjunto da exploração de obras e prestações artísticas fixadas e liberdade contratual — os "balcões de licenciamento conjunto". *3.2.* Os "permission clearing centres" e as "clearing houses". **4. Cobrança e repartição de quantias por gestão colectiva**

(*) Este escrito inspira Capítulo do nosso *Manual de Direito de Autor e Direitos Conexos*, 2.ª ed., Almedina, Coimbra, Setembro de 2016, que o reproduz parcialmente.

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

de direitos de autor e direitos conexos. 5. As regras sobre fixação de tarifários. 6. A transposição da Directiva 2014/26/UE. *6.1.* As entidades de gestão independente. *6.2.* Os titulares de direitos não filiados nas entidades de gestão colectiva. *6.3.* A afectação de receitas de direitos. *6.4.* Os acordos de representação. *6.5.* Os prestadores de serviços em linha. *6.6.* As licenças multiterritoriais para utilização em linha de obras musicais. **7. O futuro.**

1. Objecto e fins das entidades de gestão colectiva de direitos de autor e direitos conexos

I. O art. 72.º, CDA(1), prevê que os poderes relativos à "gestão do direito de autor" possam ser exercidos pelo seu titular *ou* "por intermédio de representante devidamente habilitado".

O art. 73.º/1 do mesmo Código estabelece que "as associações e organismos nacionais e estrangeiros constituídos para a gestão do direito de autor desempenham essa função como representantes dos respectivos titulares". Tal representação resulta da simples qualidade de sócio ou aderente ou da inscrição como beneficiário dos respectivos serviços.

A lei não esclarece o que seja *"gestão* do direito de autor", nem que componentes do direito de autor são susceptíveis de ser geridos por outrem, nem mesmo o âmbito da representação por estas "associações e organismos" constituídos para o efeito. Tentemos fazê-lo.

II. A questão do que constitua *"gestão"* e *"representação"* dos direitos autorais (direitos de autor e direitos conexos), neste âmbito, tem suscitado alguma controvérsia.

Autores há que questionam os verdadeiros interesses que assim se agenciam. Na perspectiva destes, perder-se-ia porventura de vista o interesse dos criadores, cedendo-se às motivações egoístas dos representantes e à cobiça dos utilizadores das obras e prestações artísticas(2). Não pensamos assim.

---

(1) Código do Direito de Autor e dos Direitos Conexos de Portugal, aprovado pelo Decreto-lei n.º 63/85, de 14-3, sucessivamente alterado até à Lei n.º 49/2015, de 5-6.

(2) Oliveira Ascensão, *Representatividade e legitimidade das entidades de ges-*

A criação de entidades de gestão colectiva do direito de autor e dos direitos conexos (*egc*) é da livre iniciativa dos titulares dos referidos direitos de autor e direitos conexos (art. 5.º/1 da Lei enquadradora destas entidades em Portugal, a Lei n.º 26/2015, de 14-4, doravante referida como LGC). Ainda nos termos da mesma Lei (art. 5º/2), estas entidades *só* podem constituir-se como *associações* ou *cooperativas* com *fins não lucrativos*. Parece-nos um bom princípio quanto ao seu carácter desinteressado, não egoísta.

Por outro lado, o que constitui *objecto* destas entidades é tão-só (art. 3.º, LGC): *a*) a gestão dos direitos patrimoniais confiados; *b*) as actividades de natureza social e cultural que beneficiem colectivamente os titulares dos direitos representados; *c*) a defesa, promoção e divulgação do direito de autor e dos direitos conexos; *d*) o exercício e defesa dos direitos pessoais (ditos "morais") de autor, estes apenas quando solicitados pelos representados.

Ora, com excepção da gestão dos direitos patrimoniais — de que trataremos com pormenor adiante e que constitui o *core business* e razão principal da existência destas entidades —, não vemos que qualquer destas missões implique ou consinta favorecimento próprio de quem a exerce.

Dizer que a "função cultural" da entidade de gestão colectiva (prevista no art. 13.º da Lei 83/2001, hoje revogada, mas que a nova LGC continua a prever) "está completamente deslocada", porque estas são "entidades de arrecadação de receitas e de distribuição subsequente pelas entidades de gestão colectiva suas associadas"([3]), não parece colher completamente, já que a afectação de receitas a fins culturais não pode ser encarada como um mal em si

---

tão colectiva de direitos autorais, *in* Estudos em homenagem ao Prof. Doutor José Lebre de Freitas, Coimbra, 2013, n.º 3, considera que, como representantes dos *titulares dos direitos* que não são necessariamente criadores intelectuais (podem ser meros transmissários do direito), "o substrato pessoal do ente de gestão pode exprimir interesses muito diferentes dos dos criadores intelectuais".

([3]) Assim Oliveira Ascensão, ob. cit., n.º 4, referindo-se à AGECOP, entidade a quem cabe a cobrança e distribuição das receitas da **cópia privada** (hoje no art. 6.º da Lei n.º 62/98, de 1-9, com a redacção dada pela Lei n.º 48/2015, de 5-6).

mesma e tal escopo não desvirtua, pelo contrário, as *egc* que as prossigam([4/5]).

Por maioria de razão, a "defesa, promoção e divulgação do direito de autor e dos direitos conexos" (arts. 3.º/1-*b*), LGC), se bem que constitua um enunciado vago para ser consagrado como *objecto* das *egc*, não é de maneira nenhuma um fim censurável ou que, em si, promova a alienação dos direitos dos autores e dos artistas.

Concluímos que, considerando a liberdade de constituição das *egc* pelos titulares dos direitos representados, o facto de estas entidades deverem necessariamente adoptar a forma associativa ou cooperativa, não lucrativas, bem como o respectivo objecto de desenvolvimento de actividades sociais e culturais e os seus fins de defesa, promoção e divulgação do direito de autor e dos direitos conexos, nada há de especialmente censurável, do ponto de vista dos titulares dos direitos, no estatuto legal hodierno das *egc*([6]).

2. Legitimidade das entidades de gestão colectiva

As entidades de gestão colectiva de direitos de autor e direitos conexos *(egc)* estão legitimadas para *exercer* os direitos confiados

---

([4]) A LGC (art. 29.º) determina mesmo que uma percentagem não inferior a 5% das receitas des *egc* seja afecta a actividades sociais e de assistência aos seus associados ou cooperadores, bem como a actividades de incentivo à criação cultural e artística, entre outras. O mesmo preceito estabelece princípios de acesso dos associados e não associados das *egc* aos referidos fundos sociais e culturais. Assim também em Espanha (art. 155 LPI esp.).

Pode defender-se que estas deveriam ser missões do Estado apenas, mas a nossa concepção da missão do associativismo livre não o incompatibiliza com atribuições como aquelas.

([5]) Adelaide Menezes Leitão, *A Diretiva 2014/26/UE relativa à gestão colectiva de direitos de autor e direitos conexos*, *in* Revista de Direito Intelectual, Coimbra, n.º 1, 2015, III, p. 206, replica a preocupação de outros Autores (*maxime* Oliveira Ascensão) sobre uma eventual (crescente?) supremacia dos interesses das *egc* sobre os da Cultura e até dos destas entidades sobre os dos autores e outros beneficiários.

([6]) Sobre este ponto na Directiva 2014/26/UE, ver *infra* 6.3.

à sua gestão, que lhes sejam atribuídos pelos respectivos titulares. Podem retirar-se daqui várias ilações.

2.1. Âmbito do mandato para gestão colectiva; em particular, os direitos pessoais de autor

I. Qualquer *titular* de direito de autor ou direito conexo pode confiar a gestão dos respectivos direitos a uma *egc*.

Significa isto que não são apenas os criadores intelectuais e os artistas, assim como outros titulares originários de direitos, que podem confiar a gestão dos mesmos às *egc*. Qualquer titular, ainda que derivado, de faculdades jusautorais exclusivas pode fazê-lo. É natural.

Considerando que as faculdades patrimoniais de autor podem ser objecto de transmissão, mal se compreenderia que os transmissários das mesmas (ou os sucessores *mortis causa* dos autores) não pudessem, ao contrário dos criadores, entregá-las à gestão de uma *egc*.

Por outro lado, deve ficar também claro que só os *titulares* (originários ou derivados) de direitos de autor e direitos conexos podem atribuir a uma *egc* a sua gestão. As meras *licenças de utilização*, ainda que exclusivas como a de edição, não transferem a titularidade de direitos autorais. Não podem, pois, assim, os licenciados constituir *egc* como mandatárias da gestão de direitos que não possuem.

II. Significativa é, ainda, a situação dos *direitos pessoais*. É certo que estes não são susceptíveis de qualquer tipo de alienação (art. 56.º/2, CDA), mas não é este o problema. Poderão as *egc* agenciar direitos pessoais (ditos "morais") de autor?

Foi defendido que não, considerada "uma evidente personalização do exercício" destes direitos(7). A LGC vigente não acolhe este entendimento: as *egc* podem "exercer e defender os direitos

(7) Oliveira Ascensão, ob. cit., n.º 8-I.

morais dos seus representados, desde que estes o solicitem" (art. 3.º/2, LGC).

Na verdade, a gestão de faculdades pessoais, incluindo o seu exercício, não pressupõe qualquer tipo de alienação das mesmas. Pode tratar-se, como vimos ser também objecto das *egc*, de defender, promover ou divulgar direitos (art. 3.º/1-*b*), LGC).

Ora, nada há na característica dos direitos pessoais de autor que iniba a sua defesa ou promoção por quem não é titular, em nome deste: desde que tal seja requerido pelo autor titular do direito pessoal, uma *egc* pode perfeitamente, por exemplo, defender a integridade (direito pessoal) da obra daquele([8]).

2.2. Legitimação das entidades de gestão colectiva. O "contrato de gestão e representação"

I. O art. 9.º, LGC, estabelece que as *egc* "*exercem* os direitos confiados à sua gestão e que podem exigir o seu cumprimentos por terceiros, inclusive perante a administração e em juízo". É uma norma esclarecedora.

Em primeiro lugar, revela que, ao confiar a gestão dos seus direitos às *egc*, o respectivo titular **não transfere direitos**, limita-se a **mandatar o exercício e defesa** dos mesmos. A caracterização desta figura não é, porém, isenta de controvérsia.

II. No direito espanhol, considera-se que o contrato pelo qual a gestão dos direitos é encomendada a uma *egc* é um *contrato de mandato* (arts. 1709 a 1739 do Código Civil de Espanha), não importando transmissão de tais direitos, já que por este contrato não se atribui à *egc* a faculdade de explorar as obras ou as prestações artísticas fixadas ou os fono/videogramas produzidos, mas

---

([8]) Sobre a natureza, características e conteúdo dos direitos pessoais de autor, podem confrontar-se os nossos: *O direito pessoal de autor no ordenamento jurídico português*, Lisboa, 1989; *Manual de Direito de Autor e Direitos Conexos*, 2.ª ed., Coimbra, 2016, n.os 38 e ss.; *O direito pessoal de autor —— uma perspectiva Lusófona*, *in* Revista Fórum de Direito Civil, ano 3 n. 5, Belo Horizonte, Brasil, 2015.

tão-só a prerrogativa de conceder a terceiros utilizadores autorizações/licenças não exclusivas, sendo esses terceiros utilizadores, os licenciados, os verdadeiros beneficiários da atribuição de direitos de autor e direitos conexos([9]).

III. Em Portugal, no domínio da revogada Lei 83/2001, foi defendido que "não se vê interesse em pôr em causa a qualificação legal, ou em discutir que neste caso haja um mandato com representação", sustentando-se que não há em Portugal (ou no Brasil) regime idêntico ao que se verifica em países do centro e norte da Europa; nestes, aconteceria a qualificada como *"gestão fiduciária"*, em que a titularidade dos direitos agenciados passa verdadeiramente para a *egc*, devendo essa entidade tipicamente exercer o direito no sentido da boa administração no interesse do titular([10]).

A LGC (art. 32.º) prevê que a *gestão* dos direitos de autor possa ser atribuída pelos seus titulares a favor de uma *egc*, mediante um **contrato de gestão e representação**.

Este contrato, com duração que não pode exceder os cinco anos renováveis (máximo de três anos em Espanha, depois da Ley 21/2014), compreenderia, a fazer fé na previsão legal, que as *egc* "*dispusessem* dos direitos, benefícios ou faculdades legalmente atribuídos aos representados" (art. 32.º/4, LGC).

A ideia de verdadeira "disposição" de direitos pelas *egc* é desmentida pelo art. 27.º/1-*f*) da LGC, ao consagrar, entre os "deveres gerais" de tais entidades, o de contratar com terceiros interessados tão-só *autorizações/licenças não exclusivas*, em norma semelhante à espanhola.

Assim, fica claro que as *egc nem são transmissárias* de direitos de autor ou de direitos conexos *nem dispõem*, mesmo em nome dos representados, de quaisquer direitos autorais, que se limitam a licenciar.

([9]) Assim, por todos, Juan José Marín López, *Las entidades de gestión*, *in* Manual de Propiedad Intelectual, coordenado por Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano, 6.ª ed., Valência, 2015, Tema 13, n.º 2.4., p. 316.

([10]) Oliveira Ascensão, ob. cit., n.º 2.

2.2.1. A gestão colectiva "forçada"

I. Aproveitamos a expressão de OLIVEIRA ASCENSÃO(11) para distinguir os casos em que é *conveniente* ao autor ou artista encomendar a gestão dos seus direitos a uma *egc*, porque esta é eventualmente a melhor (a única?) maneira de obter rendimentos da utilização patrimonial das suas obras ou prestações fixadas — designada "gestão forçosa" e que é, na verdade, uma gestão mais vantajosa do que a que pudesse ser efectuada individualmente pelo próprio titular do direito(12) —, dos casos em que a lei faz *obrigatória* a gestão colectiva. Nestes últimos casos, falar-se-ia de gestão *"forçada"*.

II. A lei portuguesa não é muito pródiga na previsão de situações deste último tipo.

Fá-lo no caso do licenciamento da *retransmissão por cabo*, em que o art. 7.º/1 do Decreto-lei n.º 333/97, de 27-1, reserva o *exercício* do direito de a autorizar ou proibir às entidades de gestão colectiva.

Acontece também a imposição da intermediação por uma *egc* quanto à "cobrança, gestão e distribuição da compensação equitativa por *cópia privada*", conforme previsto no art. 6.º da Lei n.º 62/98, de 1-9(13). Neste caso, a *egc* é uma "super-entidade", a AGECOP — Associação para a Gestão da Cópia Privada, entidade sem fins lucrativos que agrega as *egc* de autores, artistas intérpretes ou executantes, produtores de fono/videogramas e de editores (estes últimos, curiosamente, não titulares originários de direitos autorais).

III. Na lei de autor de Espanha(14), existem inúmeros casos de gestão colectiva obrigatória: para a autorização da retransmis-

---

(11) OLIVEIRA ASCENSÃO, ob. cit., n.º 1.

(12) Aconteceria gestão "forçosa", por exemplo, no caso das obras e prestações musicais, cuja utilização disseminada aconselha (força?) a gestão colectiva como única forma de obter rendimento significativo da exploração destas obras e prestações.

(13) Sucessivamente alterada até à Lei n.º 49/2015, de 5-6.

(14) LPI esp.* — lei de autor de Espanha (*"Ley de Propiedad Intelectual"* — BOE n.º 97, de 22-4-1996), segundo texto refundido pelo R.D.Leg. 1/1996, de 12-4-1996, alterada sucessivamente até à Ley 21/2014, de 5-11-2014.

são por cabo (art. 20.º/4-*b*)); para a remuneração da cópia privada (art. 25.º/3); para a cobrança de remuneração equitativa devida ao artista por aluguer de um fonograma que fixe uma prestação artística sua (art. 109.º/3, 2.º); para a cobrança de remuneração equitativa devida aos produtores de fonogramas pela comunicação pública de fono/videogramas (arts. 116.º/3 e 122.º/3), entre outros.

A estas previsões, Juan José Marín López([15]) acrescenta a necessidade de assegurar agora a utilização lícita de obras e prestações protegidas na Internet, para a qual se requereria o recurso a formas expeditas de controlo de utilizações nesse *medium*. Em resposta a este repto, salienta-se a previsão, pela Directiva 2014/26/UE([16]), de regras sobre a concessão de licenças multiterritoriais de direitos sobre obras musicais para utilização em linha no mercado interno. Voltaremos a este tema.

2.2.2. O caso da colocação à disposição do público de prestações artísticas fixadas

Sobrava, em Portugal, um caso de aparente gestão colectiva forçada que merece exame autónomo.

Tratava-se da previsão, no art. 178.º/4 CDA, do exercício por *egc* do poder — conexo ao direito de autor — de os artistas intérpretes ou executantes autorizarem ou proibirem a colocação à disposição do público, por fio ou sem fio, das suas prestações. Está, pois, em causa a gestão colectiva da colocação em rede (Internet) das prestações artísticas fixadas.

Alguma doutrina portuguesa salientava este como um caso de gestão colectiva "forçada" muito criticável, aventando-se mesmo que "provoca dúvidas sobre a sua admissibilidade e validade", podendo mesmo "contender com normativos internacionais como

---

([15]) Juan José Marín López, ob. cit., n.º 2.4., p. 318.

([16]) Directiva 2014/26/UE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26-2-2014, relativa à gestão colectiva dos direitos de autor e direitos conexos e à concessão de licenças multiterritoriais de direitos sobre obras musicais para utilização em linha no mercado interno.

a Convenção de Berna e as Directivas Europeias sobre Direitos de Autor e Direitos Conexos ou, mesmo, ir contra princípios constitucionais"([17]). Esta é uma avaliação que já não se justifica, sobretudo tendo em consideração a nova redacção do preceito em análise.

Em primeiro lugar, não é hoje defensável que a *letra* do art. 178.º/4, CDA, consagre uma modalidade de gestão colectiva obrigatória (dita "forçada"). Prevê a gestão colectiva neste caso, é certo, mas não resulta da letra do preceito que esta seja a *única* forma de gestão destes direitos que admite([18]).

Por outro lado, é factual que a gestão dos direitos conexos em causa — os dos artistas quanto à colocação em rede (Internet) das prestações fixadas — afigura-se tudo menos facilmente exequível se realizada individualmente. A exploração massificada das obras e prestações artísticas fixadas, colocadas à disposição do público em rede, que a Internet proporciona, é dificilmente compatível, sem recurso a meios tecnológicos sofisticados, com um controlo individual das utilizações.

Argumentar que a suposta consagração da gestão colectiva "forçada" neste caso seria ainda incompatível com o disposto no

---

([17]) Duarte Vasconcelos, *Da necessidade e dos limites à gestão colectiva forçada de direitos de autor e direitos conexos*, *in* Revista de Direito Intelectual, Coimbra, n.º 1 — 2015, 3.1., pp. 47-48.

([18]) «Artigo **178.º CDA**

(...)

1 — Assiste ao artista intérprete ou executante o direito exclusivo de fazer ou autorizar, por si ou pelos seus representantes:

[...]

d) *A colocação à disposição do público, da sua prestação, por fio ou sem fio, por forma que seja acessível a qualquer pessoa, a partir do local e no momento por ela escolhido.*

[...]

4 — O direito previsto na alínea d) *do n.º 1* ***pode*** *ser exercido por uma entidade de gestão coletiva de direitos dos artistas, assegurando-se que, sempre que estes direitos forem geridos por mais que uma entidade de gestão, o titular possa decidir junto de qual dessas entidades deve reclamar os seus direitos.*» — realce nosso.

Esta redacção resulta da alteração ao CDA pela Lei n.º 32/2015, de 24-2. Até então, o preceito rezava, no que a esta parte diz respeito: «**Art. 178.º/4** (anterior redacção): […] *o direito previsto na alínea* d) *do n.º 1* ***só pode*** *ser exercido por uma entidade de gestão colectiva de direitos dos artistas* […]» — realce nosso.

art. 183.º-A, CDA([19]) — onde se consagra o direito dos artistas a obter uma remuneração suplementar anual do produtor de fonogramas após o 50.º ano subsequente à publicação lícita do fonograma ou à sua lícita colocação à disposição do público (n.º 4), e a obrigatoriedade de o direito à obtenção de uma remuneração anual ser administrado por *egc* representativas dos artistas (n.º 7) — parece-nos deslocado.

O que a lei consagra é, de um lado, a conveniência/vantagem (admitamos que até a necessidade) de os artistas intérpretes ou executantes confiarem a uma *egc* a administração dos seus direitos por colocação à disposição do público de prestações suas fixadas (art. 178.º, CDA). E, do outro, a obrigatoriedade de gestão colectiva dos direitos de remuneração suplementar aos artistas por continuação, decorrido certo prazo, da exploração económica de fonogramas que fixem as suas prestações. Não há conflito.

Estabelece a lei que: *a*) decorridos 50 anos sobre a publicação e comunicação pública de um fonograma que fixe uma prestação artística, tendo o artista direito a uma remuneração especial como contrapartida da cessão de direitos de exploração ao produtor desse fonograma, deve o artista entregar a uma *egc* a administração de tal direito (art. 183.º-A, CDA); e *b*) que *pode* (*sic* no texto da lei) ser exercido por uma *egc* o direito à colocação à disposição do público da prestação de um artista (art. 178.º/4)([20]). Não são faculdades de conteúdo incompatível.

([19]) Duarte Vasconcelos, ob. cit., n.º 3.2.

([20]) Duarte Vasconcelos, ob. cit., p. 54, adiantava, no domínio da anterior redacção do art. 178.º/4, ainda uma (outra) possível explicação: que as obras fixadas em fono/videogramas terão a sua exploração e gestão de direitos atribuídos por contrato aos respectivos produtores fono/videográficos, enquanto a exploração económica pela colocação à disposição do público das mesmas peças não fixadas teria a sua gestão colectiva "forçada".

É uma perspectiva interessante, mas não escamoteia que a colocação à disposição do público de obras ou prestações artísticas fixadas *pode* (apenas *pode*) ser entregue a uma *egc* (art. 178.º/4, CDA).

2.3. Requisitos e âmbito da representação pelas entidades de gestão colectiva

I. Paralelamente ao disposto no art. 9.º LGC, o art. 150 LPI espanhola consagra a regra da legitimidade das *egc* — desde que autorizadas (pelos organismos competentes dos respectivos Ministérios da Cultura — art. 74.º, CDA e 11.º, LGC, e art. 147.º, LPI espanhola) — para exercerem os direitos confiados à sua gestão e fazê-los valer contra terceiros, inclusive perante a administração e em juízo.

Levanta-se a questão de saber o âmbito desta representação, quando, por exemplo, se trate de exigir a terceiros usurpadores de direitos de autor ou de direitos conexos o pagamento de quantias pela utilização não autorizada de obras ou prestações artísticas protegidas.

II. O art. 73.º, CDA, estabelece a regra geral: as *egc* representam presumidamente os seus associados, resultando o título de representação "da simples qualidade de sócio ou aderente ou da inscrição como beneficiário dos respectivos serviços". A capacidade judiciária (em juízo civil ou criminal) das *egc* não prejudica o direito de cada associado constituir e fazer prevalecer a representação por mandatário por si expressamente constituído.

III. No direito espanhol, o art. 152.º, LPI, estabelece que, para acreditar a sua legitimação, a *egc* apenas tem de juntar os estatutos e comprovar a sua autorização administrativa para actuar. Já os fundamentos admissíveis de oposição à representação de determinado sujeito (autor, artista, produtor) por uma *egc* são: *a*) a falta de (poderes de) representação da *egc* autora em juízo; *b*) a autorização do direito exclusivo, que negaria a causa de pedir do pleito; *c*) o pagamento da remuneração correspondente, que inutilizaria a acção. A doutrina e jurisprudência espanholas questionam pelo menos a aplicação literal desta norma([21]).

([21]) Trata-se do que CARLOS ROGEL VIDE/EDUARDO SERRANO GÓMEZ, *Manual de Derecho de Autor*, Madrid, 2008, 18.3., p. 178, classificam como uma "legitimación *ad causam*, não por substituição, de tal maneira que, para reconhecê-la, basta [à *egc*] apresentar cópia dos seus estatutos e o comprovativo da autorização administrativa do Ministério da Cultura, exigível para a sua válida constituição".

JUAN J. MARÍN LÓPEZ([22]) considera que este preceito: *a*) não tem paralelo no ordenamento jurídico espanhol; *b*) consagra um privilégio injustificável; *c*) desconhece o baixo índice de filiação de algumas *egc*; *d*) e se afasta do princípio da livre produção de prova ("p. disponibilidad probatoria") estabelecido pelo Tribunal Constitucional espanhol.

O mesmo Autor *(ibidem)* salienta que os Tribunais superiores de Espanha se inclinaram no apoio à tese da **legitimidade universal** das *egc*, considerando-as habilitadas para representar em juízo todos os titulares pertencentes à classe de direitos cuja administração a entidade assumiu estatutariamente, independentemente de estes lhes haverem ou não confiado a gestão dos seus direitos. As sentenças mais recentes acabaram por reconhecer a estas entidades uma legitimidade própria para a defesa dos direitos cuja administração assumem estatutariamente.

IV. A Directiva 2004/48/CE([23]) prevê, no seu art. 4.º/1-*c*), que os organismos de gestão dos direitos colectivos de propriedade intelectual regularmente reconhecidos (como as *egc*) têm o direito de representar os titulares dos direitos de propriedade intelectual, na medida e nos termos permitidos pela legislação aplicável.

A Directiva 2014/26/UE, de 26-2([24]) consagra (art. 5.º/7) que, no caso de autorizar uma *egc* a gerir os seus direitos autorais, o titular dos mesmos "deve dar consentimento *expresso — e documental — para cada direito ou categoria de direitos ou tipo de obras ou prestações*" cuja administração pela *egc* agencie.

Entendemos que isto significa o reiterar da proibição de autorizações genéricas para a representação/gestão do conjunto de direitos e obras ou prestações artísticas, presentes ou futuras, de um dado sujeito, que o art. 31.º/1-*a*), 2.ª parte, LGC e o art. 153.º,

---

([22]) JUAN J. MARÍN LÓPEZ, ob. cit., 2.3., p. 315.

([23]) Directiva 2004/48/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 29-4-2004, relativa ao respeito dos direitos de propriedade intelectual.

([24]) Ainda não transposta em Espanha pela Ley 21/2014, de 4-11; inexplicavelmente ainda não transposta em Portugal, não obstante a mais recente LGC ter sido aprovada em 2015.

LPI esp. já consagram. Isto, entenda-se, sem prejuízo da representação presumida dos direitos dos associados confiados à sua gestão (ver *supra*, neste ponto).

3. Direitos dos titulares confiados à gestão colectiva (incluindo quanto a utilizações não comerciais de obras e prestações)

Os titulares de direitos representados pelas *egc* podem escolher entre exercer pessoal e individualmente os mesmos ou fazê-lo por intermédio de *egc* devidamente habilitada (art. 72.º, CDA).

O mandato a uma *egc* para gerir direitos de autor e direitos conexos é, pois, livre — com excepção dos casos de gestão colectiva "forçada"/obrigatória acima assinalados —, não podendo compreender mandato para a gestão de todas as modalidades de utilização de obras ou todo o repertório. Não é, assim, admissível a obrigatoriedade de constituir mandatos para uma gestão colectiva indiscriminada quanto às autorizações a conceder nem ao universo de obras e prestações a abranger, excluindo-se liminarmente que possa incidir sobre a totalidade (indiscriminada) do repertório de um autor ou artista associados (art. 31.º/1-*a*), LGC); esta norma reserva ao titular a gestão (individual) de certos direitos, retirados à gestão colectiva, bem como a proibição da imposição da gestão colectiva de toda a obra ou produção futura.

Parte desta liberdade associativa é a possibilidade de, também livremente, o titular dos direitos autorais revogar os mandatos outorgados (art. 31º/1-*b*), LGC), e de o consentimento que presta dever ser cuidadosa e criteriosamente informado (art. 31º/1-*c*)).

Mas a mais importante das regras neste domínio — verdadeiro espelho do espírito de liberdade associativa na base desta representação e agenciamento colectivos — está, a par da imposição da regra da *unidade* da gestão colectiva (cada titular só pode fazer-se representar por uma *egc*), na admissão de que, a par da gestão colectiva, o titular dos direitos possa continuar a exercer individualmente esses mesmos direitos, designadamente os refe-

rentes a *utilizações que não prossigam fins comerciais* (art. 31.º/5, LGC). É uma regra muito importante.

OLIVEIRA ASCENSÃO([25]) salienta que a *egc*, ao contrário do titular dos direitos, **não tem** em relação à obra ou prestação todos os poderes de utilização que cabem no direito de autor e nos direitos conexos. A *egc*, ao contrário do titular, não poderia, por exemplo, admitir a utilização *gratuita* da obra ou prestação por terceiros. Isto colocaria tal tipo de utilização num impasse: a *egc* não poderia autorizá-la devido ao seu estatuto (já que é suposto que agencie os direitos autorais da forma *mais proveitosa* para os titulares), o titular também não, posto que atribuíra àquela a plenitude dos poderes de agenciamento quanto a todas as formas de utilização dos respectivos bens intelectuais. O regime legal vigente ultrapassa o impedimento.

Nos termos do referido art. 31.º/5, LGC, ainda que tenham outorgado plenos poderes de representação à *egc*, não ficam os titulares dos direitos assim agenciados inibidos de os exercer individualmente de forma não concorrente, desde que de tal notifiquem previamente a entidade em questão([26]).

3.1. Acordos colectivos de licenciamento conjunto da exploração de obras e prestações artísticas fixadas e liberdade contratual — os "balcões de licenciamento conjunto"

O art. 37.º, LGC, sob a intrigante epígrafe "balcões de licenciamento conjunto", estabelece que as *egc* representativas de diversas categorias de *titulares de direitos*, em conjunto com enti-

---

([25]) OLIVEIRA ASCENSÃO, ob. cit., n.º 8-IV.

([26]) A Directiva 2014/26/UE (Considerando 19) prevê estas situações, obrigando a que os Estados-membros consagrem regras que imponham às *egc* que tomem as medidas necessárias para que os titulares de direitos representados possam exercer essas licenças de utilização não-comercial. Essas medidas "deverão incluir uma decisão sobre as condições inerentes ao exercício desse direito" adoptada pela *egc*, bem como a prestação de informação aos associados sobre essa possibilidade e respectivas condições de exercício de direitos. Em nenhum caso, podem os titulares de direitos ser inibidos do exercício individual desses direitos.

dades representativas de *utilizadores* interessados, disponibilizam aos utilizadores procedimentos de licenciamento de actos de execução pública de obras, prestações ou fono/videogramas protegidos: a estes procedimentos de licenciamento chama "balcões de licenciamento conjunto".

Estes licenciamentos conjuntos implicam, como se vê, acordos entre as *egc*, enquanto representantes dos titulares de direitos representados e as associações de utilizadores (editores, donos de estabelecimentos comerciais de difusão de música ou imagens, incluindo as gravadas) para a execução pública de obras, prestações fixadas e fono/videogramas([27]). Visto que estes "balcões" consubstanciam acordos colectivos em matéria de gestão colectiva, será que farão perder de vista os direitos dos associados das *egc*, individualmente considerados? A lei portuguesa previne-o.

Nos termos do art. 37.º/6, LGC, a existência destes acordos colectivos (*v.g.* "balcões de licenciamento conjunto") não impede as *egc* de promoverem licenciamentos autónomos e simultâneos e de exercerem separadamente os direitos entregues à sua gestão, mediante acordos *individuais* com os utilizadores que não estejam vinculados por licenciamentos conjuntos. Ora, como o licenciamento dos interessados é não apenas um poder como também um dever das *egc* (cf. art. 27.º/1-*f*), LGC), julga-se afastado o risco de violação das regras da liberdade contratual por estes "balcões de licenciamento".

3.2. Os "permission clearing centres" e as "clearing houses"

Além dos "balcões" acima referidos, que privilegiam as *egc*, outras possibilidades de incrementar a exploração digital autorizada e remunerada (lícita) de obras intelectuais podem consistir na

---

([27]) Assim, por exemplo, uma ou mais *egc* podem coligar-se na celebração de um acordo — assim **colectivo** — com um organismo de radiodifusão (emissora de televisão ou rádio), pelo qual este último é, por exemplo, autorizado a usar as obras musicais de um dado compositor, interpretadas por certo artista executante.

instituição de entidades centralizadas (tradicionalmente denominadas "permission clearing centres") que, a pedido, transmitem aos interessados no uso de obras as condições das licenças de utilização e os nomes e endereços dos titulares dos direitos para que estes, contactados, possam contratar tais autorizações.

Em alternativa pode recorrer-se às chamadas "clearing houses", organismos centrais a quem os titulares dos direitos de autor e conexos cederiam os seus direitos para utilizações *multimedia*, negociando aqueles as condições de utilização([28]).

4. Cobrança e repartição de quantias por gestão colectiva de direitos de autor e direitos conexos

I. Um dos problemas que a repartição das quantias cobradas pelas *egc* pela gestão de direitos autorais suscita é o dos critérios que à mesma presidem, considerados nem sempre equitativamente proporcionais e, em última análise, adequados e justos([29]).

O art. 2.º da Lei que, em Portugal, regula a "compensação pela reprodução ou cópia privada" (Lei da Cópia Privada — LCP)([30]) estabelece que será incluída uma quantia no preço de venda de aparelhos e suportes digitais; esta designa-se "*compensação por cópia privada*"([31]). Esta quantia tem a natureza de *compensação equitativa* e visa compensar os titulares de direitos dos danos sofridos com a prática da cópia privada (art. 3.º/1 LCP).

O art. 6.º/2-*e*), LCP, que impõe a obrigatoriedade de os estatutos da AGECOP (ver *supra*, em 1.) regularem os critérios de repar-

---

([28]) Em desenvolvimento de ideias sobre estas figuras, pode confrontar-se o escrito de Alexandre Libório Dias Pereira, *Problemas actuais do Direito de Autor: Gestão individual e colectiva do direito de autor e dos direitos conexos na sociedade da informação*, *in* Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Jorge Ribeiro de Faria, Coimbra, 2003.

([29]) Em crítica geral ao sistema, pode confrontar-se Oliveira Ascensão, ob. cit., n.º 6.

([30]) Lei n.º 62/98, de 1-9, sucessivamente alterada até à Lei n.º 49/2015, de 5-6.

([31]) Sobre esta temática, pode confrontar-se o nosso *Manual de Direito de Autor e Direitos Conexos*, cit., n.º 66.4.

tição das compensações equitativas entre os membros dos associados, inclui a repartição entre os beneficiários que não estejam inscritos nos organismos filiados nas *egc* representativas, "mas que se presume serem por estas representados". Significa isto que são os estatutos de uma ("super") *egc* — precisamente a AGECOP, que agrega várias *egc* e os editores — que regulam a repartição de verbas cobradas pela cópia privada. Será isto compatível com as regras que, no art. 28.º/2-*f*) LGC e nos arts. 8.º/5-*a*) e 13.º/1 da Directiva 2014/26/UE (ainda não transposta nem em Portugal nem em Espanha), impõem que as *egc* adoptem (e publicitem no respectivo sítio na Internet) regras sobre a distribuição dos montantes devidos aos titulares dos direitos? Pensamos que sim.

Não existe qualquer pressuposto ou pré-requisito legal ou Comunitário sobre o *método* de definição dos critérios de repartição das quantias cobradas pelas *egc*. A sua previsão nos estatutos destas entidades é tão transparente como qualquer outro método.

II. Em Espanha (art. 151.º/10, LPI esp.), é exigido que as regras sobre repartição das colectas por cobrança de quantias por utilização de obras ou prestações artísticas (ou por cópia privada) constem dos estatutos das *egc*. Esta repartição deve ser *equitativa*, devendo estar estatutariamente excluída qualquer arbitrariedade (art. 154.º/1, 1.ª parte, LPI). O art. 154.º/2, LPI, esclarece que a repartição das quantias cobradas deve ser *proporcional* à utilização feita das obras ou prestações, sendo os utilizadores obrigados a facultar informação que permita este cálculo(32).

Este critério de proporcionalidade na repartição das quantias, imposto por lei e sindicável pelas entidades fiscalizadoras, põe cobro a qualquer especulação sobre um critério justo na distribuição das verbas, há muito reclamado.

---

(32) Esta obrigação dos utilizadores de obras e prestações está reflectida no art. 17.º da Directiva 2014/26/UE.

III. A lei portuguesa (art. 33.º, LGC) também acolhe estas regras:

a) impõe que os critérios de distribuição constem dos estatutos da *egc* e estejam de acordo com o aprovado em assembleia geral da *egc*([33])(n.º 2);

b) impõe às *egc* a distribuição "regular, célere, diligente e rigorosa" das quantias cobradas (n.º 1);

c) os critérios de distribuição de receitas devem ser objectivos e não arbitrários e assegurar o direito a uma *repartição proporcional à utilização das respectivas obras* (n.º 3).

5. As regras sobre fixação de tarifários

Consideramos que os deveres dos utilizadores de obras e prestações artísticas *vis-à-vis* as *egc* são um bom barómetro da tutela dos direitos de autores, artistas e produtores de fonogramas: o seu conhecimento favorece a transparência de procedimentos.

Nesta linha, o art. 38.º, LGC, impõe às *egc* a publicitação das tarifas([34]) de licenciamento de direitos exclusivos e de direitos de remuneração ou compensação equitativa. Como critérios para a fixação destes tarifários, a lei (art. 38.º/3, LGC) impõe que sejam tidos em conta o *valor económico do proveito* com a utilização, a *justeza da remuneração* em função e, "sempre que possível" (*sic*, no texto da lei), ter ainda em conta o *volume real das utilizações* realizadas. Parece-nos insuficiente.

([33]) A assembleia geral — como todos os demais órgãos das *egc*, com excepção do revisor oficial de contas — é obrigatoriamente composta por associados ou cooperadores da entidade (art. 19.º, LGC).

([34]) Nos termos do art. 2.º-*g*), LGC, são "tarifários gerais" as tarifas praticadas pelas *egc* como contrapartida da emissão de uma *licença geral*. "Licenças gerais" são as licenças ou autorizações concedidas por *egc* para utilização genérica, não discriminada e não especificada do repertório (obras e prestações artísticas e fono/videogramas) entregue à sua gestão (art. 2.º-*d*), LGC).

Consideradas as exigências, pela Directiva 2014/26/UE, sobre: *a*) objectividade e não discriminação nos tarifários (art. 16.º/2, 1.ª parte); *b*) adequação da remuneração dos titulares de direitos, razoabilidade das tarifas em função do valor económico das utilizações realizadas e valor económico do serviço prestado pela *egc* (art. 16.º/2, 2.ª parte), julgamos que a exigência na fixação dos tarifários deve ter em especial conta o volume e tipo de obras e prestações cuja utilização se licencia e remunera, fugindo o mais que se possa à generalização e à indiscriminação dos tarifários([35]).

6. A transposição da Directiva 2014/26/UE

Por razões não suficientemente explicadas, foi aprovada e publicada em Portugal a Lei n.º 26/2015, de 14-4 (a LGC referida ao longo deste texto) **sem que** se tenha tido o ensejo de empreender a transposição da Directiva 2014/26/UE, cujo prazo de transposição terminou em 10-4-2016. Em Espanha, foi aprovada uma alteração multidisciplinar da LPI esp. pela Ley 21/2014, de 4-11, sem que também se tenha transposto a Directriz Comunitária.

A Directiva 2014/26/UE consagra alguns aspectos que julgamos que irão obrigar, não obstante as recentes leis portuguesa e espanhola referidas, à revisão das respectivas leis de autor. Vejamos as mais importantes.

6.1. As entidades de gestão independente

A par das *egc* tradicionais, a Directiva 2014/26 prevê a existência de *"entidades de gestão independente" (egi)*. As *egi* são as organizações autorizadas por lei ou por acto voluntário a gerir direitos de autor ou direitos conexos em nome de mais do que um titular de direitos, para benefício colectivo destes (art. 3.º-*b*) da Directiva).

([35]) Salientam-no bem Carlos Rogel Vide/Eduardo Serrano Gómez, ob. cit., n.º 18.4., p. 179.

Estas *egi* têm fins lucrativos e prevê-se (*Considerando* 16 da Directiva) que sejam constituídas: *a*) por produtores audiovisuais, produtores de fono/videogramas e por organismos de radiodifusão — que concedem licenças sobre os seus próprios direitos, a par dos que lhes foram transmitidos, por exemplo, por artistas intérpretes ou executantes; *b*) por editores de livros, de música ou de jornais — agindo no seu próprio interesse e que concedem licenças sobre direitos que lhes foram transmitidos com base em acordos individuais(36).

Parece previsível que estas *egi* venham a tornar-se agentes importantes da gestão de certos direitos autorais, em concorrência com as *egc*.

Manifesta-se, contudo, alguma perplexidade sobre a aplicabilidade de critérios, como os de transparência — tão recentemente conquistados —, a estas entidades de cariz marcadamente empresarial, julgando-se pertinente recomendar um especial cuidado, dada a natureza das *egi*, na observância dos mesmos.

6.2. Os titulares de direitos não filiados nas entidades de gestão colectiva

O art. 7.º da Directiva contém um preceito que reputamos importante e que carece de cuidado na sua transposição.

Trata-se de garantir aos **titulares** de direitos autorais **não filiados em *egc* —** mas que têm com esta uma relação jurídica directa emergente da lei, transmissão, licença ou outra disposição contratual:

a) que comuniquem com a *egc* por meios electrónicos (art. 6.º/4, Directiva);

b) que a *egc* lhes preste, a pedido, informações sobre obras ou prestações que represente, direitos que gere e acor-

---

(36) Já os gestores ou agentes dos autores e dos artistas, na medida em que ajam como intermediários dos titulares de direitos nas relações com *egc*, não devem ser considerados *egi* (ver mesmo *Considerando* 16 da Directiva).

dos de representação (ver *infra*, em 6.4.) que celebre (art. 20.º);

c) que a *egc*, quando mandate outra *egc* para conceder licenças multiterritoriais, informe sobre os principais termos do acordo (prazo de vigência, custos dos serviços prestados) (art. 29.º/2, Directiva);

d) que a *egc* assegure procedimentos eficazes e oportunos para reclamações (art. 33.º, Directiva).

A aplicação destas regras (também) a não filiados em uma *egc* é um passo importante em prol da liberdade de associação, visto que esbate a discriminação dos não associados.

6.3. A afectação de receitas de direitos

O art. 11.º/4 da Directiva 20114/26/UE impõe que uma *egc* não deve ser autorizada a utilizar receitas de direitos ou quaisquer rendimentos resultantes de rendimentos dessas receitas em outros fins que não a distribuição aos titulares de direitos. As excepções aí consagradas não incluem expressamente a prossecução de fins sociais ou culturais pelas *egc* com fundos provenientes da cobrança de direitos de utilização de obras, prestações e fonogramas. Será que está proscrita a prossecução destes fins? Parece-nos que não.

É a própria Directiva 2014/26 que, no seu art. 8.º/5-*b*) e -*e*), prevê que uma *egc* possa utilizar "montantes não-distribuíveis". Não se vê que a prossecução de fins assistenciais dos membros ou a promoção cultural deva estar, por natureza, excluída[37].

6.4. Os acordos de representação

I. As *egc* cobram, gerem e distribuem as receitas provenientes da exploração dos direitos que lhes foram confiados pelos res-

---

([37]) Sobre este aspecto, ver *supra*, em 1.

pectivos titulares. Estas receitas são devidas aos titulares de direitas autorais: *a*) que têm uma relação directa com a *egc* (são associados ou cooperadores); *b*) que estão filiados em entidade que seja membro da *egc* (como vimos acontecer em relação aos associados de *egc* que seja, por sua vez, filiada na AGECOP)([38]); *c*) que a elas têm direito por *acordo de representação* (cf. *Considerando* 26 da Directiva 2014/26/UE).

"Acordo de representação" é aquele pelo qual uma *egc* mandata outra para representá-la quanto à gestão de direitos do repertório da primeira (art. 2.º-*a*), LGC). É o caso de uma *egc* de país estrangeiro que representa titulares de direitos autorais portugueses, enquanto a entidade portuguesa representa os desse país([39]).

II. A Directiva 2014/26/UE impõe (art. 14.º) que não exista discriminação entre titulares de direitos cuja gestão é assegurada ao abrigo de um acordo de representação, em especial quanto a tarifas, comissões de gestão e condições de cobrança e de distribuição das quantias. As *egc* que cobrem quantias ao abrigo de acordos de representação também não podem efectuar deduções, para além das respeitantes às comissões de gestão, às receitas provenientes de direitos autorais, salvo se a outra *egc* que é parte no acordo de representação as autorizar expressamente (art. 15.º).

Em nome da perfeita *transparência* e *reciprocidade* que os acordos de representação devem garantir, a Directiva exige a cada *egc* que seja parte de um desses acordos que disponibilize ampla *informação* em vários domínios (receitas, deduções, licenças concedidas, decisões das respectivas assembleias gerais) (art. 19.º).

O art. 35.º, LGC reflecte antecipadamente estas directrizes Comunitárias, consagrando a não discriminação de tarifas aplicáveis, de deduções, de comissões de gestão e de condições de cobrança de

---

([38]) Ver *supra*, em 1.

([39]) Oliveira Ascensão, ob. cit., n.º 6, distingue dois tipos de acordos de representação: *a*) aqueles em que cada uma das entidades guarda para si as receitas correspondentes às autorizações dadas em representação dos titulares membros ou administrados pela outra entidade, que fará o mesmo (equivalência tendencial de valores); *b*) aqueles em que a *egc* nacional entrega as receitas que cobra, correspondentes a utilizações de obras ou prestações de titulares do país estrangeiro, à *egc* estrangeira com quem contratou.

receitas entre os seus membros filiados e os titulares de direitos que representam ao abrigo de acordos de representação. A lei portuguesa satisfaz também as exigências Comunitárias em matéria de informação (art. 35.º/4, LGC).

III. Outros problemas que a gestão colectiva de direitos de autor e de direitos conexos coloca são os que se relacionam com a eventual falta de reciprocidade dos titulares de direitos nacionais em território de país cuja ordem jurídica não consagre tutela dos direitos autorais equivalente à portuguesa.

Julgamos que a aplicação dos princípios Comunitários e de direito interno português são amplamente suficientes para prevenir a existência de "zonas brancas" de representação no Espaço Europeu.

Pode verificar-se uma de duas situações.

Na primeira, a entidade estrangeira, que celebrou acordo de representação com *egc* portuguesa, pretende ceder licenças de utilização do repertório gerido pela congénere nacional no país estrangeiro a que pertence. Neste caso, licenciará a utilização das obras e prestações representadas pela *egc* portuguesa que a autorizou a licenciar no estrangeiro, sem qualquer problema de falta de legitimidade, desde que circunscreva o seu licenciamento a obras e prestações de titulares representados pela homóloga portuguesa.

Numa segunda hipótese, no caso de *egc* estrangeira que celebrou acordo de representação com *egc* portuguesa, não surgirá nenhum sobressalto por ilegitimidade desde que a *egc* portuguesa, vinculada pelo dito acordo de representação, não se arrogue representar e licenciar mais do que a utilização de obras e prestações de titulares *efectivamente representados* pela congénere estrangeira.

É claro que, se a congénere estrangeira, contraparte no acordo de representação, *nada* representar, este se transforma num contrato unilateral, em que a *egc* portuguesa nada recebe. Mas isto é só a liberdade contratual a funcionar.

6.5. Os prestadores de serviços em linha

I. Nos termos do Considerando 37 da Directiva 2014/26/ /UE, os prestadores de serviços em linha que veiculem obras musicais, acessíveis em rede aos usuários que podem descarregá-las nos seus equipamentos ou escutá-las em tempo real, deverão obter prévia licença de utilização das obras musicais assim veiculadas, obtendo-a quer directamente junto dos titulares de direitos de autor e direitos conexos envolvidos quer da *egc* que os represente.

II. Recorde-se que, nos termos da Directiva 2000/31/CE([40]), estes prestadores de serviços em linha não têm obrigação de vigilância dos usuários, em caso de mero transporte e armazenagem temporária de obras e outros conteúdos protegidos ("caching") e de armazenagem em servidor ("hosting").

No entanto, no caso de terceiros violarem direitos de autor, direitos conexos ou outros direitos sobre conteúdos protegidos, podem os titulares solicitar injunção contra os intermediários que veiculem os serviços utilizados na violação. É claro que tal, na medida em que pode obrigar as empresas de conteúdos ou as *egc* a monitorizar os usuários em busca de violações, pode pôr em causa a privacidade destes.

6.6. As licenças multiterritoriais para utilização em linha de obras musicais

I. Nos termos do Considerando 40 da Directiva 2014/26, as *egc* deverão reunir condições — técnicas e jurídicas — de conceder *licenças multiterritoriais de utilização em linha de obras musicais*. Estas licenças dizem-se multiterritoriais porque abrangem o território de mais do que um Estado-Membro, referindo-se aos

---

([40]) Directiva 2000/31/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, relativa a certos aspectos legais dos serviços da sociedade da informação, em especial do comércio electrónico, no mercado interno.

direitos (em linha) inerentes à reprodução e à colocação à disposição do público em rede (Internet) de obras musicais.

II. São princípios a respeitar pelas *egc* os da privacidade e protecção de dados pessoais, bem como a observância estrita de regras que as façam facturar as quantias devidas por essas utilizações em linha e distribuir a remuneração aos titulares representados (Considerando 43).

Em qualquer caso, todos os acordos de representação para concessão de licenças multiterritoriais, celebrados entre *egc*, devem ser não exclusivos, de forma a assegurar uma concorrência livre (Considerando 44).

III. A disponibilização em linha de emissões de programas de televisão ou rádio que incluam obras musicais deverá ser precedida da prévia obtenção de licença, prestada por *egc*, pelos organismos de radiodifusão envolvidos (Considerando 48), o que suscita que nos questionemos sobre se deparamos com mais uma situação de gestão colectiva *forçada*.

7. O futuro

I. Os indicadores que podemos avaliar, quando analisamos a gestão colectiva de direitos de autor e direitos conexos, deixam-nos antever, até por força da norma antes citada que impõe que afectem 5% das receitas a actividades de cariz social e cultural (cf. *supra*, em 1. e 4.), que as *egc* terão crescentemente funções desse cariz, até como forma de, pela via assistencial aos titulares de direitos agenciados e pela aposta em actividades culturais, se tornarem mais atractivas e combaterem a tendência crónica para os baixos índices de filiação.

Não vemos nada de nocivo nesta perspectiva, desde que as receitas da cobrança de quantias permaneçam cobradas e distribuídas de forma transparente e com justiça.

II. Quanto às formas de agenciamento de direitos autorais pelos seus titulares, a tendência parece que continuará a ser que se agencie junto de *egc* (e quiçá das novéis *egi*)([41]) a exploração económica ligada aos direitos sobre obras, como as musicais, cuja utilização escape ao fácil controlo individual pelos autores, artistas e produtores, dadas as características da sua fixação e as novas modalidades de acesso às mesmas (*maxime* on-line) e as possibilidades do seu descarregamento em dispositivos cada vez sofisticados e com maior capacidade de armazenamento.

Neste domínio, poderão concorrer com as *egc*, porventura com uma eficácia a que estas fogem tradicionalmente em virtude das características da sua organização e funcionamento, as empresas de conteúdos ou as "clearing houses" (cf. *supra*, em 3.2.), administrando direitos também de forma centralizada.

É, porém, muito provável que, no futuro, dependendo da evolução técnica e tecnológica, os autores e artistas disponham de meios eficazes e não morosos de gestão pessoal e imediata dos seus direitos com recurso a tecnologias de criptagem e às demais de comunicação em rede já disponíveis, que os ponham em contacto directo com os potenciais utilizadores e usuários das obras. Afigura-se, contudo, sem futurologias descabidas, que uma gestão eficaz deve ser de alguma forma confiada a entidades especializadas que a centralizem, e esse é um modelo que as *egc* — porventura mais profissionalizadas no futuro — já corporizam.

Novembro de 2016

([41]) Sobre as *egi*, cf. *supra*, em 6.1.

LIMITES DOS ESFORÇOS E DISPÊNDIOS EXIGÍVEIS AO DEVEDOR PARA CUMPRIR(1)

Pela Prof.ª Doutora Catarina Monteiro Pires(2)

Sumário:

I. Introdução. II. O critério (indiscutível) do bom pai de família. III. O critério (discutível) da inexigibilidade de prestar por alteração das circunstâncias.

I. Introdução

1. A obrigação, enquanto realidade baseada numa estrutura meios-fim, destina-se a um resultado, à satisfação do interesse do credor, e implica determinados meios, concretizados em esforços e dispêndios a cargo do devedor. É, por isso, comum a alusão a uma «tensão da vinculação debitória» entre dois polos: os meios e o fim(3).

---

(1) O presente texto consolida as ideias que serviram de suporte à minha intervenção na Conferência sobre o Cinquentenário do Código Civil do Instituto Miguel Galvão Teles e da Morais Leitão, Galvão Teles, Soares da Silva & Associados, realizada no dia 23 de junho de 2016.

(2) Professora Auxiliar da Faculdade de Direito de Lisboa, Advogada e *Managing Associate* de Arbitragem e Contencioso da Morais Leitão, Galvão Teles, Soares da Silva & Associados.

(3) A alusão é vulgar na doutrina alemã: vide por exemplo Julia Rödl, *Die Span-*

2. Ambos os polos são problemáticos. Saber qual é o fim ou resultado da prestação implica, muitas vezes, um exercício delicado de interpretação (e integração) do contrato e de esclarecimento, em concreto, da relação entre o interesse do credor e o fim da prestação(4). O problema dos meios revela também complexidade, a começar pela constatação de que o Direito Civil reconhece um fim (o interesse do credor) e não coloca ao serviço da satisfação desse interesse todos os meios: o devedor não tem de prestar a todo o custo, nem a qualquer preço. É precisamente a este tema que dedicarei a minha atenção.

3. De acordo com a lei, o devedor cumpre a obrigação quando realiza a prestação a que está vinculado (art. 762.º, n.º 1). Aquilo a que o devedor está vinculado implica, logo no *plano* de cumprimento, um resultado e também um meio para o alcançar. Ao vincular-se, o devedor obriga-se a projetar certa medida de esforço e a antecipar o *caminho crítico* para atingir um resultado. Depois, terá ainda de despender efetivamente esse esforço. Em deveres de conteúdo incerto, a antecipação do esforço torna-se ainda mais exigente.

4. Na generalidade dos contratos, a própria decisão de contratar e a conduta assumida nas negociações baseia-se numa projeção de custos, dispêndios e riscos. Entre o momento dessa projeção e a exoneração do devedor, através do cumprimento, podem ocorrer variadas perturbações, a exigir que se esclareça a seguinte interrogação: até onde está o devedor obrigado a despender gastos e esforços, materiais e imateriais, tendo em vista o cumprimento, o resultado a que a prestação se dirige? Dito de outro modo, em que medida o devedor tem de empregar a sua atividade intelectual,

---

nung der Schuld, Berlim, 2002, pp. 88 ss, Bernd Nauen, *Leistungserschwerung und Zweckvereitelung im Schuldverhältnis. Zur Funktion und Gestalt der Lehre von der Geschäftsgrundlage im BGB und im System des Reformentwurfs der Schuldrechtskommission*, Berlim, 2001, p. 223 ss.

(4) Desenvolvidamente, Catarina Monteiro Pires, *Impossibilidade da Prestação*, Almedina, 2016 (no prelo).

física e financeira para cumprir? Ou ainda, qual a fronteira do dever de prestar entendido enquanto esforço ou sacrifício?

5. Esta questão é essencial num sistema, como o nosso, em que o devedor cumpre a obrigação quando realiza a prestação a que está vinculado (cf. art. 762.º, n.º 1), em que não pode o devedor oferecer um *tertium genus* como cumprimento (cf. art. 837.º), nem substituir a prestação por uma indemnização pecuniária, e em o sistema do cumprimento (e do não cumprimento) se baseia no primado do *cumprimento natural da prestação*(5).

Além disso, como nota Weller, a ideia de confiança contratual assenta em três pilares: na vinculação e estabilidade das promessas, no primado do cumprimento natural e na boa-fé(6). Estes três pilares nem sempre revelam, porém, uma perfeita harmonização, surgindo zonas de tensão entre o respeito pela palavra dada e as exigências objetivas do sistema, fundado em valores de justiça e de tutela da autodeterminação dos contraentes.

6. Ainda a título preliminar, gostaria de sublinhar que a questão que me ocupará interessa, naturalmente, ao esclarecimento do sentido da vinculação do devedor, mas não se esgota nesse plano. Com efeito, sem este sentido clarificado, não será possível compreender o equilíbrio último ou a simetria dos contratos bilaterais(7).

---

(5) Sobre o princípio do cumprimento natural pode ver-se Paulo Mota Pinto, *Interesse contratual negativo e interesse contratual positivo*, Coimbra, 2008, I, p. 377, Nuno Pinto Oliveira, *Princípios de Direito dos Contratos*, Coimbra, 2011, pp. 495, ss e Catarina Monteiro Pires, *Impossibilidade da Prestação*, Almedina, 2016 (no prelo).

(6) Marc-Philippe Weller, *Die Vertragstreue*, Tubinga, 2009, pp. 40, ss.

(7) Aceita-se hoje a interferência de deveres acessórios do credor e, nesta medida, há também um *esforço* do credor tendo em vista o cumprimento do programa obrigacional. Apesar da diferenciação funcional entre as posições do credor e do devedor, esta temática não pode ser tratada sem ter presente a relevância da justiça comutativa, princípio que tem vindo a ser recordado pelas teorias que, sem reconhecer um direito ao cumprimento ao devedor, realçam a necessidade de algum espelho ou simetria entre o tratamento que é conferido ao devedor e ao credor — *vide*, por todos, a *Spiegelbildlichkeitstheorie* de Claus-Wilhelm Canaris, *Der Fortbestand des Anspruchs auf die Gegenleistung nach § 326 Abs. 2 wegen Verantwortlichkeit des Gläubigers*, *Festschrift für Eduard Picker zum 70. Geburtstag*, Tubinga, 2010, pp. 113, ss.

7. Concentremo-nos, pois, na posição do devedor. Os limites dos esforços e dispêndios do devedor devem ser procurados em quadrantes diferenciados, o que explica, desde logo, parte da complexidade do tema. Em sentido amplo, tais limites podem também incluir as diversas causas de justificação da culpa e da ilicitude, incluindo o conflito de deveres([8]). Neste estudo, seguirei um âmbito mais limitado. Começarei por examinar um critério «indiscutível», correspondente à medida da diligência do bom pai de família. Depois, ocupar-me-ei do critério discutível da alteração das circunstâncias.

II. O critério (indiscutível) do bom pai de família

1. Ninguém contesta que o devedor, ao celebrar um contrato, se obriga a uma determinada prestação e, ao fazê-lo, se vincula a um conjunto de esforços que têm por medida a diligência legalmente exigível. Pergunta-se, porém, desde logo, qual o padrão dessa diligência.

Em termos teóricos, a medida da diligência (e o juízo de censura traduzido na culpa) pode ser estabelecida tendo em vista a diligência que o devedor põe habitualmente nos seus próprios negócios, de que ele é capaz *(diligentia quam in suis)* ou a diligência padrão do homem médio. A ideia de uma apreciação concreta, tendo em vista a diligência habitual do devedor, não estaria, à partida, excluída no domínio contratual, onde existe um contacto entre os sujeitos, mas o Código Civil seguiu outro caminho.

2. Assim, no direito português, em regra, o devedor obriga-se a cumprir de acordo com a diligência que lhe é exigível, densificada à luz do critério normativo da diligência do *bonus pater familias*, previsto no art. 487.º, n.º 2, aplicável também à culpa contratual (art. 799.º, n.º 2). No ponto de partida, o ordenamento português

---

([8]) É este o sentido empregue por António Menezes Cordeiro, *Tratado de Direito Civil*, IX, Coimbra, 2016, p. 148.

parece ser sensível ao argumento, já realçado por Vaz Serra, segundo o qual «o critério da diligência *in concreto* ou *quam in suis* não dá à responsabilidade do devedor uma base certa e pode levar mesmo sem razão a uma responsabilidade mais rigorosa»([9]). Tem-se, por isso, entendido que, sem prejuízo de alguma margem de concretude e ponderação, «o que o legislador quis foi excluir, como critério de definição do comportamento devido a diligência psicológica habitual do agente»([10]).

3. Se o devedor, para cumprir, tiver que desenvolver esforços superiores aos que lhe são exigíveis segundo aquele critério do bom pai de família (cf. arts. 487.º, n.º 2 e 799.º, n.º 2), a falta de cumprimento não poderá ser culposa, nem (salvo convenção em contrário) dar azo a responsabilidade. Quer dizer, o devedor não faltará culposamente ao cumprimento (cf. art. 798.º).

O devedor acima da média da sua espécie e classe não deverá mais, *em termos de esforço* (e não em termos de qualidades), do que o devedor médio da sua espécie e classe([11]). O interesse do credor na escolha de certo devedor que habitualmente faz uso de um nível elevado de esforço não é tutelado, sem prejuízo de o contrato poder elevar a bitola de diligência.

Já o risco de desemprego de meios e de esforços médios é do devedor, e não do credor. Além disso, o cumprimento postula um mínimo de aptidão e qualidades, cuja falta corre por conta do devedor: a falha de capacidade terá de ser colmatada com elevação do esforço ou dos dispêndios. Este aspeto é tanto mais importante quanto, nos termos do art. 767.º, a prestação pode ser cumprida tanto pelo devedor como por terceiro, a não ser que as partes tenham acordado que esta deve ser realizada pelo devedor, ou quando a substituição prejudique o credor.

([9]) Vaz Serra, *A culpa do devedor ou do agente*, BMJ 68, 1957, (pp. 13, ss), p. 21.

([10]) Fernando Pessoa Jorge, *Ensaio sobre os pressupostos da responsabilidade civil*, Coimbra, 1999 (reimp.), p. 337.

([11]) Ao referirmo-nos ao esforço, e não às qualidades, fica claro que a escolha de certo devedor, com certas caraterísticas é tutelada. O esforço do bom pai de família é projetado no caso concreto e as caraterísticas do agente relevam neste contexto, como adiante explicaremos.

5. O padrão abstrato do Código Civil não impede, mas exige, uma concretização em função das circunstâncias do caso (cf. art. 487.º, n.º 2), o que, na prática, pode traduzir-se numa elevação do nível de esforço exigível. Como notou Pessoa Jorge «o que o legislador quis foi excluir, como critério de definição do comportamento devido, a diligência psicológica habitual do agente»(12), não desligar a apreciação da diligência das circunstâncias do caso concreto.

O projeto de Vaz Serra era mais extenso do que o texto legal e determinava o seguinte: «o tipo do bom pai de família é um tipo adaptável às várias situações, devendo ter-se em conta a relação em causa, a categoria do devedor, o seu estado ocasional e as demais circunstâncias»(13). Apesar de este texto não ter vingado, da interpretação do art. 487.º, n.º 2, não se tem extraído uma ideia substancialmente diferente.

Em relação ao agente, a aplicação do art. 487.º, n.º 2 compreende-se à luz da distinção entre esforço de vontade (para determinar e para executar o comportamento devido) e qualidades do agente(14). O esforço da vontade é o do homem médio, mas a caraterização do devedor, a sua preparação profissional e cultural, é a que existir em concreto.

Através desta combinação, a ideia de negligência assenta numa vertente objetiva, temperada apenas por elementos subjetivos(15). Age com negligência quem, com as suas caraterísticas, e tendo em consideração as circunstâncias, não adota o cuidado exigível ao homem médio(16). Ainda que conservando as inevitáveis

---

(12) Fernando Pessoa Jorge, *Ensaio sobre os pressupostos da responsabilidade civil*, Coimbra, 1999 (reimp.), p. 337.

(13) Vaz Serra, *Culpa*, p. 141.

(14) Esta diferenciação está também subjacente ao pensamento de Fernando Pessoa Jorge, *Ensaio*, pp. 98, ss e não se confunde com a contraposição entre deficiência do esforço ou da vontade e deficiência da conduta, explicitada por Nuno Pinto Oliveira, *Princípios de Direito dos Contratos*, Coimbra, 2011, pp. 438, ss.

(15) Referindo-se ao caráter objetivo da bitola do bom pai de família, Konstanze Brieskorn, *Vertragshaftung und responsabilité contractuelle. Ein Vergleich zwischen deutschem und französischem Recht mit Blick auf das Vertragsrecht in Europa*, Tubinga, 2010, p. 158, nota 160.

(16) Num outro quadrante, a ideia de uma quantificação da diligência exigível de

diferenças([17]), esta objetivização aproxima o critério nacional da bitola de negligência alemã (cf. §276, BGB) — *die im Verkehr erforderliche Sorgfalt* — entendendo-se quanto a esta que a mesma abstrai da capacidade, atividade, experiência e conhecimento concretos do agente([18]). Também no direito português, o cuidado exigível deve ser pensado, no domínio obrigacional, tendo presente a

---

acordo com padrões quantificáveis está subjacente à chamada «fórmula de Hand» (nome do juíz Learned Hand J, que propôs esta metodologia no caso norte-americano *Conway vs O'Brien*) relativa à determinação do grau de diligência e da negligência na responsabilidade civil extracontratual. Esta fórmula pretende mensurar o *standard of care* de acordo com três variáveis: a probabilidade de que resulte um prejuízo para o autor resultante do ato ou omissão do réu (P); a gravidade do prejuízo (L) e o custo ou dispêndio necessário para o evitar (B). Existirá uma conduta negligente sempre que: B < PL. Sobre esta fórmula, Simon Deakin/Angus Johnston/Basil Markesinis, *Markesinis and Deakin's Tort Law*, Clarendon Press, Oxford, 2008 (6.ª ed.), p. 224.

([17]) O critério do código alemão distancia-se, desde a sua origem, do modelo português. Com efeito, os redatores do BGB entenderam ser de afastar a bitola do «bom pai de família», considerando as dificuldades de densificação do mesmo. O critério objetivo de negligência consagrado no §276/2, correspondente à falta de respeito pelo cuidado exigível no tráfego, dá origem a algumas dificuldades, nomeadamente quanto à distinção entre *imputação* (culpa) e *ilicitude* (violação de um dever). Uma das conceções mais divulgadas, elaborada por Erwin Deutsch, alude a uma destrinça entre uma vertente objetiva e uma vertente subjetiva ou entre uma vertente interna e uma vertente externa da preterição do cuidado exigível no tráfego (Erwin Deutsch, *Fahrlässigkeit und erforderliche Sorgfalt. Eine privatrechtliche Untersuchung*, Colónia, Berlim, Bona, Munique, 1995, (2.ª ed.), pp. 93, ss e, mais recentemente, Erwin Deutsch, *Die Sorgfalt als Rechtsbegriff,* em *Festschrift für Egon Lorenz zum 80. Geburtstag*, p. (575, ss), pp. 580, ss), mas o ponto não é incontroverso, divisando-se também orientações de caráter unitário (cf. anotação aos §§ 276-278 de Schermaier no *Historisch-kritischer Kommentar zum BGB*, org. Mathias Schmoeckel, Joachim Rückert, Reinhard Zimmermann, vol. II, *Schuldrecht. Allgemeiner Teil*, §§ 241-304, red. Reinhard Zimmermann, tomo 1, Tubinga, 2007, n.m. 94, ss). O cuidado externo corresponderia a uma conduta adequada à produção de certos efeitos, enquanto o cuidado interno traduzir-se-ia no conhecimento de determinadas circunstâncias e na qualificação do comportamento como *widerrechtlich* (*idem*, pp. 94-95). Veja-se também, noutra perspetiva, Ulrich Huber, *Zivilrechtlicher Fahrlässigkeit*, em *Gesammelte Schriften*, org. T. Baums, J. Wertenbruch, Tubinga, 2016, (pp. 75, ss), pp. 88, ss. Retomando, entre nós, a distinção de Deutsch e distinguindo entre o cuidado exigível interior e o cuidado exigível exterior, Nuno Pinto Oliveira, *Princípios*, p. 430. Na perspetiva deste Autor, o cuidado exterior corresponderia à ilicitude e o cuidado interior à culpa *(ibidem)*.

([18]) Stephan Grundmann, anotação ao §276 BGB, *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, vol. 2, *Schuldrecht. Allgemeiner Teil*, §§241-432, Munique, 2016, (7.ª ed.), n.m. 55, Konstanze Brieskorn, *Vertragshaftung*, p. 158, Erwin Deutsch, *Die Sorgfalt*, p. 518, Ulrich Huber, *Zivilrechtlicher Fahrlässigkeit*, pp. 105, ss.

finalidade da bitola, dirigida ao cumprimento integral das prestações contratuais([19]).

É ainda à luz daquela diferenciação entre *esforço* e *qualidades* do agente que se deve compreender a decisão do Tribunal da Relação de Lisboa quando considera que «se o médico possui capacidades ou conhecimentos especiais superiores à média, terá de atuar com um cuidado acrescido, tendo em conta os conhecimentos que devia usar e não o fez. Quando não faz uso das faculdades que possui, integrará o tipo de ilícito negligente. Não basta a observância de um cuidado médio abstrato, dependendo a negação ou afirmação do ilícito negligente de um juízo de *exigibilidade social*, tendo em consideração as capacidades do agente para impedir o resultado»([20]).

6. A remissão para «as circunstâncias de cada caso» implica ainda que os condicionalismos da execução do programa obrigacional sejam também considerados: o homem médio é colocado no cenário de (in)cumprimento concretamente verificado, face à perturbação e à elevação do esforço solicitada, no contexto do contrato por si celebrado([21]). Como notava Vaz Serra, «quanto a saber a que é que o devedor se obriga, pode isso variar consoante o tipo de contrato e até a propósito de cada contrato, sendo um dos elementos a atender a boa-fé»([22]).

7. A evolução dos últimos cinquenta anos revela que o padrão legal tem sido desafiado perante as chamadas «responsabilidades profissionais». Pensemos na responsabilidade profissional do advogado, onde a densificação do critério do bom pai de família faz também apelo a um estatuto deontológico específico ou na responsabilidade do banqueiro, cujos deveres são também conformados por um particular estatuto legal.

([19]) Veja-se a contraposição entre negligência delitual e negligência contratual de Ulrich Huber, *Zivilrechtlicher Fahrlässigkeit*, p. 82, ss.

([20]) Ac TRL de 16/12/2015.

([21]) Inocêncio Galvão Telles, *Direito das Obrigações*, Coimbra, 1997, p. 354.

([22]) Vaz Serra, *Culpa*, p. 19.

Na responsabilidade do advogado, já reiterou recentemente o Supremo Tribunal de Justiça que «ao advogado não é apenas exigível a diligência do homem médio (n.º 2 do art. 487.º do Código Civil) já que lhe é imposto especial rigor na investigação, atualização e aplicação dos conhecimentos da sua profissão, sem contudo podermos aplicar critérios de avaliação de rigor excessivo que não tomem em conta o grau de subjetividade interpretativa sempre existente quer no aconselhamento jurídico quer na aplicação do direito»([23]). Entendimento que se enquadra numa linha de orientação mais ampla, também patente na jurisprudência do STJ, segundo a qual o «facto gerador de responsabilidade civil contratual para com o cliente terá que decorrer da falta de diligência na abordagem da questão a tratar, falta de diligência que deve ser passível de censura na medida em que constitua um erro profissional indesculpável»([24]). Na mesma orientação, entendeu também o STJ que se exige ao mandatário «uma diligência adstrita e arrimada aos deveres de cumprimento das regras e procedimentos confinados a um saber cientificamente adquirido e que deve ser colocado, com competência técnica, zelo, lealdade, destreza e perícia intelectual ao serviço de uma execução previamente delineada e concertada com o mandante e que serve de plano ou guião para a correcta prestação do dever de realização da obrigação a que se adstringiu»([25]).

Entendimentos que são expressão do pulsar de uma responsabilidade civil específica, balizada por específicos contornos de deveres deontológicos (cf. em particular art. 83.º, n.º 1 do EOA).

8. Também quanto à responsabilidade civil do banqueiro, a interferência de deveres particulares e de normas específicas, como os arts. 73.º e 76.º do RGICSF, tem motivado, em conjugação com o art. 487.º, n.º 2, do Código Civil, uma elevação prática dos esforços exigíveis, considerando o condicionalismo da situação e do

---

([23]) Ac. STJ, 14/4/de 2015.

([24]) Vide Acs do STJ de 9/12/2014, 5/2/2013, 4/12/2012, 28/9/2010, 12/6/2007, todos aliás citados no Ac. STJ mencionado na nota anterior.

([25]) Ac. do STJ de 26/2/2016.

tipo de atividade em causa. Este tendência é, aliás, notória em outros países, nomeadamente na Alemanha, onde se exige aos bancos um cuidado profissional e exigências particulares de organização([26]).

Entre nós, o Supremo Tribunal já sublinhou que ao banco é exigível algo mais do que a atuação do bom pai de família, elevando-se a bitola em função de uma atuação qualificada e especializada([27]). Este mesmo Tribunal considerou também que «quanto ao critério de diligência (art. 76.º), também referenciando o banqueiro enquanto instituição, aponta ele para o modelo do banqueiro criterioso e ordenado, no que pode ver-se a recuperação, com fins bancários, da figura do *bonus paterfamilias*, prudente, ordenado e dedicado»([28]).

Esta elevação do padrão não se confunde, porém, com as tendências no sentido de uma objetivização da responsabilidade dos bancos por certos atos, através de uma verdadeira *Garantiehaftung*, seja de fonte legal, seja baseada no conteúdo de determinadas promessas.

9. A diligência legalmente exigível projeta-se em qualquer obrigação. Deve reconhecer-se que a diferenciação entre obrigações de meios e obrigações de resultado — cuja pertinência é, aliás, discutível([29]) — não afeta, nem determina, a medida da diligência do devedor([30]). Qualquer devedor está obrigado a cumprir a prestação a que está adstrito com o grau de diligência de um homem médio nas circunstâncias do caso concreto.

([26]) Stephan Grundmann, anotação ao §276 BGB, n.m. 115.

([27]) Ac. do STJ de 08/05/2012.

([28]) Ac. do STJ de 16/09/2014.

([29]) Vaz Serra considerava que na obrigação de meios não haveria presunção de culpa, porque o tribunal tinha de indagar se o devedor aplicou a diligência devida — *Culpa*, p. 19. Contudo, este entendimento parece ser discutível. O Código não sugere nenhuma distinção entre obrigações de meios e de resultado. Em qualquer obrigação, a ausência de cumprimento faz presumir a culpa do devedor. O que parece é que a maior individualização da prestação enquanto resultado facilita a perceção de que o cumprimento não se verificou. Acresce que a obrigação visa sempre um resultado — *vide* António Menezes Cordeiro, *Tratado*, IX, p. 146.

([30]) *Vide*, por todos, Nuno Pinto Oliveira, *Princípios*, pp. 32, ss.

Além disso, essa diligência está subjacente ao cumprimento de qualquer dever. Neste plano, a boa-fé desempenha um papel relevante na densificação dos deveres acessórios que adstringem o devedor([31]).

10. Pode perguntar-se se a medida da diligência do devedor é também um limite em matéria de obrigações genéricas. O art. 540.º determina que, nestas obrigações, o devedor não fica exonerado enquanto a prestação for possível dentro do género. Na definição de Emmerich, «nas obrigações genéricas, no momento da celebração do contrato está em aberto com que prestação concreta, em particular com que objeto, o devedor deve cumprir»([32]) Uma obrigação será específica quando as partes tenham acordado «que apenas um determinado objeto deverá ser prestado pelo devedor, de tal modo que este não poderá cumprir com outro objeto»([33]). A verdade é que, também nas obrigações genéricas, o devedor está obrigado a cumprir, usando da diligência do bom pai de família, sob pena de responsabilidade. A circunstância de a obrigação ser genérica não afasta, porém, o problema de um limite do sacrifício do devedor, nem a aplicação da alteração das circunstâncias. Problema diverso será o da causa de imputação da responsabilidade nas chamadas obrigações de obtenção.

11. A abstração do bom pai de família não se confunde, nem interfere, com a projeção da diligência em várias fases do cumprimento do programa obrigacional, nem com o reconhecimento de que, ao lado de uma diligência de execução em sentido estrito, intercede uma diligência preparatória e preventiva e ainda uma diligência reativa, destinada a superar ou atenuar um impedimento ao dever de prestar. A medida do esforço do *solvens* é, pois, um problema que se coloca perante qualquer perturbação ou

---

([31]) Aspeto já reconhecido por Vaz Serra, *Culpa*, p. 19.

([32]) Volker Emmerich, anotação ao § 243 BGB, *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, vol. 2, *Schuldrecht. Allgemeiner Teil*, §§241-432, Munique, 2016, (7.ª ed.), n.m. 5.

([33]) *Idem*, n.m. 5.

entrave à prestação, imputável ou inimputável ao devedor (o que não quer, naturalmente, dizer que o esforço seja o mesmo em qualquer caso). Se sobrevier um facto não imputável às partes, o devedor obrigar-se-á, dentro dos limites da concreta prestação, a superá-lo([34]). Se o facto perturbador for imputável ao credor, o devedor também continua adstrito, embora passe a responder apenas por dolo (art. 814.º, n.º 1).

12. A diligência não corresponde ao projeto de despesas do devedor, podendo ser superior ou inferior. Esta ideia, que reafirmamos, tem sido menosprezada, ou mesmo contrariada, pelas teorias que, parecendo conceber a relação obrigacional como um esquema pensado para a ausência de perturbações, pugnam pela limitação dos esforços exigíveis ao devedor ao montante da contraprestação e/ou limitam os esforços suplementares (em relação ao projetado) aos casos de perturbação imputável ao devedor([35]). Importa, pois, recordar, com Vaz Serra, que «o devedor, se responder por culpa *in abstrato* não é só porque prometeu a diligência do bom pai de família, o que pode estar longe do seu propósito. É também porque se julga no interesse da segurança das relações e para defesa da outra parte que assim deve ser»([36]).

13. Numa zona contígua ao problema que nos ocupa, mas condicionando também a posição de um devedor confrontado com uma perturbação que agrava os esforços necessários ao cumprimento, encontramos a presunção de culpa do art. 799.º, n.º 1, a relação entre culpa e ilicitude e os problemas probatórios associados.

A clareza de princípio da diferenciação entre a violação de um dever objetivo de cuidado (que carateriza a ilicitude) e a censurabi-

---

([34]) Sobre a prestação substitutiva e a sua razoabilidade comercial, Christoph Brunner, *Force majeure und hardship under general contract principles*, Wolters Kluwer, 2009, pp. 323, ss.

([35]) Estas teses proliferaram na Alemanha após a *Schuldrechtsmodernisiergun*g, sendo encabeçadas por Eduard Picker.

([36]) Vaz Serra, *Culpa*, p. 44.

lidade que recai sobre a conduta do devedor, que interiormente adotou uma atitude de descuido — afirmada na nossa jurisprudência(37) — torna-se, na prática, muitas vezes, incerta, perante a realidade do contrato e o *teste judicial* de uma ação que torne controvertido o seu cumprimento. Tanto mais que, como se tem notado, a falta de cuidado do devedor traduzida na negligência, embora possa dizer respeito ao estado interior, emocional e intelectual do agente, só pode ser comprovada através de uma dada exteriorização(38). Entre o pragmatismo da realização do Direito e a natureza cultural do direito das obrigações, a presunção de culpa em sentido amplo tem reclamado, em várias formulações, um espaço amplo, envolvendo ainda a ilicitude (e a causalidade)(39), muito embora seja ainda incerto o destino de uma ideia de *faute* na responsabilidade obrigacional. Note-se, ainda, que, por vezes, na prática judicial, a prova da observância do dever de cuidado surge *consumida* pela prova de ocorrência de um facto de força maior, suscetível, por si só, de justificar causalmente o ilícito. Contudo, nem a força maior é um *critério modelador* do conteúdo da diligência do devedor, nem a prova da ausência de culpa está limitada à força maior(40). Provando-se o facto de força maior, invencível, intransponível e imprevisível, ficará, em princípio, na falta de declarações adicionais, excluída (ou limitada) a responsabilidade do devedor(41). A força maior é, portanto, uma forma de delimitar riscos, entre a esfera do lesante e a esfera do lesado. Perante um evento controlável, ainda que com esforços acrescidos, ou mitigável, também à custa de esforços suplementares, o impedimento implicará uma elevação do esforço: mas o evento não é, naturalmente, crité-

---

(37) Ac. do TRL, 28/6/2012.

(38) Erwin Deutsch, *Die Sorgfalt*, p. 580, Maria-Elisabeth Fabarius, *Äußere und innere Sorgfalt*, Colónia, 1991, pp. 77, ss, e p. 147. Entre nós, Manuel Carneiro da Frada, *Contrato e deveres de protecção,* Coimbra, 1994, p. 191.

(39) Assim, Manuel Carneiro da Frada, *Contrato*, pp. 191-192 e António Menezes Cordeiro, *Tratado*, IX, 2016, pp. 379, ss.

(40) Assim, diferenciando fundamentos objetivos (v.g. força maior) e fundamentos subjetivos (v.g. culpa) de exclusão da responsabilidade, Konstanze Brieskorn, *Vertragshaftung*, pp. 168, ss.

(41) Niels Jansen, *Die Struktur des Haftungsrechts*, Tubinga, 2003, p. 610.

rio, nem medida da diligência exigível. O mesmo quanto à previsibilidade, isto é, também neste caso será a diligência média do *bonus pater familias* que permite discernir se o devedor poderia, ou não, ter antecipado e/ou evitado o curso dos acontecimentos. Se o devedor podia ter evitado a impossibilitação da prestação, mas não o fez, por ter sido descuidado logo numa etapa preparatória do cumprimento, a impossibilidade pode ser-lhe imputável, devendo notar-se que a negligência compreende uma componente de reconhecimento do perigo e outra de superação do mesmo(42).

Na esteira de Pessoa Jorge, deve, assim, reconhecer-se ser errónea a afirmação segundo a qual o caso fortuito ou de força maior começa onde a culpa acaba(43). Pode não haver força maior e não existir culpa (a elisão da presunção pode apelar a outros motivos), do mesmo modo que pode existir força maior e subsistirem deveres cujo cumprimento se exige.

14. A medida da diligência pode ser objeto de estipulação das partes, no sentido do respetivo agravamento. Por um lado, a doutrina tem admitido cláusulas de agravamento da responsabilidade do devedor(44). Por outro lado, nada impede que as partes elevem o critério de diligência do art. 487.º, n.º 2, tendo em vista o contrato em causa. Além destas estipulações, a densificação da prestação pode também contribuir para modelar a diligência do devedor, não no sentido de a tornar mais intensa, ou sujeita a uma bitola diferente, mas no sentido de dispensar certo esforço intelectual no sentido de descobrir as melhores opções de conduta, tendo em vista a execução do cumprimento.

15. Não têm vingado entre nós as teses que consideram que o devedor, ao contrair uma obrigação, assume uma «garantia imanente» correspondente ao interesse do credor no cumprimento. Parece-nos, aliás, que tais orientações, além de outras dificuldades

---

(42) Stephan Grundmann, anotação ao §276 BGB, n.m. 68, ss.

(43) Fernando Pessoa Jorge, *Ensaio*, p. 129.

(44) José Brandão Proença, *Lições de cumprimento e não cumprimento das obrigações*, Coimbra, 2011, p. 380.

(quanto ao sentido da vontade juridicamente vinculante), ferem o princípio da culpa em que assenta o sistema português de responsabilidade civil.

Na Alemanha, o atual §276 BGB prevê uma responsabilidade independente de culpa, nos casos em que há aceitação de uma «garantia» *(Garantie)* ou do «risco de aquisição» ou «de obtenção» *(Beschaffungsrisiko)*([45]). Segundo este preceito, «o devedor deve ser responsável por dolo ou por negligência, quando uma responsabilidade mais intensa ou mais atenuada não seja determinada, nem possa extrair-se do conteúdo da relação obrigacional, em particular da aceitação de uma garantia ou de um risco de obtenção».

Apesar de o Código Civil não contar com uma norma análoga ao §276, deve em princípio aceitar-se, numa obrigação de obtenção *(Beschaffungsschuld)*, a atribuição do risco *(Beschaffungsrisiko)* ao devedor([46]). O devedor que sabe não dispor do bem a entregar *garante* a sua entrega, suportando o risco de aquisição. Se o valor do bem sofrer aumentos entre a data da celebração do contrato e a data do vencimento da obrigação, o risco será, em princípio, à falta de outros elementos, do devedor.

16. Em outras hipóteses, pode o devedor ter assumido um risco, através de uma garantia *(Garantiehaftung)*, o que só poderá ser esclarecido através da interpretação do negócio jurídico([47]). De um modo geral, o devedor poderá garantir ao credor certo resultado relativo à esfera de riscos que controla. Nessa medida, o devedor *garante algo* ao credor([48]).

([45]) STAUDINGER/LÖWISCH/CASPERS, §276, n.m. 147 ss, STEPHAN GRUNDMANN, anotação ao §276 BGB, n.m. 173, ss.

([46]) CLAUS-WILHELM CANARIS, *Die Einstandpflicht des Gattungsschuldners und die Übernahme eines Beschaffungsrisikos nach §276 BGB*, *Norm und Wirkung. Beiträge zum Privat-und Wirtschaftsrecht aus heutiger und historischer Perspektive*, *Festschrift für Wolfgang Wiegand zum 65. Geburtstag*, org. Eugen Bucher, Claus-Wilhelm Canaris, Heinrich Honsell, Thomas Koller, Stämpfli Verlag, Berna, Beck, Munique, 2005, (pp. 179, ss), pp. 216-217.

([47]) Não é diferente no direito alemão, perante o §276 BGB, STEPHAN GRUNDMANN, anotação ao §276 BGB, n.m. 173, ss.

([48]) O STJ considerou já que, numa venda de uma impressora para tipografia, a

Ir além desta ideia — isto é, passar do plano da interpretação para o plano da generalização —, parece-nos arriscado, embora certos Autores aludam a situações típicas de assunção de risco(49). Sempre que alguém contrata estando em condições de prever a ocorrência de certa contingência, assume o risco correspondente? Parece-nos que a resposta não pode ser generalizada e exigirá sempre uma verificação da esfera de controlo do devedor, dentro do seu círculo de negócios(50).

17. Pode ainda perguntar-se se as chamadas *declarações e garantias (representations and warranties)* inseridas em certos contratos, nomeadamente em contratos de venda de empresas, influem na conformação dos esforços ou dispêndios do devedor. As garantias correspondem às *warranties* inglesas, isto é, à promessa de que um estado de coisas existe(51). Recentemente, o Supremo Tribunal de Justiça pronunciou-se sobre o valor destas *garantias* em contratos de venda de empresa, considerando que pelas mesmas «o devedor (o vendedor) responde pelas eventuais divergências entre o que declara e a realidade «haja o que houver», ou seja, o vendedor assume plenamente o risco da não verificação da «situação» garantida, independentemente de culpa da sua parte, o que é admissível à luz da liberdade contratual (art. 405.º do CC)»(52). Neste Acórdão, o Tribunal vem aderir à tese das recorrentes, considerando que a violação de uma *garantia* não gera um dever de indemnizar, mas um dever de prestar.

Deste entendimento do Supremo Tribunal não é também possível extrair generalizações. Quanto à ideia da incondicionalidade (haja o que houver), tudo dependerá da interpretação do contrato. Em certos casos, as *garantias* sofrem determinados condiciona-

---

falta de tintas no mercado não constituía um risco imputável à vendedora, não tendo esta *garantido* a existência de tintas — Ac. do STJ de 30/01/2013, relator Silva Gonçalves.

(49) Christoph Brunner, *Force majeure und hardship under general contract principles*, Wolters Kluwer, 2009, pp. 122, ss.

(50) Sobre a limitação em função do círculo de negócios, *Lehrbuch des Schuldrechts*, I, *Allgemeiner Teil*, Munique, 1987, 14.ª ed., pp. 102-103.

(51) Adam Kramer, *The Law of Contract Damages*, Oxford, 2014, p. 220.

(52) Ac. do STJ de 3//1/2016.

mentos a montante, resultantes do próprio tipo de negócio e do respetivo objeto, bem como determinadas limitações a jusante, traduzidas, por exemplo, em restrições baseadas no conhecimento ou na *esfera de negócios e de atividade* do devedor.

Quanto à ideia do dever de prestar, importará, ainda, conjugar a *garantia* com a cláusula contratual relativa aos meios de reação do comprador, as quais, muitas vezes, remetem para um remédio indemnizatório.

Mais importante: independentemente do entendimento que se acolha quanto às ditas *warranties*, a *garantia* não implica, por si só, uma modificação do critério de diligência exigível, tal como não o implica a circunstância de certa obrigação revestir um *resultado* preciso.

18. Uma derradeira nota ou advertência. O Código Civil português, por influência de Antunes Varela, conservou uma distinção clara entre impossibilidade e inexigibilidade, acolhendo um conceito de impossibilidade absoluta, mesmo em relação à impossibilidade subjetiva (cf. art. 791.º)([53]). Segundo o Autor «a lei considera que o devedor, ao contrair a obrigação, não só se compromete a preparar em tempo oportuno os *meios* necessários ao cumprimento e a afastar os obstáculos a este cumprimento (diligência preparatória e diligência preventiva), como assume o *risco* de a prestação se lhe tornar *impossível* (subjectivamente) de cumprir, desde que não haja impossibilidade objectiva da prestação (…)»([54]). Certas conceções, como a *teoria da adstrição do esforço*([55]) não encontraram, pois, no nosso País, terreno fértil. Seja como for — e mesmo que se

---

([53]) Sobre estes aspetos, com outros desenvolvimentos, pode ver-se a nossa dissertação, *Impossibilidade da prestação*, no prelo.

([54]) ANTUNES VARELA, *Das obrigações, II,* p. 71, nota 1.

([55]) Segundo KLEINEIDAM, o conteúdo do dever primário de prestar compreenderia, além de outros elementos (como o tempo e o lugar da prestação, o tipo de prestação, etc.), uma limitação intrínseca quanto aos esforços exigidos ao devedor para cumprir, de tal modo que a superação deste limite corresponderia imediatamente a uma situação de impossibilidade absoluta — *Unmöglichkeit und Unvermögen nach dem Bürgerlichen Gesetzbuche für das Deutsche Reich*, Jena, 1900, pp. 14, ss. Para uma crítica a esta teoria, *vide* JULIA RÖDL, *Die Spannung der Schuld*, p. 86: o conceito de uma adstrição ao esforço obnubilaria o lado funcional da prestação, orientada para um resultado.

tenha em vista uma *relativização da impossibilidade* —, a verdade é que a discussão em torno da impossibilidade não esgota, nem dispensa, a discussão sobre os limites da adstrição do devedor, compreendida em termos de esforço, dispêndio ou sacrifício.

III. O critério (discutível) da inexigibilidade de prestar por alteração das circunstâncias

1. Sucede, por vezes, em certos litígios, que os devedores invocam a alteração das circunstâncias (cf. art. 437.º) como fonte de desvinculação ou como causa de exclusão das consequências de um não-cumprimento culposo, alegando que o esforço exigido para cumprir era excessivo e inexigível. Na doutrina, assinala-se que um dos grupos de casos típicos de alteração das circunstâncias corresponde às situações de perturbações do plano de dispêndios *(Störungen der Aufwandsplannung)*(56).

> No caso julgado pelo BGH a 8 de fevereiro de 1978, estava em causa uma situação em que um importador celebrou um contrato de fornecimento de longo prazo de petróleo por preço fixo no final do ano de 1972, para o ano de 1973, sobrevindo, porém, uma subida extraordinária do preço (seis vezes mais caro). O importador viu-se privado da possibilidade de fornecer, porque o seu próprio fornecedor recusou o fornecimento. O comprador pediu ao tribunal a condenação do importador a uma indemnização. O BGH recusou aplicar a doutrina do desaparecimento da base do negócio, uma vez que o contraente poderia ter previsto a subida do preço, mas aludiu, também (embora não viesse a ser esse o fundamento da decisão) ao facto de o devedor ter aceitado um preço fixo(57).
>
> Os exemplos da doutrina multiplicam-se. Os custos de aquisição do bem revelaram-se superiores ao previsto, o financiamento projetado

---

(56) Mario Schollmeyer, *Selbstverantwortung und Geschäftsgrundlage*, Tubinga, 2014, p. 40.

(57) *Zeitschrift für Wirtschafts und Bankrecht*, 1978, p. 322, ss, em particular p. 323.

não se concretizou, a produção foi bloqueada por uma greve, provocando um aumento de custos([58]).

Trata-se, portanto, de casos em que os custos ou dispêndios prestação aumentam conduzindo a um desinteresse do devedor no cumprimento, uma vez que se perdeu a equivalência entre dispêndios e contraprestação([59]). Perante estas hipóteses de superação do plano de dispêndios *(Überholung der Aufwandsplannung)* pode suscitar-se a questão de saber como é que se relacionam os arts. 487.º, n.º 2, e o art. 437.º, n.º 1.

2. O problema não passou despercebido à doutrina. Inocêncio Galvão Telles parece partir de uma identificação entre a excessiva dificuldade ou onerosidade subjacente ao art. 437.º e a ausência de culpa, aferida de acordo com o critério do bom pai de família. O devedor a quem fossem pedidos esforços desmesurados ou excessivamente gravosos não responderia se não cumprisse. O princípio da culpa excluiria a responsabilidade. Ser-lhe-ia, porém, oferecido um mecanismo adicional: o da desvinculação, através da resolução do contrato([60]).

António Menezes Cordeiro notou a proximidade entre boa-fé e culpa, considerando que as mesmas poderão concorrer no caso concreto. Nas palavras do Autor: «No que toca ao cumprimento das obrigações, a boa fé é chamada a precisar e complementar a fonte negocial respectiva, actuando, depois, no conteúdo, seja para precisar a prestação, seja para lhe acrescentar os deveres acessórios. Dado este manancial, nenhuma dificuldade haveria em imputar-lhe ainda a determinação do esforço exigido aos intervenientes.

([58]) MüKo/Finkenauer, § 313, n.m. 207.

([59]) Mario Schollmeyer, *Selbstverantwortung und Geschäftsgrundlage*, p. 40. Estes casos não se confundem com as hipóteses de aumento do valor do bem objeto da prestação. Distinguindo entre *Wertsteigerungen* e *Leistungserschwerung*, MüKo/Finkenauer, § 313, n.m. 204 e 207. Sobre as perturbações da equivalência pode ver-se ainda *Grundfälle zur Störung der Geschäftsgrundlage*, JuS 2004, pp. 1058, ss (1.ª parte), Jus 2005, pp. 27, ss (2.ª parte) e *Die Äquivalenzstörung. Ein Beitrag zur Lehre von der Geschäftsgrundlage*, Peter Lang, Francoforte, 1995, pp. 3 ss.

([60]) Inocêncio Galvão Telles, *Direito das Obrigações*, pp. 369, ss.

Há todo o interesse, no entanto, num prisma de aperfeiçoamento da linguagem jurídica, em manter designações próprias para temas bem delimitados. Ora, visto que a diligência remete para um padrão jurídico simples e claro, torna-se produtivo conservá-la, com esse conteúdo, distinta da boa fé, que apela a outros dados do sistema. Fica claro, contudo, que diligência e boa fé são noções destinadas, muitas vezes, a agir lado a lado»(61).

Também António Pinto Monteiro exprimiu a complexidade do problema, ao realçar o seguinte: «devemos confessar pairarem sobre nós dúvidas e dificuldades várias quanto à articulação entre o requisito da culpa e a impossibilidade. Terá o devedor que provar sempre a impossibilidade de cumprimento (caso de força maior, por exemplo), para não ser declarado responsável, não interessando a culpa senão para se avaliar se essa impossibilidade é ou não culposa? Neste caso, seria irrelevante o facto de a prestação se revelar extremamente *difícil*, quiçá excedendo o *limite do sacrifício* exigível. Ou bastará ao devedor provar que não teve culpa, para o efeito de ser tido responsável, embora a obrigação não se extinga por não se ter tornado rigorosamente impossível o seu cumprimento? Avaliando-se a culpa pela diligência dum *bonus pater familias*, e tendo o devedor, para efectuar o cumprimento, que desenvolver esforços superiores aos que lhe são *exigíveis* segundo aquele critério, a falta de cumprimento, em tais circunstâncias, deixaria de ser culposa e, consequentemente, de gerar responsabilidade. Relevará, pois, a doutrina do *limite do sacrifício*. Ou a questão deverá relevar apenas no quadro da alteração anormal das circunstâncias (art. 437.º)? Finalmente, ter-se-á de ter em conta, para o efeito, o facto de se tratar de obrigações de resultado, ou apenas de meios, só a impossibilidade exonerando o devedor no primeiro caso, enquanto que, tratando-se de obrigação de meios, bastaria ao devedor provar que não teve culpa?»(62).

---

(61) António Menezes Cordeiro, *Da boa fé no Direito Civil*, Coimbra 2001 (reimp. da obra de 1983), p. 1230.

(62) António Pinto Monteiro, *Cláusulas limitativas e de exclusão da responsabilidade civil*, Almedina, Coimbra, 2003 (reimp. da obra de 1985), p. 329, nota 545.

3. Este problema só poderá clarificar através de dois caminhos: por um lado, através do esclarecimento da função regulativa da alteração das circunstâncias e, por outro lado, através da explicitação das condições de aplicação do art. 437.º a um caso de onerosidade excessiva(63). Vejamos, de seguida, sem uma pretensão de exaustividade, as pistas que nos são deixadas, pela doutrina e pela jurisprudência.

4. A alteração das circunstâncias tem sido objeto de teses contraditórias, o que se compreende, na medida em que o instituto exige uma tomada de posição sobre fundamentos últimos do direito civil, *maxime* à ideia de contrato e de liberdade contratual(64).

Algumas posições têm recusado autonomia dogmática às perturbações da base do negócio com apelo à interpretação complementadora. No fundo, o problema da alteração das circunstâncias seria *sempre* um problema de interpretação do negócio jurídico. Esta ideia tem raízes no pensamento de Flume (para quem a verdadeira questão seria saber quem suporta o risco da realidade» num determinado contrato, existindo depois casos de preclusão de existência social enquadráveis na equidade)(65) e foi recentemente retomada por Finkenauer(66). Procurando harmonizar a ideia de base do negócio (e a disposição do § 313 BGB) com o princípio da estabilidade e do respeito pelas vinculações contratuais, este Autor considerou que aquela figura não corresponderia a uma realidade autónoma do próprio contrato.

---

(63) Com outros desenvolvimentos, ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado*, IX, pp. 554, ss.

(64) Para uma visão geral, pode ver-se ULRICHE KNOBEL, *Wandlungen im Verständniss der Vetragsfreiheit*, Berlim, 2000, pp. 98, ss.

(65) WERNER FLUME, *Rechtsgeschäft und Privatautonomie*, *FS zum Hundertjährigen Bestehen des Deutschen Juristentages*, 1860-1960, org. Ernst von Caemmerer, Ernst Friesenhahn, Richard Lange, vol. 1, C.F.Müller, Karlsruhe, 1960, pp. 208, 217-218.

(66) THOMAS FINKENAUER, anotação ao § 313 BGB, *Münchener Kommentar zum bürgerlichen Gesetzbuch*, vol. 2, *Schuldrecht*, *Allgemeiner Teil*, §§241-432, org. Franz Jürgen Säcker, Roland Rixecker, Harmut Oetker, Bettina Limperg, red. Wolfgang Krüger, Beck, Munique, 2016, (7.ª ed.) (cit., MüKo/Finkenauer, §313) n.m. 3, ss.

Acreditamos, com Manuel Carneiro da Frada, que «grande parte da interpretação dos contratos, sobretudo daqueles que se destinam a vigorar por um período longo de tempo, é uma interpretação reconstitutiva (...) perante circunstâncias específicas que as partes não previram explicitamente»([67]). Essa circunstância comprime o âmbito de aplicação do art. 437.º. Por este motivo, parece-nos que grande parte dos casos que, numa leitura apressada, se pensaria subsumir ao art. 437.º podem ser resolvidos através de uma *interpretação melhorada*. Se aceitarmos que o contexto negocial([68]) e as condutas supervenientes das partes modelam o conteúdo do contrato, através da sua interpretação([69]), o espaço do art. 437.º reduzir-se-á naturalmente, com vantagens dogmáticas.

Contudo, é duvidoso que a alteração das circunstâncias se deixe consumir por completo na busca de uma vontade real reveladora de uma promessa ou de uma vontade hipotética preenchedora de uma lacuna. Acresce que o critério de justiça ínsito no art. 437.º pode não coincidir totalmente com o critério subjetivo do contrato([70]) e não corresponde ao critério da vontade hipotética (cf. art. 239.º).

No quadrante oposto, outras posições, embora minoritárias, negam que institutos similares ao consagrado no artigo 437.º do Código Civil possam ser aplicados a casos de perturbação da equivalência fundados em agravamento dos dispêndios, justificando esta posição com base na circunstância de esse limite dever ser fixado pelos deveres acessórios, emergentes da boa-fé, nomeadamente pelo dever de proteção([71]). Não haveria, assim, necessidade de criar uma duplicidade de bitolas. Esta visão não poderá proce-

---

([67]) Manuel Carneiro da Frada, *Sobre a interpretação do contrato*, em *Forjar o Direito*, p. 19.

([68]) Sobre este problema, Mark Andre Czarnecki, *Vertragsauslegung und Vertragsverhandlungen*, Tubinga, 2016, pp. 7, ss.

([69]) *Vide*, por todos, Manuel Carneiro da Frada, *Sobre a interpretação do contrato*, em *Forjar o Direito*, p. 20.

([70]) Aludindo à irrenunciabilidade do elemento voluntarista, mas entendido de um «ponto de vista substancial-valorativo», Manuel Carneiro da Frada, *Crise financeira mundial e alteração das circunstâncias: contratos de depósito vs. contratos de gestão de carteiras*, *ROA*, ano 69, 2009, p. 678.

([71]) Julia Rödl, *Die Spannung der Schuld*, p. 99.

der, perante os dados do sistema do Código Civil: perante a autonomia do art. 437.º face aos arts. 762.º, n.º 2, e 334.º e perante a alusão às *circunstâncias em que as partes fundaram a decisão de contratar*. Contudo, alerta para a importante proximidade entre a alteração das circunstâncias e a boa-fé, de resto assumida pelo próprio art. 437.º, logo no plano literal.

5. Segundo Vaz Serra, as teorias sobre alteração das circunstâncias visam «pôr o direito de acordo com a justiça e a equidade e reconhecer, por isso, um direito de resolução ou de modificação do contrato quando *circunstâncias imprevistas alterem tão profundamente a relação entre as prestações* que não possa razoavelmente exigir-se o cumprimento dos contratos nos termos em que foi feito» (o itálico é nosso)([72]). Essa inexigibilidade resultaria da boa-fé. Vaz Serra reconhece um papel importante à base do negócio, a qual seria «a mais perfeita fundamentação de uma resolução ou revisão dos contratos por alteração das circunstâncias»([73]). Contudo, o Autor recusa que a lei deva tomar partido por uma teoria determinada([74]). Além disso, o Autor reconhece também que a alteração das circunstâncias possa relevar já fora do âmbito da teoria da base do negócio. Em determinados casos, como os da coroação, seria a boa fé objetiva que imporia ou afastaria a modificação ou resolução do contrato([75]).

Desde a obra de António Menezes Cordeiro([76]), tem sido realçada a ligação entre a norma do art. 437.º e a boa-fé([77]). Segundo Carneiro da Frada, o art. 437.º conteria «um conjunto de noções e locuções organizadas numa rede de significados reciprocamente referenciados, cujo núcleo é constituído pelos princípios da boa-

---

([72]) *Resolução*, p. 304.
([73]) *Idem*, p. 308.
([74]) *Idem*, p. 311.
([75]) *Idem*, p. 328.
([76]) *Da boa fé*.
([77]) António Menezes Cordeiro, *Tratado de Direito Civil português*, vol. II, *Direito das obrigações*, *Cumprimento e não Cumprimento, Transmissão, Modificação e Extinção, Garantias*, tomo IV, Coimbra, 2010, pp. 323-325 e, do mesmo Autor, *Da boa*, pp. 1106, ss.

-fé»([78]), estando em causa a «justiça objetiva na relação entre os agentes jurídicos», e não a tutela da confiança num certo estado de coisas ([79]). A boa-fé assume-se, assim, como uma chave central e elemento inarredável ao abrigo do art. 437.º, mesmo para posições que valorizem um elemento voluntarista([80]).

Esta referência implica, desde logo, que as perturbações do plano de dispêndios sejam manifestamente significativas. Sem este desequilíbrio flagrante, respeitante a uma das partes, não haverá lugar a uma reação do sistema jurídico, nem à convocação do art. 437.º. Só a boa-fé pode ditar o que é exigível e o que é inexigível, no caso concreto.

6. Avançando para uma exegese do art. 437.º, n.º 1, a maioria das posições defendidas entre nós tem aceitado que a referência às «circunstâncias em que as partes fundaram a decisão de contratar», traduz o acolhimento da ideia de base do negócio([81]). Os tribunais têm também feito alusão à *base do negócio*([82]). Esta conclusão resultaria dos trabalhos preparatórios de Vaz Serra, da letra e do espírito da lei. Contudo, em que consiste essa *base do negócio*?

Comecemos por notar que se trata de uma base qualificada ou de valoração. O intérprete deverá começar por diferenciar, na lógica do contrato, as circunstâncias que são estruturantes e condicionantes do negócio das demais. Só as primeiras serão consideradas.

([78]) Manuel Carneiro da Frada, *Crise financeira mundial*, p. 679.

([79]) *Idem*, p. 680.

([80]) Segundo Mariana Fontes da Costa, o artigo 437.º compreender-se-ia no cruzamento entre os princípios da autonomia privada, da inexigibilidade, da boa-fé e da proporcionalidade, embora prevalecendo, em último termo, a vontade dos contraentes, uma vez que o problema da excessividade superveniente seria o de a mesma deixar de poder ser justificada pela autodeterminação — Mariana Fontes da Costa, *Da alteração superveniente das circunstâncias*, dissertação de doutoramento, policopiada, Porto, 2015, pp. 279-280. Contudo, na indagação de uma vontade reconstruída de ambos os contraentes, a Autora atribui primazia enquanto «elemento central aglutinador de todo o regime» ao princípio da boa-fé.

([81]) Assim, por exemplo, António Menezes Cordeiro, *Tratado*, IX, p. 554, ss, p. 282, Nuno Pinto Oliveira, *Princípios*, pp. 577, ss, Pedro Pais de Vasconcelos, *Teoria geral do Direito civil*, Almedina, Coimbra, 2012 (7.ª ed.), p. 319.

([82]) Pode ver-se Acs. do STJ de 28/05/2009, de 10/01/2013, de 23/01/2014, de 04/10/2014.

A jurisprudência portuguesa tem ainda notado que se trata de circunstâncias em que ambas as partes, e não apenas uma delas, fundaram a decisão de contratar, reforçando, assim, um elemento já indiciado pela letra da lei([83]). As partes não teriam celebrado o contrato, se tivessem previsto a alteração das circunstâncias, ou não o teriam celebrado nos termos em que o fizeram.

O STJ considerou já que «a base do negócio é uma representação de uma das partes, conhecida da outra e relativa a certa circunstância basilar atinente ao próprio contrato e que foi essencial para a decisão de contratar»([84]).

Maior dificuldade suscita a relação desta *base* com o próprio *negócio* e com a *vontade dos contraentes*, em particular com a vontade do contraente confrontado com um pedido de resolução ou modificação do contrato com base em alteração das circunstâncias. Evitando jogos linguísticos, a base do negócio parece traduzir-se numa fórmula algo inadequada e incoerente no seio do sistema, se entendida subjetivamente, de difícil concretização (e justificação), se compreendida como realidade *quase negocial* de uma base de valoração([85]) ou como algo que se distancia já da decisão de contratar entendida enquanto vontade subjetiva, se concebida objetivamente. O apelo a ambos elementos, subjetivo e objetivo (ou normativo) não evita também a complexidade do problema([86]).

([83]) Pode ver-se Acs. do STJ de 28/05/2009, de 10/01/2013, de 23/01/2014 ou de 04/10/2014.

([84]) Ac. do STJ de 8/5/2013.

([85]) Mario Schollmeyer, *Selbstverantwortung und Geschäftsgrundlage*, p. 71.

([86]) A tese de conciliação foi propugnada por Karl Larenz (Karl Larenz, *Geschäftsgrundlage*, p. 184. Entre nós, aludindo a elementos subjetivos e objetivos, na esteira de Larenz, Mariana Fontes da Costa, *Da alteração superveniente*, p. 293 ss. Menezes Cordeiro repudiou a construção de Larenz, invocando a insuficiência do negócio subjetiva, desligada do sistema jurídico, e da base do negócio objetiva, que mais não seria do que uma manifestação de vontade das partes, uma vez que tanto a definição da margem de risco a cargo de cada um dos contraentes quanto a determinação do fim do contrato só podem ser conhecidos com recurso ao próprio clausulado contratual (Menezes Cordeiro, *Tratado*, II, IV, pp. 282-283 e *Da alteração das circunstâncias*, pp. 28-29). Para este Autor, a tese de Larenz só continuaria a ser uma referência no nosso país em virtude de uma «inércia acrítica» da doutrina (*Tratado*, II, IV, p. 283). Recentemente, aludindo à base do negócio objetiva, *Tratado*, IX, p. 555.

É também frequente dizer-se que a perturbação da base do negócio corresponde a um caso em que existe uma representação pressuposta que falha e que, se as partes tivessem previsto essa mesma falha, não teriam concluído o negócio ou não o teriam celebrado nos termos em que o fizeram(87). Contudo, ponderosas dificuldades surgem em relação ao requisito do conhecimento da base do negócio por parte do outro contraente. Alude-se, por vezes, a um ónus de informação da base do negócio por parte do contraente que visa invocar a alteração de circunstâncias(88). Considera-se que a representação deve ser pelo menos reconhecível pelo outro contraente e que este há de ter reconhecido a sua relevância. Mas como se extrai o acordo ou anuência do contraente quanto ao valor da base do negócio? Trata-se de uma anuência hipotética? E como é que esta se constrói? Do ponto de vista da *descoberta* da base do negócio, há quem sustente a aplicação analógica das regras vigentes para o negócio jurídico(89). Nesta lógica, a base do negócio seria determinada à luz dos arts. 236.º e 237.º e, sobretudo, do art. 239.º do Código Civil. Ficamos, porém, com dúvidas sobre esta possibilidade: não haverá, então, afinal, regulação negocial, ainda que hipotética? Estará em causa uma indireta ampliação do negócio jurídico e da vinculação, com consequências no plano do cumprimento e do não-cumprimento?

Na alteração das circunstâncias haveria uma divergência entre a base de valoração e a realidade, o que pressuporia uma falta de vontade juridicamente vinculante por parte dos contraentes, mas também uma ausência de lacuna contratual(90). Ficam, porém, por explicar as reais fronteiras entre o juízo de relevância que habilita à consideração de lacuna do contrato e o juízo de relevância que habilita à qualificação da base do negócio.

A mesma dificuldade coloca-se quando se refere, como faz Schollmeyer, que a anuência da contraparte deve ser entendida em

---

(87) Assim, Carlos Mota Pinto, *Teoria geral do Direito civil*, pp. 605-606.
(88) Mario Schollmeyer, *Selbstverantwortung*, p. 71.
(89) *Idem*, p. 76.
(90) *Idem*, p. 444.

sentido normativo, como uma espécie *assunção relevante para a decisão de contratar*([91]).

Na Alemanha, subsistem ligações da base do negócio, agora codificada, à formulação oertmanniana([92]). Entre nós, as posições evoluem, mas sem consenso, num sentido de clarificação do caráter *puramente objetivo* da base do negócio([93]). Pela nossa parte, como referimos noutro estudo, a base do negócio a que o art. 437.º faz referência não pode ser entendida em termos puramente subjetivos, fazendo antes apelo a condicionalismos objetivos([94]).

7. A *anormalidade* da alteração tem sido predominantemente compreendida como *imprevisibilidade*. Esta conceção é genericamente acolhida pela doutrina([95]) e pela jurisprudência([96]). Na esteira de Vaz Serra([97]), os tribunais têm intensificado a exigência de ligação causal entre a situação anormal e a perturbação registada. O risco de um agente comercial é algo inerente à sua atividade. De tal modo que um contraente do ramo da construção e imobiliário não pode invocar a crise económica e financeira e a retração do mercado imobiliário para se desvincular de um contrato-promessa([98]). As alterações da taxa de juro e de esforço para pagamento do preço do contrato prometido, o desemprego e a desvalorização da moeda resultantes da crise também não são alterações anormais([99]). Sem prejuízo deste entendimento geral, já se

---

([91]) *Idem*, p. 80.

([92]) Mario Schollmeyer, *Selbstverantwortung und Geschäftsgrundlage*, pp. 61 e ss e p. 444.

([93]) António Menezes Cordeiro, *Tratado*, IX, p. 555.

([94]) Catarina Monteiro Pires, *Impossibilidade da prestação*, no prelo.

([95]) Assim, António Menezes Cordeiro, *Tratado*, II, IV, p. 322, *Tratado*, IX, p. 556, e, do mesmo Autor, *Da alteração das circunstâncias*, p. 67 e *Da boa fé*, p. 1083 *et passim*, Luís Menezes Leitão, *Direito das obrigações*, volume III, Coimbra, 2014 (9.ª ed.), p. 140, Nuno Pinto Oliveira, *Princípios*, p. 578, ss.

([96]) Na jurisprudência mais recente, por exemplo, Acs. do STJ de 28/03/2006 e de 23/01/2014.

([97]) Vaz Serra, *Resolução ou modificação dos contratos por alteração das circunstâncias*, BMJ, 68, 1957, (pp. 293, ss), p. 330.

([98]) Ac. do STJ de 04/10/2014.

([99]) Ac. de 23/01/2014.

tem admitido também que a imprevisibilidade pode ser dispensada nos casos em que «a boa-fé obrigaria a outra parte a aceitar que o contrato ficasse dependente da manutenção da circunstância alterada»([100]).

8. Nos últimos tempos, o requisito *ausência de cobertura pelos riscos do negócio* tem suscitado alguma polémica, no rescaldo da crise financeira planetária de 2009/2014([101]), reavivando a questão de saber se existem contratos *imunes* a uma alteração das circunstâncias (pela sua natureza ou pela sua estrutura de risco)([102]) e se a autonomia privada das partes pode arredar *totalmente* a intervenção do art. 437.º, convencionando certo regime de risco, de contraprestação fixa e inalterável, ou certo limite de alterabilidade do negócio. Problemas que, em muitos casos (embora não em todos), não podem ser resolvidos com uma resposta afirmativa ou negativa geral, em função do tipo de contrato, mas apenas ponderados perante o *concreto contrato*, o seu *concreto regime de risco* e a sua *concreta ordenação de interesses*.

9. Também o problema, conexo, da natureza injuntiva ou supletiva do art. 437.º tem suscitado polémica e foi recentemente discutido no caso julgado pelo *High Court of Justice*([103]). O que se compreende. Com efeito, a cláusula geral da alteração das circunstâncias exprime vários conflitos primários do direito das obrigações, como o que opõe o individual ao coletivo, a segurança jurídica

---

([100]) Ac. do TRL de 15/05/2014.

([101]) Sobre o problema da alteração das circunstâncias no contexto da crise económico-financeira, Manuel Carneiro da Frada, Mariana Fontes da Costa, *Discussing the (Ab) Normality of Financial Crises as a Relevant Change of Circumstances Under Portuguese Law*, pp. 221, ss, em *The Effects of Financial Crises on Binding Force of Contracts — Renegotiation, Rescission or Revision*, Springer, 2016.

([102]) António Menezes Cordeiro não excluindo embora a aplicação do art. 437.º a contratos aleatórios (*Direito bancário*, p. 944) considera que aos contratos privados de risco, como *swaps* ou investimentos em fundos de capital de risco não se aplica a alteração das circunstâncias (*Tratado*, IX, p. 591).

([103]) Banco Santander Totta SA *vs* Companhia Carris de Ferro de Lisboa SA, Sociedade Transportes Coletivod do Porto, SA, Metropolitano de Lisboa, EPE, Metro do Porto, SA, de 4/3/2016.

ao caso concreto, a vinculação à liberdade da decisão jurisdicional(104).

Na doutrina, são várias as referências à supletividade do preceito, parecendo ser dominante a ideia de supletividade tendencial ou não absoluta(105).

A autonomia privada é uma área congenitamente limitada, de mero «reconhecimento» por parte do ordenamento jurídico, e não de pura «autorização» ou de «delegação»(106). Pode suceder que, em concreto, o problema não seja de alteração das circunstâncias (mas sim de interpretação ou integração do negócio jurídico) ou que, figurando, em abstrato, um problema de alteração das circunstâncias, a distribuição contratual do risco não justifique a modificação ou resolução do contrato. Estas são, porém, conclusões que só podem ser extraídas em concreto, não podendo ser *a priori* concebidos espaços de imunização à cláusula geral do art. 437.º. Mesmo a ideia de que uma cláusula de preço fixo significa uma exclusão total e absoluta do art. 437.º afigura-se duvidosa. O que se acaba de dizer está longe de significar uma visão *corretiva* ou *moralizadora* dos contratos: a cláusula geral do art. 437.º é, tal como a concebemos, um remédio de *ultima ratio*, fundado na boa-fé.

10. Com efeito, a alteração das circunstâncias é um remédio para casos extremos, como resulta, desde logo, dos apertados e (parcialmente sobreponíveis) requisitos exigidos pelo próprio art. 437.º. E é assim que tem sido interpretada e materializada pelos tribunais portugueses.

---

(104) Marietta Auer, *Materialisierung, Flexibilisierung, Richterfreiheit*, Mohr Siebeck, Tubinga, 2005, pp. 10, ss.

(105) António Menezes Cordeiro, *Tratado*, II, IV, p. 298 e, do mesmo autor, *Da alteração das circunstâncias*, pp. 39, ss, Luís de Lima Pinheiro, *Direito Comercial*, p. 241. A este propósito, entendeu Menezes Cordeiro que a «relação de supletividade não deve ser entendida em termos absolutos» e que por isso, «a interpretação das normas que cominem as repartições particulares do risco ou similares deve revelar se a atribuição realizada é definitiva, plena, ou se, ainda aí, é admissível, passada certa margem, que a exigência dos deveres contratuais possa contrariar *gravemente* os princípios da boa fé» — *Da boa fé*, p. 1107.

(106) Veja-se, neste sentido, as reflexões de Manuel Carneiro da Frada, *Contrato*, pp. 64, ss, sendo as expressões entre aspas do próprio Autor (*idem*, p. 65).

O fecho da bolsa subsequente à Revolução de 1974-1975 não foi considerado «uma alteração de circunstâncias» ao abrigo do art. 437.º, n.º 1([107]). Encontramos uma aplicação mais generosa do art. 437.º no contexto gerado pela crise económica e financeira desta década, em alguns acórdãos recentes, de que é talvez exemplo mais representativo o Acórdão do STJ de 10 de outubro de 2013([108]). Em todo o caso, não nos parece possível aludir a uma inversão da tendência restritiva dos tribunais portugueses quanto ao alcance da alteração das circunstâncias, enquanto mecanismo corretor de desequilíbrios([109]), continuando a sobressair uma ideia de prudência e de cautelosa aplicação do art. 437.º do Código Civil.

11. Percorrido este caminho, que permitiu enquadrar a figura, vejamos a relação entre os arts. 487.º, n.º 2, e 437.º do Código Civil.

O problema do agravamento da prestação tem sido colocado na doutrina sob três perspetivas, a nosso ver dogmaticamente distintas: (*i*) a da medida do esforço do devedor (*ii*) a do equilíbrio entre as prestações do contrato e (*iii*) e a do equilíbrio entre os custos do devedor e o interesse do credor. A medida do esforço do devedor não densifica o equilíbrio entre as prestações no contrato. Inversamente, este equilíbrio não permite também projetar uma *medida de esforço*. Diferente da contraprestação é, ainda, o interesse do credor, pelo que o equilíbrio entre as prestações não se confunde com a adequação dos dispêndios ao interesse do credor. Concentremo-nos, porém, na relação entre a medida do esforço do devedor e o equilíbrio entre as prestações do contrato. O art. 437.º fornece um critério de diligência do devedor?

([107]) António Menezes Cordeiro, *Tratado*, II, IV, p. 327 e, já anteriormente, *Da alteração das circunstâncias*, pp. 71, ss). Na jurisprudência, veja-se, por exemplo, o Ac. do STJ de 10 de maio de 1979, BMJ 287, 1979, pp. 262, ss.

([108]) Sobre os problemas subjacentes a esta decisão, pode ver-se Catarina Monteiro Pires, *Entre um modelo corretivo*, pp. 3, ss.

([109]) *Vide*, por exemplo, o Ac. do STJ de 23 de janeiro de 2014 ou o Ac. do STJ de 10 de abril de 2014.

Parece-nos que não. A alteração das circunstâncias está em causa uma «expressão de justiça objectiva»([110]), dirigida a uma «igualação entre sujeitos» através da garantia de uma «correspondência das prestações a cargo de cada um»([111]). Trata-se de eventos imprevisíveis que alteram desmesuradamente o equilíbrio contratual, fazendo com que uma das prestações se torne excessivamente onerosa([112]). Sobrevém uma desproporção insuportável entre as prestações *(Äquivalenzstörung)*. A cláusula geral do artigo 437.º, n.º 1, do Código Civil, radicando numa ideia de justiça([113]), reage a uma perturbação grave da paridade intrínseca num contrato. Não está em causa uma reação a uma violação de deveres, nem a problemas de desproporção entre custo para o devedor e benefício para o credor.

Do art. 437.º não se extrai uma medida de diligência, nem uma orientação dirigida ao devedor quanto ao esforço que deve usar nas atividades preparatórias e de execução da prestação. O esforço do devedor pode estar acima da diligência exigível ao bom pai de família e o art. 437.º ficar excluído se, por exemplo, se verificou uma perturbação compreendida nos riscos do negócio.

Além disso, a inserção de uma e outra figura no sistema é diferenciada: a alteração das circunstâncias emerge como verificação de *ultima ratio*, qualificada pela ofensa grave à boa-fé. A diligência do bom pai de família coloca-se no cumprimento de qualquer obrigação, é um padrão de conduta generalizável.

Acresce que as consequências dos arts. 487.º, n.º 2, e 437.º são distintas. A alteração das circunstâncias pode permitir uma desvinculação([114]). Repare-se, ainda, que a alteração das circunstân-

---

([110]) Manuel Carneiro da Frada, *Teoria da confiança*, p. 863, nota 966.

([111]) Manuel Carneiro da Frada, *Teoria da confiança*, p. 884 e, também nesta página, nota 997.

([112]) Vaz Serra, *Resolução*, p. 297.

([113]) Vaz Serra, *Resolução*, p. 296 e pp. 303, ss. Também Larenz aludiu a uma ideia de justiça contratual imanente *(immanente Vertragsgerechtigkeit)*, que serviria de fundamento a uma redensificação dos limites da autonomia privada das partes — *Geschäftsgrundlage und Vertragserfüllung. Die Bedeutung „veränderter Umstände" im Zivilrecht*, Beck, Munique e Berlim, 1963, 3.ª ed., pp. 159, ss.

([114]) Sobre as consequências da alteração das circunstâncias, pode ver-se António Menezes Cordeiro, *Tratado*, IX, p. 562 e Catarina Monteiro Pires, *Efeitos da alteração das circunstâncias*, *O Direito*, 2013, I-II, pp. 181, ss.

cias não visa alterar a bitola de diligência. Se o contrato for modificado, o devedor continua obrigado a cumprir com a diligência de um bom pai de família, simplesmente poderá ter de realizar uma prestação com objeto ou condições (de tempo e de lugar) diferentes.

Finalmente, a alteração das circunstâncias parece pressupor que não haja mora do devedor (cf. art. 438.º) nem, mais latamente, uma inexecução ou uma perturbação que lhe seja imputável e que seja a causa do desequilíbrio contratual(115).

12. Numa zona de desenvolvimento judicial do Direito(116), os tribunais têm sabido travar uma manipulação da alteração das circunstâncias e, mesmo sem o mencionar, têm reservado esta cláusula geral para perturbações graves da justiça imanente ao contrato, recusando-a como critério e medida dos esforços e da diligência do devedor.

---

(115) Esta ideia parece, porém, afastada nas teses que consideram que o art. 437.º pode aplicar-se em caso de *imputação ao devedor*. Segundo esta orientação, em certos casos em que a única saída conforme à da boa-fé fosse a da desvinculação para futuro seria admissível uma indemnização, designadamente uma indemnização pelo interesse positivo, mas correspondente apenas à parte do agravamento da prestação exigível ao devedor. No direito alemão, esta tese é defendida por Mario Schollmeyer, *Selbstverantwortung und Geschäftsgrundlage*, em particular pp. 426, ss. Entre nós, Manuel Carneiro da Frada, *Teoria da confiança*, nota 730, pp. 670, ss.

(116) Menezes Cordeiro sublinha que a interligação específica entre interpretação criativa do Direito e alteração das circunstâncias é irrecusável, devendo, por isso, arredar-se quaisquer tentativas de compreender o regime jurídico dos arts. 437.º e seguintes de acordo com as regras tradicionais de interpretação da lei (*Tratado*, II, IV, p. 266 e *Da alteração das circunstâncias*, p. 9). Noutra sede, o Autor considerou também que o art. 437.º, n.º 1, se inclui «entre as disposições que, de modo flagrante mais directo, não podem ser entendidas pela exegese nem, tão pouco, admitem subsunção» — *Da boa fé*, pp. 925-926.

A RECUSA DO DEVER DE PRESTAR ANTES DO VENCIMENTO DA OBRIGAÇÃO: COMPARAÇÃO ENTRE A ORDEM JURÍDICA INGLESA, A ORDEM JURÍDICA PORTUGUESA E O *DRAFT COMMON FRAME OF REFERENCE*

Pelo Dr. David Ruah Halfin(*)

Sumário:

I. Introdução e sequência. II. A recusa do dever prestar antes do vencimento da obrigação na ordem jurídica inglesa: 1. Enquadramento dogmático-sistemático: *§ 1. Aspectos gerais sobre a law of contract (excurso); § 2. Enquadramento dogmático-sistemático da anticipatory breach.* **2.** A manifestação de recusa: forma, modalidades e requisitos de eficácia. **3.** Aceitação e rejeição da recusa pelo contraente fiel. **4.** (Ir)revogabilidade da recusa. **5.** Efeitos. **III. A recusa do dever de prestar antes do vencimento da obrigação na ordem jurídica portuguesa: 6.** Enquadramento dogmático-sistemático. **7.** A manifestação de recusa: forma, modalidades e requisitos de eficácia. **8.** Aceitação e rejeição da recusa pelo contraente fiel. **9.** (Ir)revogabilidade da recusa. **10.** Efeitos. **IV. A recusa do dever de prestar antes do vencimento da obrigação no *Draft Common Frame of Reference*: 11.** Enquadramento dogmático-sistemático. **12.** A manifestação de recusa: forma, modalidades e requisitos de eficácia. **13.** Aceitação e rejeição da recusa pelo contraente fiel. **14.** (Ir)revogabilidade da recusa. **15.** Efeitos. **V. Síntese comparativa: 16.** Síntese comparativa. **17.** Grelha comparativa.

(*) Advogado associado à Miranda & Associados. Doutorando em Direito na Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa.

Tant que tu ne cesseras de monter, les marches ne cesseront pas;
sous tes pieds qui montent, elles se multiplieront à l'infini.

FRANZ KAFKA, *Protecteurs*, Oeuvres Complètes,
Cercle du Livre Précieux, 1964-65.

Palavras-chave:

Anticipatory breach/*repudiation*; declaração de não-cumprimento; dever de prestar; vencimento (da obrigação).

Advertências

I. Texto em conformidade com o Acordo Ortográfico da Língua Portuguesa de 1945, aprovado pelo Decreto 35.228, de 8 de Dezembro de 1945, na redacção introduzida pelo Decreto-Lei n.º 32/73, de 6 de Fevereiro. **II. A** referenciação segue as Normas Portuguesas (Instituto Português da Qualidade) NP 405-1.1994, NP 405-2.1998, NP 405-3.2000 e NP 405-4.2002. **III.** A referenciação mais completa surge na primeira citação. **IV.** No presente trabalho de Direito Comparado, os textos em língua estrangeira não são objecto de tradução. **V.** Todos os preceitos legais referidos ou citados, salvo indicação em contrário, pertencem ao Código Civil, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 47 344, de 25 de Novembro de 1966. **VI.** Citação da jurisprudência inglesa em conformidade com o *neutral citation system*.

I. Introdução e sequência

A noção de obrigação pode conceber-se como uma *realidade jurídica* complexa(1). Assim e sem prejuízo dos seus vários significados (alguns deles emprestados à linguagem comum), ela pode ser encarada como realidade compreensiva, que é adequada a abranger elementos jurídicos activos e passivos. Enquanto realidade que *é*, a obrigação vê-se perpassada pela ordem temporal e, por isso, dentro dos limites permitidos pela comunicação, ela apresenta um momento em que nasce, permanece e se extingue. O cumprimento surge, então, apenas e só como um dos seus modos de extinção, ou melhor, como um dos *eventuais* modos de extinção. Todavia, esta imagem da obrigação resulta de uma longa evolução cultural, sem inteira correspondência no *common law*, a despeito das mais recentes interpenetrações ocorridas entre as diversas famílias jurídicas(2).

Dito isto, poder-se-ia afirmar que, estando estabelecido um prazo para o cumprimento, só após o respectivo decurso seria possível falar em incumprimento da obrigação. Por outra palavras e em termos mais rigorosos, nenhuma conduta ocorrida antes da data fixada para o cumprimento, contrária ao programa obrigacional, poderia suscitar antecipadamente os efeitos associados ao incumprimento. No entanto, uma perspectiva tão conceptualista não tem sido corroborada pela generalidade dos sistemas jurídicos continentais, nem sequer pelos sistemas anglo-saxónicos. Tem sido, na verdade, atribuída relevância normativa à hipótese — às hipóteses — de declaração da intenção de não cumprir.

---

(1) António Menezes Cordeiro, *Tratado de Direito Civil Português, II — Direito das obrigações*, *Tomo I*, 2009, Coimbra: Almedina, pp. 297-309; 441-495. A este respeito, embora num sentido não inteiramente coincidente, Mário Júlio de Almeida Costa, *Direito das obrigações*, 10.ª ed. reelaborada, Coimbra: Almedina, 2006, pp. 73-80: "Parece seguro que a óptica complexiva e dinâmica, que encara a obrigação ou relação obrigacional como um *sistema, organismo* ou *processo*, encadeado e desdobrado em direcção ao adimplemento, à satisfação do interesse do credor, possibilita mais rigorosa compreensão anátomo-fisiológica do instituto e de certos dados da fenomenologia jurídica".

(2) Geoffrey Samuel, *Law of obligations and Legal remedies*, 2.ª ed., Londres: Cavendish, 2001, pp. 249 e ss.: "Although, as we have seen, the term 'law of obligations' is being used with increasing frequency in English law it can never have quite the same meaning for common lawyers as it does for the continental jurist".

Não se vai, neste âmbito, analisar comparativamente toda e qualquer "declaração de não-cumprimento", mas apenas a declaração referente a uma obrigação aprazada e cujo prazo se ache estabelecido a favor do emitente dessa declaração(3). A acrescer ao plano da previsão, importa ainda circunscrever o plano da estatuição, ou seja, delimitado o estudo à recusa do dever de prestar emitida antes do vencimento da obrigação e quando o prazo se ache estabelecido a favor do emitente, interessa averiguá-lo com reporte aos efeitos do incumprimento e, não, à luz do cumprimento meramente retardado.

O interesse manifestado pelo tema não advém da sua novidade. Tanto quanto parece com origem na ordem jurídica inglesa(4), foi o mesmo ponderado nos preparatórios do Código Civil de 1966(5), colhendo também largo tratamento na manualística obrigacional e em estudos específicos(6). É, por conseguinte, um problema relativamente estabilizado e que merece mesmo consagração em vários textos internacionais sobre direito dos contratos(7). Apesar desse enraizamento e perante a inexistência de uma previsão normativa expressa, a declaração de não cumprimento tem, entre nós, convocado patentes divergências doutrinais e juris-

---

(3) Para uma circunscrição semelhante do objecto, Carlos Ferreira de Almeida "Recusa de cumprimento declarada antes do vencimento: estudo de Direito Comparado e de Direito Civil Português", *Estudos em memória do Professor Doutor João de Castro Mendes*, Lisboa: Lex, pp. 291-317 (306-308).

(4) Joana Farrajota, "Anticipatory breach no direito português?", *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Carlos Ferreira de Almeida*, 2.º Volume, Coimbra: Almedina, 2011, pp. 287-320 (288). Já na fase de finalização deste artigo, a Autora deu à estampa a sua dissertação de doutoramento, cujo texto não foi aqui considerado por constrangimentos de prazos de publicação — *A resolução do Contrato sem Fundamento*, Coimbra: Almedina, 2015.

(5) Cf., *infra*, III, 6.

(6) Além dos trabalhos referenciados nas duas anteriores notas, *vide*, ainda, José Carlos Brandão Proença, "A hipótese da declaração *(lato sensu)* antecipada de incumprimento por parte do devedor", *Estudo em Homenagem ao Professor Doutor Jorge Ribeiro de Faria*, Coimbra: Coimbra Editora, 2003, pp. 359-401.

(7) Entre outros, art. 72.º da Convenção das Nações Unidas sobre Contratos de Compra e Venda Internacional de Mercadorias*;* art. 90.º do Código Europeu dos Contratos; art. 7.3.3. dos Princípios UNIDROIT/2010; artigo 9:304 dos Princípios de Direito Europeu dos Contratos (PDEC/2002) e, ainda, art. 117.º do CESL.

prudenciais. Estas incertezas, com relevantes reflexos juspositivos, concitam interesse pela questão. Não só de em termos dogmáticos, como também comparativos.

De quanto fica exposto, procurar-se-á conduzir uma comparação da "recusa do dever de prestar" à luz da ordem jurídica inglesa e da ordem jurídica portuguesa. A estes dois *comparandas* e apesar de não constituir um verdadeiro sistema jurídico, acrescentar-se-á o *Draft Common Frame of reference* (DCFR)([8]). Assim e sem se encimar as tendências economicistas imperantes, constituindo o DCFR um imenso trabalho de impulso comunitário e que aparenta feições académicas muito diversificadas([9]), pode o mesmo constituir um desses elementos ao serviço do progresso do direito nacional dos contratos ([10/11]). Analisar-se-á, pois, sucessivamente a

---

([8]) Christian von Bar; Eric Clive (ed.), *Principles, Definitions and model rules of European Private Law. Draft Common Frame of reference (DCFr) Full Edition*, Volume I, Munique: Sellier, 2009.

([9]) *Principles, Definitions and model rules of European Private Law…*, p. 3. A este respeito refere Menezes Cordeiro, *Tratado de Direito Civil, Volume VI — Direito das obrigações: introdução. Sistemas e Direito Europeu. Dogmática Geral*, 2.ª ed., Coimbra: Almedina, 2012, p. 267, que: "[o]s instrumentos europeus, mesmo no actual estádio de estudo, prestam-se, ainda, a críticas de outra natureza. O DCFR, por exemplo, pela preocupação de ser apresentado antes do termo do primeiro mandato do presidente da Comissão Durão Barroso, teria sido aprontado sem o tempo de maturação necessário. Aponta-se a falta de transparência, na escolha dos peritos que intervêm".

([10]) Carlos Ferreira de Almeida/Jorge Morais Carvalho, *Introdução ao Direito Comparado*, 3.ª ed., Coimbra: Almedina, 2014, p. 17, destacando que "os resultados da comparação jurídica são frequentemente postos ao serviço do direito nacional (…)". E, tb., Dário Moura Vicente, *Direito Comparado*, Volume I, 3.ª ed., Coimbra: Almedina, 2014, pp. 21-22. Porém, quanto ao DCFR, Florian Möslein, "Legal innovation in European contract law: within and beyond the (Draft) Common Frame of Reference", in Hans-W. Micklitz/Fabrizio Cafaggi (ed.), *European Private Law after the Common Frame of reference*, Cheltenham: Elgare, 2010, pp. 173-200 (191): "With its basis on pre-existing solutions, the DCFR does not propose many new, innovative solutions previously unseen in the national or European legal framework. Moreover, the instrument is unlikely to trigger future legal innovation, given that it strongly frames legal discussion. The DCFR's rather 'traditional' solutions will be almost as sticky as default rules. The best-solution approach is likely to slow down the driving forces of legal innovation at the European level, replacing the Schumpeterian process of 'creative destruction' with an additional layer of path dependency".

([11]) O próprio DCFR resulta de um intenso esforço método comparativo. Neste sentido, falava Castro Mendes em "unificação do direito como função do direito comparado" — *Direito Comparado*, revisto e actualizado, Lisboa: AAFDL, 1982-1983. Lições

declaração de não cumprimento à luz da ordem jurídica inglesa, da ordem jurídica portuguesa e, por último, à luz do DCFR, ponderando — em cada etapa — os seguintes elementos do termo comparativo([12]):

i) Enquadramento dogmático-sistemático;

ii) Manifestação de recusa: forma, modalidades e requisitos de eficácia;

iii) Aceitação e rejeição da recusa pelo contraente fiel;

iv) (Ir)revogabilidade da recusa;

v) Efeitos.

II. A recusa do dever de prestar antes do vencimento da obrigação na ordem jurídica inglesa

1. Enquadramento dogmático-sistemático

§1. *Aspectos gerais sobre a law of contract (excurso).* No decurso do processo microcomparativo, achando-se o jurista diante uma ordem jurídica que não é a sua e cuja matriz é-lhe relativamente estranha, prefigura-se razão adicional contextualizar o termo em comparação. Cabendo ao caso considerar a recusa do dever de prestar antes do vencimento da obrigação, parece lógico que se comece por alinhar algumas noções referentes ao direito dos con-

---

ao curso da Faculdade de Direito de Lisboa de 1982-1983, pp. 86-97. E, quanto à elaboração do DCFR, Florian Möslein, "Legal innovation in European contract law: within and beyond the (Draft) Common Frame of Reference", p. 179.

([12]) Ferreira de Almeida/Morais Carvalho, *ob. cit.*, p. 29: "Sem prejuízo das dúvidas que possa suscitar a escolha dos direitos a comparar, a maior dificuldade consiste, tal como na macrocomparação, no modo de decomposição comum dos termos a comparar", ou seja, como especifica Moura Vicente, *ob. cit.*, p. 42, "(…) há que decompor o *tertium comparationis* em diferentes subquestões ou problemas específicos relativamente aos quais se indagarão depois as soluções consagradas nos sistemas jurídicos considerados".

tratos no sistema inglês. Segundo esta ordem de ideias, a *law of contract* resulta de uma elaboração sobretudo jurisprudencial e casuística, tendo a lei desempenhado função bastante secundária. Afirma-se mesmo que o direito dos contratos "is the child of commerce"(13). Até a um estádio bastante, o direito inglês permaneceu incólume às influências continentais(14) e, muito em particular, à terceira sistemática germânica. Hoje, contudo, assevera-se que a *law of contract* "is part of law of obligations (…). Broadly, this is a part of private law (…)"(15).

---

(13) Jack Beatson/Andrew Burrows/John Cartwright, *Anson's Law of Contract*, 29.ª ed., Oxford: OUP, 2010, p. 1.

(14) Cf., por todos, sobre a evolução histórica, Michael Furmston, *Cheshire, Fifoot & Furmston's Law of Contract*, 16.ª ed., Oxford: OUP, 2012, pp. 2-39. E, ainda, Paul Richards, *Law of Contract*, 9.ª ed., Essex: Pearson, 2009, pp. 3-12. A *law of contract* remontaria aos séculos XIII e XIV, ainda que o Direito Medieval estivesse pouco interessado nos litígios contratuais, que eram dirimidos fora dos quadros do *common law* (*v.g.*, county courts, borough courts, courts of markets and fairs, courts of universities, courts of the Church, courts of manors, etc.) (Furmston, p. 2). Por outro lado, apenas os *formal contracts* tinham relevância jurídica por força da *action of convenant* e da *action for damages*, tendo esta última dado lugar à *action of debt* (Furmston, p. 3; Richards, p. 3). O passo decisivo seria dado através das *actions of trespass*, que, tendo sido elaboradas para tutelar *wrongs* ou *torts*, acabariam por colmatar a lacuna do *common law* quanto aos *informal contracts* (Furmston, p. 6). A *action of trespass* ficaria conhecida também como *action of assumpsit*, na sequência da famosa decisão *Slade's Case* (1602), ficando sob a competência da Court of the King's Bench (Richards, p. 4). Ao longo dos séculos XVII e XVIII, assistiu-se à progressiva formalização do direito contratual, assim como ao alargamento do âmbito aplicativo da *assumpsit*, nomeadamente ao domínio dos *quasi-contracts* (Furmston, pp. 11-12). O século XIX afirmar-se-ia como o "*golden age*" do direito contratual (Richards, p. 4), com ele surgindo os grandes tratados sobre a matéria (Furmston, p. 13). As influências continentais tornar-se-iam patentes, mediante a tradução dos monumentos de Pothier e Savigny e, bem assim, pelo acolhimento dos princípios da *freedom and sanctity of contracts*, então associados à teoria da vontade *(will theory)* (Furmston, pp. 22-23). O *laissez-faire* oitocentista acabaria, todavia, por ceder ao proteccionismo social, o qual só viria a conhecer um certo recuo no período mais recente do Tatcherismo (Richards, pp. 6-8). Esta alteração de paradigma leva mesmo alguns estudiosos a afirmarem que "it is probably better to regard English contract law as a law of contracts, rather than a law of contract, despite the existence of a generalised framework of rules which govern most contracts (…)" — David Oughton/Martin Davis, *Sourcebook on Contract Law*, 2.ª ed., Cavendish, 2000, p. 2.

(15) Patrick S. Atiyah, *An introduction to the Law of Contract*, 5.ª ed., Oxford: Clarendon, 1995, p. 1. Mais adianta que a *law of obligations* reparte-se por três distintos ramos sendo eles *i*) a *law of contracts, ii*) a *law of torts* e *iii*) a *law of restitution*.

Inexistindo a noção abstracta (e relativamente recente) de negócio jurídico(16), aquela que opera, no direito inglês, é a de *contract*. Duas concepções digladiam-se.

A primeira, de índole formalista, perspectiva-o como uma "promise or set of promises which the law will enforce". A segunda, de tendência consensualista e aparentada ao dogma da vontade, sob influência do jusnaturalista francês Pothier, encara-o como um "agreement giving rise to obligations which are enforced or recognised by law"(17). Estes dois entendimentos exprimem-me, respectivamente, em duas definições que fizeram escola. Por um lado, seguindo a linha formalista, o contrato vem definido como "a promise or a set of promises for the breach which the law gives a remedy, or the performance of which the law in some way recognizes a duty" (Anson)(18). Por outro, na consensualista, vem definido como o "agreement giving rise to obligations which are enforced or recognised by law" (Treitel)(19).

São dois os princípios fundamentais que regem a *law of contract*. Em primeiro lugar, a designada *freedom of contract*, que, de acordo com o ideário do liberalismo clássico, se exprimia na ideia de que "you could choose whom you wanted to contract with, and you could arrive at the terms you wanted by mutual agreement"(20). Mais tarde, porém, com as restrições infligidas à liberdade de escolha e mediante o surgimento do consumidor-contraente, este princípio acabaria por sofrer alguma atenuação(21/22).

---

(16) Neste sentido, p. ex., Paulo Mota Pinto, *Declaração Tácita e Comportamento Concludente no Negócio Jurídico*, Coimbra: Almedina, 1995. Dissertação de Mestrado, pp. 17-18 (n. 36): "As primeiras origens da figura do 'negócio jurídico' parecem proceder — como, aliás, a maioria das figuras que integram a 'Parte Geral' — dos autores jusracionalistas e dos *usus modernus pandectarum*, correspondendo ela a 'um dos resultados mais significativos que a cultura jurídica alemã legou ao pensamento jurídico moderno'". Ainda, Carlos Ferreira de Almeida, *Texto e Enunciado na Teoria do Negócio Jurídico*, Volume I, Coimbra: Almedina (Colecção Teses), 1992. Dissertação de Doutoramento, p. 15 (em especial, n. 53).

(17) Joseph Chitty, *Chitty on Contracts, Volume I — General Principles*, 27.ª ed., Londres: Sweet & Maxwell, 1994, pp. 1-4.

(18) Beatson, *ob. cit.* pp. 1-2.

(19) Treitel, *The Law of Contract*, 9.ª ed., Londres: Sweet & Maxwell, 1995, p. 1.

(20) Atiyah, *ob. cit.*, p. 14.

(21) Atiyah, *ob. cit.*, pp. 15-16.

(22) Beatson, *ob. cit.*, p. 4.

Em segundo lugar, o direito dos contratos reger-se-ia pela designada *sancticty of contracts* — também denominado como "doctrine of the binding force of contract" —, em função do qual a ordem jurídica concede determinadas pretensões *(remedies)* nas hipóteses de incumprimento contratual *(breach)*(23).

Tem-se, por outro lado, suscitado o problema de saber se a boa fé *(good faith)* é, ou não, um princípio vigente na ordem jurídica inglesa e isto tanto na fase da formação, como na fase da execução do contrato? Em termos sintéticos, pode dizer-se que a posição tradicional tenderá a responder que as hipóteses abrangidas por este instituto de raiz continental se encontram devidamente cobertas por outras figuras jurídicas do direito inglês(24). Acontece, contudo, que a "literature of English law has begun to consider much more carefully whether there might not be merit in explicitly recognising the advantages of imposing good faith duties on negotiation and performance", como, de resto, já sucede nos Estados Unidos da América, nomeadamente com por via do American Uniform Commerce Code, cuja Section 1 — 203 dispõe que *"every contracts or duty within this Act imposes an obligation of good faith in its performance or enforcement"*(25).

§2. *Enquadramento dogmático-sistemático da anticipatory breach.* O cumprimento do contrato *(performance of contract)* pode ser, muito simplesmente, definido como a situação pela qual "a party who performs a contract in accordance with its terms is thereby discharged from his obligations under it"(26). O cumprimento deve ser preciso *(precise)* e exacto *(exact)* e isto tanto quanto ao tempo fixado, como quanto ao "standard" requerido pelo contrato(27). Detecta-se, ainda, nesta sede, um princípio de integralidade *(substantial performance)*, segundo o qual "a party cannot

---

(23) Chitty, *ob. cit.*, pp. 8-12.

(24) Furmston, *ob. cit.*, p. 33. E, para mais desenvolvimentos, Oughton, *ob. cit.*, pp. 159-187.

(25) Furmston, *ob. cit.*, p. 34.

(26) Treitel, *ob. cit.*, p. 753.

(27) Beatson, *ob. cit.*, p. 441.

recover payment for the partial performance of an 'entire obligation'"([28]). Este princípio tem conhecido alguma flexibilização designadamente em nome do enriquecimento sem causa *(unjust enrichment)* do contraente fiel([29]).

Em matéria de tempo do cumprimento, vigora a regra geral de que a "performance is due without demand"([30]). Se a estipulação quanto ao tempo do cumprimento enquadrar-se na própria essência do contrato (essence of the contract), então, nessa hipótese, o cumprimento extemporâneo facultará à contraparte o direito de rescisão (rescision). Resta ainda, em matéria do cumprimento, distinguir um standard of strict liability e um standard of due diligence. No primeiro caso, o cumprimento dos deveres contratuais é aferido objectivamente, ou seja, em função do que convencionado pelas partes. No segundo caso, deve averiguar-se se os contraentes, na execução do contrato, respeitaram os deveres de cuidado exigíveis, i.e., se actuaram com fault([31]).

Diversamente, dá-se incumprimento contratual (breach of contract) quando a "party without lawful excuse fails or refuses to perform what is due from him under the contract, or performs defectively or incapacitates himself from performing"([32]). Ao invés do que sucede entre nós — em que importa determinar a específica modalidade de incumprimento para, então, através dessa qualificação, se apurar o regime ao caso aplicável([33]) —, no direito inglês

---

([28]) Macmillan, *ob. cit.*, p. 171.

([29]) Beatson, *ob. cit.*, pp. 454-457.

([30]) Treitel, *ob. cit.*, p. 753.

([31]) Beatson, *ob. cit.*, p. 441. E ainda, Catherine Macmillan/Richard Stone, *Elements of the law of contract*, reimp. ed. de 2009, Londres: University of London 2011, p. 172.

([32]) Treitel, *ob. cit.*, p. 832.

([33]) Assunção Cristas, "Incumprimento Contratual: o Código Civil Português e o DCFR — Notas Comparadas", *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Carlos Ferreira de Almeida*, 2.º Volume, Coimbra: Almedina, 2011, pp. 239-266: "No direito português, a qualificação material do evento desconforme à obrigação contratual é uma operação essencial. Dessa qualificação, feita de acordo com categorias muitas vezes excludentes (por exemplo, mora/incumprimento definitivo, incumprimento total/parcial/defeituoso), decorre a aplicação de um certo regime jurídico. Por isso a chave está na correcta qualificação desse mesmo evento" (248).

essa distinção não é decisiva para aferir as pretensões (remedies) aplicáveis ([34]).

Ainda assim, os tratadistas ingleses têm apontado, como tipologias de incumprimento, *i*) a *renunciation, repudiation or refusal to perform*, *ii*) a *impossibility created by on party* e *iii*) a *defective performance*([35]). A primeira hipótese dá-se quando a parte declara não querer prosseguir com o contrato([36]), sendo, então, relevante distinguir se o preceito negocial violado consubstancia uma "promise" ou mera "condition"([37]). A segunda modalidade ocorre sempre que a realização da prestação se torna impossível por "act or default of one party". Em qualquer destas hipóteses, porém, não existirá incumprimento se a inexecução for devidamente justificada por uma "lawful excuse" anterior à conduta([38]).

É hoje aceite que as referidas duas primeiras modalidades de incumprimento podem ocorrer antes ou depois do tempo fixado para o cumprimento. O incumprimento ocorrido antes do vencimento tem unitariamente sido designado de *anticipatory breach*([39]/[40]) ou de *anticipatory repudiation*([41]). Esta ocorre, portanto, quando "before performance is due, a party *either* renounces the contract *or* disables himself from performing it"([42]). Embora com antecedentes, a teoria da *anticipatory breach* acabou por colher expressa previsão na decisão *Hochster v De La Tour (1853)*. Assim([43]):

([34]) Beatson, *ob. cit.*, p. 507.

([35]) Beatson, *ob. cit.*,pp. 512-524 e TREITEL, *ob. cit.*, pp. 832-836.

([36]) Beatson, *ob. cit.*, p. 512.

([37]) Treitel, *ob. cit.*, pp. 832-834.

([38]) Treitel, *ob. cit.*, pp. 835-836.

([39]) Beatson, *ob. cit.*, pp. 512-524. E ainda P. M. Nienaber, "The Effect of Anticipatory Repudiation: Principle and Policy", *The Cambridge Law Journal*, CUP, Volume 20, N.º 2 (Nov./1962), pp. 213-233 (216).

([40]) Para uma crítica terminológica, Furmston, *ob. cit.*, p. 614: "The word anticipatory is perhaps a little misleading, for at first sight it seems illogical to admit that a contract can be capable of breach before the time for its performance has arrived".

([41]) Qiao Liu, "Claiming damages upon an anticipatory breach: why should an acceptance be necessary?", *Legal Studies*, John Wiley and Sons, Volume 25, N.º 4 (2005), pp. 559-577 (559, n. 2).

([42]) Treitel, *ob. cit.*, p. 857.

([43]) Hochster v De La Tour [1853] EWHC QB J72, consultável na Internet em <www.bailii.org>. (Consulta efectuada no dia 27/07/2015).

> No dia 12 de Abril de 1852, Autor e Réu acordaram que o segundo iria trabalhar para o primeiro, exercendo as funções de carteiro numa viagem de três meses pela Europa. A actividade apenas deveria ter início a partir do dia 1 de Junho de 1852. Acontece que, no dia 11 de Maio, antes do termo fixado para o início da actividade, o Réu declarou que não efectuaria a sua prestação, exonerando o Autor dos seus deveres. Este veio, porém, no dia 22 de Maio, intentar uma acção contra aquele.

A decisão constitui o *leading case* na matéria e dela resulta a *ratio decidendi* de acordo com a qual um repúdio definitivo e incondicional do contrato por uma das partes, comunicado à outra, confere à última a possibilidade de optar pela aceitação do repúdio (podendo exercer pretensão indemnizatória)([44]) ou pela sua rejeição (permanecendo o contrato em execução)([45]). Apesar das inúmeras críticas que lhe têm vindo a ser dirigida([46]), a verdade é que esta regra se encontra, hoje, bem estabelecida([47]). A decisão assenta sobre a teoria da *implied promise* e, conforme melhor resulta do *ober dicta* proferido por Lord Campbell, "(…) where there is a contract to do an act on a future day, there is a relation constituted between the parties in the meantime by the contract, and they impliedly promise that in the meantime neither will do anything to the prejudice of the other inconsistente with that relation"([48]).

([44]) Quanto aos efeitos da aceitação ou não aceitação do repúdio — *infra*, II, 5.

([45]) Cf., por todos, P. M. Nienaber, "The Effect of Anticipatory Repudiation: Principle and Policy", *The Cambridge Law Journal*, Cambridge University Press, Volume 20, N.º 2 (Nov./1962), pp. 215-216.

([46]) Sobre estas críticas, Arthur L. Corbin, *Corbin on Contracts*, *Volume I*, Minnesota: West, 1952, pp. 944-946.

([47]) Treitel, *ob. cit.*, p. 860.

([48]) Hochster v De La Tour [1853]. Sobre a teoria da "promessa implícita", Francis Dawson, "Metaphors and Anticipatory Breach of Contract", *The Cambridge Law Journal*, CUP, Volume 40, N.º 1 (Apr./1981), p. 100: "The principle established in *Hochster v De la Tour* no longer appears to enlarge the obligations of the repudiating party. Once it is appreciated that an anticipatory renunciation, which causes the innocent party to treat himself as excused, amounts to an actual prevention of the implied condition precedent to the innocent party's right to call for the counter-performance, the conclusion that the innocent party is immediately entitled to maintain his action is quickly reached. As the prevention is an actual breach of an implied promise not to prevent compliance with conditions precedent, it is difficult to see what reason there can be to make the innocent party wait until the date of performance has passed before commencing his action. Why should the innocent party not be allowed to sue immediately?".

Todavia, já antes de *Hochster v De La Tour*, o problema obtinha acolhimento científico e juspositivo na ordem jurídica inglesa([49]/[50]). Após um período de desinteresse pela questão([51]), os tribunais viram-se confrontados com a necessidade de acautelar a confiança do contraente fiel perante a recusa do dever de prestar. Mantiveram-se, porém, avessos à cessação unilateral da relação contratual. Neste contexto, a solução inicialmente encontrada passaria pela equiparação do repúdio a uma proposta de rescisão *(offer to rescind)*, que, depois de aceite pela contraparte, daria lugar à cessação contratual([52]). Esta construção, apesar de encarada como uma ficção([53]), ainda persistiu na jurisprudência posterior a *Hochster v De La Tour*([54]) e mantém o seu lastro no actual regime da *anticipatory breach*([55]). O passo decisivo foi dado pela concepção de que uma "(…) action for wrongful repudiation is a failure to perform the main promise"([56]) ou, noutros termos, o repúdio conforma uma directa violação da obrigação principal e não de uma qualquer obrigação implícita([57]). Mais recentemente têm sido propostas análises económicas do repúdio, nomeadamente com reporte ao problema do cômputo dos danos([58]). Fica, contudo, por saber se estas "justificações meramente pragmáticas"([59]) representam verdadei-

---

([49]) Nienaber, *ob. cit.*, pp. 216-217: "Thus the principle of an anticipatory breach of contract was recognised long before *Hochster v. De La Tour*, and this in turn eventually paved the way for the recognition of anticipatory repudiation as a distinct form of breach of contract".

([50]) Cf., entre nós, para uma síntese histórico-dogmática, Ferreira de Almeida, *Recusa…*, pp. 295-296 e Farrajota, *ob. cit.*, pp. 304-309.

([51]) Nienaber, *ob. cit.*, p. 217 — cf., entre outros, *Phillpotts v Evans (1839); Ripley v McClure (1849)*.

([52]) Nienaber, *ob. cit.*, p. 218.

([53]) Nienaber, *ob. cit.*, *loc. cit.*

([54]) Nienaber, *ob. cit.*, p. 220.

([55]) *Infra*, II, 2.

([56]) Dawson, *ob. cit.*, p. 100.

([57]) Assim, Ferreira de Almeida, *Recusa…*, p. 295: "Criticada por não passar de uma ficção, esta tese abriu caminho a uma outra que reconduz o fundamento da *anticipatory breach* ao fundamento comum de qualquer das modalidades de *breach of contract*, ou seja, à violação da promessa contratual em si mesma *('failure to perform the main promise')*, ainda que concebida de modo mais amplo do que o tradicional".

([58]) Nienaber, *ob. cit.*, pp. 225 e ss.

([59]) Ferreira de Almeida, *Recusa…*, p. 296.

ros fundamentos ou se, ao invés, constituem simples explicações parcelares do regime jurídico da *anticipatory breach*?

2. A manifestação de recusa: forma, modalidades e requisitos de eficácia

A manifestação da recusa não está sujeita a forma especial([60]), mas pode ser explícita, implícita ("by conduct") ou "inferred from silence"([61]). A manifestação é implícita quando for razoável inferir da sua conduta que a parte não pretende cumprir com os deveres contratuais aos quais se encontra adstrita([62]). A recusa juridicamente eficaz deve ser clara *(clear)* e absoluta *(absolute)*([63]), pelo que o contraente inadimplente deve expressar uma "intention clear beyond reasonable doubt no longer to perform his side of the bargain"([64]). Não configuram, assim, *anticipatory breach* o mero pedido de modificação do conteúdo contratual, a solicitação de "cancellation" ou divergências interpretativas([65]).

3. Aceitação e rejeição da recusa pelo contraente fiel

Tem-se entendido que os efeitos da *anticipatory breach* dependem da aceitação da recusa pelo contraente fiel. Vale, pois, a

---

([60]) Corbin, *Corbin on Contracts*, *Volume I*, p. 962: "In order that a mere expression of intention not to perform in the future may be an anticipatory breach, it is necessary that expression shall be communicated to the other party. A letter of repudiation that is written but never mailed, a statement to a third person without in any way authorizing him to repeat it to the other party to the contract, will not be operative as an anticipatory breach".

([61]) Beatson, *ob. cit.*, pp. 512-513; Furmston, *ob. cit.*, p. 674; Macmillan, *ob cit.*, p. 175 e Treitel, *ob. cit.*, 857.

([62]) Furmston, *ob. cit.*, *loc. cit.*

([63]) Macmillan, *ob cit.*, p. 175 e Treitel, *ob. cit.*, p. 857.

([64]) Furmston, *ob. cit.*, p. 675. Neste sentido, Macmillan, *cit.*, p. 175: "(…) the renunciation must be such as to prove that the party in breach has 'acted' such a way as to lead a reasonable man to conclude that he did not intend to fulfil his part of the contract".

([65]) Corbin, *cit.*, pp. 960-963.

regra de que não existe uma "automatic termination"([66]), na medida em que "the guilty party should not be allowed to rely on his own wrong so as to obtain a benefit under the contract or to excuse his own failure of further performance, or in some other way to prejudice the injured party's legal position under the contract"([67]). Assim, confrontado com o repúdio, o contraente fiel vê-se investido no direito de opção entre aceitação ou rejeição desse repúdio([68]). No primeiro caso, o repúdio acarreta a *termination* do contrato, ficando as partes desvinculadas das suas obrigações. Na segunda hipótese, o repúdio acarreta a *affirmation* do contrato, mantendo-se o mesmo em execução([69]).

A aceitação da *repudiation* pode ser expressa ou tácita([70]).

Ela será juridicamente eficaz se for completa *(complete)* e inequívoca *(unequivocal)*, não havendo lugar a declarações de aceitação meramente parciais([71]). A aceitação do repúdio dá lugar ao direito de indemnização *(damages)* e ao direito de resolução *(rescission)*. Neste último caso, porém, o incumprimento tem de consubstanciar uma "substantial failure in performance"([72/73]).

([66]) A presente regra teve origem no *ober dicta* proferido pelo Lord Chief of Justice Cockburn, no âmbito do caso *Frost v Knight (1872)*. Assim, nessa passagem, vem referido que "[t]he promisee, if he pleases, may treat the notice of intention as inoperative and await the time when the contract is to be executed and then hold the other party responsible for all the consequences of non-performance; but in that case he keeps the contract alive for the benefit of the other party as well as his own; he remains to all his own obligations and liabilities under it and enables the other party not only to complete the contract, if so advised, notwithstanding, his previous repudiation of it, but also to take advantage of any supervening circumstance which would justify him declining to complete it" — Corbin, *ob. cit.*, p. 967 e Nienaber, *cit.*, p. 223.

([67]) Treitel, *ob. cit.*, p. 844.

([68]) *Infra*, II, 5.

([69]) Furmston, *ob. cit.*, p. 680.

([70]) Treitel, *ob. cit.*, p. 858.

([71]) *Ibidem*, p. 859.

([72]) *Ibidem*, pp. 859-860.

([73]) Furmston, *ob. cit.*, p. 683: "A party who treats a contract as discharged is often said to *rescind* the contract. To describe the legal position in such a manner, however, must inevitably mislead and confuse the unwary. In its primary and more correct sense, as we have already seen, rescission means the retrospective cancellation of a contract *ab initio*, as for instance where one of the parties has been guilty of fraudulent misrepresentation. In such a case the contract is destroyed as if it had never existed, but its discharge by

Uma vez comunicada, a aceitação é irretractável e irrevogável([74]).

Se o contraente fiel rejeitar o repúdio, o contrato permanece em execução e as partes ficam adstritas ao programa obrigacional, não podendo ser intentada qualquer acção por *damages*([75]). Fez escola o trecho de Asquith, de acordo com o qual "an unaccepted repudiation is a thing writ in water and of no value to anybody: it confers no legal rights of any sort or kind". Trata-se, sem dúvida, de uma fórmula impressiva, mas algo exagerada. Com efeito, reunidos determinados pressupostos em *equity*([76]), o contraente fiel poderá designadamente lançar mão de uma *order of specific performance*([77]).

Se bem que a "offer-theory" tenha sido abandonada como teoria explicativa do repúdio, o seu lastro persiste no regime actualmente vigente, nomeadamente em matéria de eleição do contrato([78]/[79]). Mais recentemente, a necessidade de eleição tem sido fortemente debatida([80]/[81]). Nesta querela, suscitam-se dois tipos de questões:

---

breach never impinges upon rights and obligations that have already matured. It would be better therefore in this context to talk of *termination* or *discharge* rather than of *rescission*".

([74]) Furmston, *ob. cit.*, pp. 684-685.

([75]) Treitel, *ob. cit.*, pp. 864-865.

([76]) A este propósito, p. ex., Ferreira de Almeida/Morais Carvalho, *ob. cit.*, pp. 78-79; 87-88, salientando que "[a]pesar de, no final do século XIX, os *Judicature Acts* terem eliminado a separação entre os tribunais que aplicavam *common law* e a *Chancery*, único tribunal que aplicava regras de *equity*, não se pode dizer que a distinção tenha desaparecido. Continua a ser um critério de divisão do direito inglês, comparada por alguns à oposição direito público-direito privado que não pertence à tradição anglo-saxónica".

([77]) Qiao Liu, *ob. cit.*, p. 576 (n. 70): "Asquith LJ's statement was later criticised as an overgeneralisation, and it now seems questionable to what extent it was recognized by English law". E ainda, Furmston, *ob. cit.*, p. 682.

([78]) Salientando um abandono da necessidade da *election*, mas citando apenas jurisprudência norte-americana para o efeito, Corbin, *ob. cit.*, pp. 967-968: "In a number of well-considered recent cases, the doctrine that an anticipatory breach is not a breach until is accepted as such by the injured party has been repudiated. Their reasoning is convincing and they should now be accepted as having established the law".

([79]) Nienaber, *ob. cit.*, pp. 222-223.

([80]) *Ibidem*, pp. 224-225.

([81]) Dawson, *ob. cit.*, pp. 102-103.

a) a aceitação é condição necessária à propositura da acção indemnizatória?

b) a aceitação é condição necessária para que o repúdio consubstancie verdadeiro incumprimento?([82]/[83]).

4. (Ir)revogabilidade da recusa

Contrariamente ao que sucede nos Estados-Unidos da América, a ordem jurídica inglesa parece não admitir a revogação da recusa([84]/[85]).

5. Efeitos

Consoante o contraente fiel aceite ou rejeite o repúdio, os efeitos serão distintos([86]).

A aceitação da *repudiation* convoca duas principais modalidades de pretensões *(remedies)*: direito indemnizatório *(damages)* e direito de resolução *(termination)*([87]).

Os *damages* possuem, em regra, finalidade meramente compensatória([88]), correspondendo a uma soma pecuniária que é calculada através de uma específica operação designada como "quanti-

---

([82]) Qiao Liu, *cit.*, pp. 559-560.

([83]) Qiao Liu, *cit.*, pp. 560 e ss.

([84]) Ferreira de Almeida, *Recusa…*, p. 294: "Em comparação com o direito inglês, há porém, no direito norte-americano, duas diferenças assinaláveis: (…) 1.ª — A declaração de *repudiation* é revogável, enquanto não tiver havido reacção da outra parte".

([85]) Corbin, *cit.*, pp. 965-966, citando decisões norte-americanas. Por outro lado, Nienaber, *cit.*, p. 222, sem citar jurisprudência inglesa, refere que "(…) repudiation alone can effectively be nullified by (…) the repudiator himself (by retracting his repudiation)".

([86]) Treitel, *ob. cit.*, pp. 859-865.

([87]) Treitel, *ob. cit. loc. cit.*

([88]) Beatson, *ob. cit.,* p. 534. E, ainda, Macmillan, *ob. cit.*, p. 195: "The purpose of an award of damage is to compensate the injured party, not to punish the party in breach".

fying" ou "assessing"([89]). Esse cálculo faz-se geralmente à data do incumprimento([90/91]). Entre o momento da aceitação do repúdio e o tempo fixado para o cumprimento não recai normalmente sobre a parte lesada um dever de mitigar os danos *(mitigation of losses)*, exigindo-se apenas que aquele actue razoavelmente *(reasonably)*([92]). O regime indemnizatório está sob a alçada da *freedom of contract*, podendo as partes definir o quadro aplicável. Cabe, porém, neste âmbito, distinguir as *penalty clauses* e os *liquitaded damages*([93]). Se bem que a distinção possa ser, em concreto, extremamente difícil e a qualificação atribuída não se afigura decisiva([94]), importa, ainda assim, efectuá-la porque as *penalty clauses* serão, em regra, inválidas por considerarem-se convencionadas *in terrorem*. Os *liquidated damages* configuram, por seu turno, uma "genuine pre-estimate of the *actual* loss"([95]), ou seja, o montante devido à parte lesada corresponde ao que for previamente estabelecido([96]).

A aceitação do repúdio confere um "right to rescind", desde que se ache preenchida uma "substantial failure of performance"([97]). As partes vêem-se, nesta hipótese, desvinculadas do programa obrigacional.

A rejeição do repúdio implica que as partes permaneçam adstritas ao vínculo contratual([98]). Não obstante, como já aludido, a fórmula de Asquith — de acordo com a qual "an unaccepted repudiation is a thing writ in water" — conhece vários desvios. Desde

---

([89]) Treitel, *ob. cit.*, p. 944.

([90]) Beatson, *ob. cit.*, p. 535.

([91]) Quanto aos métodos de cálculo, Macmillan, *cit.*, pp. 196-197.

([92]) Beatson, *ob. cit.*, pp. 555-556.

([93]) Treitel, *ob. cit.*, pp. 999-1000.

([94]) Beatson, *ob. cit.*, p. 566: "In construing the terms 'penalty' and 'liquidated damages' when inserted in a contract, the Courts will not be bound by the phraseology used, but will look to the substance rather than to the form. The parties may call the sum specified 'liquidated damages' if they wish, but if the Court finds it to be a penalty, it will be treated as such. Conversely, if the parties had described the sum fixed as a 'penalty', but it turns out to be a genuine pre-estimate of the loss, it will be treated as liquidated damages".

([95]) Treitel, *cit.*, p. 999.

([96]) Beatson, *cit.*, p. 570.

([97]) Treitel, *cit.*, p. 860.

([98]) Treitel, *cit.*, pp. 864-865.

logo é permitido ao contraente fiel recorrer a uma *order of specific performance*. Este mecanismo judicial, fundado na *equity*(99), corresponde a uma "order (…) by which the Court direct the defendant to perform the contact, and in accordance with its terms"(100). Todavia, esta *specific performance* configura um "exceptional remedy"(101).

Além de assumir natureza subsidiária diante os *damages*(102), ela é de aplicação discricionária (mas não arbitrária)(103), podendo ser negada num conjunto alargado de hipóteses(104). Outra pretensão fundada em *equity* é a designada *injunction*(105). Apresentando também carácter discricionário(106), ela destina-se essencialmente a executar contratos que contenham uma *negative stipulation*. Verificam-se duas modalidades. Por um lado, as *prohibitory injunctions*, que visam travar o incumprimento de um "negative contract or stipulation". Por outro, as *mandatory injunctions*, que têm por finalidade restaurar a situação que existiria se não tivesse ocorrido *breach of contract*(107).

---

(99) Em *common law* há também lugar a um tipo de execução específica, muito embora destinada ao cumprimento de obrigações de natureza pecuniária. Trata-se da *action for an agreed sum* — cf., por todos, TREITEL, *cit.*, pp. 1013-1019.

(100) BEATSON, *ob. cit.*, p. 575.

(101) MACMILLAN, *cit.*, p. 209.

(102) BEATSON, *ob. cit.*, pp. 575-576; MACMILLAN, *ob. cit.*, p. 209 e TREITEL, *ob. cit.*, p. 1020.

(103) MACMILLAN, *ob. cit.*, p. 209 e TREITEL, *ob. cit.*, p. 1026.

(104) MACMILLAN, *ob. cit.*, pp. 209-210 e TREITEL, *ob. cit.*, pp. 1026-1029.

(105) TREITEL, *ob. cit.*, p. 1040.

(106) MACMILLAN, *ob. cit.*, p. 212.

(107) BEATSON, *ob. cit.*, pp. 581 e ss.

III. A recusa do dever de prestar antes do vencimento da obrigação na ordem jurídica portuguesa

6. Enquadramento dogmático-sistemático

Em sede das obrigações *em geral*, o Código Civil de 1966 dedica uma secção autónoma (arts. 762.º a 789.º) ao cumprimento, nela tendo feito incluir, por razões sobretudo pragmáticas, vários aspectos ligados à obrigação que podiam ter obtido alternativamente arrumação dispersa([108]/[109]). O legislador partiu do pressuposto que o cumprimento consubstancia "o modo normal de extinção das obrigações"([110]) e, assim, acabou por incluir no texto final a regra de que "o devedor cumpre a obrigação quando realiza a prestação a que está vinculado" (art. 762.º, n.º 1)([111]).

([108]) Adriano Vaz Serra, *Do cumprimento como modo de extinção das obrigações*, BMJ, N.º 34 (1953), pp. 5-212. O Autor procede à comparação de várias sistemáticas legais, salientando que "[a]lguns Códigos tratam da matéria do cumprimento das obrigações em lugares distintos, parte a propósito dos efeitos das obrigações, parte a propósito da extinção dela (vid., por exemplo, o Código francês, arts. 1.234.º e seguintes e 1.235.º e seguintes), ou parte acerca do conteúdo da obrigação e parte acerca da extinção das obrigações (vid. Código alemão, §§ 241.º e seguintes e 362.º e seguintes; Código grego, arts. 287.º e seguintes e 416.º e seguintes. // Os Códigos brasileiro (arts. 930.º e seguintes) e suíço (arts. 68.º e seguintes) regulam-na entre os efeitos das obrigações). // O Código italiano ocupa-se do *cumprimento das obrigações* em capítulo independente (cap. II, arts. 1.176.º e seguintes) e mais adiante (cap. IV, art. 1.230.º e seguintes) *dos modos de extinção das obrigações diversos do cumprimento*" (6). Após manifestar dúvidas quanto à sistemática a adoptar, optou por tudo agregar numa única parte, nela abrangendo a "(…) natureza e requisitos do cumprimento; quem pode cumprir; a quem deve ser feita a prestação; imputação do pagamento havendo vários créditos; prova do cumprimento; direito de exigir quitação e restituição do título da obrigação" (p. 9).

([109]) Quanto ao problema terminológico, Almeida Costa, *ob. cit.*, p. 994; Menezes Cordeiro, *Tratado…*, II, Tomo IV, pp. 23-24; João de Matos Antunes Varela, *Das obrigações em Geral*, Volume II, 7.ª ed. (5.ª reimp.), Coimbra: Almedina, 2010, p. 14 (n. 3) e Vaz Serra, *Do cumprimento…*, p. 5 (n. 1). Empregue na linguagem comum também com o sentido de *cumprimento*, o termo *pagamento* deverá ficar juridicamente reservado para o *cumprimento de obrigações pecuniárias*. Do mesmo modo e num sentido jurídico, o vocábulo *liquidação* deverá reportar-se à operação de determinação de um valor ou, então, à solução da massa insolvente.

([110]) Vaz Serra, *Do cumprimento…*, p. 5.

([111]) Neste preciso sentido, Pires de Lima/Antunes Varela, *Código Civil Anotado*, Volume II, 4.ª ed. revista e actualizada, Coimbra: Coimbra Editora, 1997, p. 1,

Assim, nos termos deste preceito, *cumprir* a obrigação parece equivaler, a final, a *extinguir* a obrigação, numa evidente assimilação entre cumprimento — extinção([112]). Não obstante, atenta a natureza analítica e complexa da realidade obrigacional, apenas a efectivação da prestação principal — e, eventualmente, da(s) prestação(ões) secundária(s) — consubstancia aquilo a que, com rigor, corresponde ao "cumprimento". Nesta precisa medida, o cumprimento em sentido estrito não determina necessariamente a extinção da obrigação, porque esta pode permencer sobre o sustentáculo dos deveres acessórios([113]/[114]).

---

quando, em abertura à anotação do art. 762.º, referem que "[a] obrigação extingue-se normalmente pelo cumprimento, ou seja, quando o devedor realiza a prestação a que está vinculado". Em sentido similar, Luís Menezes Leitão, *Direito das obrigações*, *Volume II — Transmissão e Extinção das obrigações. Não Cumprimento e Garantias do Crédito,* Coimbra: Almedina, 2002, p. 137, ao afirmar que o cumprimento "(…) corresponde à situação normal de extinção da obrigação, através da concretização da conduta a que o credor tinha direito".

([112]) Refere, a este propósito, Antunes Varela, *Das obrigações*…., II, p. 9 (n. 2), uma tríplice forma de encarar o cumprimento: 1) observância do dever de prestar (prestação debitória), 2) satisfação do interesse do credor e 3) liberação do credor).

([113]) Adopta-se em texto, por facilidade expositivo-conceptual, uma perspectiva paradigmática da obrigação, por forma a nela incluir o dever de prestar principal, o(s) do(s) dever(es) de prestar secundário(s) e os deveres acessórios. Deve, em todo o caso, destacar-se que a realidade obrigacional é mais complexa. Neste sentido, por todos, e Menezes Cordeiro, *Tratado…,* II, Tomo I, pp. 297-309 e 441-495: "Em termos estruturais, o que há de mais típico na obrigação é a relação específica entre duas pessoas. O dever de prestar/direito à prestação pertence ao núcleo; os deveres secundários ao halo central; os deveres acessórios, à periferia. Tudo isso fica aglutinado na ideia de obrigação". Logo acrescenta, contudo, que "[a]o admitirmos conceitos omnicompreensivos, rendemo-nos a uma evidência: a de que nem sempre é possível defini-los logicamente e absolutamente". E, assim, conclui que "[a] obrigação *in totum* é um vínculo que relaciona duas pessoas em termos de uma delas dever assegurar, à outra, uma vantagem: seja uma prestação, seja uma realidade que, na prestação, não se esgote. Ficam abrangidos os deveres secundários e os deveres acessórios; e fica abrangida a obrigação sem dever de prestar: seja por só ter deveres secundários e acessórios (os direitos pessoais de gozo), seja por só ter deveres acessórios (a obrigação sem dever de prestar)" (306-307). Mas, além do dever de prestar em sentido amplo e dos deveres acessórios, haverá que contar com "(…) outros elementos que não se podem reconduzir aos vínculos obrigacionais referidos. Esse fenómeno é possível sem perturbar a lógica de conjunto: basta ver que a obrigação é um conceito compreensivo e não analítico. // Assim, quer na posição do credor, quer na do devedor, podem surgir poderes, sujeições, faculdades, expectativas, excepções e encargos. Também ocorrem situações de funcionalização, tanto de direitos ou poderes, como deveres. E as obrigações são, ainda, complementadas ou enriquecidas através de deveres genéricos e de protecções reflexas" (488).

([114]) Menezes Cordeiro, *Tratado…*, II, Tomo IV, pp. 59-60. Embora o efeito

A matéria do cumprimento acha-se norteada por três vectores basilares([115/116]): a boa fé (art. 762.º, n.º 2), a pontualidade (art. 406.º)([117]) e a integralidade (art. 763.º)([118]), podendo distinguir-se dois momentos: o momento a partir do qual o credor pode exigir o cumprimento da obrigação (exigibilidade, vencimento, *Fälligkeit*) e o momento a partir do qual o devedor pode cumprir a obrigação (pagabilidade, *Erfüllbarkeit*)([119]). As obrigações sem prazo ou incondicionadas (obrigações puras) são exigíveis e pagáveis a todo tempo (art. 777.º, n.º 1). Nas obrigações aprazadas ou a termo([120]), ao invés, o cumprimento "não pode ser *exigido* ou *imposto* à outra parte antes de decorrido certo período ou chegada

---

típico do cumprimento seja a extinção da obrigação, há que contar com as hipóteses das obrigações duradouras e dos designados deveres acessórios. Estes últimos, na realidade, podem "(…) subsistir ao cumprimento. *Summo rigore*, o efeito extintivo manifesta-se, apenas, relativamente à prestação principal e às prestações secundárias que venham a ser executadas".

([115]) Cf., por todos, Antunes Varela, *Das obrigações…*, II, pp. 10-16; Brandão Proença, *Lições de Cumprimento e Não Cumprimento das obrigações,* Coimbra: Coimbra Editora, 2011, pp. 56-61; Menezes Cordeiro, *Tratado…*, II, Tomo IV, pp. 31-33 e Menezes Leitão, *Direito das obrigações*, II, pp. 138-142.

([116]) Quanto à existência de um princípio da concretização, v., em sentido afirmativo, Menezes Cordeiro, *Tratado…*, II, Tomo IV, p. 33, afirmando que o mesmo "(…) reúne o conjunto dos parâmetros necessários para transmutar o teórico comportamento devido, previsto na obrigação, numa atitude concreta, real e efectiva. Entre esses parâmetros, sobressaem, naturalmente, pela ordem em que vêm tratados no Código Civil: — quem pode fazer a prestação (legitimidade activa); — a quem pode a prestação ser feita (legitimidade passiva); — lugar da prestação; — prazo da prestação; — imputação do cumprimento"). Contra, Brandão Proença, *Lições…*, pp. 60-61, salientando que o problema passa por "(…) saber se o devedor, tendo o dever de cumprir (…), tem igualmente um direito ao cumprimento (materialmente não subsumível ao direito de impor uma solução conservatória do contrato face a uma resolução 'excessiva' pretendida pelo credor)".

([117]) Sobre o princípio, adverte Luís Menezes Leitão, *Direito das obrigações*, II, p. 138, que o mesmo se encontra "(…) deslocadamente consagrado no art. 406.º, n.º 1, a propósito dos contratos, quando é aplicável a todas as obrigações". E, em sentido semelhante, Antunes Varela, *Das obrigações…*, II, p. 14.

([118]) No sentido de que a integralidade é um corolário da pontualidade, Antunes Varela, *Das obrigações…*, II, p. 16 e Brandão Proença, *Lições…*, pp. 58-59.

([119]) Antunes Varela, *Das obrigações…*, II, pp. 40-41 e Menezes Leitão, *Direito das obrigações*, II, pp. 152-153.

([120]) Sobre os mecanismos de determinação (ou fixação) do prazo, *vide* Menezes Cordeiro, *Tratado…*, II, Tomo IV, pp. 35-37 e Menezes Leitão, *Direito das obrigações*, II, pp. 153-154.

certa data"([121]). Se o prazo for estabelecido a favor do devedor, a obrigação é pagável a todo o tempo, mas só exigível na data fixada para o cumprimento([122]). Se o prazo for estabelecido a favor do credor, a obrigação é logo exigível, mas o devedor só dela se pode exonera na data fixada. Se o prazo for estabelecido simultaneamente a favor do credor e do devedor, nem o credor pode exigir o cumprimento, nem tão-pouco o devedor pode antecipá-lo, salvo convenção em contrário([123]).

Depois de tratar do cumprimento, o legislador civil reuniu a matéria do "não cumprimento" sob uma secção autónoma (arts. 790.º a 812.º). Impõem-se preliminarmente algumas precisões terminológicas. Sob a expressão "não-cumprimento" ficam abrangidas as hipóteses de impossibilidade superveniente, incumprimento definitivo e mora([124]). O termo "inexecução"([125]) liga-se à própria prestação. Neste sentido, diz-se "cumprir uma obrigação" ou — atomisticamente([126]) — "cumprir um dever" e, por outro lado, "execução/

([121]) Antunes Varela, *Das obrigações…*, II, p. 42.

([122]) Brandão Proença, *Lições…*, p. 76.

([123]) Almeida Costa, *ob. cit.*, pp. 1013-1014; Antunes Varela, *Das obrigações…*, II, p. 44 e Menezes Cordeiro, *Tratado…*, II, Tomo IV, pp. 38-39.

([124]) Assim tb., qualificando o termo de "inóquo", Menezes Cordeiro, *Tratado…*, II, Tomo IV, p. 107. E ainda, Inocêncio Galvão Telles, *Direito das obrigações*, 7.ª ed. (reimp.), Coimbra: Coimbra Editora, 2010, pp. 299 e 340-342. A respeito do não-cumprimento, talvez se pudesse, ainda, distinguir entre um *não-cumprimento em sentido amplo* e um *não-cumprimento em sentido estrito*. No primeiro caso, com o sentido precisamente fixado em texto, ou seja, abrangendo a impossibilidade superveniente, o incumprimento definitivo e a mora. No segundo caso, em sinonímia com o incumprimento definitivo. Neste último caso, então, poder-se-ia falar, indistintamente, em não-cumprimento *stricto sensu*, incumprimento definitivo ou "inadimplemento. Todavia, parece ser uma distinção que traz mais confusão do que utilidade.

([125]) Galvão Telles, *ob. cit.*, *loc. cit.*: "Por vezes o credor não obtém a presta- ção devida ou não a obtém nas exactas condições em que ela tinha de ser efectuada. // Verifica-se nesses casos a *inexecução da obrigação* e torna-se necessário saber que consequências derivam daí". E, entre outros, Brandão Proença, *Lições…*, p. 464.

([126]) Parece ser precisamente esta dimensão analítica que alicerça o conceito mais abrangente de "direito da perturbação das prestações" e que, segundo Menezes Cordeiro, *Tratado…*, II, Tomo IV, pp. 111-117, é uma "(…) expressão que [que] nem é conceitualmente rigorosa, uma vez que abrange, por exemplo, a violação de meros deveres de protecção e de outros deveres acessórios; melhor ficaria 'perturbação da relação obrigacional'". Por sua vez, de acordo com Almeida Costa, *ob. cit.*, p. 1033 (n. 1), trata-se de uma terminologia "desnecessária" e "pouco adequada" diante a "nossa terminologia tradicional".

/realização da prestação". E o que dizer do termo "incumprimento"? O texto legal não oferece qualquer noção. Atendendo, contudo, à sistemática perfilhada e às coordenadas dogmáticas existentes, pode alcançar-se um sentido útil(127).

Se o cumprimento da obrigação corresponde à realização da prestação principal (e eventuais prestações secundárias), poder-se-ia, então, sustentar que o seu "incumprimento" ou "inadimplemento"(128) sobrevém através da não realização dessas prestações. Uma noção tão ampla possui, todavia, pouco valor explicativo e é inclusivamente susceptível de abranger as mais diversas causas extintivas das obrigações (arts. 837.º e seguintes)(129). Importa, pois, estreitar os quadros conceptuais e, assim, definir o incumprimento como a "não realização, pelo devedor, da prestação devida, enquanto essa não realização corresponda à violação da norma que lhe era especificamente dirigida e lhe cominava o dever de prestar"(130). Desta noção ficam afastadas as hipóteses de impossibilidade da prestação(131). O que é, aliás, coerente com o disposto no art. 801.º, n.º 1, que se limita a efectuar uma mera "equiparação de regimes"(132). Para abarcar os o incumprimento e a impossibili-

---

(127) Sobre os preparatórios, Menezes Cordeiro, *Tratado…*, II, Tomo IV, pp. 103-104, sublinha que "[a] preparação do Código Civil, na área relativa ao não cumprimento das obrigações, foi atormentada. O Prof. Vaz Serra, ainda que em escritos de grande profundidade, estudou separadamente os temas do cumprimento, da impossibilidade não imputável ao devedor, da impossibilidade imputável ao devedor e do cumprimento imperfeito (…). // Daqui resultou um total de muitas centenas de páginas que, ainda hoje, está por absorver pela doutrina portuguesa. Todavia, o Código acabou por se ressentir, aparentando pouca unidade, neste domínio".

(128) Almeida Costa, *ob. cit.*, p. 1033 e Menezes Cordeiro, *Tratado…*, II, Tomo IV, p. 103.

(129) Antunes Varela, *Das obrigações…*, II, p. 62: "O não cumprimento pode assim definir-se, com maior propriedade, como a não realização da prestação debitória, sem que entretanto se tenha verificado qualquer das causas extintivas típicas da relação obrigacional".

(130) Menezes Cordeiro, *Tratado…*, II, Tomo IV, p. 105.

(131) Menezes Cordeiro, *Tratado…*, II, Tomo IV, p. 106.

(132) Menezes Cordeiro, *Tratado…*, II, Tomo IV p. 106. Contra a exclusão da impossibilidade superveniente do domínio do não cumprimento/incumprimento (usados pela A. como sinónimos), cf. Patrícia Guia Pereira, "Nótula sobre a tipologia do incumprimento", *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Carlos Ferreira de Almeida*, 2.º Volume, Coimbra: Almedina, 2011, pp. 637-679 (643-644).

dade, tem-se precisamente a noção de "não cumprimento", que, aliás, usada pelo próprio legislador.

Entre nós, "na esteira da pandectística alemã e na linha contrária à assumida pelos actuais movimentos de harmonização legislativa", o nosso Código Civil associa o não-cumprimento às obrigações em geral, de fonte contratual ou não([133]). A matéria pode ser ordenada de acordo com diversos quadros classificatórios([134]). O legislador optou essencialmente por dois critérios por forma a articular o regime do "não cumprimento". Consagrou, em primeiro lugar, um "critério causal", distinguindo o não-cumprimento não imputável ao devedor (arts. 790.º a 797.º) daquele que lhe é imputável (arts. 798.º a 812.º)([135]). Contemplou, ainda, um critério que toma por referência as consequências do não-cumprimento sobre a prestação, distinguindo entre incumprimento definitivo (801.º a 803.º e 808.º), incumprimento retardado ou mora (arts. 804.º a 808.º) e — sem regime geral — cumprimento inexacto ou defeituoso([136]). Ocorre incumprimento definitivo nas hipóteses em que a prestação se impossibilitou por causa imputável ao devedor (arts. 801.º-803.º), por perda de interesse que o credor tinha na prestação apreciada objectivamente (art. 808.º, n.os 1, 1.ª parte e 2) e, ainda, pela não realização da prestação dentro do prazo que for razoavelmente fixado pelo credor (art. 808.º, 2.ª parte). Em bom rigor, apenas as duas últimas hipóteses configuram verdadeiro

---

([133]) Brandão Proença, *Lições…*, p. 36. Em sentido crítico, mas com o qual não se concorda, Assunção Cristas, *ob. cit.*, pp. 245-247: "A perspectiva adoptada é sempre a da obrigação, intervalada, no art. 795.º, por referências aos contratos bilaterais e, no n.º 2 do art. 801.º, pela menção à resolução do contrato e entrecortada por alusões variadas ao 'negócio' (n.º 2 do art. 790.º, art. 802.º)". Mais à frente acrescentando que "[a] opção do CC e do DCFR em eleger a obrigação como centro da matéria do incumprimento, se é justificada do ponto de vista científico é porventura criticável na perspectiva da aproximação à realidade e ao mundo dos negócios".

([134]) Menezes Cordeiro, *Tratado…*, II, Tomo IV, pp. 107-109.

([135]) Brandão Proença, *Lições*…, p. 136 e Antunes Varela, *Das obrigações*…, II, pp. 62-63.

([136]) Brandão Proença, *Lições*…, pp. 136-138. Refere que "um outro critério, atinente, segundo Manuel de Andrade, ao 'estado de facto criado', tem a ver com a própria configuração factual do incumprimento, isto é, com a natureza e significado de cada situação lesiva (sobretudo, em função da qualidade do incumprimento e do seu cariz definitivo ou provisório)"). E, ainda, Antunes Varela, *Das obrigações*…, II, pp. 63-65.

incumprimento definitivo. A primeira, por sua vez, situa-se na área reservada à impossibilidade superveniente. Estes critérios coabitam e dão à seguinte arrumação legal(137):

SUBSECÇÃO I — Impossibilidade do cumprimento e mora não imputáveis ao devedor (arts. 790.º a 797.º)

SUBSECÇÃO II — Falta de cumprimento e mora imputáveis ao devedor

Divisão I — Princípios gerais (arts. 798.º a 800.º)
Divisão II — Impossibilidade do cumprimento (arts. 801.º a 803.º)
Divisão III — Mora do devedor (arts. 804.º a 808.º)
Divisão IV — Fixação contractual dos direitos do credor (arts. 809.º a 812.º)

SUBSECÇÃO III — Mora do credor (arts. 813.º a 816.º)

Circunscrita perfunctoriamente a matéria relativa ao cumprimento e não-cumprimento, constata-se que o texto nenhuma referência faz, pelo menos de modo expresso, à declaração de não-cumprimento(138). Ainda assim, Vaz Serra, nos preparatórios, ponderou a inclusão no texto legal da recusa do dever de prestar. Com efeito, logo no seu importante estudo *Impossibilidade superveniente e cumprimento defeituoso imputáveis ao devedor*(139), o Ilustre Professor, depois de considerar a impossibilidade da prestação, debruçou-se sobre o instituto da "violação positiva do contrato" — cuja criação ficou a dever-se a Staub(140) —, considerando que o mesmo

---

(137) Almeida Costa, *ob. cit.*, p. 1035.

(138) Brandão Proença, *Lições…*, p. 260; *A Hipótese…*, p. 362: "(…) o legislador de 1966 omitiu qualquer referência à hipótese em causa, pois terá pensado apenas no incumprimento (por impossibilidade e mora) unilateral, ocorrido à data do vencimento ou posterior à exigibilidade. Nem parece estarmos perante uma lacuna aparente na medida em que nada faz crer que o legislador, em função dos sinais de inequivocidade e explicitação da declaração do devedor, a quisesse valorar como facto *objectivo* de incumprimento (da ligação assumida) e, enquanto tal, a integrar, mesmo que por analogia, na *fattispecies* nuclear da 'impossibilidade do cumprimento'".

(139) Vaz Serra, *Impossibilidade superveniente e cumprimento defeituoso imputáveis ao devedor*, BMJ, N.º 47 (1955), pp. 5-97.

(140) *Ibidem*, pp. 67-68. Para mais desenvolvimentos sobre o problema, v., entre outros, Almeida Costa, *ob. cit.*, pp. 1058-1063; Antunes Varela, *Das obrigações…*, II, pp. 126-131; Brandão Proença, *Lições…*, pp. 354-361; Galvão Telles, *ob. cit.*, pp. 336-

abrange a hipótese de o "devedor declarar terminantemente que não fará a prestação devida, como se ele afirma que rescinde, anula ou resolve o contrato, ou que não se considera vinculado por ele mesmo que não se encontre em mora ou o crédito não esteja sequer vencido, haverá uma violação do crédito, dado que o cumprimento da obrigação fica em perigo, com a declaração do devedor"([141]). Depois de concluir que o instituto possui utilidade no nosso espaço jurídico([142]), propôs nomeadamente o seguinte articulado legal([143]):

Art. 12.º

Conduta reveladora de que a prestação não será feita

Se o devedor, mesmo que o crédito não esteja ainda vencido, se comportar de maneira a manifestar clara e definitivamente que não fará a prestação devida, pode o credor, quando o devedor tenha manifestado por escrito essa determinação ou, sendo-lhe fixado prazo razoável pelo credor para que declare se cumprirá o contrato, culposamente o não faça, resolver o contrato ou exigir indemnização por não cumprimento, desde que assim o declare, no prazo breve que as circunstâncias permi- tirem, ao referido devedor.

Vaz Serra tratou, pois, em termos amplos a recusa do dever de prestar. Num segundo escrito, intitulado *Mora do Devedor*, o Autor regressaria ao tema, procurando, agora, apurar a figura consoante a mesma ocorra antes ou depois do vencimento da obrigação([144]). Atevese, em primeiro lugar, à recusa do dever de prestar antes da mora, afirmando que "[n]ão parece de exigir que esta declaração do devedor seja posterior à sua constituição em mora, pois, mesmo sendo anterior, pode ser de tal ordem que mostre não valer a pena fixar um prazo ao devedor"([145]). Propôs, então, um articulado ao estilo italiano, por forma a associar à recusa, como efeito, o vencimento da obrigação([146]):

-340; Menezes Cordeiro, *Tratado…*, II, Tomo IV, pp. 189-207; "Violação Positiva do Contrato (Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 31 de Janeiro de 1980)", *ROA*, Ano 41, Vol. I (Janeiro/Abril 1981), pp. 123-152.

([141]) Vaz Serra, *Impossibilidade…*, p. 70.

([142]) Vaz Serra, *Impossibilidade…*, pp. 77-83.

([143]) Vaz Serra, *Impossibilidade…*, p. 97.

([144]) Vaz Serra, *Mora do Devedor*, BMJ, N.º 48 (1955), pp. 5-317.

([145]) Vaz Serra, *Mora do Devedor*, pp. 261-262.

([146]) Vaz Serra, *Mora do Devedor*, p. 300. Efectivamente, dispõe o art. 1219.º,

Art. 7.º

Declaração de não cumprir. impedimento da interpelação ou do conhecimento dela

1 — Se o devedor declara, por escrito, terminante e definitivamente, que não cumpre, não carece o credor de o interpelar para que ele se constitua em mora.

2 — (…)

Mas neste segundo trabalho, Vaz Serra debruçou-se ainda sobre a recusa emitida antes ou depois do prazo de cumprimento, mas com relevo em momento subsequente([147]):

Art. 21.º

Dispensa da fixação de prazo

1 — Dispensa-se a fixação do prazo, de que trata o artigo anterior([148]), quando, em virtude da mora da outra parte, o credor não tem já interesse no cumprimento recíproco do contrato, quando o devedor tenha declarado por escrito ao credor, terminante e definitivamente, que não cumpre ou, depreendendo-se da sua atitude essa determinação definitiva de não cumprir e fixando-lhe o credor um prazo razoável para que declare se cumprirá, culposamente o não faça, quando, nos termos do contrato, o cumprimento devia ser feito precisamente num dia ou prazo determinados, quando o devedor tenha renunciado à fixação de prazo, quando este, em consequência do atraso do devedor, não seria suficiente para tornar possível o cumprimento.

2 — (…)

---

n.º 2, do Código Civil Italiano de 1942 (Codice/1942) que "*non e' necessaria la costituzione in mora:* (…) *quando il debitore ha dichiarato per iscritto di non volere eseguire l'obbligazione*".

([147]) Vaz Serra, *Mora do Devedor*, p. 308.

([148]) Esse art. 20.º, n.º 1 apresentava a seguinte redacção:

Art. 20.º

Contrato bilateral

1 — Tratando-se de contrato bilateral, deve o credor, que pretenda resolver o contrato ou exigir a reparação do dano causado pelo não-cumprimento, fixar, ou fazer fixar judicialmente, um prazo razoável ao devedor em mora para que cumpra, com a advertência inequívoca de que, não o fazendo assim o devedor, dentro do referido prazo, exercerá os direitos, que a lei lhe reconhece. O prazo deve ser fixado com precisão e pode sê-lo logo na interpelação, se desta depender a constituição em mora do devedor.

2 — (…)

As formulações propostas por Vaz Serra não "passariam para o texto final do Código Civil de 1966"(149). Tal omissão não tem impedido a doutrina e jurisprudência de prestarem reconhecimento à figura(150). Fazem-no, porém, em moldes nem sempre coincidentes. Inclusivamente, no que respeita à hipótese sob escrutínio, a recusa do dever de prestar antes do vencimento da obrigação quando o prazo se ache estabelecido a favor do próprio emitente, têm sido aventadas diversas construções dogmáticas destinadas a fundamentá-la em termos e para efeitos jurídico-positivos. Estas teorizações podem ser ordenadas de acordo com *i*) as doutrinas que não associam à recusa os efeitos do incumprimento definitivo; *ii*) as doutrinas que lhe associam esses efeitos e, por fim, *iii*) aquelas que lhe negam autonomia sistemática(151).

i) As doutrinas que afastam os efeitos típicos do incumprimento definitivo, fazem-no, sobretudo, na esteira da solução consagrada no art. 1219.º, n.º 2, do Codice/1942 e, bem assim, do entendimento preconizado por Vaz Serra. Contam-se, entre elas, as posições de Almeida Costa(152), Galvão Telles(153), Menezes Lei-

---

(149) Ferreira de Almeida, *Recusa…*, p. 304. Tb. Brandão Proença, *A Hipótese…*, p. 362 (n. 13); *Lições…*, p. 261 (n. 997).

(150) Cf., a título exemplificativo e sobretudo a respeito do contrato-promessa, Acs. STJ de 07/03/1991 (Proc. n.º 078155); de 08/07/2007 (Proc. n.º 07A932); de 16/06/2009 (Proc. n.º 849/2001.S1), de 27/03/2012 (Proc. n.º 5750/06.5TCLRS.L1-1). Fora dos quadros do contrato-promessa, Ac. STJ de 03/10/1995 (Proc. n.º 087038). Todos consultáveis na Internet em <www.dgsi.pt>.

(151) Assim tb., Farrajota, *ob. cit.*, pp. 310 e ss.

(152) Almeida Costa, *ob. cit.*, pp. 1008-1009 (n. 3); 1048-1050: "Às hipóteses de vencimento independente de interpelação indicadas no n.º 2 do art. 805.º, acrescenta-se a de o devedor comunicar ao credor, de 'forma categórica e definitiva, a sua intenção de não cumprir (…)" (1008-1009, n. 3). Mais adianta, nesta linha, que "[e]m princípio, o devedor só fica constituído em mora depois de uma sua interpelação, judicial ou extrajudicial, para cumprir (…). Mas haverá mora debitória, independentemente de interpelação, nas situações que de seguida se mencionam: (…) *d)* Se o devedor declara ao credor, ine- quívoca, definitiva, conscientemente de forma peremptória, a sua intenção de não cumprir, embora possa fazê-lo — o que, como é óbvio, equivale e até antecipa a interpelação" (1049-1050).

(153) Galvão Telles, *ob. cit.*, pp. 255; 258: "O vencimento *não depende de interpelação*, operando-se de pleno direito, nos casos de: (…) — o devedor declarar não cumprir" (p. 255), esclarecendo, posteriormente, que a comunicação da intenção de não cum-

tão(154) e, numa fase mais tardia, de Menezes Cordeiro. Consideram, na verdade, que a recusa emitida antes do tempo fixado para o cumprimento tem por efeito determinar o vencimento antecipado da obrigação, ou seja, noutras palavras, a recusa é é uma hipótese de *mora ex re*, tal como aquelas que são elencadas no art. 805.º, n.º 2(155).

Menezes Cordeiro começou por assimilar a recusa ao incumprimento definitivo(156). Posteriormente, contudo, passou a equiparar a declaração "séria" de não cumprir (estudada nos quadros da violação positiva do contrato) à "antecipação do prazo do vencimento"(157). Mas, impressionado pelos "ponderosos argumentos" de Pessoa Jorge — mais à frente analisados —, Menezes Cordeiro acabaria por perspectivar efeitos diversificados para a recusa consoante os factores em jogo (158). Na presente hipótese, contudo, parece não ter alterado o seu anterior posicionamento, ao referir que "(...) a declaração de não cumprimento provocará o vencimento imediato apenas se o prazo for estabelecido a favor do devedor: a interpelação é desnecessária, verificando-se mora"(159).

Se o incumprimento definitivo se prenuncia quase certo — ou mais certo do que sem recusa —, é uma evidente "limitação" associar a declaração de não-cumprimento aos efeitos da mora(160). Quer isto dizer que, se a recusa apenas determina a antecipação da mora, o credor não se encontrará desobrigado de proceder à interpelação admonitória ou à demonstração da perda do interesse na

---

prir, "categórica" e "definitiva", implica que a "obrigação se vence *in continuo*", tornando-se dispensável a interpelação.

(154) Menezes Leitão, *Direito das obrigações*, II, pp. 228; 230 (n. 449): "Esta declaração do devedor torna a interpelação pelo credor absolutamente inútil, devendo, por isso, considerar-se que neste caso aquela declaração do devedor acarreta como efeito a sua constituição imediata em mora".

(155) Menezes Leitão, *ob. cit.*, *loc. cit.*

(156) Menezes Cordeiro, *Direito das obrigações*, Vol. 2, 1.ª ed. (reimp.), Lisboa: AAFDL, 1986, p. 457: "Alguma doutrina tem, também, entendido como causa de incumprimento definitivo a declaração expressa do devedor de não querer cumprir. Sempre que tal declaração seja séria — cf. art. 245.º — perfilhamos inteiramente essa orientação".

(157) Menezes Cordeiro "Violação Positiva do Contrato", p. 143 (n. 39).

(158) Menezes Cordeiro, *Tratado…*, II, Tomo IV, pp. 152-154.

(159) Menezes Cordeiro, *Tratado…*, II, Tomo IV, p. 154.

(160) Ferreira de Almeida, *Recusa…*, p. 308.

prestação([161]). É claro que se o prazo estabelecido for essencial, o argumento não procede na totalidade, pois a recusa determina aí os efeitos do incumprimento definitivo([162]). Seja como for, caso se pretenda a intervenção da ordem jurídica para estas situações de recusa, os efeitos da mora constituem "uma concessão fraca de relevância à declaração antecipada de não cumprimento"([163]). Mesmo no próprio direito italiano, no âmbito do qual se verifica a já referida norma do art. 1219.º, n.º 2, do Codice/1942, a jurisprudência e a a doutrina não descartam, em certas condições, os efeitos do incumprimento([164]).

ii) À cabeça das doutrinas que apontam para os efeitos do incumprimento definitivo, desde logo se verifica aquela concepção que vê na recusa uma modalidade de incumprimento definitivo. Foi este, como se viu, o entendimento inicialmente sufragado por Menezes Cordeiro. E parece ser também este o posicionamento assumido por Gravato de Morais([165]). Por seu turno, Calvão da Silva defende uma "equiparação" entre a recusa e o incumprimento definitivo, assinalando que "para além do vencimento imediato da obrigação (…), entende-se que aquela declaração equivale a incumprimento, podendo legitimar, portanto, a resolução (…)"([166]). Além

---

([161]) Ferreira de Almeida, *Recusa…*, p. 309.

([162]) Brandão Proença, *Lições…*, pp. 78-79. E, ainda, Nuno Miguel Pinto Oliveira, "A Resolução do Contrato no Direito Alemão e no Direito Português", *Estudos Sobre Não Cumprimento das obrigações*, 2.ª ed., Coimbra: Almedina, pp. 70-71: "Quando o prazo ou termo não seja essencial, a não realização da prestação dentro dele faz com que haja *mora*, faz como que haja *simples mora*, do devedor; quando o prazo ou termo seja essencial, a não realização da prestação dentro dele faz com que haja *não cumprimento definitivo*".

([163]) Farrajota, *ob. cit.*, p. 312.

([164]) Cf., por todos, Michele Fragali, "La dichiarazione anticipata di non volere adempiere", *Rivista del Diritto Commerciale e del Diritto Generale delle Obbligazioni*, Anno LXIV (1966), 7-8 (Julho-Agosto), pp. 243-261 (em particular, pp. 249-253). Contra, Paolo Cendon (dir.), *Commentario al Codice Civile, Volume IV — artt. 1173-1654*, Turim: UTET, 1991, pp. 117-118.

([165]) Fernando de Gravato Morais, *Contrato-Promessa em Geral. Contratos--Promessa em Especial*, Coimbra: Almedina, 2009, pp. 163-165.

([166]) João Calvão da Silva, *Sinal e Contrato-Promessa*, 13.ª ed., Coimbra: Almedina, 2010, pp. 147-148.

da economia contratual([167]), esta equiparação fundamenta-se na ideia de que "a legítima expectativa ou confiança do credor no adimplemento da prestação implica a existência de um intermédio e instrumental ou acessório dever de conduta do devedor, que mantenha, segundo o princípio da boa fé, a *fiducia* do credor na prestação final (…)", pelo que será "(…) certa e segura a obrigação de não contradizer com uma declaração de recusa ou com actos não equívocos o dever de cumprir"([168]). Estão em jogo, pois, "os argumentos relevados pelos que sufragam a tese da 'violação contratual positiva'"([169]).

Os efeitos do incumprimento definitivo poderiam, ainda, ser assimiláveis à recusa, já não por força da violação de deveres acessórios, mas em nome da repercussão que a conduta do devedor patenteia sobre o próprio dever de prestar, ou seja, como defende. É esta a fundamentação proposta por Brandão Proença, de acordo com o qual é o próprio plano da vinculação e do dever principal que resulta prejudicado, ou seja, o "dever de fidelidade" violado dilui-se na violação do dever de prestar([170/171]).

Há, por fim, quem encontre na proibição do *venire contra factum proprium* (ou abuso do direito de invocar o benefício do prazo) o fundamento para imputar à recusa as pretensões do incumprimento([172/173]). É esta a tese paradigmaticamente defendida por Ferreira de Almeida, para quem a recusa de cumprir configuraria o *"factum proprium"*. Se, mais tarde, mas antes do momento fixado para o cumprimento, o devedor anunciar que afinal pretende cumprir ou prevalecer-se do beneficio do prazo, esta conduta revelar-

---

([167]) Calvão da Silva, *ob. cit.*, p. 149: "(…) não se justifica que o credor tenha de aguardar a data do vencimento para poder lançar mão dos meios jurídicos que lhe permitam desvincular-se do contrato — espera que seria inútil e até poderia agravar a posição do devedor".

([168]) Calvão da Silva, *ob. cit.*, p. 149. E, ainda, Fragali, *ob. cit.*, pp. 254-259.

([169]) Brandão Proença, *Lições…*, p. 269; *A Hipótese…*, p. 379.

([170]) Brandão Proença, *Lições…*, p. 272; *A Hipótese…*, p. 388.

([171]) Brandão Proença, *Lições…*, p. 273; *A Hipótese…*, p. 389.

([172]) Ferreira de Almeida, *Recusa…*, pp. 311 e ss.

([173]) Neste sentido, tb., defendendo a proibição do *venire contra factum proprium*, Pinto Oliveira, *ob. cit.*, pp. 73-74.

-se-á contraditória diante recusa. O benefício do prazo não pode, então, ser invocado sob pena de violação da boa fé. Mas, nos termos gerais do abuso do direito, a este efeito só se verifica se a recusa gerar uma situação e um investimento de confiança (*rectius*, de convicção) na contraparte quanto ao incumprimento anunciado(174).

Por último, há que salientar a concepção perfilhada por Joana Farrajota, que associa à recusa os amplos efeitos do incumprimento definitivo, mas fá-lo com base "no reconhecimento pelo Direito da relevância jurídica do receio fundado do credor de incumprimento futuro"(175/176).

iii) Negando autonomia à declaração de não cumprimento e abordando a questão a propósito das hipóteses de *mora ex re*, Pessoa Jorge é claro quando afirma que "num plano de política legislativa, esta orientação é muito duvidosa" e isto por duas ordens de razões(177). Em primeiro lugar porque, nas obrigações aprazadas, "o credor não terá de se queixar" caso o devedor declare não cumprir, mas, antes de esgotado o prazo, acabe por seguir a via do cumprimento". Depois, porque as hipóteses de exigibilidade antecipada possuem natureza excepcional(178). Depois de considerar a recusa à luz da obrigação já vencida(179), Romano Martinez vem,

---

(174) Ana Maria Correia Rodrigues Prata, *O Contrato-Promessa e o seu Regime Civil*, Coimbra: Almedina, 1999, pp. 709-713 (pp. 709-711). Em termos não coincidentes com os expostos em texto, a Autora entende que "a caracterização do seu efeito como não cumprimento passa pelo entendimento que tal declaração comporta uma, expressa ou tácita, renúncia ao benefício do prazo", mais adiantando que se "(…) a declaração revestir essas características de certeza e definitividade, não tem o credor de esperar a verificação de qualquer facto ulterior para accionar os instrumentos que a lei lhe confere em caso de incumprimento definitivo".

(175) Farrajota, *ob. cit.*, p. 318: "O acionar imediato pelo credor dos instrumentos reservados para o incumprimento, perante a recusa de cumprimento, surge-nos, com efeito, neste quadro, como a solução mais adequada".

(176) Farrajota, *ob. cit.*, p. 319.

(177) Fernando Pessoa Jorge, *Lições de Direito das obrigações,* AAFDL, 1975-76, p. 297.

(178) Pessoa Jorge, *ob. cit.*, *loc. cit.*

(179) Pedro Romano Martinez, *Da Cessação do Contrato*, 2.ª ed., Coimbra: Almedina, 2006, p. 142.

então, afirmar que "(…) o não cumprimento definitivo só se verifica na data do vencimento (…)", mas "tal princípio poderá (…) ser alterado por força das regras da boa fé, sempre que se justifique tutelar o credor que confiou na declaração do devedor de incumprimento antecipado"([180]).

iv) No plano dos efeitos jurídicos, a recusa emitida antes do vencimento da obrigação, quando o prazo se encontre estabelecido a favor do emitente, deve ser assimilada ao incumprimento definitivo([181]).

Por outras palavras, a suscitar-se, neste caso, intervenção da ordem jurídica, deve ao credor assistir as pretensões associadas ao incumprimento definitivo. A recusa não é, todavia, mais uma modalidade de incumprimento definitivo. Em bom rigor, só há incumprimento depois de esgotado o prazo fixado para o cumprimento([182]). Mas o *venire contra factum proprium* é também um fundamento que não satisfaz([183]), por apresentar capacidade explicativa essencialmente fragmentária. Esta teoria responde à "questão do possível arrependimento do devedor", mas não dá guarida à

([180]) Romano Martinez, *ob. cit.*, p. 143.

([181]) Isto não significa, contudo, que a recusa não seja susceptível de determinar a perda do benefício do prazo. Assim, se é bem certo que a manifestação de recusa, de um ponto de vista do significado declarativo e de acordo com os cânones interpretativos, não pode ser, sempre e em qualquer caso, equiparada a uma renúncia ao beneficio do prazo (Ferreira de Almeida, *A recusa…*, p. 308); a verdade é que isso não quer dizer que ela não seja passível de implicar a perda do benefício do prazo, por força (quiçá) de um "procedimento analógico" reportado ao regime constante dos arts. 780.º e seguintes, conforme adiante se analisará (Brandão Proença, *Lições…*, p. 279; *A Hipótese…*, p. 400).

([182]) Brandão Proença, *Lições…*, p. 271; *A Hipótese…*, p. 386: "Se, em rigor, não pode falar-se do incumprimento de obrigações ainda não vencidas, o enquadramento que se pretende não pode ser conseguido por aplicação directa dessa situação fáctica — e daí o recurso à identificação e à equiparação-ficção — gerando-se, quando muito, algum aproveitamento do seu regime jurídico (como aliás se pode passar com o incumprimento bilateral)".

([183]) Diversamente do entendimento postulado por Ferreira de Almeida, entende-se aqui que a recusa é subsumível às previsões sobre a perda do benefício do prazo. Entende-se também que o contraente fiel pode, desde logo, recorrer à execução específica antes de esgotado o prazo de cumprimento. Note-se, contudo, em abono da verdade, que Ferreira de Almeida não afasta a execução específica antes do vencimento; afasta, sim, a sua "consumação".

recusa do dever de prestar no seu todo([184]). Mas, por outra parte, a tese da "conduta violadora específica"([185]), segundo a qual é a própria prestação principal que surge afectada com a emissão da declaração de não-cumprimento, não logra demonstrar, para o efeito, as razões pelas quais se afasta da figura do incumprimento definitivo

O fundamento mais adequado parece ser, de facto, a violação positiva do contrato([186]), por lesão de deveres acessórios. Este fundamento foi, aliás, sobejamente ponderado nos preparatórios do nosso Código Civil. A recusa põe em perigo aqueles deveres que "visem reforço e a substancialização do dever de prestar"([187]), ou seja, os deveres acessórios decorrentes essencialmente do instituto da boa fé (art. 762.º, n.º 2)([188]). A violação desses deveres "não é uma inobservância de gravidade reduzida", podendo inclusivamente bulir com o próprio dever de prestar. Às lesões desses direito devem, por conseguinte, aplicar-se-lhes "as regras do incumprimento" e, entre elas, as normas que prevejam o direito de resolução([189]). Parece ser esta, em boa medida, a posição sufragada por Calvão da Silva, quando deixa assinalado que "(…) o devedor não é livre de programar e declarar (…) que não quer cumprir, não só pela traição que substanciaria da confiança depositada pelo credor no cumprimento da legítima expectativa de integral e pontual cumprimento em conformidade com o princípio da boa fé, mas

---

([184]) Brandão Proença, *Lições…*, pp. 269-271; *A Hipótese…*, pp. 380-381.

([185]) Brandão Proença, *Lições…*, p. 273; *A Hipótese…*, pp. 389.

([186]) Sobre a terminologia, *vide* Menezes Cordeiro, *Tratado…*, II, Tomo IV, p. 189 (n. 421).

([187]) Menezes Cordeiro, *Tratado…*, II, Tomo I, p. 478.

([188]) Menezes Cordeiro, *Tratado…*, II, Tomo I p. 479. E, ainda, Manuel Carneiro da Frada, "Os Deveres (ditos) 'Acessórios' e o Arrendamento", *ROA,* Ano 73, Vol. I (Janeiro/Março 2013), pp. 267-290 (270): "No plano juspositivo, os deveres de que falamos fundamentam-se certamente na regra de conduta segundo a boa fé (art. 762.º, n.º 2), expressando as exigências desta. Assim o tem entendido também, profusamente, a jurisprudência. Falamos pois de um tema de direito vigente".

([189]) Menezes Cordeiro, *Tratado…*, II, Tomo IV, p. 199. Mais afirma Carneiro da Frada, *ob. cit.*, p. 277, que "(…) o inadimplemento desses deveres gerará um incumprimento do contrato susceptível de dar lugar à respectiva resolução por inexigibilidade da perduração da relação (…)".

ainda pelas repercussões que aquela declaração poderia ter sobre o valor do crédito (…)"([190]).

7. A manifestação de recusa: forma, modalidades e requisitos de eficácia

A manifestação da recusa, enquanto acto jurídico em sentido estrito([191]), não obedece a forma especial (art. 219.º; *ex vi* do art. 295.º)([192]). Por seu turno, ela pode ser expressa ou tacitamente emitida (art. 217.º; *ex vi* do art. 295.º)([193]). Os requisitos de eficácia

---

([190]) Calvão da Silva, *ob. cit.*, p. 149.

([191]) Neste sentido, quanto à natureza da recusa no âmbito da teoria geral do facto jurídico, Brandão Proença, *A Hipótese…*, pp. 367-379; Ferreira de Almeida, *Recusa…*, p. 313. Com o bom critério de classificação, afastando nomeadamente a tese da "direcção da vontade", Ferreira de Almeida, *Texto…*, I, pp. 250-257: "(…) não têm também natureza negocial aqueles actos jurídicos que, embora formados por comunicações com natureza performativa, não sejam *inovadores* nem *auto-suficientes* na determinação da eficácia". A este propósito, Vicenzo Panuccio, *Le Dichiarazioni Non Negoziali di Volontà*, Giuffrè, 1966, pp. 305 e ss. e *passim*, para quem, entre o negócio jurídico e a declaração negocial há "(…) come una differenza di grado e di quantità. Solo il negozio opera una modificazione profonda nella realtà giuridica, costituendo rapporti nuovi, o estinguendo o mutando essenzialmente rapporti già costituti in questo senso esso solo produce una trasformazione di tipo maggiore" (308). O negócio jurídico, de acordo com este enquadramento dogmático, deve perspectivar-se como um "acto inovativo" ou com "função inovativa" (310). Muito em particular e sob o ponto de vista do direito italiano positivo, o Autor contextua- liza "*il rifiuto*" (*v.g.*, a recusa consagrada no art. 1219.º, n.º 2, do Codice/1942) entre as declarações de vontade não negociais do obrigado tendentes ao inadimplemento e que podem ser abrangidas sob o "título comum" de "partecipazioni di volontà" (196-201).

([192]) Romano Martinez, *ob. cit.*, p. 142 (n. 285): "Diferentemente do direito italiano, onde se prescreve que a declaração de incumprimento do devedor deve ser feita por escrito (art. 1219 do CCit.), no sistema português não se exige forma especial (…)". V., ainda, Brandão Proença, *Lições…*, p. 265; *A Hipótese*…, p. 367: "A afirmação do normal tom expresso da declaração não implica sufragar a 'tese' italiana (…) da necessidade de uma formalização escrita do desejo do devedor", pelo que "(…) a regra da liberdade formal é a mais sustentável (…)". Contra, porém, Galvão Telles, *ob. cit.*, p. 258, subentendendo-se quando o Autor propugna uma solução análoga à que se encontra vertida no art. 1219.º, n.º 2, do Codice/1942.

([193]) Brandão Proença, *Lições…*, pp. 262-263; *A Hipótese…*, pp. 364-365; Ferreira de Almeida, *Recusa…*, pp. 313-314. Mas, para a boa interpretação do art. 217.º, Ferreira de Almeida, *Contratos I. Conceito. Fontes. Formação*, 4.ª ed., Coimbra: Alme-

são essencialmente a três, devendo a recusa ser "séria"([194]), "categórica" e "definitiva"([195]/[196]). Aquele segundo requisito([197]), significando que a recusa não deve deixar "dúvidas de qualquer ordem"([198]), parece susceptível de dar cobertura a outros requisitos que a doutrina tem vindo a apontar, entre eles a "clareza"([199]), a "absolutidade"([200]), a "certeza"([201]), a "pureza"([202]) ou a "inequivocidade"([203]).

---

dina, 2008, pp. 97-100: "A distinção assenta pois na avaliação da finalidade, directa ou indirecta, do declarante em emitir uma declaração negocial, tal como foi, ou haveria de ser normalmente, compreendida pelo declaratário (cf. art. 236.º). Se, nestes termos, a finalidade for directa, a declaração é expressa; se a finalidade for indirecta, porque se infere de um comportamento concludente, a declaração é tácita".

([194]) Calvão da Silva, *ob. cit.*, p. 148; Gravato de Morais; *ob. cit.*, p. 164 e Menezes Cordeiro, *Tratado…*, II, Tomo IV, p 154.

([195]) Almeida Costa, *ob. cit.*, *loc. cit.*; Ana Prata, *ob. cit.*, p. 710; Brandão Proença, *Lições…*, p. 267; *A Hipótese…*, pp. 371-372; Galvão Telles, *ob. cit.*, p. 258; Menezes Cordeiro, *Tratado…*, II, Tomo IV, p 154 e Vaz Serra, *Impossibilidade…*, p. 97; *mora…*, 300; 308. Para Brandão Proença, interligando o presente requisito com o problema da "retractação" da recusa, bastará "(…) a concludência do comportamento ou que a declaração *qua tale* crie no 'declaratário' a convicção que o devedor não realizará a prestação no prazo fixado ou no decurso de uma subsequente interpelação cominatória" (*Lições…*, p. 267; *A Hipótese…*, p. 371).

([196]) Ferreira de Almeida, *Recusa…*, p. 313, considera os requisitos de eficácia dispensáveis, na medida em que " (…) a 'seriedade' e 'definitividade' nada acrescentam à exigência de que a intenção de não cumprir constitua o resultado da interpretação da declaração expressa ou do comportamento concludente". Ora, se é verdade que o significado de "não cumprir" flui do processo interpretativo geral, isto não significa, porém, e como resultado também da interpretação, que a previsão normativa da recusa não possa determinar certos requisitos de eficácia.

([197]) Almeida Costa, *ob. cit.*, *loc. cit.*; Galvão Telles, *ob. cit.*, p. 258; Gravato de Morais, *ob. cit.*, pp. 163-164

([198]) Gravato de Morais, *ob. cit.*, p. 164.

([199]) Brandão Proença, *Lições…*, p. 266; *A Hipótese…*, p. 369 e Vaz Serra, *Impossibilidade…*, p. 97.

([200]) Gravato de Morais, *ob. cit.*, p. 163

([201]) Ana Prata, *ob. cit.*, p. 710 e Calvão da Silva, *ob. cit.*, p. 148.

([202]) Menezes Cordeiro, *Tratado…*, II, Tomo IV, p. 154.

([203]) Almeida Costa, *ob. cit.*, *loc. cit.* e Gravato de Morais, *ob. cit.*, p. 163. Aliás. Brandão Proença, *Lições…*, p. 266, refere que"[u]ma declaração unívoca é uma comunicação não viciada, precisa, com ausência de pedidos de esclarecimento ao (pelo) credor e que mostra a intenção categórica, o propósito claro de o devedor não cumprir".

8. Aceitação e rejeição da recusa pelo contraente fiel

Contrariamente ao que poderia sugerir o título do presente ponto — que, apenas por comodidade no processo comparativo, se deixou intocado —, não está verdadeiramente em causa uma "declaração de aceitação" ou uma "declaração de rejeição" por banda do contraente fiel. Uma vez a recusa chegada ao conhecimento do contraente fiel (art. 224.º, *ex vi* do art. 295.º), poderá este último optar entre manter o contrato em execução ou recorrer às pretensões do incumprimento definitivo.

A opção pelos mecanismos do incumprimento — ou, na hipótese inversa, pela execução específica — deverá ser tomada em prazo curto, tal como, aliás, sugeriu Vaz Serra. Assim, de acordo com os seus preparatórios do Código Civil, o credor pode "resolver o contrato ou exigir indemnização por não cumprimento, desde que assim o declare, no prazo breve que as circunstâncias permitirem"(204).

9. (Ir)revogabilidade da recusa

Em conformidade com o disposto no art. 230.º, n.os 1 e 2, *ex vi* do art. 295.º, a recusa é retractável(205) até a mesma ser recebida pelo credor ou ser dele conhecida. Uma vez a recusa chegada ao conhecimento do destinatário (credor), é duvidoso que o devedor possa unilateralmente revogá-la, ainda que se esteja perante um acto jurídico simples(206).

---

(204) Vaz Serra, *Impossibilidade…*, p. 97. Mas, tb., Brandão Proença, *Lições…*, p. 274; *A Hipótese…*, p. 390, afirmando que o "(…) credor deve actualizar, dentro de um prazo razoável, mas tendencialmente curto, um *jus electionis* (…)".

(205) Para a distinção entre retractação e revogação, Ferreira de Almeida, *Contratos I…*, pp. 132-133.

(206) Noutro sentido, mas em coerência com o fundamento dogmático-sistemático da proibição de *venire contra factum proprium*, Ferreira de Almeida, *Recusa…*, p. 314, que aceita a possibilidade de revogação "(…) enquanto o credor não tenha alterado os seus planos de acção, isto é, enquanto se não tenha verificado um investimento de confiança".

10. Efeitos

Uma vez confrontado com a recusa e caso opte por socorrer-se das pretensões próprias do incumprimento definitivo, assistem ao credor, nos termos gerais e sem quaisquer requisitos adicionais (*v.g.*, interpelação admonitória), os direitos de resolução e/ou de indemnização(207). Em relação à pretensão indemnizatória pode suscitar-se o problema de saber se o credor tem um dever de minimizar de danos? Em sentido negativo vai Ferreira de Almeida, considerando que, entre nós, não se detecta a "figura da *mitigation of damages*", pelo que a "inacção do credor" não é subsumível ao conceito de "facto culposo do lesado"(208). Em sentido contrário, contudo, está Brandão Proença, entendendo que a "omissão do credor" é subsumível ao art. 570.º, apesar de ser sempre necessário "demonstrar que o credor foi negligente nesse silêncio ou nesse não exercício tempestivo"(209). Que dizer? Uma vez que se impõe ao credor o exercício do direito de opção dentro de um prazo curto (ou, pelo menos, razoável)(210), diante o exercício retardado resta apenas a solução de reduzir ou excluir a indemnização, por forma a acautelar a posição jurídica da contraparte(211/212).

V., ainda, Brandão Proença, *A Hipótese…*, pp. 372-378: "Temos a convicção de que só é abusiva a conduta do devedor que pretenda, com a oferta de cumprimento, reverter a seu favor um estado de coisas desfavorável, retirando vantagens indevidas de uma situação que criou (p. ex., pretendendo agora com o cumprimento 'escapar' ao pagamento de uma indemnização mais pesada)".

(207) Brandão Proença, *A Hipótese…*, p. 390 e Ferreira de Almeida, *A recusa…*, pp. 315-316.

(208) Ferreira de Almeida, *ob. cit., loc. cit.*

(209) Brandão Proença, *A Hipótese…*, p. 393.

(210) S*upra*, III, 8.

(211) Assunção cristas, *ob. cit.*, p. 258: "Não será impossível no direito português encontrar fórmulas que possam conduzir a uma limitação da indemnização, seja através da culpa do lesado, seja, no limite, pela cláusula genérica do abuso de direito (…)".

(212) Para mais desenvolvimentos sobre a viabilidade da *mitigation of damages* no direito português, *vide* Eduardo dos Santos Júnior, "'Mitigation of Damages', redução de danos pela parte lesada e 'culpa do lesado'", *Prof. Doutor Inocêncio Galvão Telles: 90 anos. Homenagem da Faculdade de Direito de Lisboa*, Coimbra: Almedina, 2007, pp. 349-367. O Autor, desde logo, salienta uma questão terminológica, afirmando que "[n]a linguagem jurídica continental é correcto falar de mitigação do dano ou de redução da perda contratual, como o equivalente da expressão anglo-saxónica 'mitigation of los-

Se credor optar por manter o contrato em execução e desde que o devedor tenha perdido "o benefício do prazo ou que seja defendido um incumprimento antecipado"([213]), logo ao alcance do primeiro surge a execução específica. E isto mesmo quando a violação diga respeito a deveres acessórios([214]). A recusa não se funda num incumprimento em sentido restrito e, por outro lado, da mesma não se pode extrair sempre um significado equivalente a uma renúncia ao benefício do prazo([215]). No entanto, uma vez que a recusa séria, categórica e definitiva põe em causa a confiança do

---

ses'; por sua vez a expressão 'mitigation of damages' ou 'mitigation of compensatory damages' corresponde a redução do montante indemnizatório" (350, n. 7). Questionando se, à luz da nossa ordem jurídica, a mitigação do dano é, ou não, reconduzível ao conceito de "culpa do lesado", constante do art. 570.º, e depois de passar em revista as diversas posições doutrinais que têm sido aventadas sobre este problema — "culpa do lesado" como causalidade em sentido objectivo; "culpa do lesado" em sentido subjectivo ou culpa em sentido impróprio; "culpa do lesado" fundada na boa fé e "culpa do lesado" fundada na auto-responsabilidade —, Santos Júnior, afastando, de modo explícito, o critério da culpa subjectiva [porquanto " (…) não há culpa, nem ilicitude, perante nós próprios (…)"], bem como delimitando-o do instituto da boa fé (pois "não é possível falar de qualquer investimento na confiança por parte do lesante na mitigação da perda contratual do lesado"), parece considerar que o "fundamento dogmático" da mitigação do dano haverá de residir na ideia objectiva de causalidade (357-365).

([213]) Brandão Proença, *Lições…*, pp. 277-279 (p. 278); *A Hipótese…*, pp. 398--400 (p. 398). O Autor reporta-se, de um modo mais geral, à "tutela conservatória do contrato" e não apenas à execução específica.

([214]) Menezes Cordeiro, *Tratado…*, II, I, p. 480: "Delicado é o tema do incumprimento. Na doutrina alemã, é frequente a afirmação de que, quanto ao dever de prestar, há uma pretensão de cumprimento que pode levar à sua execução, pelo tribunal. Já no tocante aos deveres acessórios: apenas haveria pretensões de indemnização. // Esta última asserção não é satisfatória e não se aplicará, de todo o modo, no Direito português: aí é patente a preferencia legislativa pela execução específica (827.º a 829.º-A) e pela reconstituição natural (566.º/1). A indemnização é mero sucedâneo para aquilo que o Direito teria preferido que acontecesse. No fundamento: identificado um dever acessório, não vemos porque não submetê-lo ao regime geral, que exigirá o seu cumprimento". Contra, Antunes Varela, *Das obrigações em Geral*, Volume I, 10.ª ed. revista e actualizada (7.ª reimpressão), Coimbra: Almedina, 2010, p. 127: "Quanto à sua disciplina jurídica, a generalidade dos deveres acessórios de conduta não dá lugar, como vimos, à acção judicial de cumprimento (art. 817.º), própria dos deveres de prestação. Mas a sua violação pode obrigar à indemnização dos danos causados à outra parte ou dar mesmo origem à resolução do contrato ou a sanção análoga (…)".

([215]) Recorde-se que, para Ferreira de Almeida, *Recusa…*, pp. 315-316, no período anterior ao vencimento da obrigação, não é a execução específica que está "excluída", mas a sua "consumação".

credor em relação ao cumprimento — violando a boa fé —, pode, então, considerar-se que a mesma é assimilável às hipóteses de perda do benefício do prazo constantes dos arts. 780.º e seguintes. E isto, mesmo que não se verifique uma efectiva diminuição da esfera patrimonial(216).

Este entendimento abre lugar à *exceptio non adimpleti contractus*, cuja aplicação se estende aos casos de violação dos deveres acessórios(217). Mesmo que o credor deva cumprir a prestação em primeiro, poderá ainda recusar-se a fazê-lo se, nos termos do disposto no art. 429.º, "se verificar alguma das circunstâncias que importam a perda do benefício do prazo"(218). Caso se entendesse que a recusa não é subsumível aos arts. 780.º e seguintes, ainda assim não estaria liminarmente afastada a aplicação da *exceptio*. A remissão do art. 429.º *("se verificar alguma das circunstâncias que importam a perda do benefício do prazo")* não se faz apenas por referência aos arts. 780.º e seguintes, mas abrange, de igual modo, "quaisquer outras circunstâncias cuja verificação possa pôr em perigo a efectivação do direito à contraprestação"(219).

---

(216) Cf. Brandão Proença, *Lições…*, p. 279; *A Hipótese…*, p. 400: "(…) se o quadro legal dos arts. 780.º, 781.º e 934.º não favorece uma interpretação tendente à integração da nossa hipótese, também é certo que não há razões fortes que apontem para um *ius singulare* e para a consequente exclusão do procedimento analógico". Mais acrescentando que "(…) se, nos casos legais, a possibilidade de o credor poder exigir imediatamente o incumprimento se sintoniza com uma perda de confiança na capacidade de cumprimento do devedor, parece-nos que esse temor é potenciado quando o próprio devedor se torna 'suspeito', isto é, reconhece e manifesta, por vontade sua ou conduta material, essa mesma incapacidade. Se é certo que a declaração em si não se repercute sobre a situação patrimonial do devedor, também é verdade que o credor é confrontado objectivamente com a força subjectiva da intenção revelada".

(217) Carneiro da Frada, *ob. cit.*, pp. 276-277.

(218) Brandão Proença, *Lições…*, p. 279; *A Hipótese…*, p. 400. Em sentido diverso, Ferreira de Almeida, *Recusa…*, pp. 316-317, admitindo o exercício da *exceptio*, não por via do disposto no art. 429.º (uma vez que "a declaração da intenção de não cumprir não tem por efeito directo a perda do direito ao benefício do prazo"), mas por via analógica. Com efeito, o art. 428.º "não contempla todas as hipóteses em que a excepção é invocável", abrangendo ainda aquelas em que "a obrigação incumprida se tenha vencido antes ou a obrigação de quem invoca a excepção seja uma obrigação pura".

(219) José João Abrantes, *A Excepção de Não Cumprimento do Contrato. Conceito e Fundamento*, 2.ª ed. (com aditamento à reimp. de 1986 de dois artigos sobre actuação do instituto nos contratos de trabalho e de empreitada), Coimbra: Almedina, 2012,

IV. A recusa do dever de prestar antes do vencimento da obrigação no Draft Common Frame of Reference

11. Enquadramento dogmático-sistemático

Embora o Direito Privado Comum europeu não seja nova aspiração entre os juristas(220), a verdade é que uma harmonização de sabor sistemático — eventualmente materializável num Código Civil — apenas teve inicio nos finais dos anos 80, altura em que o Parlamento Europeu lançou diversos apelos nesse mesmo sentido(221). Foi neste encalço que, em Julho de 2001, a Comissão Europeia apresentou um comunicado contendo as várias opções possíveis para a consecução de um direito europeu dos contratos(222). Eram, pois, quatro os cenários em jogo(223): *i*) nada fazer e confiar que o mercado seria capaz de conjugar os "diferentes valores sociais"(224); *ii*) promover o desenvolvimento de princípios comuns ao nível do direito contratual, nomeadamente promovendo estudos comparativos(225); *iii*) aperfeiçoar a legislação comunitária

---

pp. 69-71. Esclarece este Autor que "[p]ara Vaz Serra, é esse o âmbito de aplicação que deve ser reconhecido ao art. 429.º, não o limitando, pois, aos casos compreendidos no art. 780.º, sob pena de ficar desprovido de qualquer sentido útil. Com efeito, perdendo o outro contraente o benefício do prazo a sua dívida torna-se imediatamente exigível e passa a ser-lhe oponível a excepção nos termos gerais". Mas, contrariamente a esta posição e apoiado sobre um argumento de segurança jurídica, J. J. Abrantes, restringe a remissão daquele art. 429.º às hipóteses previstas no art. 780.º, afirmando que a "(…) solução preconizada por Vaz Serra poderia ser mais justa, mas apresentava maior perigo sob o ponto de vista da segurança jurídica".

(220) Cf., por todos, Moura Vicente, *ob. cit.*, pp. 525 e ss.: "O principal impulso no sentido de uma aproximação dos sistemas jurídicos nacionais provém das iniciativas que desde há várias décadas têm sido levadas a cabo com vista à harmonização e unificação internacional do Direito Privado" (525).

(221) Bénèdicte Fauvarque-Cosson, "Regards sur le processus de formation d'un droit européen des contrats", *Le Droit Comparé Face à L'Harmonisation des Droits. Actes de la XV.ème édition des journées juridiques franco-roumaines*, Société de Législation Comparée, pp. 7-23 (7). E*,* ainda, Zimmermann, "Comparative Law and the Europeanization of Private Law", p. 546.

(222) COM (2001) 398 final.

(223) COM (2001) 398 final, p. 12.

(224) *Ibidem*, p. 13.

(225) *Ibidem*, pp. 14-15.

existente, através da respectiva reformulação, compilação e codificação([226]) ou, então, *iv*) adoptar nova legislação comunitária sobre a matéria([227]). Estas estas opções não teriam, entre si, carácter excludente([228/229]).

Em 25 de Março de 2002, a Comissão Europeia divulgou os resultados daquele comunicado, tendo prevalecido as opções *ii*) e *iii*)([230]). A Comissão efectuaria, neste seguimento, um conjunto de comunicações tendentes à harmonização do Direito Privado Europeu: *i*) *a more coherent european contract law. An action plan*([231]); *ii*) *European Contract Law and the revision of the acquis: the way forward* (afastando a solução codificatória e optando por um Common Frame of Reference)([232]) e, por fim, *iii*) *First Annual Progress report on European Contract Law and the Acquis Review*([233]).

Com a Decisão n.º 1523/200/CE (JO 232, 29/08/2002), a Comissão criou ainda a Joint Network on European Contract Law (CoPECL)([234]) que reúne oito grupos distintos: *i*) o Study Group on a European Civil Code *(Study Group)*; *ii*) o Research Group on the Existing EC Private Law *(Acquis Group)*; *iii*) o Project Group on a Restatement of European Insurance Contract Law *(Insurance Group)*; *iv*) a Association Henri Capitant (em conjunto com a Société de Législation Comparée e o Conseil Supérieur du Notariat); *v*) o Common Core Group; *vi*) o Research Group on the Economic Assessment of Contract Law Rules *(Economic Impact Group)*; *vii*) o *Database Group* e *viii*) a Academy of European Law([235]).

([226]) *Ibidem*, pp. 15-16.

([227]) *Ibidem*, pp. 16-17.

([228]) *Ibidem*, p. 13.

([229]) Esclarece FAUVARQUE-COSSON, *ob. cit.*, p. 10, que o Parlamento Europeu, através da Resolução de 15/11/2001 (JOCE C140 E/539), apontou à Comissão Europeia o facto de a COM (2001) 398 apresentar um âmbito limitado ao domínio contratual.

([230]) FAUVARQUE-COSSON, *ob. cit.*, pp. 10-11.

([231]) COM (2003) 68 final, de 12/02/2003.

([232]) COM (2004) 651 final, de 11/10/2004.

([233]) COM (2005) 456 final, de 23/09/2005.

([234]) <www.copecl.org>.

([235]) A página de Internet do CoPECL apresenta hiperligações para as páginas dos respectivos grupos.

Na elaboração do DCFR assumiram particular relevo o *Study Group* e o *Acquis Group*([236]). O primeiro, sob a coordenação de von Bar, veio dar continuidade à Comissão para o Direito Europeu dos Contratos ("Grupo Lando"), então responsável pela elaboração do PECL([237]). Na linha das orientações da Comissão Europeia([238]), o DCFR resultou de um extenso trabalho efectivado por mais de duas centenas de pessoas, manifestando cariz essencialmente académico([239/240]). Surgiu numa *interim edition* (2008) e, mais tarde, sob uma *outline edition* (2009). No final, de acordo com uma *full edition*, foi publicado em seis volumes, originariamente em língua inglesa, e contendo longos comentários e notas comparativas([241]).

O DCFR extravasa o âmbito contratual. Com efeito, ao longo dos seus dez livros, o texto procura abarcar muitos aspectos obrigacionais, como se depreende da sua sistemática:

I — General provisions

([236]) *Principles, Definitions and model rules of European Private Law…*, p. 1: "The following volumes contain the results of the work of the Study Group on a European Civil Code (the "Study Group") and the Research Group on Existing EC Private Law (the "Acquis Group"). The former Commission on European Contract Law (the "Lando Commission") provided the basis for much of Books II and III; it was on their Principles of European Contract Law (PECL) that the Study Group and the Acquis Group built. The Acquis Group concentrated on existing Community law in the area of general contract law. The Study Group's main focus was on the remaining material".

([237]) Somma, "Towards a European private law? The Common Frame of Reference in the conflict between EC law and national laws", in Hans-W. Micklitz/Fabrizio Cafaggi (ed,), *European Private Law after the Common Frame of reference*, Chel tenham: Elgare, pp. 1-23 (2).

([238]) Florian Möslein, "Legal innovation in European contract law: within and beyond the (Draft) Common Frame of Reference", p. 176.

([239]) *Principles, Definitions and model rules of European Private Law…*, p. 1.

([240]) O carácter puramente académico do DCFR não tem sido aceite por todos. Assim, Somma, "Towards a European private law? The Common Frame of Reference in the conflict between EC law and national laws", p. 3. E, tb., Jansen, "The authority of an academic 'Draft Common Frame of Reference'" p. 147. Destaca Menezes Cordeiro, *Tratado…*, Volume VI, p. 261, que "[o]s instrumentos europeus, mesmo no atual estádio de estudo, prestam-se, ainda, a críticas de outra natureza. O DCFR, por exemplo, pela preocupação de ser apresentado antes do termo do primeiro mandato do presidente da Comissão Durão Barroso, teria sido aprontado sem o tempo de maturação necessário. Aponta-se falta de transparência, na escolha dos peritos que intervêm".

([241]) *Principles, Definitions and model rules of European Private Law…*, p. 2.

II — Contracts and other juridical acts

III — Obligations and corresponding rights

IV — Specific contracts and the rights and obligations arising from them

V — Benevolent intervention in another's affairs

VI — Non-contractual liability arising out of damage caused to another

VII — Unjustified enrichment

VIII — Acquisition and loss of ownership of goods IX — Proprietary security in movable assets

X — Trusts

Os Livros II e III tiveram na base os PECL([242]) e foram aqueles cuja elaboração mais dificuldades suscitou. Os autores optaram, porém, por autonomizar as "obrigações", aplicando-se o Livro III tanto às obrigações de fonte contratual, como às obrigações de fonte não-contratual([243]). O contrato permanece, ainda assim, o acto jurídico paradigmático([244/245]). A autonomização do Livro III, baseado na noção de "obrigação", representa a prevalência da abstracção germânica sobre o domínio do *contract*. Esta opção foi, no entanto, alvo de várias críticas([246]). O contrato é encarado, por sua

---

([242]) Paul Varul, "Performance and Remedies for Non-performance: Com- parative Analysis of the PECL and DCFR", *Juridica International* [em linha], 2008, N.º 1, pp. 104-110 (104). [Consulta efectuada no dia 18/04/2015]. Disponível na Internet em <http://www.juridicainternational.eu/ index.php?id=13893>.

([243]) *Principles, Definitions and model rules of European Private Law…*, pp. 13-14.

([244]) De ora em diante, os preceitos referidos ou citados pertencem ao DCFR.

([245]) III. — 1:101: Scope of Book: "This Book applies, except as otherwise provided, to all obligations within the scope of these rules, whether they are contractual or not, and to corresponding rights to performance". Vem referido, em comentário, que "[t]here are, however, a few provisions which apply only to contractual obligations — as is indicated by the words "except as otherwise provided". These are clearly identified. Of course, such specific provisions prevail over the general rule" (*Principles, Definitions and model rules of European Private Law…*, p. 671).

([246]) Cf. Fauvarque-Cosson, *ob. cit.*, p. 14: "Sur le fond, le PCCR consacre une vision abstraite et complexe du droit des obligations, influencée par le modèle allemand. Ainsi, le Livre II porte sur les 'contrats et autres actes juridiques' et le livre III traite des 'obligations et autres droits'. Il n'y a donc pas de livre ou de chapitre spécifiquement consacré aux contrats".

vez, como *fonte* de obrigações e não como instituto geral do direito([247]). A obrigação vem assimilada à noção analítica de dever e, por isso, afasta-se da concepção omnicompreensiva do direito alemão([248]). O art. III. — 1:102, §(1) é bem claro ao definir a obrigação como "a duty to perform which one party to a legal relationship, the debtor, owes to another party, the creditor". E, de modo impressivo, vem referido([249]):

> It is necessary to define "obligation" because in national laws and legal literature the word is used in at least two senses. Sometimes it is used, as here, as the correlative of a right to performance — the debtor's side of the legal relationship between the debtor and the creditor. The expression "rights and obligations" is found very frequently. Sometimes the word "obligation" is used to denote the whole legal relationship between the debtor and the creditor. This usage, although traditional and eminently respectable, appears to be less frequent in modern European and international legal instruments. The Principles of European Contract Law, for example, use "obligation" predominantly in the first sense. An obligation is performed or not performed. One does not perform a relationship. The important thing from the drafting point of view is to make a clear choice and stick to it. Paragraph (1) of the Article defines "obligation" in the first of the two senses mentioned.

Todavia, nas palavras dos próprios autores do DCFR, a *obligation* não seria assimilável ao *duty*. Assim([250]):

> Under the definition in paragraph an obligation presupposes a legal relationship an is owed to a particular creditor. This is one of the features which distinguishes an obligation from a duty under these rules. A person has a duty if that person is bound to do something, or expected to do something, in accordance with an applicable normative.

([247]) Ferreira de Almeida, *Contratos I*..., p. 15: "Ora, em comparação com outros direitos (por exemplo, o francês, o inglês e norte-americano), em que o contrato se contém dentro dos limites estreitos do acordo gerador de obrigações, o contrato é, quer no direito alemão quer no direito português, uma instituição muito mais ampla cujos efeitos se podem também estender para o domínio dos direitos pessoais, familiares, sociais, reais e de propriedade intelectual".

([248]) S*upra*, III, 6.

([249]) *Principles, Definitions and model rules of European Private Law*..., p. 671.

([250]) *Ibidem*, pp. 671-672.

Circunscrito o objecto do DCFR, cabe uma breve palavra sobre as suas finalidades. Ora, depois de afastado o impulso codificatório ao nível do direito comum europeu (251), tem-se vindo a salientar que o DCFR pode servir à modernização das diversas legislações nacionais(252). Por outro lado, pode constituir modelo de base a uma futura legislação comunitária(253). O texto pode servir, ainda, como um acervo destinado a disciplinar as relações contratuais entre privados, se estes assim o determinarem(254).

Na senda do art. III. — 1:102 §(2), a *performance of an obligation* consiste em o devedor fazer o que deve ser feito ou não fazer fazer o que não deve ser feito em conformidade com o programa obrigacional(255). A matéria do cumprimento espraia-se pelo Livro III, Capítulo, II (arts. III. — 2: 101 a III. — 2:114):

III. — 2: 101: Place of performance
III. — 2: 102: Time of performance
III. — 2: 103: Early performance
III. — 2: 104: Order of performance
III. — 2: 105: Alternative obligations or methods of performance
III. — 2: 106: Performance entrusted to another
III. — 2: 107: Performance by a third person
III. — 2: 108: Method of payment
III. — 2: 109: Currency payment
III. — 2: 110: Imputation of performance

---

(251) Hugh Beale, "The Natures and Purposes of the Common Frame of Reference", *Juridica international* [Em linha], 2008, N.º 1, pp. 10-17 (p. 11). [Consulta efectuada no dia 18/04/2015]. Disponível na Internet em <http://www.juridicainternational.eu/index.php?id=12707>. E, ainda, Florian Möslein, "Legal innovation in European contract law: within and beyond the (Draft) Common Frame of Reference", p. 178.

(252) Beale, *ob. cit.*, p. 11.

(253) Beale, *ob. cit.*, p. 12 e Möslein, *ob. cit.*, pp. 176-177.

(254) Beale, *ob. cit.*, p. 15. E, tb., Möslein, *ob. cit.*, pp. 177-178: "(…) the (D)CFR may, at a later stage, also be used as a basis for an optional instrument. Two conceptually distinct mechanisms can be deployed to make contracts subject to CFR rules. Parties can either incorporate the CFR in the contract as a set of standard terms (subject to the mandatory rules of the invariably applicable national law) or they can select it as the applicable law (substituting for the national legal order that would otherwise apply). Whereas parties are free to choose the first alternative, the second track would require legislative intervention at the European level".

(255) *Principles, Definitions and model rules of European Private Law…*, p. 672.

III. — 2: 111: Property not accepted
III. — 2: 112: Money not accepted
III. — 2: 113: Costs and formalities of performance
III. — 2: 114: Extinctive effect of performance

Os aspectos respeitantes ao tempo do cumprimento *(time of performance)* encontram-se, em regra, orientados pelo princípio da *freedom of contract*(256). Muito em particular, de acordo com o art. III. — 2: 102, §§(1) e (2), distinguem-se três hipóteses: *i*) o tempo do cumprimento é determinável e corresponde a um termo fixo, *ii*) o tempo do cumprimento é determinável e corresponde a um período de tempo e, por último, *iii*) o tempo do cumprimento não é determinável. No primeiro caso, a obrigação deve ser cumprida no termo prefixado. Na segunda, o cumprimento é deve ocorrer em qualquer momento do período estabelecido, cabendo a escolha desse momento ao devedor, salvo se as circunstâncias indicarem que a escolha deva recair sobre o credor. E, por fim, não sendo determinável, a obrigação é cumprida em "reasonable time after it arises"(257). A obrigação não é pagável antecipadamente, podendo então, em regra, o credor rejeitar o cumprimento(258). Nos termos do art. III. — 2:114, o cumprimento da obrigação determina a suas extinção se estiver designadamente "(…) in accordance with the terms regulating the obligation".

A *non-performance* corresponde a "any failure to perform the obligation, whether or not excused, and includes delayed performance and any other performance which is not in accordance with the terms regulating the obligation" (cf. art. III. — 1:102 §(3)). Está em causa uma noção unitária de não-cumprimento à qual tendencialmente se aplica o bloco geral de pretensões *(remedies)*(259).

---

(256) *Principles, Definitions and model rules of European Private Law…*, p. 728.

(257) *Principles, Definitions and model rules of European Private Law…*, pp. 726-727.

(258) *Principles, Definitions and model rules of European Private Law…*, p. 731: "A rule to the effect that a debtor may always perform the obligation early would not meet the needs of modern contractual relations".

(259) *Principles, Definitions and model rules of European Private Law…*, p. 672. Neste sentido, realça Assunção Cristas, *ob. cit.*, p. 247 que "(…) o DCFR desvaloriza a

O regime encontra-se no Livro III, Capítulo III, estendendo-se por quarenta e cinco artigos:

Section 1 — General

Section 2 — Cure by the debtor of non-conforming performance

Section 3 — Right to enforce performance

Section 4 — Withholding performance Section 5 — Termination
Sub-section 1 — Grounds for termination
Sub-section 2 — Scope, excuse and loss of right to terminate
Sub-section 3 — Effects of termination
Sub-section 4 — Restitution Section 6 — Price reduction

Section 7 — Damages and interest

De acordo com o disposto nos artigos III. — 3:101 e III. — 3: 102, uma situação de *non-performance* oferece, em regra, ao credor todo o catálogo de pretensões. Quer isto dizer, portanto, que este pode alcançar-se de uma ou mais pretensões, desde que as mesmas sejam compatíveis. A simplicidade deste esquema merece, porém, algumas salvaguardas. Há, na verdade, que distinguir três hipóteses: *i*) o não-cumprimento *which is excused*, *ii*) o não cumprimento *which is not excused* e, por fim, *iii*) o não-cumprimento *wholly or partilally caused by the creditor*. Na primeira situação, assiste ao credor a plenitude dos *remedies*, entres eles o direito *to enforce performance,* o direito *to withold performance,* a *termination,* os *damages* e a *reduction of price* (cf. III. — 3:101 §(1)). Na segunda, assistem-lhe todas essas pretensões, exceptuando a *specific performance* e os *damages* (§(2)). Na última, a conduta do credor (com ou sem *fault*) é passível de limitar, parcial ou totalmente, o leque de pretensões (§(3))([260/261]).

A declaração antecipada de não-cumprimento tem expresso acolhimento no DCFR. Assim, no Livro III, Capítulo III, Secção 5, surge o art. III. — 3:504, sob a epígrafe *"anticipated non-perfor-*

---

qualificação substancial do incumprimento, e, por isso, ao capítulo relativo ao cumprimento sucede o capítulo que trata os remédios para o incumprimento (…)".

([260]) *Principles, Definitions and model rules of European Private Law…*, pp. 772-774.

([261]) V., sobre cláusulas de limitação e exclusão da responsabilidade, *Principles, Definitions and model rules of European Private Law…*, pp. 793 e ss.

mance", dispondo que "a creditor may terminate before performance of a contractual obligation is due if the debtor has declared that there will be a non-performance of the obligation, or it is otherwise clear that there will be such a non-performance, and if the non-performance would have been fundamental". A consagração da figura está em linha com diversos outros textos internacionais, mas os autores do DCFR terão optado por uma formulação de sabor mais "neutro", não acolhendo a expressão anglo-saxónica *"anticipatory breach"*(262).

12. A manifestação de recusa: forma, modalidades e requisitos de eficácia

Nos termos gerais (cf. art. II. — 1:106: Form)(263), a recusa parece não obedecer a forma especial. Ela pode ser expressa *(express)* ou implícita *("but even in the absence of repudiation the circumstances make the situation clear")*(264). A sua eficácia depende de ser "clear" e "fundamental". Estes requisitos estavam presentes noutros textos de direito dos contratos. Neste sentido, já determinava o art. 7.3.3. dos Princípios UNIDROIT/2010 que "where prior to the date for performance by one the parties it is clear that there will be a fundamental non-performance by that party, the other party may terminate the contract".

Quanto ao primeiro requisito, e conforme vem analogamente esclarecido nos comentários aos Princípios UNIDROIT, o não-

---

(262) *Principles, Definitions and model rules of European Private Law…*, pp. 867.

(263) Assim, de acordo com artigo II. — 1:106 (1), "a contract or other juridical act need not be concluded, made or evidenced in writing nor is it subject to any other requirement as to form". Em comentário ao texto, vem referido que "[p]aragraph (1) lays down the general principle that there is no formal requirement for a contract or other juridical act. This may be displaced by a particular provision on a particular topic but, in general, there is no need for writing, sealing, authentication by a notary, filing in a public registry or anything else. This principle is widely accepted among the legal systems at least as far as commercial contracts are concerned" — cf. *Principles, Definitions and model rules of European Private Law…*, p. 149.

(264) *Principles, Definitions and model rules of European Private Law…*, p. 868.

-cumprimento deve ser claro — no sentido de inequívoco —, não bastando, para o efeito, que o credor possua meras suspeitas(265). Quanto ao segundo requisito, deve interpretar-se o preceito em consideração com o disposto no art. III. — 3:502, cujo § (2), esclarece que "a non-performance of a contractual obligation is fundamental if: (*a*) it substantially deprives the creditor of what the creditor was entitled to expect under the contract, as applied to the whole or relevant part of the performance, unless at the time of conclusion of the contract the debtor did not foresee and could not reasonably be expected to have foreseen that result; or (*b*) it is intentional or reckless and gives the creditor reason to believe that the debtor's future performance cannot be relied on"(266).

13. Aceitação e rejeição da recusa pelo contraente fiel

O credor pode fazer cessar a relação contratual *(termination)* se for claro que haverá uma "fundamental non-performance"(267). Ele perde, porém, esse direito se não o exercer dentro de um "reasonable time"(268). Nos termos do art. III.—3:106, a declaração do credor produz efeitos pela sua mera expedição, valendo, então, "dispatch principle"(269/270).

---

(265) Princípios UNIDROIT, p. 254. Consultáveis na Internet em <www.unidroit.org>.

(266) Para mais desenvolvimentos, *Principles, Definitions and model rules of European Private Law…*, pp. 853-855.

(267) *Principles, Definitions and model rules of European Private Law…*, p. 868.

(268) *Principles, Definitions and model rules of European Private Law…*, p. 882. Acrescenta-se, nos comentários ao presente dispositivo, que [t]his provision is required for the protection of the debtor who may be continuing to spend time, effort and money on performance" (p. 881).

(269) Em regra vale o "receipt principle", determinando o artigo I. — 1: 109: § (3) que "the notice becomes effective when it reaches the addressee, unless it provides for a delayed effect" — *Principles, Definitions and model rules of European Private Law…*, p. 113.

(270) *Principles, Definitions and model rules of European Private Law…*, p. 802.

14. (Ir)revogabilidade da recusa

Nos termos do art. II. — 4: 202: § (1), "an offer may be revoked if the revocation reaches the offeree before the offeree has dispatched an acceptance or, in cases of acceptance by conduct, before the contract has been concluded". Há, porém, quanto a este aspecto, que distinguir entre a *revocation* e a *withdrawal*. Depois de emitida, a oferta pode ser objecto de retractação até respectiva recepção pela contraparte *(withdrawn)*. Depois de recebida, embora antes de ser aceite *(dispatch)*, pode ser objecto de *revocation*([271]). O que fica dito pode ser *mutatis mutandis* aplicado à recusa([272]).

Com efeito, as regras sobre formação do contrato não são geralmente aplicáveis aos outros actos jurídicos, mas "(…) questions about the effectiveness of a unilateral juridical act can arise"([273]).

15. Efeitos

A recusa está sistematicamente inserida em sede da *termination*. Isto não significa, contudo, que o contraente fiel esteja impedido de recorrer a outras pretensões([274]). Além daquela, assistem-lhe a faculdade de pedir *damages*, de exercer o *right to enforce performance* e, ainda, de invocar a *withholding performance*. Mas, se houvesse que estabelecer uma ordem de precedência entre essas pretensões, à cabeça surgiria a *termination*, na medida em que a derradeira decisão passa precisamente por manter, ou não, em execução a situação jurídico-contratual([275]).

([271]) *Principles, Definitions and model rules of European Private Law…*, p. 301.

([272]) Artigo III. — 4: 301: The requirements for a unilateral juridical act are: (*a*) that the party doing the act intends to be legally bound or to achieve the relevant legal effect; (*b*) that the act is sufficiently certain; and (*c*) that notice of the act reaches the person to whom it is addressed or, if the act is addressed to the public, the act is made public by advertisement, public notice or otherwise.

([273]) *Principles, Definitions and model rules of European Private Law…*, p. 339.

([274]) *Principles, Definitions and model rules of European Private Law…*, p. 868.

([275]) Embora inicie o estudo pelo *right to enforce performance*, cf., neste sentido,

O exercício da *termination* não carece de ser judicial, podendo sê-lo "by notice to the debtor" (cf. art. III. — 3:507 §(1)). A notificação do devedor é mesmo dispensável se o credor fixou-lhe um prazo adicional para o cumprimento e o primeiro nada fez (§(2)). A notificação não está sujeita a forma especial, mas deve, em certas circunstâncias, ser fundamentada([276]). Se não for efectuada em "reasonable time", pode ocorrer a perda do direito de cessar o contrato([277]). Em regra, conforme decorre do art. III. — 3:509, a *termination* envolve a extinção das recíprocas obrigações, mas só opera para o futuro. Tal não impede, contudo, a permanência de certos direitos e obrigações([278]/[279]). Na linha dos mais modernos entendimentos, o direito *to terminate* é cumulável com a indemnização por danos passados e, bem assim, com os "damages for actual non-perfomance"([280]).

Se o contraente fiel optar por manter a relação contratual e o devedor não se apresentar voluntariamente ao cumprimento, assiste-lhe o *right to enforce performance*. Há que distinguir, essencialmente, entre o "enforcement of monetary obligations" (art. III.— 3:301) e o "enforcement of non-monetary obligations" (art. III. — 3:302). Por outro lado, a excepção de não cumprimento do contrato *(withholding performance)* tem expresso acolhimento no art. III. — 3:401([281]). A excepção tanto se aplica às obrigações que devam ser cumpridas simultânea ou posteriormente pelo credor, como se aplica às obrigações que devam ser cumpridas anteriormente. Neste último caso, o credor deve avisar o devedor, tão cedo quanto possível, de que irá exercer a excepção, sob pena de responder pelos danos([282]).

VARUL, "Performance and Remedies for Non-performance: Comparative Analysis of the PECL and DCFR", p. 109.

([276]) *Principles, Definitions and model rules of European Private Law…*, p. 879.

([277]) *Principles, Definitions and model rules of European Private Law…*, pp. 881-882.

([278]) *Principles, Definitions and model rules of European Private Law…*, p. 887.

([279]) *Principles, Definitions and model rules of European Private Law…*, p. 888.

([280]) *Principles, Definitions and model rules of European Private Law…*, p. 888.

([281]) *Principles, Definitions and model rules of European Private Law…*, p. 844.

([282]) *Principles, Definitions and model rules of European Private Law…*, p. 845.

O contraente fiel tem, em regra, direito à indemnização, salvo se a "non-performance is excused" (arts. III. — 3:101 e III. — 3:701, parte final). A indemnização abrange também os danos não-patrimoniais *(non-economic loss)*([283]). As partes são livres de estipular cláusulas indemnizatórias([284]), mas o montante convencionado pode ser judicialmente reduzido([285]). O devedor não é responsável pelos danos na precisa extensão em que o credor tenha contribuído, por acção ou omissão, para o mesmo (art. III. — 3:704). Neste âmbito, prefiguram-se três hipóteses: *i*) a conduta do credor é concausa da da "non-performance", *ii*) a sua conduta agrava os efeitos dos danos e, por fim, *iii*) o credor estava em medida de ter reduzido ou extinto os danos (art. III. — 3:705)([286]). Só neste último caso se pode falar numa "failure to mitigate loss"([287]). Esta regra é, igualmente, aplicável à *anticipated non-perfomance*([288]).

V. Síntese comparativa

Escolhido, decomposto e analisado o termo comparativo à luz dos três *comparanda* previamente seleccionados, cabe proceder, por fim, à síntese comparativa, procurando por a descoberto as precípuas diferenças e semelhanças que foram emergindo no decurso do processo microcomparativo([289]).

([283]) *Principles, Definitions and model rules of European Private Law*..., p. 917.

([284]) Artigo III. — 3: 712 (1): "Where the terms regulating an obligation provide that a debtor who fails to perform the obligation is to pay a specified sum to the creditor for such non-performance, the creditor is entitled to that sum irrespective of the actual loss".

([285]) Artigo III. — 3:712 (2): "However, despite any provision to the contrary, the sum so specified in a contract or other juridical act may be reduced to a reasonable amount where it is grossly excessive in relation to the loss resulting from the non-performance and the other circumstances".

([286]) *Principles, Definitions and model rules of European Private Law*..., p. 934.

([287]) *Principles, Definitions and model rules of European Private Law*..., p. 935.

([288]) *Principles, Definitions and model rules of European Private Law*..., p. 936.

([289]) Cf. Ferreira de Almeida/Morais Carvalho, *ob. cit.*, pp. 33-34 e Moura Vicente, *ob. cit.*, pp. 43-45. Assim, já afirmava Castro Mendes, *ob. cit.*, p. 22, que

16. Síntese comparativa

a) *Enquadramento dogmático-sistemático.* A recusa do dever de prestar antes do vencimento da obrigação, como facto susceptível de convocar os efeitos do incumprimento definitivo, é, hoje, um problema estabilizado. Efectivamente, depois de aturados estudos comparativos, os autores do DCFR foram capazes de dar expressa guarida à figura, sem, todavia, assumirem vincados compromissos dogmáticos. Entre nós, mesmo sem previsão normativa expressa, a doutrina e a jurisprudência portuguesas têm, salvo entendimentos pontuais, associado à recusa os efeitos do incumprimento definitivo.

b) *Manifestação de recusa: forma, modalidades e requisitos de eficácia.* A manifestação de recusa encontra-se geralmente sujeita à liberdade de forma, estando em linha com a tendente desformalização da ordem jurídica([290]). Por outro lado, a recusa ser explícita ou implicitamente revelada. Entre os numerosos requisitos de eficácia sugeridos, descortina-se uma necessidade básica de segurança jurídica, ou seja, a manifestação de recusa não pode deixar margens para dúvidas quanto à intenção de não cumprir.

c) *Aceitação e rejeição da recusa pelo contraente fiel.* Somente no direito inglês há um verdadeiro direito de eleição, facultando ao contraente fiel a escolha entre a aceitação do repúdio ou a aceitação do contrato. Tanto à luz da ordem jurídica portuguesa, como à luz do disposto no DCFR, cabe ao contraente, dentro de um prazo curto ou

---

"[m]esmo uma lista de soluções diferentes dadas por várias ordens jurídicas a um mesmo problema só será direito comparado se a intenção do autor, como é natural, for a de sublinhar semelhanças e diferenças".

([290]) Menezes Cordeiro, *Tratado de Direito Civil Português, I — Parte Geral*, *Tomo I*, 3.ª ed., 2007, Coimbra: Almedina, p. 565: "(…) as ordens jurídicas da actualidade são dominadas por um princípio de liberdade de forma, também designada regra da consensualidade (…)".

razoável e se assim pretender, alcançar-se das pretensões associadas ao incumprimento.

d) *(Ir)revogabilidade da recusa*. O direito inglês parece, neste aspecto, ser constringente, não admitindo a revogação da *repudiation*. Entre nós, a retractação é admissível nos termos gerais, pese embora a possibilidade de revogação suscite dúvidas doutrinais. O DCFR permite a *withdrawal* até que a recusa seja pela contraparte recepcionada. Depois disto, só se afigura possível a *revocation* entre o momento da recepção e até à emissão da aceitação *(dispatch)*.

e) *Efeitos.* No direito inglês, as pretensões do credor diferem consoante este opte por aceitar ou rejeitar a recusa. Se aceitar, assistem-lhe os direitos de cessar o contrato *(termination)* e de indemnização *(damages)*. Se rejeitar, o credor pode recorrer à *order of specific performance* ou à *injunction*, enquanto pretensões fundadas em *equity*. O DCFR parte também de uma noção unitária de não-cumprimento e atribui geralmente, para cada modalidade, a totalidade de pretensões existentes. Entre nós e de acordo com a maioria da doutrina e jurisprudência, os efeitos da recusa são equiparáveis aos efeitos previstos para o incumprimento definitivo.

17. Grelha comparativa

GRELHA COMPARATIVA			
TERMO COMPARATIVO	A RECUSA DO DEVER DE PRESTAR ANTES DO VENCIMENTO DA OBRIGAÇÃO QUANDO O PRAZO SE ACHE ESTABELECIDO A FAVOR DO EMITENTE DA RECUSA		
COMPARANDAS	ORDEM JURÍDICA INGLESA	ORDEM JURÍDICA PORTUGUESA	DCFR
ELEMENTOS DO TERMO COMPARATIVO			
ENQUADRAMENTO DOGMÁTICO-SISTEMÁTICO	O *leading case* surgiu com a decisão *Hochster v De la Tour* (1853), embora o problema fosse já conhecido	Inexiste previsão legal expressa, mas a doutrina e a jurisprudência encontram fundamentos normativos diversos	III. — 3:504: Termination for anticipated non-perfomance. "A creditor may terminate before performance of a contractual obligation is due if the debtor has declared that there will be a non-performance of the obligation, or it is otherwise clear that there will be such a non-performance, and if the non-performance would have been fundamental".
MANIFESTAÇÃO DA RECUSA: FORMA, MODALIDADE E REQUISITOS DE EFICÁCIA	Forma: liberdade de forma. Modalidades: *express, implicit, inferred from silence.* Requisitos de eficácia: *clear and absolute.*	Forma: liberdade de forma (art. 219.º, *ex vi* do art. 295.º) Modalidades: expressa ou tácita (art. 217.º, *ex vi* do art. 295.º) Requisitos de eficácia: vários requisitos são apontados, mas o denominador comum repousa na ideia de que a recusa não deve deixar dúvidas quanto à intenção.	Forma: liberdade de forma (art. II — 1:106) Modalidades: *express and debtor's behaviour* Requisitos de eficácia: *clear* e a *non-performance* deve ser *fundamental.*
ACEITAÇÃO E REJEIÇÃO PELO CONTRAENTE FIEL	A aceitação deve ser *complete and unequivocal.* A rejeição implica que: as partes permaneçam adstritas ao programa obrigacional	Não há verdadeira declaração de aceitação/rejeição. O credor deve, contudo, exercer, num prazo razoável, se assim o entender, as pretensões previstas para o incumprimento.	O *right to terminate* deve ser exercido dentro de um prazo razoável. Esta regra é extensível às demais pretensões.
(IR)REVOGABILIDADE DA RECUSA	Irrevogabilidade.	Retractável (art. 230.º, n.os 1 e 2, *ex vi* do art. 295.º), mas irrevogável. Notas dissonantes na doutrina, ao admitirem a revogação unilateral.	Distinção entre a *revocation* e a *withdrawal* (art. II.— 4:202, *ex vi* do art. II. — 4:301)
EFEITOS	Common law remedies: (*i*) *termination;* (*ii*) *damages;* (*iii*) *Action for an agreed sum.* Equity remedies: (*i*) *specific performance;* (*ii*) *injunction;* (*iii*) *restitution.*	Resolução. Indemnização — problema da minimização de danos, em particular à luz do disposto no art. 570.º Execução específica — caso se admita a perda do benefício do prazo ou o incumprimento. Excepção de não cumprimento do contrato — ainda que o credor deva cumprir em primeiro lugar.	*Termination.* *Right to enforce performance* *Withhold performance.* *Damages*. *Right to reduce the price.*

ACESSO À INFORMAÇÃO NAS SOCIEDADES ANÓNIMAS (ABERTAS E FECHADAS) E RESPONSABILIDADE CIVIL

Pelo Mestre Rui Cardona Ferreira(*)

Sumário:

1. Introdução. 2. O direito dos sócios à informação no Direito Societário comum: 2.1. O direito mínimo à informação. **2.2.** O direito à informação preparatória da assembleia geral. **2.3.** O direito à informação em assembleia geral. **2.4.** O direito coletivo à informação. **3. Os deveres de informação no Direito dos Valores Mobiliários. 3.1.** A divulgação de participações qualificadas. **3.2.** Deveres de informação permanente e de informação periódica. **3.3.** O dever de divulgação de informação privilegiada. **4. Meios de reação e responsabilidade civil: 4.1.** Considerações gerais. **4.2.** Questões específicas dos regimes de responsabilidade civil consagrados no CSC e no CVM. **4.3.** Questões comuns a ambos os regimes: causalidade e dano.

1. Introdução

Conforme dispõe o art. 21.º, n.º 1, alínea *c*), do Código das Sociedades Comerciais ("CSC")([1]), todos os sócios têm direito a

---

(*) Doutorando da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa. Mestre em Direito. Advogado.

([1]) Todos os artigos referidos neste texto sem indicação da fonte pertencem ao CSC.

obter informações sobre a vida da sociedade, nos termos da lei e do contrato de sociedade. Trata-se, como é evidente, de um direito essencial para a tutela do sócio individualmente considerado e dos interesses minoritários(2), devendo mesmo entender-se que o pacto social apenas pode facilitar o exercício e alargar o âmbito do direito à informação previsto na lei, não podendo restringi-lo(3). A relevância do direito à informação acha-se bem espelhada, aliás, nas sanções penais em que incorrem, nos termos dos arts. 518.º e 519.º, os gerentes ou administradores que recusem ilicitamente informação ou prestem informações falsas.

No que se refere às sociedades anónimas, a lei estabelece diferentes categorias ou modos de acesso à informação societária, distinguindo entre um direito *mínimo* à informação (cf. art. 288.º), um direito a informações *preparatórias da assembleia geral* (cf. art. 289.º), um direito à informação *em assembleia geral* (cf. art. 290.º) e um direito *coletivo* à informação (cf. art. 291.º). E tais direitos revestem-se de importância acrescida, tendo em conta a inexistência, nas sociedades anónimas, de um direito de inspeção dos bens sociais, diferentemente do que sucede nas sociedades em nome coletivo e nas sociedades por quotas — cf. arts. 181.º, n.º 4, e 214.º, n.º 5, respetivamente(4).

No entanto, nas sociedades abertas, à disciplina jurídica constante daqueles preceitos legais soma-se uma densa teia de deveres de informação previstos no Código dos Valores Mobiliários ("CVM")(5)

---

(2) Cf. João Labareda, "Direito à informação", in AA.VV., *Problemas de Direito das Sociedades*, Coimbra, 2002, pp. 130 ss, e Armando Manuel Triunfante, *A Tutela das Minorias nas Sociedades Anónimas — Direitos Individuais*, Coimbra, 2004, pp. 111 ss.

(3) Cf. Raúl Ventura, *Novos Estudos sobre Sociedades Anónimas e Sociedades em Nome Coletivo*, Coimbra, 1994, p. 133.

(4) Sustentando que a opção legislativa de não prever esta faculdade nas sociedades anónimas tem justificação, cf. Armando Manuel Triunfante, *A Tutela das Minorias...*, *cit.*, pp. 126-127. Em sentido diverso, propondo a sua aplicação neste tipo de sociedades, cf. Luís Brito Correia, *Direito Comercial*, vol. II, Lisboa, 1989, p. 319. Admitindo que tal faculdade possa encontrar sede no pacto social, não obstante a omissão do legislador, cf. Coutinho de Abreu, *Curso de Direito Comercial*, vol. II, 5.ª ed., Coimbra, 2015, p. 239.

(5) Nos termos do art. 13.º do CVM, revestem a qualidade de sociedades abertas, nomeadamente, as sociedades emitentes de ações ou de outros valores mobiliários que

— objeto de alteração pelo recente Decreto-Lei n.º 22/2016, de 3 de junho — e no Regulamento (UE) n.º 596/2014, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 16 de abril de 2014, que alterou o regime de abuso de mercado previsto no CVM, tendo passado a vigorar desde 3 de julho de 2016. Na verdade, é possível distinguir círculos de interesses diferenciados de que resultam regimes de acesso à informação que coexistem paralelamente, embora com interseções entre si: por um lado, os interesses dos acionistas e o respetivo direito de acesso a informação, regulados no CSC; por outro lado, os interesses dos investidores e o interesse público no normal funcionamento do mercado de capitais, primacialmente tutelados pela normação do CVM e pelo mencionado Regulamento europeu.

Em seguida, passamos em revista, sucessivamente, cada uma destas duas vertentes, após o que procuraremos ainda alinhavar algumas considerações sobre os mecanismos destinados ao sancionamento da violação desses dois regimes e, em especial, sobre a responsabilidade civil dela emergente(6).

2. O direito dos sócios à informação no Direito Societário comum

2.1. O direito *mínimo* à informação

No que tange ao direito *mínimo* à informação, este não é reconhecido a qualquer acionista, mas apenas àquele que for titular de, pelo menos, 1% do capital social. Esta limitação não constava da versão originária do CSC e foi apenas introduzida pelo Decreto-

---

confiram direito à sua subscrição ou aquisição, que estejam ou tenham estado admitidas à negociação em mercado regulamentado situado ou a funcionar em Portugal — cf. alínea *c*) do respetivo n.º 1.

(6) No presente estudo, não temos diretamente em vista as regras que regulam o direito-dever dos membros dos órgãos de administração e fiscalização de acesso à informação relevante para o adequado desempenho das respetivas funções, nos termos, nomeadamente, dos arts. 64.º, 407.º, n.os 6 e 8, e 421.º.

-Lei 280/87, de 8 de julho, sendo compreensível à luz do tendencial distanciamento entre a titularidade do capital social e a gestão nas sociedades anónimas, bem como da facilidade de circulação das ações e da correspondente necessidade de assegurar a reserva da vida da empresa([7]).

A este respeito, tem-se discutido, na doutrina nacional, se pode haver lugar a um agrupamento de acionistas com vista à obtenção conjunta do referido limiar percentual que confere o direito *mínimo* à informação societária. Assim, no sentido favorável a essa possibilidade, entendia RAÚL VENTURA que *"se é admissível por motivos de conveniência prática que o chamado «direito mínimo à informação» não possa ser exercido por quem possua muito pequeno número de ações (...) não se vê motivo para obstar ao exercício desde que se reúna a requerida percentagem mínima de capital, embora pertencente a vários acionistas"*([8]). E no mesmo sentido se pronunciam ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO([9]) e COUTINHO DE ABREU([10]). Diversamente, PAULO OLAVO CUNHA sustenta que, da redação do art. 288.º e do seu confronto com o art. 291.º, se infere que *"os acionistas, para terem direito à informação mínima, deverão ser titulares de 1% do capital social, não havendo, assim, lugar ao agrupamento das participações de acionistas"*([11]).

Pela nossa parte, e não obstante a formulação literal do art. 288.º apontar, realmente, no sentido de uma posição mais restritiva, parece-nos que nenhuma razão material impede a agregação de participações sociais para o efeito de ser alcançado o limiar mínimo de 1% do capital social, favorecendo-se o acesso à informação como instrumento indispensável para a tutela dos sócios minoritários.

([7]) Em sentido crítico desta alteração, defendendo que *"(...) a informação enquanto instrumento de saber e de poder deve estar à disposição do maior número possível de sócios que queiram participar conscientemente na vida social (...)"*, cf. COUTINHO DE ABREU, *Curso...*, cit., p. 238.

([8]) Cf. RAÚL VENTURA, *loc. cit.*, pp. 134-135.

([9]) Cf. ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Direito das Sociedades II*, 2.ª ed., Coimbra, 2007, p. 590.

([10]) *Curso...*, cit., p. 261

([11]) Cf. PAULO OLAVO CUNHA, *Direito das Sociedades Comerciais*, 6.ª ed., Coimbra, 2016, p. 377.

No entanto, alcançado o limiar percentual do direito *mínimo* à informação, o acesso aos elementos contemplados no art. 288.º pressupõe ainda a invocação pelo acionista em causa de *motivo justificado*, exigência introduzida, igualmente, pelo Decreto-Lei n.º 280/87, de 8 de julho. A noção de *motivo justificado* parece dever ser entendida com grande latitude e não apresentar conteúdo preciso, tendo sobretudo o sentido de, pela negativa, permitir vedar o acesso à informação na falta de alegação de qualquer motivo atendível ou em face da invocação de um motivo espúrio, contrário à boa-fé ou inteiramente desligado do interesse objetivo do sócio enquanto tal([12]). Não obstante, poderá entender-se que, em princípio, carecerá de justificação o pedido de acesso a documentação acessível por outra via, não devendo impor-se à sociedade o ónus de suprir a falta de diligência dos próprios sócios, ou na hipótese de o interessado ter exercido, recentemente, este direito([13]).

Em todo o caso, como a própria noção de direito *mínimo* à informação sugere, os elementos informativos a disponibilizar ao abrigo do art. 288.º não são vastos. Efetivamente, o que se contempla nesse preceito é apenas que o acionista titular de, pelo menos, 1% do capital social possa consultar, na sede social, os seguintes documentos e informações:

a) Os relatórios de gestão e os documentos de prestação de contas previstos na lei, relativos aos três últimos exercícios, incluindo os pareceres do conselho fiscal, da comissão de auditoria, do conselho geral e de supervisão ou da comissão para as matérias financeiras, bem como os relatórios do revisor oficial de contas sujeitos a publicidade, nos termos da lei;

b) As convocatórias, as atas e as listas de presença das reuniões das assembleias gerais e especiais de acionistas e

---

([12]) Neste sentido, ensinava Raúl Ventura que *"(...) o solicitante deve demonstrar um interesse sério e relevante na informação solicitada"* (*loc. cit.*, p. 136). Coutinho de Abreu assinala também que a noção de motivo justificado *"deve interpretar-se muito latamente"* (*Curso...*, cit., p. 238).

([13]) Assim, António Menezes Cordeiro, *Direito das Sociedades — II*, cit., p. 591.

das assembleias de obrigacionistas realizadas nos últimos três anos;

c) Os montantes globais das remunerações pagas, relativamente a cada um dos últimos três anos, aos membros dos órgãos sociais;

d) Os montantes globais das quantias pagas, relativamente a cada um dos últimos três anos, aos 10 ou aos 5 empregados da sociedade que recebam as remunerações mais elevadas, consoante os efetivos do pessoal excedam ou não o número de 200;

e) O documento de registo de ações.

Do elenco acabado de transcrever, que reveste caráter taxativo(14), cabe salientar ou esclarecer três aspetos. Em primeiro lugar, o acesso à informação contemplado na alínea *a*) é *dobrado*, em termos até mais favoráveis e que dispensam a invocação da qualidade de acionista, pelo art. 70.º, n.º 2. Em segundo lugar, o acesso à informação sobre a remuneração paga aos membros dos órgãos sociais e aos empregados da sociedade que recebam as remunerações mais elevadas, a que aludem as alíneas *c*) e *d*), refere-se unicamente aos montantes globais(15) e não às remunerações individualmente auferidas, solução que salvaguarda a reserva da vida privada dos visados e que, para as sociedades anónimas não cotadas, parece ser equilibrada. Em terceiro e último lugar, é discutível o âmbito do acesso ao registo de ações, sustentando António Menezes Cordeiro que *"(...) deve entender-se este preceito em termos restritivos, de modo a abranger apenas as participações qualificadas sujeitas a publicidade"*, sendo legítima, fora desses casos, a recusa de prestação de informações, mediante aplicação extensiva do art. 291.º, n.º 4(16).

---

(14) É o que se depreende da formulação literal do art. 288.º e se acha corroborado pela doutrina (cf. Raúl Ventura, *loc. cit.*, pp. 136-137, e António Menezes Cordeiro, *Direito das Sociedades — I*, 3.ª ed., Coimbra, 2011, p. 725).

(15) A exatidão destes montantes deve ser certificada pelo revisor oficial de contas, se o acionista o requerer, nos termos do n.º 2 do mesmo preceito legal.

(16) Cf. *Código das Sociedades Comerciais Anotado*, 2.ª ed., Coimbra, 2011, anotação *sub* art. 288.º, pp. 826-827.

Quanto a este último aspeto, o entendimento de ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO não é insuscetível de crítica(17), parecendo-nos que a redação da alínea em causa aponta em sentido inverso e que a invocação do n.º 4 do art. 291.º, situado em diferente contexto normativo, não se mostra inteiramente persuasiva.

Quanto ao modo de exercício deste direito *mínimo* à informação societária, o n.º 3 do art. 288.º estatui que a consulta pode ser feita pessoalmente pelo acionista ou por pessoa que possa representá-lo em assembleia geral(18), sendo-lhe permitido fazer-se assistir de um revisor oficial de contas ou de outro perito, bem como usar da faculdade reconhecida pelo art. 576.º do Código Civil ("CC")(19).

Finalmente, nos termos do n.º 4 deste preceito legal, e a não ser que os estatutos o proíbam, os elementos referidos nas alíneas *a*) a *d*) acima transcritas devem ser enviados, por correio eletrónico, aos acionistas nas condições ali previstas que o requeiram ou, se a sociedade tiver sítio na Internet, divulgados nesse sítio. Verificado este circunstancialismo, ficará, em princípio, precludido o direito de consulta destes elementos na sede social, por falta de motivo justificado, salvo sendo invocável dúvida razoável sobre a veracidade, completude ou exatidão dos elementos já disponibilizados por aquelas vias(20).

---

(17) Recusando esta interpretação restritiva, cf. ALEXANDRE DE SOVERAL MARTINS, in *Código das Sociedades Comerciais em Comentário* (coord. COUTINHO DE ABREU), vol. V, Coimbra, 2010, p. 190.

(18) Nos termos do art. 380.º, na redação dada pelo Decreto-Lei n.º 49/2010, de 19 de maio, o contrato de sociedade não pode proibir ou limitar a participação de acionista em assembleia geral através de representante, não se exigindo uma especial relação entre o representante e o representado.

(19) Nos termos deste preceito legal, o requerente do acesso à informação tem a faculdade de tirar cópias ou fotografias, ou usar de outros meios destinados a obter a reprodução da coisa ou documento, desde que a reprodução se mostre necessária e se lhe não oponha motivo grave.

(20) Apontando neste sentido, cf. ALEXANDRE DE SOVERAL MARTINS, *loc. cit.*, p. 192. O mesmo sucederá quando a informação em causa esteja publicamente acessível em virtude do cumprimento de deveres de informação por parte das sociedades abertas (cf. secção 3 *infra*).

2.2. O direito à informação *preparatória da assembleia geral*

Passando ao tema do direito a informações *preparatórias da assembleia geral*, o art. 289.º, n.º 1 — com a redação que lhe foi dada, por último, pela reforma do Decreto-Lei n.º 76-A/2006, de 29 de março —, prevê que, durante os 15 dias anteriores à data da assembleia geral, devem ser facultados à consulta dos acionistas — ou seja, de qualquer acionista, independentemente da participação social detida —, na sede da sociedade:

a) Os nomes completos dos membros dos órgãos de administração e de fiscalização, bem como da mesa da assembleia geral;

b) A indicação de outras sociedades em que os membros dos órgãos sociais exerçam cargos sociais, com exceção das sociedades de profissionais;

c) As propostas de deliberação a apresentar à assembleia pelo órgão de administração, bem como os relatórios ou justificação que as devam acompanhar;

d) Quando estiver incluída na ordem do dia a eleição de membros dos órgãos sociais, os nomes das pessoas a propor, as suas qualificações profissionais, a indicação das atividades profissionais exercidas nos últimos cinco anos, designadamente no que respeita a funções exercidas noutras empresas ou na própria sociedade, e do número de ações da sociedade de que são titulares;

e) Quando se trate da assembleia geral anual prevista no n.º 1 do art. 376.º, o relatório de gestão, as contas do exercício, demais documentos de prestação de contas, incluindo a certificação legal das contas e o parecer do conselho fiscal, da comissão de auditoria, do conselho geral e de supervisão ou da comissão para as matérias financeiras, conforme o caso, e ainda o relatório anual do conselho fiscal, da comissão de auditoria, do conselho geral e de supervisão e da comissão para as matérias financeiras.

Nos termos do n.º 2 do mesmo preceito legal, *"devem igualmente ser facultados à consulta dos acionistas, na sede da sociedade, os requerimentos de inclusão de assuntos na ordem do dia"* apresentados ao presidente da mesa da assembleia geral, ao abrigo do art. 378.º do CSC. O n.º 3 deste artigo estatui ainda que os referidos documentos devem ser enviados, no prazo de oito dias, através de carta, aos titulares de ações correspondentes a, pelo menos, 1% do capital social, que o requeiram e, através de correio eletrónico, aos titulares de ações — independentemente da percentagem do capital social por si detida — que também o requeiram, se a sociedade não os divulgar no respetivo sítio na Internet.

Finalmente, o n.º 4 do art. 289.º determina que, quando a sociedade tenha sítio na Internet, e a não ser que tal seja proibido pelos estatutos, os documentos previstos nos n.os 1 e 2 devem também aí estar disponíveis, a partir da mesma data e durante um ano, no caso previsto nas alíneas *c*), *d*) e *e*) do n.º 1 e no n.º 2, e permanentemente, nos demais casos.

Apesar da sua simplicidade, a disciplina instituída por este preceito legal é merecedora de algumas observações complementares.

Assim, e em primeiro lugar, cabe salientar a particular importância de que se reveste o cumprimento da referida disciplina legal, uma vez que, nos termos da alínea *c*) do n.º 1 do art. 58.º e da alínea *b*) do n.º 4 do mesmo artigo, a sua inobservância pode constituir causa de anulabilidade das deliberações que sejam tomadas pela assembleia geral a respeito de matérias relativamente às quais se impunha o fornecimento aos acionistas de informação, nos termos do art. 289.º.

Em segundo lugar, quanto ao teor da alínea *d*) do n.º 1 do art. 289.º, pode discutir-se se da mesma resulta uma limitação temporal à apresentação de propostas de listas candidatas às eleições pelos acionistas, uma vez que, diversamente do que dispõe a alínea *c*), não se estabelece aí qualquer restrição às propostas a apresentar. Neste último sentido, entende António Pereira de Almeida que *"(...) os acionistas que pretendam propor nomes para os órgãos sociais devem apresentar os respetivos currículos até*

aos 15 dias que precedem a assembleia geral, de modo a que os mesmos fiquem patentes na sede da sociedade para apreciação por todos os acionistas"([21]). No entanto, como salienta a generalidade dos autores, parece-nos forçado extrair de uma obrigação de divulgação de informação uma limitação à apresentação, pelos acionistas, de propostas de nomes para os órgãos sociais([22]). Consequentemente, a referida alínea *d*) apenas encontrará aplicação quando as referidas propostas já existam com a antecedência aí prevista, mas não resulta daí um impedimento à sua ulterior apresentação pelos acionistas([23]).

A este respeito, importa levar em conta o que dispõe o CVM, relativamente às sociedades emitentes de ações admitidas à negociação em mercado regulamentado. Na verdade, determina o art. 21.º-C do CVM, aditado pelo Decreto-Lei n.º 49/2010, de 19 de maio, que, além dos elementos previstos no n.º 1 do art. 289.º do CSC, as sociedades emitentes de ações admitidas à negociação em mercado regulamentado devem facultar aos seus acionistas, na sede da sociedade e no respetivo sítio na Internet, os seguintes elementos:

a) A convocatória para a reunião da assembleia geral;

b) Número total de ações e dos direitos de voto na data da divulgação da convocatória, incluindo os totais separados para cada categoria de ações, caso aplicável;

c) Formulários de documento de representação e de voto por correspondência, caso este não seja proibido pelo contrato de sociedade;

d) Outros documentos a apresentar à assembleia geral.

O n.º 2 do referido artigo do CVM impõe ainda que as sociedades emitentes de ações admitidas à negociação em mercado

---

([21]) Cf. *Sociedades Comerciais* — vol. 1, 7.ª ed., Coimbra, 2013, p. 155.

([22]) Cf. Raúl Ventura, *loc. cit.*, p. 143.

([23]) Cf. Paulo Olavo Cunha, *ob. cit.*, p. 379, e Alexandre de Soveral Martins, *loc. cit.*, pp. 198-199.

regulamentado facultem a informação prevista no respetivo n.º 1, bem como a referida no n.º 1 do art. 289.º do CSC, na data da divulgação da convocatória, devendo manter a informação no sítio na Internet durante, pelo menos, um ano. Relativamente à acessibilidade, em sítio próprio na Internet, dos documentos de prestação de contas das sociedades emitentes de ações admitidas à negociação em mercado regulamentado, o prazo a considerar parece não ser o prazo mínimo de um ano, a que se refere o n.º 2 do art. 21.º-C do CVM, mas o prazo de dez anos, aplicável por força do disposto no art. 245.º, n.º 1, do CVM.

2.3. O direito à informação *em assembleia geral*

No que concerne ao direito à informação *em assembleia geral*, o art. 290.º, n.º 1, estatui que o acionista *"pode requerer que lhe sejam prestadas informações verdadeiras, completas e elucidativas que lhe permitam formar opinião fundamentada sobre os assuntos sujeitos a deliberação"*, esclarecendo ainda que este dever de informação *"abrange as relações entre a sociedade e outras sociedades com ela coligadas"*.

Nos termos do n.º 2 do mesmo preceito legal, as referidas informações *"devem ser prestadas pelo órgão da sociedade que para tal esteja habilitado e só podem ser recusadas se a sua prestação puder ocasionar grave prejuízo à sociedade ou outra sociedade com ela coligada ou violação de segredo imposto por lei"*. Se a recusa de prestação de informação for injustificada, a deliberação em causa será anulável, cominação esta expressamente imposta pelo n.º 3 do mesmo artigo.

Como se retira implicitamente da redação do preceito, dispõe deste direito qualquer acionista habilitado a *assistir* às assembleias e a *participar na discussão*, independentemente da respetiva participação no capital social e ainda que não tenha direito de voto — como sucede, designadamente, com os titulares de ações preferenciais sem voto, nos termos do art. 379.º, n.º 2 —, uma vez que a

falta dos necessários elementos de informação inutilizaria, na prática, uma efetiva e útil participação na discussão(24).

De acordo com o disposto no n.º 1, o direito de exigir informação apenas se refere, todavia, aos *assuntos sujeitos a deliberação*, devendo entender-se como tal, segundo a lição de RAÚL VENTURA, as matérias que sejam objeto de propostas apresentadas no decurso da assembleia, pois é sobre estas que se formarão as deliberações dos acionistas(25). Significa isto que o direito à informação *em assembleia* geral não abrange, abstratamente, os assuntos constantes da ordem do dia, relativamente aos quais pode não chegar a ser apresentada qualquer proposta que permita uma tomada de deliberação(26).

A informação prestada, segundo a própria formulação da lei, que é autoexplicativa, deve ser *verdadeira, completa e elucidativa*(27), podendo os esclarecimentos caber, como será mais habitual, aos membros do órgão de administração, mas também aos membros do órgão de fiscalização ou mesmo ao revisor oficial de contas, quando esteja em causa a aprovação das contas anuais por este analisadas(28).

---

(24) Admitindo mesmo que tal direito assista aos titulares de ações preferenciais sem voto estatutariamente impedidos de participar na discussão, cf. ALEXANDRE DE SOVERAL MARTINS, *loc. cit.*, p. 207.

(25) *Loc. cit.*, pp. 144-145.

(26) De outro modo, o legislador poderia bem ter-se referido expressamente aos assuntos constantes da ordem do dia. Admitindo, todavia, que este direito abranja assuntos sobre os quais não tenham sido apresentadas propostas, desde que a matéria concretamente em causa esteja a ser colocada à discussão, cf. ALEXANDRE DE SOVERAL MARTINS, *loc. cit.*, p. 210. O que não poderá, seguramente, admitir-se é a invocação deste preceito legal para obter informação que não se revele pertinente, em face do concreto desenrolar dos trabalhos da assembleia geral e apenas a pretexto da sua conexão com os assuntos contemplados na ordem do dia, sob pena de saírem defraudados os limites ao direito de acesso a informação sobre assuntos sociais constantes do art. 291.º. E o risco de tal suceder é, aliás, potenciado pela circunstância de este último preceito legal fazer depender o acesso a informação da titularidade de 10% do capital social, quando a titularidade de 5% do capital social já permite requerer a convocatória de assembleia geral e a inclusão de assuntos na ordem do dia de assembleia já convocada (cf. arts. 375.º, n.º 2, e 378.º, n.º 1).

(27) Estes requisitos são, naturalmente, extensivos à demais informação prestada aos acionistas ao abrigo dos arts. 288.º e 291.º, conforme se infere do próprio art. 292.º do CSC, que admite o recurso ao processo de inquérito quando a informação prestada seja presumivelmente *falsa, incompleta ou não elucidativa*.

(28) Nos termos do art. 446.º-B, n.º 1, alínea *g*), todavia, é ao secretário da sociedade (quando exista) que compete satisfazer, no âmbito da sua competência, as solicitações formuladas pelos acionistas no exercício do direito à informação.

No que respeita ao âmbito subjetivo da informação, parece que por *sociedade coligada* se deve entender qualquer sociedade que, com a sociedade diretamente em causa, se encontre numa das relações contempladas no art. 482.º, sendo indiferente, nomeadamente, que a *outra* sociedade seja dominante ou dominada pela sociedade considerada.

No entanto, este direito a informação — e o correspondente dever de a prestar — não é ilimitado, cessando quando a prestação de informação possa ocasionar grave prejuízo à sociedade ou a outra sociedade com ela coligada ou violação de segredo imposto por lei — cf. art. 290.º, n.º 2.

Quanto à violação de segredo imposto por lei, trata-se de pressuposto a aferir objetivamente e segundo um mero juízo técnico-jurídico, podendo estar em causa, nomeadamente, um dever de sigilo profissional ou o sigilo bancário. Já a verificação de um *grave prejuízo* envolve um juízo de prognose, a efetuar de acordo com critérios de razoabilidade e tendo em conta o interesse da sociedade, tal como resulta da conformação deste interesse subjacente ao art. 64.º, n.º 1, alínea *b*). A recusa de prestação de informação caberá ao órgão — ou presidente do órgão — a quem, em princípio, competiria responder, embora o presidente da mesa deva exercer um controlo prévio sobre o preenchimento dos pressupostos do pedido de informação, como assinala Alexandre de Soveral Martins[29].

Importa também frisar que o âmbito da informação, no que se refere a sociedades coligadas, está limitado às *relações* entre as duas sociedades, afigurando-se-nos que estão excluídos desse âmbito aspetos atinentes à vida da outra sociedade, ainda que tais aspetos possam ser conexos com as relações estabelecidas entre ambas. Na verdade, aspetos atinentes à vida da outra sociedade, especialmente quando a relação de coligação se mostre mais ténue, além de excederem o âmbito literal do direito a informação consagrado neste preceito, sempre tenderiam a achar-se abrangidos por dever de segredo, emerja este de específico instrumento contratual ou dos deveres de lealdade e boa-fé no relacionamento entre as

---

[29] *Loc. cit.*, p. 213.

duas sociedades([30]). Já um dever de segredo comercial ou de reserva da vida interna da empresa diretamente atinente à sociedade em causa não parece invocável para recusar a prestação de informação, salvo quando da divulgação da mesma possa resultar *grave prejuízo* (na prática, porém, admitimos que as duas hipóteses tendam a sobrepor-se)([31]).

Além disso, como assinala António Menezes Cordeiro, a informação será ainda licitamente recusada quando estejam em causas elementos que poderiam ter sido consultados pelo acionista ou quando prevaleçam direitos de terceiros concretamente mais ponderosos, como o direito à intimidade da vida privada([32]).

2.4. O direito *coletivo* à informação

Nos termos do art. 291.º do CSC, com a redação que lhe foi dada pela reforma de 2006, os acionistas cujas ações atinjam 10% do capital social podem solicitar, por escrito, ao conselho de administração ou ao conselho de administração executivo que lhes sejam prestadas, também por escrito, informações sobre assuntos sociais (cf. n.º 1).

([30]) Quando se esteja, porém, em face de uma relação de coligação intensa — como se refere adiante, no texto, a respeito do direito coletivo à informação —, admite-se que um imperativo de coerência sistemática permita alicerçar uma interpretação extensiva desta disposição legal, abrangendo no direito à informação aspetos internos de sociedades totalmente dominadas ou subordinadas. Ponto é que tais aspetos tenham conexão com a sociedade em causa e, no que concerne ao direito à informação *em assembleia geral*, se mostrem pertinentes para a discussão e a votação das matérias concretamente a apreciar nessa sede.

([31]) Também a divulgação de informações qualificáveis como *segredo de negócio*, nos termos do art. 318.º do Código da Propriedade Industrial, estará tendencialmente vedada pela proibição de violação de *segredo imposto por lei* ou, quando assim não se entenda, pela ressalva das situações de que possa resultar *grave prejuízo* para a sociedade. Tratando-se, aliás, de informação muito específica ou de conteúdo eminentemente técnico, sempre seria duvidoso que a respetiva disponibilização *em assembleia geral* fosse necessária para *permitir formar opinião fundamentada sobre os assuntos sujeitos a deliberação*, nos termos do n.º 1 do art. 290.º.

([32]) Cf. *Código…*, cit., p. 833.

Constata-se, assim, e antes de mais, que a epígrafe do preceito é enganadora, não exigindo a lei que se trate do exercício *coletivo* de um direito à informação, mas apenas que a solicitação de informação parta de um ou mais acionistas, desde que, individualmente ou em termos agregados, possa ser estabelecida uma correspondência entre esse pedido e, pelo menos, 10% do capital social(33). Note-se que esta correspondência há de fazer-se, apenas, com a titularidade do capital social e não já com os direitos de voto, podendo os titulares de ações preferenciais sem voto socorrer-se do mecanismo contemplado no art. 291.º(34).

A percentagem de 10% do capital social constitui, pois, o limiar mínimo considerado adequado pelo legislador para fundar um amplo direito de acesso a informação, que é apenas balizado pela noção, bastante elástica, de *assuntos sociais*. Na verdade, tais *assuntos* podem respeitar a qualquer vertente da gestão societária, como se depreende do confronto com o art. 214.º, podendo os mesmos revestir natureza financeira, económica, jurídica ou comercial(35).

Dos *assuntos sociais* parecem achar-se excluídas, todavia, as informações relativas a sociedades coligadas com a sociedade diretamente em causa(36). Neste sentido, refere JOÃO LABAREDA que *"(...) os sócios não têm o direito de solicitar e obter informações sobre factos ou ocorrências que respeitem a sociedades formalmente distintas daquelas de que fazem parte, independentemente de quais sejam as relações que ocorrem entre umas e outra"*(37). E é esta, realmente, a interpretação que parece harmonizar-se mais facilmente com a redação do art. 290.º, n.º 1, relativamente à informação a prestar *em assembleia geral*, nos termos do qual, conforme já se referiu, o pedido de esclarecimentos pode visar apenas

---

(33) Cf. RAÚL VENTURA, *loc. cit*., p. 147, e ALEXANDRE DE SOVERAL MARTINS, *loc. cit*, p. 217.

(34) Cf. RAÚL VENTURA, *loc. cit.*, p. 148, e ALEXANDRE DE SOVERAL MARTINS, *loc. cit*, p. 217.

(35) Cf. ALEXANDRE DE SOVERAL MARTINS, *loc. cit*, p. 218.

(36) Neste sentido, cf. RAÚL VENTURA, *loc. cit.*, p. 151.

(37) Cf. "Direito à informação", *cit.*, p. 149.

"as relações entre a sociedade e outras sociedades com ela coligadas".

Facilmente se reconhecerá, todavia, a duvidosa a bondade desta solução, quando esteja em causa uma relação de coligação *intensa*. Na verdade, cabe recordar que o art. 486.º, n.º 1, contempla diferentes modalidades de sociedades coligadas reguladas pela lei comercial, colocando as sociedades em relação de domínio a par das sociedades em relação de simples participação, em relação de participações recíprocas e em relação de grupo (cf. arts. 482.º e ss do CSC)([38]).

Nos termos daquele preceito legal, considera-se que *"(...) duas sociedades estão em relação de domínio quando uma delas, dita dominante, pode exercer, diretamente ou por sociedades ou pessoas que preencham os requisitos indicados no art. 483.º, n.º 2, sobre a outra, dita dependente, uma influência dominante"*. E o n.º 2 do mesmo preceito legal estabelece uma *presunção* de influência dominante quando uma das sociedades, relativamente à outra, *"a*) *detém uma participação maioritária no capital; b*) *dispõe de mais de metade dos votos; c*) *tem a possibilidade de designar mais de metade dos membros do órgão de administração ou do órgão de fiscalização"*. Nos termos, por sua vez, do art. 483.º, n.º 2, do CSC, equipara-se à titularidade de ações, por uma dada sociedade (dominante), a titularidade de ações *"(...) por uma outra sociedade que dela seja dependente, direta ou indiretamente, ou que com ela esteja em relação de grupo, e de ações de que uma pessoa seja titular por conta de qualquer uma dessas sociedades"*.

([38]) Sobre esta matéria, cf., *inter alia*, Maria Augusta França, *A Estrutura das Sociedades Anónimas em Relação de Grupo*, Lisboa, 1990; Maria da Graça Trigo, "Grupos de sociedades", in *O Direito*, 1991, tomo I; José Engrácia Antunes, *Participações Qualificadas e Domínio Conjunto*, Porto, 2000; Idem, *Os Grupos de Sociedades*, 2.ª ed., Coimbra, 2002; Idem, *Direito das Sociedades*, 6.ª ed., Porto, 2016, pp. 464 ss.; Ana Perestrelo de Oliveira, *Grupos de Sociedades e Deveres de Lealdade*, Coimbra, 2012; Idem, *Código das Sociedades Comerciais Anotado* (coord. António Menezes Cordeiro), 2.ª ed., Coimbra, 2014, anotação aos arts. 481.º a 508.º, pp. 1209-1323; Idem, *Manual de Grupos de Sociedades*, Coimbra, 2016; António Pereira de Almeida, *Sociedades Comerciais*, vol. 1, 7.ª ed., Coimbra, 2013, pp. 605 ss.; Paulo Olavo Cunha, *ob. cit.*, pp. 1055 ss.

Por via do apelo a estes índices ou critérios de influência dominante, o legislador do CSC evitou, e bem, o recurso a uma definição legal do conceito, deixando à doutrina a tarefa de proceder ao correspondente recorte concetual. Assim, e como assinala José Engrácia Antunes, constituem características essenciais da noção de influência dominante, (*i*) a mera *potencialidade* do respetivo exercício, (*ii*) a *estabilidade* dessa influência, assumindo-se a orientação de princípio segundo a qual apenas releva a influência que exprima um domínio institucionalizado (estável), sendo irrelevante o domínio puramente fortuito (instável), e a (*iii*) não exigência de *exercitabilidade imediata* da influência dominante, não estando esta dependente da circunstância de a sociedade dominante dispor, desde logo, de uma maioria no órgão de administração da sociedade dominada(39).

Também Ana Perestrelo de Oliveira assinala que a influência dominante *"(...) traduz um poder direcional sobre a sociedade dominada — que releva independentemente do respetivo exercício efetivo —, a identificar casuisticamente, com recurso a um critério material, mas com o concomitante auxílio de padrões formais"* e exprime a *"(...)* suscetibilidade *de exercício de uma direção unitária das sociedades controladas que,* obtendo eficiência operativa*, tenderá a originar um* grupo de facto*"*(40).

Como refere ainda a mesma Autora, a influência dominante pode ser exercida por via interna ou externa, sendo que *"a influência dominante diz-se* interna *quando resulta de uma participação social (controlo acionista); diz-se* externa *quando resulta de contratos concluídos entre as sociedades (controlo contratual)"*(41). Ponto é que, como refere ainda Ana Perestrelo de Oliveira, *"(...) o domínio seja jurídico-societariamente organizado, traduzindo o tipo de conexão de que o Direito societário se ocupa"*, excluindo-se a relevância, para este efeito, de situações de mera dependência económica(42).

---

(39) Cf. *Os Grupos de Sociedades*, cit., pp. 454-464.
(40) In *Código…*, cit., anotação *sub* art. 486.º, p. 1231.
(41) *Ibidem*, p. 1232.
(42) *Ibidem*, p. 1232.

Ora, uma proibição de acesso a informação atinente a sociedade coligada, independentemente das diversas formas e graus de intensidade da coligação, pode, realmente, mostrar-se desajustada. Parece-nos, pois, ser de admitir, por imperativo de coerência sistemática, o acesso a informação sobre a sociedade coligada por parte dos sócios de sociedade totalmente dominante ou de sociedade diretora nos grupos de sociedades alicerçados num contrato de subordinação, tendo em conta a *porosidade* de que se reveste aí o véu da personalidade jurídica — na primeira hipótese — ou, pelo menos, uma *diluição* da autonomia do interesse social da sociedade subordinada — na segunda hipótese —, bem patentes, nomeadamente, no regime constante dos arts. 501.º a 504.º(43). Aliás, negar aos sócios da sociedade totalmente dominante ou diretora o acesso a informação sobre os assuntos sociais que envolvam a *sociedade coligada* equivaleria à criação de uma verdadeira *isenção de fiscalização*, por parte dos sócios, da condução pela Administração de parte potencialmente relevante — ou mesmo nuclear — da atividade social, elevando a dissociação entre a titularidade do capital social e a gestão dos negócios sociais a um patamar injustificado e indesejável(44).

---

(43) No sentido de que a noção de *assuntos sociais* abrange a situação de sociedade coligadas, cf. Maria Augusta França, *A Estrutura…*, cit., pp. 122-123. António Pereira de Almeida entende, igualmente, ser *"sustentável a interpretação extensiva do art. 290.º, n.º 1, no sentido de abranger informações sobre a sociedade dominada com interesse relevante para a sociedade dominante"* (cf. *Sociedades Comerciais*, vol. 1, cit., p. 153). Mais recentemente, também Ana Perestrelo de Oliveira veio tomar posição no sentido de que *"(….) aquele* minimum *informativo estabelecido por lei, relativo (apenas) às relações entre a sociedade-mãe e as demais sociedades do grupo, não é suficiente para permitir semelhante função de controlo* [dos sócios sobre a atividade de direção do grupo]*, antes se impondo o seu alargamento, de forma a abranger não só as relações com as sociedades coligadas, mas também elementos relativos a assuntos internos destas, na estrita medida em que tal seja necessário para controlar a «direção do grupo»"* — cf. *Manual…*, cit., p. 201. No que respeita, porém, ao âmbito da informação a disponibilizar aos sócios da sociedade diretora, esta última Autora propõe uma solução de *geometria variável*, fazendo depender a intensidade do direito à informação do grau de integração do grupo concretamente em causa (*ibidem*, pp. 202-203).

(44) No entanto, e como não poderia deixar de ser, operam, quanto à divulgação de informação atinente a sociedade totalmente dominada ou subordinada, as circunstâncias impeditivas da divulgação de informação contempladas no n.º 4 do artigo em apreço.

Não obstante, cremos que já seria excessivo alargar esse direito para além das fronteiras destas duas hipóteses e, nomeadamente, reconhecê-lo aos acionistas de sociedade dominante em relação de domínio não total, porquanto ao direito à informação desses acionistas — direito este, naturalmente, instrumental ao exercício dos seus direitos sociais — há de contrapor-se o direito à *reserva da vida interna* da sociedade coligada e dos seus próprios sócios — que não a sociedade dominante —, direito este constitucionalmente tutelado([45]).

A respeito deste preceito legal, importa também enfatizar que o pedido de informação em causa não tem sequer de ser fundamentado e pode referir-se, nos termos do n.º 3, tanto a factos já praticados como a atos cuja prática seja expectável, desde que, nesta última hipótese, de tais atos possa resultar a responsabilidade de membros do conselho de administração ou do conselho de administração executivo, do conselho fiscal ou do conselho geral e de supervisão.

Acresce que os fundamentos de recusa lícita desta informação são relativamente limitados, abrindo a porta a uma certa *devassa* da vida interna da sociedade. Com efeito, nos termos do n.º 2 deste preceito legal, o conselho de administração ou o conselho de administração executivo não pode recusar as informações se no pedido for mencionado que se destinam a apurar responsabilidade de membros daquele órgão, do conselho fiscal ou do conselho geral e de supervisão, a não ser que, pelo seu conteúdo ou outras circunstâncias, seja patente não ser esse o fim visado pelo pedido de informação.

([45]) Pode, aliás, estabelecer-se aqui um paralelismo com o disposto no art. 6.º, n.º 6, da Lei n.º 26/2016, de 22 de agosto — que aprova o regime de acesso à informação administrativa e ambiental e de reutilização dos documentos administrativos —, nos termos do qual *"um terceiro só tem direito de acesso a documentos administrativos que contenham segredos comerciais, industriais ou sobre a vida interna de uma empresa se estiver munido de autorização escrita desta ou demonstrar fundamentadamente ser titular de um interesse direto, pessoal, legítimo e constitucionalmente protegido suficientemente relevante após ponderação, no quadro do princípio da proporcionalidade, de todos os direitos fundamentais em presença e do princípio da administração aberta, que justifique o acesso à informação"*. Substancialmente no mesmo sentido dispunha já o art. 6.º, n.º 6, da revogada Lei n.º 46/2007, de 24 de agosto.

Fora deste enquadramento, a informação solicitada apenas pode ser recusada nas circunstâncias descritas no n.º 4 do mesmo preceito legal, a saber:

a) Quando for de recear que o acionista a utilize para fins estranhos à sociedade e com prejuízo desta ou de algum acionista;

b) Quando a divulgação, embora sem os fins referidos na alínea anterior, seja suscetível de prejudicar relevantemente a sociedade ou os acionistas;

c) Quando ocasione violação de segredo imposto por lei.

Pelo menos no seu recorte concetual, o regime de recusa lícita da informação solicitada é, portanto, bastante claro: invocando o requerente a intenção de apurar a eventual responsabilidade de membros do conselho de administração, do conselho fiscal ou do conselho geral e de supervisão(46), a prestação de informação apenas pode ser recusada quando for *patente* — ou seja, quando possa objetivamente depreender-se — que não é esse o fim efetivamente visado ou, naturalmente — e ainda que o n.º 2 do preceito não o refira expressamente —, quando a prestação dessa informação envolver violação de segredo imposto por lei(47).

Não estando em causa a prossecução dessa intenção, a recusa lícita de informação pode ainda ter lugar em duas situações — que acrescem à violação de segredo imposto por lei, expressamente prevista na alínea *c*) do n.º 4 —, a saber: quando haja *fundado receio* de que a informação seja utilizada para fins estranhos à sociedade e daí possam resultar prejuízos — independentemente da relevância ou magnitude destes — para a própria sociedade ou para os acionistas — cf. alínea *a*) do n.º 4; quando, não se verificando esse receio de uma utilização para fins estranhos ao universo societário, possa,

---

(46) Daqui se retira que, não sendo, em princípio, exigível a invocação do fundamento ou da finalidade visada com o pedido, pode essa invocação ser útil ou conveniente, restringindo a possibilidade de a prestação de informação vir a ser licitamente recusada.

(47) Cf. Raúl Ventura, *loc. cit.*, p. 151, e Alexandre de Soveral Martins, *loc. cit.*, p. 222.

ainda assim, suceder que a divulgação da informação seja suscetível de prejudicar *relevantemente* a sociedade ou os acionistas (não sendo a utilização estranha ao universo societário, já não é qualquer prejuízo, mas apenas um prejuízo *relevante*, que permite alicerçar uma recusa lícita de informação) — cf. alínea *b*) do n.º 4.

Segundo dispõem os n.os 5 e 6 deste artigo, as informações solicitadas consideram-se recusadas se não forem prestadas nos 15 dias seguintes à receção do pedido e o acionista que as utilize de modo a causar à sociedade ou a outros acionistas um *dano injusto* é responsável, nos termos gerais.

Não deixa de ser surpreendente, no quadro do nosso ordenamento jurídico e neste concreto contexto, o emprego da noção de *dano injusto*, que ocupa um lugar central no sistema de responsabilidade civil italiano e se encontra plasmada no art. 2043.º do *Codice Civile*. No entanto, tal noção é algo equívoca, devendo o *dano injusto* a que alude aquele artigo ser situado no plano da ilicitude e do dano-lesão ou dano-evento, distinguindo-se, portanto, do dano ou prejuízo entendido como frustração de vantagens ou utilidades que integravam, ou viriam previsivelmente a integrar, a esfera jurídica do lesado e de que esta tenha ficado privado por efeito do facto ilícito ocorrido (que são objeto, no sistema italiano, do art. 1223.º do *Codice Civile*).

Com efeito, o art. 2043.º da lei civil italiana, embora demarcando-se do sistema francês da *faute* e isolando a culpa (latamente entendida, como dolo ou negligência) da ilicitude objetiva, permanece fiel à tradição napoleónica do art. 1382.º do primitivo código francês e não faz mais do que consagrar uma *cláusula aberta* em matéria de responsabilidade civil delitual(48), sem estabelecer uma tipologia das situações jurídicas cuja violação pode gerar o dever de indemnizar ou identificar, sequer, a fonte normativa ou o título jurídico em que essas situações se fundem.

---

(48) Sobre a noção de *dano injusto* e a amplitude da cláusula de ilicitude no sistema italiano de responsabilidade civil delitual, cf., *inter alia*, Guido Alpa/Mario Bessone, *Trattato di Diritto Privato* (coord. Pietro Rescigno), 14 — *Obbligazioni e contratti*, tomo VI, 1982, pp. 74-81, Massimo Bianca, *Diritto Civile — 5 — La Responsabilità*, Milão, 1994, pp. 582 ss, Cesare Salvi, *La Responsabilità Civile*, Milão, 1998, pp. 58 ss, Francesco Galgano, *Diritto Civile e Commerciale*, vol. II — *Le Obbligazioni e i Contratti*, t. II, 3.ª ed., Pádua, 1999, pp. 327 ss, e Giovanna Visintini, *Trattato Breve della Responsabilità Civile*, Turim, 2005, pp. 421 ss.

Consequentemente, entendemos que também não se pode retirar da noção de *dano injusto* a que alude o art. 291.º qualquer restrição ou qualificação do dano a indemnizar pelo acionista em resultado do uso dado à informação fornecida ao abrigo desse preceito legal. Serão, obviamente, indemnizáveis, nos termos gerais da lei civil, *todos* os danos culposamente causados à sociedade, quando o(s) acionista(s) em causa não atuem com a prudência exigível segundo a boa fé, à semelhança do que prescreve o art. 858.º do Código de Processo Civil quanto ao dever de indemnização que impende sobre o exequente pelos prejuízos causados ao executado. Apenas ficam arredados do dever de indemnização, da nossa perspetiva, os prejuízos que emerjam do exercício normal e prudente dos direitos do acionista, que não poderá, em tais circunstâncias, ver-lhe imputadas as consequências da sua conduta nefastas para a própria sociedade (desde logo, por inexistência de qualquer atuação ilícita).

Por fim, o n.º 7 deste preceito legal determina ainda que as informações prestadas, voluntariamente ou por decisão judicial, ficarão à disposição de todos os outros acionistas — e não apenas daqueles que detenham pelo menos 10% do capital social —, na sede da sociedade.

Trata-se de uma solução que favorece a transparência e a igualdade dos acionistas no acesso à informação: embora exercido no próprio interesse do acionista — ou grupo de acionistas — requerente, o direito *coletivo* à informação beneficia toda a *comunidade acionista*. Naturalmente, os demais acionistas também incorrem, pelo uso da informação a que assim acedam, na responsabilidade expressamente prescrita pelo n.º 6 do art. 291.º([49]).

([49]) Não cremos, portanto, que se mostre injustificada a solução legislativa de impor a divulgação, pelos demais acionistas, da informação prestada ao abrigo deste artigo, não podendo presumir-se que as posições acionistas inferiores a 10% se acham alinhadas com interesses concorrentes ou têm caráter hostil. Da mesma forma, aliás, que a obtenção dessa fasquia do capital social também não afasta o risco de se deparar à Administração da sociedade *interpelada* um requerente de informação *mal-intencionado*, hipótese expressamente contemplada, como vimos, na alínea *a*) do n.º 4 do art. 291.º. Uma interpretação sistematicamente coerente deste preceito legal pode bem fundamentar, de resto, uma exclusão do dever de divulgação da informação pelos demais acionistas quando, a respeito destes (ou de algum destes), se ache verificada a hipótese legal da mencionada alínea *a*) do respetivo n.º 4.

3. Os deveres de informação no Direito dos Valores Mobiliários

3.1. A divulgação de participações qualificadas

No que se refere às sociedades abertas e, em especial, às sociedades cotadas, o CVM estabelece um conjunto alargado de deveres de informação([50]) que visam a salvaguarda dos investidores e o normal funcionamento do mercado de capitais([51]).

Assim, desde logo, as sociedades abertas encontram-se obrigadas à divulgação de participações qualificadas([52]), estatuindo o art. 16.º, n.º 1, do CVM que quem atinja ou ultrapasse participação de 10 %, 20 %, um terço, metade, dois terços e 90 % dos direitos de voto correspondentes ao capital social de uma sociedade aberta, sujeita a lei pessoal portuguesa, e quem reduza a sua participação para valor inferior a qualquer daqueles limites deve, o mais rapidamente possível e no prazo máximo de quatro dias de negociação

---

([50]) A informação a divulgar ao abrigo do CVM — nomeadamente, a informação relativa a emitentes — sujeita-se às exigências gerais do art. 7.º, n.º 1, do mesmo código, devendo ser completa, verdadeira, atual, clara, objetiva e, logicamente, lícita. Além dos deveres de informação descritos adiante, no texto, destacam-se ainda os que se inserem, especificamente, no âmbito de ofertas públicas de valores mobiliários, cuja disciplina reveste natureza especial (e, como tal, prevalecente, em caso de conflito, sobre outros deveres legais de informação).

([51]) Assinalando que os mecanismos previstos no Direito dos Valores Mobiliários extravasam os limites do Direito Societário tradicional por terem em vista a proteção de um vasto leque de investidores, incluindo investidores não sofisticados, e visarem evitar as externalidades negativas decorrentes, para outras empresas e para o mercado no seu conjunto, de *falhas* relativas a uma empresa determinada, cf. Gerard Hertig/Reinier Kraakman/Edward Rock, "Issuers and Investor Protection", in AA.VV., *The Anatomy of Corporate Law — A Comparative and Functional Approach*, 2.ª ed., Oxford, 2009, pp. 275 ss. Também referindo que os deveres reforçados de *disclosure* são *"motivados primacialmente por um desejo de assegurar a correta formação do preço pelo mercado dos valores mobiliários nele transacionados, por forma a promover a confiança dos investidores"*, cf. Len Sealy/Sarah Worthington, *Cases and Materials in Company Law*, 10.ª ed., Oxford, 2013, p. 718. Entre nós, cf., por todos, Paulo Câmara, *Manual de Direito dos Valores Mobiliários*, 3.ª ed., Coimbra, 2016, pp. 517 ss e 717 ss.

([52]) O dever de divulgação de participações qualificadas resulta, em geral, do art. 448.º do CSC, parecendo existir uma relação de consunção com a normação do CVM, que prevalece sobre o disposto naquele preceito legal (a cujo cumprimento as sociedades abertas não estão, portanto, obrigadas) — neste sentido, cf. Raúl Ventura, *loc. cit.*, p. 73.

após o dia da ocorrência do facto ou do seu conhecimento, (*i*) informar desse facto a Comissão do Mercado de Valores Mobiliários ("CMVM") e a sociedade participada, e (*ii*) dar conhecimento às referidas entidades das situações que determinam a imputação ao participante de direitos de voto inerentes a valores mobiliários pertencentes a terceiros, nos termos do n.º 1 do art. 20.º do CVM.

Por sua vez, o n.º 2 do mesmo preceito legal alarga o âmbito deste dever de informação, determinando que fica, igualmente, sujeito a esse dever quem atinja ou ultrapasse participação de 5 %, 15 % e 25 % dos direitos de voto correspondentes ao capital social e quem reduza a sua participação para valor inferior a qualquer daqueles limites, relativamente, entre outras, a (*i*) sociedade aberta, sujeita a lei pessoal portuguesa, emitente de ações ou de outros valores mobiliários que confiram direito à sua subscrição ou aquisição, admitidos à negociação em mercado regulamentado situado ou a funcionar em Estado-Membro da União Europeia e (*ii*) sociedade, com sede estatutária noutro Estado-Membro, emitente de ações ou de outros valores mobiliários que confiram direito à sua subscrição ou aquisição, exclusivamente admitidos à negociação em mercado regulamentado situado ou a funcionar em Portugal.

De assinalar ainda que, nos termos da alínea *a*) do n.º 3 deste preceito legal, se presume que o participante tem conhecimento do facto determinante do dever de comunicação no prazo máximo de dois dias de negociação após a ocorrência desse facto e que, nos termos do art. 16.º-B, n.os 1 e 2, do CVM se confere à CMVM o poder de, em face de dúvidas fundadas quanto à exigibilidade de uma comunicação que tenha sido omitida, notificar desse facto os interessados, os órgãos de administração e fiscalização e o presidente da mesa da assembleia geral da sociedade aberta em causa, que disporão do prazo de 30 dias para responder. Caso os elementos aduzidos ou as medidas tomadas pelos interessados não ponham fim à situação, a CMVM informa o mercado da falta de transparência quanto à titularidade das participações qualificadas em causa, ficando imediata e automaticamente suspenso o exercício do direito de voto e dos direitos de natureza patrimonial, com exceção do direito de preferência na subscrição em aumentos de capital, inerentes à participação qualificada, até que a CMVM informe o mercado

e as entidades em causa de que a titularidade da participação qualificada é considerada transparente — cf. art. 16.º-B, n.os 3 e 4 —, o que constitui um regime bastante *severo* e fortemente desincentivador de eventuais incumprimentos deste dever de comunicação.

Severas são, igualmente, as consequências do não cumprimento de outro dever de comunicação relacionado com as sociedades abertas, estabelecendo o art. 19.º do CVM que os acordos parassociais que visem adquirir, manter ou reforçar uma participação qualificada em sociedade aberta, ou assegurar ou frustrar o êxito de oferta pública de aquisição, devem ser comunicados à CMVM por qualquer dos contraentes no prazo de três dias após a sua celebração (cf. n.º 1) e que, omitido esse dever, serão anuláveis as deliberações sociais tomadas com base em votos expressos em execução dos respetivos acordos, salvo se se provar que a deliberação teria sido adotada sem aqueles votos (cf. n.º 3).

3.2. Deveres de informação permanente e de informação periódica

A estes deveres de comunicação de participações qualificadas, acrescem, para as sociedades abertas que sejam emitentes de valores mobiliários admitidos à negociação em mercado regulamentado, os deveres de informação contemplados nos arts. 244.º ss do CVM.

As informações exigidas nesses artigos devem ser divulgadas de forma a permitir aos investidores o acesso rápido, dentro dos prazos especialmente previstos, e sem custos específicos, a essas informações numa base não discriminatória, devendo também ser enviadas para o sistema de difusão da informação previsto no art. 367.º do CVM (cf. art. 244.º, n.º 4, do CVM). Além disso, nos termos do n.º 7 do mesmo preceito legal, as sociedades cotadas e, em geral, os emitentes de valores mobiliários admitidos à negociação em mercado regulamentado ficam ainda obrigados a colocar e a manter no seu sítio Internet, durante um ano, salvo outros prazos especialmente previstos, todas as informações que sejam obrigados

a tornar públicas ao abrigo do CVM, da sua regulamentação e da legislação materialmente conexa.

Tais informações respeitam, antes de mais, aos relatórios e contas anuais, encontrando-se as sociedades em causa obrigadas a divulgar, no prazo de quatro meses a contar da data de encerramento do exercício e a manter à disposição do público por dez anos, os elementos contemplados no n.º 1 do art. 245.º do CVM.

Já no art. 245.º-A do CVM, exige-se que os emitentes de ações admitidas à negociação em mercado regulamentado situado ou a funcionar em Portugal divulguem, em capítulo do relatório anual de gestão especialmente elaborado para o efeito ou em anexo a este, um relatório detalhado sobre a estrutura e as práticas de governo societário, contendo um *catálogo* de informações de grande exigência e minúcia, onde estão contemplados aspetos que respeitam não apenas ao estrito cumprimento da lei, mas também à adesão da sociedade a regras de *soft law* e de boas práticas governativas. Este capítulo do relatório anual de gestão constitui, pois, um instrumento fundamental para assegurar a transparência na gestão das sociedades cotadas e a correspondente formação de decisões *informadas* por parte dos investidores.

Além da informação anual acabada de descrever, as sociedades em causa estão ainda obrigadas à divulgação periódica de informação menos desenvolvida e à divulgação *ad hoc* de informação privilegiada.

No que tange à divulgação periódica, o art. 246.º, n.os 1 e 2, do CVM impõe a divulgação, tão cedo quanto possível e decorridos, no máximo, três meses após o termo do primeiro semestre do exercício, relativamente à atividade desse período, e a colocação à disposição do público por dez anos, das seguintes informações:

a) As demonstrações financeiras condensadas;

b) Um relatório de gestão intercalar, contendo, pelo menos, uma indicação dos acontecimentos importantes que tenham ocorrido no período a que se refere e o impacto nas respetivas demonstrações financeiras, bem como uma descrição dos principais riscos e incertezas para os seis meses seguintes;

c) Declarações de cada uma das pessoas responsáveis do emitente, cujos nomes e funções devem ser claramente indicados, onde afirmem que, tanto quanto é do seu conhecimento, as demonstrações financeiras consolidadas foram elaboradas em conformidade com as normas contabilísticas aplicáveis, dando uma imagem verdadeira e apropriada do ativo e do passivo, da situação financeira e dos resultados do emitente e das empresas incluídas no perímetro da consolidação, quando for o caso, e que o relatório de gestão intercalar expõe fielmente as informações acima mencionadas.

O art. 246.º-A, n.º 1, do CVM determina que estão ainda obrigados à prestação de informação trimestral os emitentes de ações admitidas à negociação em mercado regulamentado que sejam instituições de crédito ou sociedades financeiras, ao abrigo do Regime Geral das Instituições de Crédito e Sociedades Financeiras, nos termos previstos em regulamento da CMVM([53]). Sem prejuízo dessa obrigação, os demais emitentes de ações admitidas à negociação em mercado regulamentado podem ainda decidir divulgar informação financeira trimestral, devendo, então, fazê-lo nos termos previstos em regulamento da CMVM e durante, pelo menos, dois anos a contar da primeira divulgação (cf. n.º 2). Tal decisão de divulgação de informação financeira trimestral deve ser divulgada nos termos do já mencionado n.º 4 do art. 244.º do CVM e comunicada à CMVM (cf. n.º 3).

([53]) A atual redação desta disposição legal — introduzida pelo Decreto-Lei n.º 22/2016, de 3 de junho, de harmonia com a normação europeia transposta — veio, portanto, eliminar a obrigação de divulgação de informação trimestral por parte de todos os emitentes, sujeitos à lei pessoal portuguesa, de ações admitidas à negociação em mercado regulamentado, desde que fossem ultrapassados, em dois anos consecutivos, dois dos seguintes limites: (*i*) total do balanço de € 100 000 000, (*ii*) total das vendas líquidas e outros proveitos de € 150 000 000 e (*iii*) pelo menos 150 trabalhadores empregados em média durante o exercício. A eliminação desta obrigação generalizada de divulgação de informação trimestral teve em vista responder às críticas (certeiras) que, a nível europeu, se suscitaram relativamente ao *short-termism*, ou seja, aos efeitos nefastos, sobre a gestão das empresas, potencialmente decorrentes da obrigação de divulgação de informação financeira com pouco tempo de intervalo — cf. Eilís Ferran/Look Chan Ho, *Principles of Corporate Finance Law*, 2.ª ed., Oxford, 2014, p. 407.

Assinale-se ainda que, nos termos do art. 8.º, n.º 4, do CVM, no caso de as informações trimestrais ou semestrais terem sido sujeitas a auditoria ou revisão limitada, as mesmas devem incluir o respetivo relatório e, no caso de as referidas auditoria ou revisão limitada não terem ocorrido, deve tal facto ser declarado.

3.3. O dever de divulgação de informação privilegiada

Já no que se refere ao crucial dever de divulgação de informação privilegiada — destinado a assegurar o regular funcionamento dos mercados e prevenir a prática do crime de *abuso de informação (insider trading)* —, o art. 248.º do CVM determina que os emitentes que tenham valores mobiliários admitidos à negociação em mercado regulamentado ou requerido a respetiva admissão a um mercado dessa natureza divulgam imediatamente:

a) Toda a informação que lhes diga diretamente respeito ou aos valores mobiliários por si emitidos, que tenha carácter preciso, que não tenha sido tornada pública e que, se lhe fosse dada publicidade, seria idónea para influenciar de maneira sensível o preço desses valores mobiliários ou dos instrumentos subjacentes ou derivados com estes relacionados;

b) Qualquer alteração à informação tornada pública nos termos da alínea anterior, utilizando para o efeito o mesmo meio de divulgação.

O n.º 2 do mesmo preceito legal esclarece que a informação privilegiada abrange os factos ocorridos, existentes ou razoavelmente previsíveis, independentemente do seu grau de formalização, que, por serem suscetíveis de influir na formação dos preços dos valores mobiliários ou dos instrumentos financeiros, qualquer investidor razoável poderia normalmente utilizar, se os conhecesse, para basear, no todo ou em parte, as suas decisões de investimento.

O n.º 6 desse artigo impõe ainda a obrigação de os emitentes e as pessoas que atuem em seu nome ou por sua conta elabora-

rem e manterem rigorosamente atualizada uma lista dos seus trabalhadores ou colaboradores, ao abrigo de contrato de trabalho ou de qualquer outro vínculo, que tenham acesso, regular ou ocasional, a informação privilegiada, comunicando a essas pessoas a inclusão dos seus nomes na lista e as consequências legais decorrentes da divulgação ou utilização abusiva de informação privilegiada.

No entanto, sobre o regime plasmado no CVM prevalece hoje o disposto no Regulamento (UE) n.º 596/2014, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 16 de abril de 2014, que estabelece um quadro regulatório comum em matéria de abuso de informação privilegiada, transmissão ilícita de informação privilegiada e manipulação de mercado (abuso de mercado), bem como medidas para evitar o abuso de mercado, sendo diretamente aplicável na ordem jurídica interna e tendo entrado globalmente em vigor no dia 3 de julho de 2016 — cf. os respetivos arts. 1.º e 39.º.

O âmbito de aplicação deste novo regime de abuso de mercado é mais vasto do que o previsto no CVM, aplicando-se (*i*) aos instrumentos financeiros admitidos à negociação num mercado regulamentado ou cuja admissão num mercado regulamentado de um Estado-Membro tenha sido solicitada, (*ii*) aos instrumentos financeiros negociados num sistema de negociação multilateral ("MTF"), admitidos à negociação num MTF ou para os quais tenha sido efetuado um pedido de admissão à negociação num MTF, (*iii*) aos instrumentos financeiros negociados num sistema de negociação organizada ("OTF") e (*iv*) a outros instrumentos financeiros cujo preço ou valor dependa ou tenha efeitos no preço ou valor de um instrumento financeiro anteriormente referido, nomeadamente, *swaps* de risco de incumprimento ou contratos diferenciais — cf. art. 1.º, n.º 1, do mencionado Regulamento. Nos termos da mesma disposição legal, o referido regulamento também se aplica a condutas ou transações, incluindo licitações, relativas à venda em leilão numa plataforma de leilões autorizada como mercado autorizado de licenças de emissão ou de outros produtos leiloados que neles se baseiem, incluindo os casos em que os produtos leiloados não sejam instrumentos financeiros, em conformidade com o Regulamento (UE) n.º 1031/2010.

No que respeita à caraterização de informação privilegiada, e em termos substancialmente idênticos aos que constam do CVM, dispõe o art. 7.º, n.º 1, alínea *a*), do mencionado Regulamento que considera-se como tal, nomeadamente, a informação com caráter preciso(54), que não tenha sido tornada pública(55) e diga respeito, direta ou indiretamente, a um ou mais emitentes ou a um ou mais instrumentos e que, caso fosse tornada pública, seria idónea para influenciar de maneira sensível o preço desses instrumentos financeiros ou dos instrumentos financeiros derivados com eles relacionados(56).

Nos termos do n.º 2 do mesmo preceito legal, considera-se que uma informação possui um caráter preciso se fizer referência a um conjunto de circunstâncias existentes ou razoavelmente previ-

---

(54) Este requisito exclui da noção de *informação privilegiada* meros rumores, suposições ou especulações, desde que sem apoio em factos conhecidos do emitente (cf. Niamh Moloney, *EU Securities and Financial Markets Regulation*, 3.ª ed., Oxford, 2014, pp. 720-721, e Sarah Clarke, *Insider Dealing — Law and Practice*, Oxford, 2013, p. 61). Em todo o caso, como assinala ainda Sarah Clarke, trata-se do preenchimento de conceitos indeterminados, a efetuar caso a caso de acordo com os elementos de facto e todas as circunstâncias concomitantes, sendo certo que o *caráter preciso* da informação não corresponde a *informação detalhada*, nem a uma exigência de que os factos subjacentes se achem no seu estádio final de evolução *(ibidem)*.

(55) Conforme salienta Niamh Moloney, a delimitação da informação que não tenha sido tornada pública exige que se leve em conta o processo de divulgação adotado, bem como a rapidez dessa divulgação e a correspondente eficácia na transmissão da informação — *ob. cit.*, p. 721.

(56) Como refere Sarah Clarke, este requisito evidencia que aquilo que se pretende evitar não é a transação de valores mobiliários com base no conhecimento da atividade corrente *(day-to-day affairs)* do emitente, mas com base em informação relativa a eventos *significativos* que seria provável terem repercussão *igualmente significativa* na cotação desses valores mobiliários (cf. *Insider Dealing…*, cit., p. 83). Além disso, cabe assinalar, com a mesma Autora, que está em causa um juízo de prognose ou aptidão apriorística da informação para influenciar o preço, o qual não é confirmado, nem infirmado, pela efetiva evolução do mesmo (*ob. cit.*, p. 84). Qual o grau de influência ou de variação previsível do preço necessário, para se considerar preenchido este requisito, é outro dado deixado à prudência do julgador — Sarah Clarke dá nota de que nalguns casos judiciais, e também nas legislações sueca e dinamarquesa, tem sido usado um critério quantitativo (10% de variação do preço), enquanto noutros casos, com a aprovação da Autora, se tem optado por uma definição qualitativa, afigurando-se variação sensível aquela que não decorreria das normais movimentações do mercado (*ob. cit.*, p. 86). Também Niamh Moloney assinala que a determinação da *materialidade* da informação segundo o critério do impacto na flutuação do preço suscita sérias dificuldades de avaliação no que se refere ao grau de probabilidade desse impacto (*ob. cit.*, p. 722).

síveis ou a um acontecimento já ocorrido ou razoavelmente previsível e se essa informação for suficientemente específica para permitir retirar uma conclusão quanto ao eventual efeito desse conjunto de circunstâncias ou acontecimentos a nível dos preços dos instrumentos financeiros ou dos instrumentos financeiros derivados com eles relacionados, dos contratos de mercadorias à vista com eles relacionados ou dos produtos leiloados com base nas licenças de emissão. A mesma disposição legal esclarece também que, no caso de um processo continuado no tempo destinado a concretizar ou provocar uma determinada circunstância ou acontecimento, não só essa circunstância ou acontecimento futuros podem constituir informação com um caráter preciso, podendo também merecer tal qualificação os passos intermédios desse processo que estão relacionados com a concretização dessa circunstância ou acontecimento futuros. E, se dúvidas houvesse, o n.º 3 determina que um passo intermédio num processo continuado no tempo pode constituir informação privilegiada se, por si só, cumprir os requisitos da informação privilegiada([57]).

O n.º 4 do mesmo preceito legal estatui ainda que constitui informação privilegiada a informação que, caso fosse tornada pública, seria idónea para influenciar de maneira sensível o preço dos instrumentos financeiros, dos instrumentos financeiros derivados, dos contratos de mercadorias à vista com eles relacionados ou dos produtos leiloados com base nas licenças de emissão, a informação que um investidor razoável utilizaria normalmente para fundamentar em parte as suas decisões de investimento([58]).

([57]) Este último aspeto é sublinhado por Barry Rider/Kern Alexander/Stuart Bazley/Jeffrey Bryant, devendo reter-se que as fases intermédias de um processo negocial — ou de outra natureza, desde que esteja em causa um facto ou resultado de formação continuada — podem bem constituir informação *precisa*, assente em factos históricos que devam ser, autonomamente, objeto de *disclosure* (cf. *Market Abuse and Insider Dealing*, 3.ª ed., Londres, 2016, p. 245). Essa constitui, todavia, uma das situações típicas em que pode ser admitido o diferimento da divulgação de informação — cf. nota 59 *infra*.

([58]) Aqui se evidencia a estreita relação existente entre o requisito da aptidão para *influenciar de maneira sensível o preço dos valores mobiliários* e o *teste do investidor razoável* — dando nota de uma corrente de opinião, no Reino Unido, que tende a sobrepor os dois critérios ou a considerar que aquele requisito acaba por esgotar-se no *teste do investidor razoável*, cf. Barry Rider/Kern Alexander/Stuart Bazley/Jeffrey Bryant,

Já quanto ao modo de divulgação pública da informação privilegiada, dispõe o art. 17.º, n.º 1, deste Regulamento que o emitente deve informar o público, o mais rapidamente possível, da informação privilegiada que diga diretamente respeito a esse emitente, assegurando que a informação privilegiada é divulgada de forma a permitir um acesso rápido e uma avaliação completa, correta e oportuna da informação pelo público. A mesma disposição legal impõe ainda ao emitente que publique e mantenha no seu sítio *web* durante um período de, pelo menos, cinco anos, todas as informações privilegiadas que devem ser tornadas públicas.

Dispõe, por sua vez, o n.º 4 do mencionado art. 17.º — em termos similares aos constantes do art. 248.º-A, n.º 1, do CVM — que um emitente ou um participante no mercado das licenças de emissão pode, sob sua responsabilidade, diferir a divulgação pública de informação privilegiada, desde que estejam verificadas, cumulativamente, as seguintes condições:

a) A divulgação imediata seja suscetível de prejudicar os interesses legítimos do emitente ou do participante no mercado de licenças de emissão([59]);

b) O diferimento da divulgação não seja suscetível de induzir o público em erro;

---

ob. cit., pp. 245-246. Como assinala NIAMH MOLONEY, o legislador europeu optou pelo critério *micro* do investidor razoável, em vez de um critério *macro* relativo ao impacto no mercado, em linha com o Direito norte-americano (*ob. cit.*, p. 722). Sobre o modo de *operação* deste critério, veja-se a orientação estabelecida no Considerando 14 do Regulamento em apreço e, na literatura jurídica nacional, FILIPE MATIAS SANTOS, *Divulgação de Informação Privilegiada*, Coimbra, 2011, pp. 79 ss.

([59]) Situações típicas de legítimo interesse no diferimento da divulgação da informação são a existência de negociações cujo desfecho favorável possa ser impedido ou prejudicado por essa divulgação e decisões pendentes de confirmação — cf. DEREK FRENCH/STEPHEN MAYSON/CHRISTOPHER RYAN, *Mayson, French and Ryan on Company Law*, 31.ª ed., Oxford, 2014-2015, p. 351. A estas duas hipóteses aludem, aliás, o Considerando 50 do Regulamento em apreço e o n.º 2 do art. 248.º-A do CVM. Segundo assinalam ainda os mesmos Autores, um emitente confrontado com um evento relevante e inesperado pode, se necessário, diferir a divulgação de informação por um curto espaço de tempo para clarificar a situação, mas deve solicitar a suspensão da negociação dos respetivos valores mobiliários, se existir o perigo de a informação em causa vir a ser conhecida externamente antes de os factos e de o respetivo impacto serem confirmados *(ibidem)*.

c) O emitente ou o participante no mercado das licenças de emissão esteja em condições de assegurar a confidencialidade dessa informação([60]).

Todavia, em termos inovatórios em relação ao CVM, a mesma disposição legal estatui que, no caso em que um emitente ou um participante no mercado das licenças de emissão tenha diferido a divulgação de informação privilegiada, deve informar desse diferimento a autoridade reguladora competente e apresentar por escrito uma explicação sobre o cumprimento das condições legalmente necessárias para o efeito, imediatamente após a divulgação ao público da informação([61]).

Também em termos inovatórios relativamente ao regime constante do CVM, o n.º 5 do mesmo art. 17.º deste Regulamento determina que, a fim de preservar a estabilidade do sistema financeiro, um emitente que seja uma instituição de crédito ou outra instituição financeira, pode ainda, sob sua responsabilidade, diferir a divulgação pública de uma informação privilegiada, incluindo informação relacionada com um problema temporário de liquidez e, em especial, a necessidade de receber assistência temporária sob a forma de liquidez de um banco central ou entidade financiadora de última instância([62]), desde que estejam verificadas todas as

---

([60]) Apesar de não haver uma tipificação dos fundamentos para o diferimento, este constitui, todavia, uma escolha deliberada do emitente e, portanto, envolve o risco de se poder vir a considerar que os respetivos pressupostos não se achavam verificados, podendo o emitente incorrer em responsabilidade pelo abuso de mercado (salientando este aspeto e que a expectativa de factos futuros que *compensem* o impacto negativo de factos já conhecidos não constitui fundamento do diferimento, cf. BARRY RIDER/KERN ALEXANDER/ /STUART BAZLEY/JEFFREY BRYANT, *ob. cit.*, p. 248).

([61]) Tal exigência destina-se, obviamente, a facilitar a verificação *ex post* dos pressupostos em que assentou a decisão de diferimento, assim se compreendendo que, nos termos desta mesma disposição legal, o Direito nacional possa prever que tal explicação seja apresentada apenas a pedido da autoridade reguladora competente — cf. NIAMH MOLONEY, *ob. cit.*, p. 734.

([62]) Esta referência está historicamente associada ao conhecido caso do colapso no valor das ações e da corrida aos depósitos junto do banco Northern Rock, no outono de 2007, subsequente à divulgação de informação segundo a qual o banco se encontrava a receber apoio à respetiva liquidez prestado pelo Banco de Inglaterra — cf. NIAMH MOLONEY, *ob. cit.*, p. 734, nota 202.

seguintes condições: (*i*) a divulgação da informação privilegiada comporte o risco de comprometer a estabilidade financeira do emitente e do sistema financeiro([63]), (*ii*) o diferimento da divulgação seja do interesse público, (*iii*) possa assegurar-se a confidencialidade dessa informação e (*iv*) a autoridade reguladora competente tenha consentido no diferimento com base na verificação das condições acabadas de descrever([64]).

No entanto, seja qual for o fundamento do diferimento da divulgação de informação privilegiada, o emitente deve proceder a essa divulgação logo que se detete que a confidencialidade deixou de estar assegurada, nomeadamente quando ocorram rumores relacionados com a informação em causa suficientemente precisos e reveladores de quebra de confidencialidade — cf. art. 17.º, n.º 7, do mesmo Regulamento.

Como também resultaria já do art. 248.º-A, n.º 5, do CVM, determina o n.º 8 do art. 17.º deste Regulamento que, quando um emitente, um participante no mercado das licenças de emissão ou uma pessoa que atue em nome ou por conta deste, divulgar uma informação privilegiada a um terceiro no decurso normal do exercício de uma atividade, profissão ou função — nomeadamente, no âmbito de *roadshows* e contatos com analistas —, deve tornar pública essa informação de forma completa e efetiva, simultaneamente, no caso de uma divulgação intencional, e imediatamente,

---

([63]) Como resulta, desde logo, da formulação deste primeiro requisito, não é a proteção do interesse individual da instituição de crédito ou da sociedade financeira em causa, mas os interesses públicos coenvolvidos, que justificam este diferimento, de caráter excecional, da divulgação de informação privilegiada. Explicitamente neste último sentido, refere-se, no Considerando 52 deste Regulamento, que tal diferimento só deve ser admitido quando seja evidente que o interesse público e económico mais lato no diferimento da divulgação é superior ao interesse do mercado em receber a informação sujeita a diferimento.

([64]) Nos termos dos n.os 5 e 6 do mesmo preceito legal, o emitente deve notificar a autoridade reguladora competente da sua intenção de diferir a divulgação da informação privilegiada, facultando os elementos que demonstrem a verificação das condições acima descritas, e a autoridade reguladora deve, por sua vez, consultar, consoante o caso, o banco central nacional, a autoridade macroprudencial, se existir, ou, em alternativa, outra autoridade responsável pela supervisão do emitente. O mesmo artigo impõe ainda que o diferimento da divulgação seja limitado ao período necessário para preservar o interesse público.

no caso de uma divulgação não intencional(65). No entanto, a mesma disposição legal esclarece que esta exigência não se aplica se a pessoa que recebe a informação estiver legal ou contratualmente sujeita a um dever de confidencialidade.

Do mero diferimento da divulgação da informação, nos termos do art. 248.º-A do CVM e do art. 17.º, n.º 4, do mencionado Regulamento, distingue-se a dispensa dessa divulgação, prevista no art. 250.º do mesmo código. Com efeito, determina este último preceito legal que a CMVM pode dispensar a divulgação da informação — com exceção do disposto nos arts. 245.º a 246.º-A, nas alíneas *a*) do n.º 1 do art. 249.º, *a*) a *d*) e *f*) do n.º 2 do art. 249.º e no n.º 3 do art. 249.º — quando a mesma *"seja contrária ao interesse público e possa causar prejuízo grave para o emitente, desde que a ausência de divulgação não induza o público em erro sobre factos e circunstâncias essenciais para a avaliação dos valores mobiliários"*. Nos termos do n.º 2 do mesmo preceito legal, a dispensa considera-se tacitamente deferida se a CMVM não comunicar qualquer decisão até 15 dias após a receção do pedido de dispensa.

No entanto, além da difícil ou improvável verificação dos requisitos positivos e negativo cumulativamente exigidos pela citada disposição legal, a verdade é que tal possibilidade deve hoje, segundo parece, considerar-se inaplicável na ordem jurídica portuguesa, dado não se encontrar disposição semelhante no mencionado Regulamento europeu e tendo em conta a caducidade das normas de direito interno decorrente da respetiva substituição por uma regulação global da mesma matéria plasmada em fonte normativa hierarquicamente supraordenada.

Cabe assinalar, por fim, que não são apenas os emitentes, enquanto tais, que se acham obrigados ao cumprimento de deveres

---

(65) Esta disposição consagra a proibição de *selective disclosure*, inspirada na *Regulation Fair Disclosure* adotada pela *Securities Exchange Commission* em 2000 e que visa colocar todos os investidores em pé de igualdade no que toca ao acesso a informação relevante, bem como reduzir o risco de a independência dos analistas ser prejudicada pela admissibilidade de uma divulgação de informação num círculo restrito — cf. NIAMH MOLONEY, *ob. cit.*, pp. 735-736.

de divulgação de informação. Assim, nos termos do art. 248.º-B do CVM e, agora, do art. 19.º do mencionado Regulamento europeu, também os dirigentes de um emitente, bem como as pessoas com aqueles estreitamente relacionadas, devem comunicar ao emitente ou ao participante no mercado de licenças de emissão e à autoridade reguladora competente, nos termos e prazos aí contemplados, as operações efetuadas por sua conta relativas a ações ou instrumentos de dívida desse emitente ou a instrumentos derivados ou outros instrumentos financeiros com elas relacionados (ou operações efetuadas por sua conta relativas a licenças de emissão, produtos leiloados baseados nas mesmas ou instrumentos derivados com elas relacionados).

4. Meios de reação e responsabilidade civil

4.1. Considerações gerais

Para além das consequências penais ou contraordenacionais eventualmente decorrentes da violação do direito dos sócios à informação ou da inobservância de deveres de informação por parte das sociedades abertas — nomeadamente, ao abrigo dos arts. 518.º e 519.º do CSC e 388.º ss do CVM —, outros mecanismos de reação estão ao dispor dos interessados.

No que respeita, aliás, às sociedades abertas, a tutela dos investidores e o controlo da informação inserem-se, de pleno, na atividade de supervisão da CMVM, para cujo exercício esta dispõe de amplos poderes, aí se incluindo, designadamente, as faculdades de (*i*) exigir quaisquer elementos e informações e examinar livros, registos e documentos, não podendo as entidades supervisionadas invocar o segredo profissional(66) — e de (*ii*) substituir-se às enti-

(66) Apesar da atribuição legal destes poderes aparentemente *draconianos* à CMVM, é evidente que o respetivo exercício está sujeito aos constrangimentos advenientes dos princípios gerais da atividade administrativa constitucionalmente e legalmente con-

dades supervisionadas no cumprimento de deveres de informação — cf. arts. 358.º e 361.º, n.º 1, alíneas *a*) e *f*), do CVM. E mesmo nas sociedades fechadas, em caso de violação dos direitos *mínimo* ou *coletivo* dos acionistas à informação, estes podem sempre recorrer ao inquérito judicial, nos termos do art. 292.º do CSC, bem como, estando em causa a violação do direito à informação *preparatória da assembleia geral* ou a prestar nessa sede, propor as ações de anulação e as providências cautelares de suspensão das correspondentes deliberações sociais, nos termos dos arts. 58.º, n.º 1, alínea *c*), e n.º 4, alínea *b*), e 290.º, n.º 3, do CSC.

No entanto, para além destes meios de reação, reveste-se de particular interesse teórico e prático a possibilidade de recurso, neste contexto, ao instituto da responsabilidade civil.

Se, no que toca à responsabilidade pela violação dos direitos dos acionistas à informação, estar-se-á, em princípio, perante uma *comum* responsabilidade civil dos administradores diretamente perante os sócios, nos termos do art. 79.º do CSC, já no que toca à violação de deveres de informação por parte das sociedades abertas haverá que convocar o regime de responsabilidade civil pelo conteúdo do prospeto, para o qual remete o art. 251.º do CVM. Mas a aplicação e a concretização destes regimes não deixa de suscitar relevantes dúvidas e dificuldades, sendo, algumas delas, comuns às duas hipóteses e, outras, específicas de cada um dos domínios considerados.

4.2. Questões específicas dos regimes de responsabilidade civil consagrados no CSC e no CVM

Começando pela responsabilidade dos administradores perante os sócios, ao abrigo do art. 79.º, depara-se-nos, desde

---

sagrados, aí se incluindo, em especial, os princípios da imparcialidade, da igualdade e da proporcionalidade (este último nas suas três vertentes da *necessidade*, da *adequação* e da *proporcionalidade* em sentido estrito) — cf. art. 266.º, n.º 2, da Constituição e arts. 6.º, 7.º e 9.º do Código do Procedimento Administrativo. Como evidente é também que a violação de tais constrangimentos terá relevância invalidante de eventuais atos administrativos praticados, podendo ainda constituir a CMVM em responsabilidade civil por atos de gestão pública.

logo, a conhecida questão do sentido a atribuir ao advérbio *diretamente*.

O recurso a uma distinção entre danos *diretos* e *indiretos* pode considerar-se estranha ao sistema de responsabilidade civil português e, mesmo nos ordenamentos jurídicos continentais em que a distinção foi legalmente consagrada, os seus contornos são muito pouco precisos.

No Direito francês, o art. 1151.º do primitivo *Code Civil*(67) não parecia ter um conteúdo preceptivo e tendia a ser entendido, fundamentalmente, numa aceção *negativa*, tendo em vista o repúdio das consequências decorrentes de uma aplicação linear e cega da teoria da *conditio sine qua non*(68). Tanto assim que, no plano doutrinário e dogmático, *grassa* na doutrina francesa um desalento generalizado quanto à viabilidade e à utilidade de uma teoria da causalidade, constatando-se uma tendência para remeter as questões de fronteira ou mais complexas para o domínio da apreciação da prova. JEAN CARBONNIER observa, aliás, que *"(...) a jurisprudência parece decidir* sobretudo *empiricamente (...)"*, recusando a verificação do nexo de causalidade quando esta se apresente demasiado *lassa* ou demasiado *extraordinária*, mas reduzindo o nível de exigência quando a falta cometida se revista de maior gravidade(69).

---

(67) Segundo dispunha o preceito em causa, na versão anterior à reforma de 2016, *"Dans le cas même où l'inexécution de le convention resulte du dol du débiteur,les dommages et intérêts ne doivent comprendre à l'égard de la perte éprouvée par le créancier et du gain dont il a été privé, que ce qui est une suite immédiate et directe de l'inexécution de la convention"*. Tratava-se de um preceito que se referia diretamente à responsabilidade contratual, mas que era considerado unanimemente de aplicação geral no domínio da responsabilidade civil.

(68) Neste sentido, cf. SAVATIER, *Traité de la Responsabilité Civile en Droit Français*, Paris, 1939, tomo II, pp. 95-96, JEAN CARBONNIER, *Droit Civil — 4 — Les Obligations*, 18.ª ed., Paris, 1994, pp. 334-335, e GENEVIÈVE VINEY/PATRICE JOURDAN, *Traité de Droit Civil* (coord. de JACQUES GHESTIN), *Les Conditions de la Responsabilité*, 3.ª ed., Paris, 2006, p. 192.

(69) In *Droit Civil...*, cit., p. 346. Por isso, refere ainda este Autor que *"(...) dá-se uma ideia bastante precisa da jurisprudência, se se disser que ela se serve de uma causalidade moral mais do que material" (ibidem)*. A referência a uma causalidade *moral* só encontra explicação, em França, em vista de uma certa mobilidade dos pressupostos da responsabilidade civil e da tendência jurisprudencial para atenuar as exigências a respeito

Também no Direito italiano, o art. 1223.º do *Codice Civile* consagra a exigência de que o dano se apresente como *consequência imediata e direta* do ilícito. Estamos aqui, obviamente, perante uma disposição que se filia na tradição napoleónica e reproduz mesmo, nesta parte literalmente, o art. 1151.º do primitivo código civil francês. Tal como em França, porém, os autores têm compreensível dificuldade em atribuir um significado preciso à expressão empregue pelo legislador, acabando por focar-se mais no seu sentido do que no conteúdo. Esse sentido, traduz-se, fundamentalmente, numa finalidade restritiva do âmbito da indemnização, em face da delimitação que decorreria simplesmente da ideia de ressarcimento integral dos danos decorrentes do ilícito praticado ou do simples recurso ao critério da *conditio sine qua non*([70]).

Retornando ao art. 79.º do CSC, a interpretação do preceito acha-se, realmente, dificultada pelo recurso à noção equívoca de uma causação *diretamente* produzida, bem como pela circunstância de tratar, sob um regime aparentemente uniforme, a responsabilidade civil perante os sócios, enquanto tais, e perante os demais terceiros. Em todo o caso, no que à responsabilidade perante os sócios respeita — que é aquela que aqui nos ocupa —, não vemos razão para divergir do entendimento que revela maior aderência à própria formulação literal do preceito, segundo o qual os administradores não respondem civilmente, perante aqueles, pelos danos indiretamente incorridos em virtude de uma degradação do património social, porquanto, quanto a esses danos, lesada é a própria sociedade e a legitimidade ativa dos sócios para demandar os administradores estará circunscrita à hipótese legal da ação *ut singuli* contemplada no art. 77.º([71]).

---

da causalidade, quando a conduta ilícita se reveste de considerável gravidade. No mesmo sentido, Jacques Flour/Jean-Luc Aubert concluem que *"(...) os esforços de reflexão da doutrina foram parcialmente vãos"* e que *"(...) a matéria permanece uma das mais difíceis — senão mesmo a mais difícil — do direito da responsabilidade, porque a própria noção de causalidade é, por natureza, fugidia"* (in *Les Obligations — 2 — Le Fait Juridique*, 8.ª ed., Paris, 1999, pp. 150 e 152).

([70]) Cf. Giovanna Visintini, *Trattato…*, cit., p. 681.

([71]) Cf. Coutinho de Abreu, *Responsabilidade Civil dos Administradores*, Coimbra, 2010, p. 86, Coutinho de Abreu/Maria Elisabete Ramos, *Código das Sociedades*

Do mesmo passo, também reconhecemos a necessidade de se proceder a uma interpretação restritiva da remissão do n.º 2 do art. 79.º para os n.os 2 a 6 do art. 72.º, o art. 73.º e o n.º 1 do art. 74.º, não tendo qualquer cabimento, em especial, a exclusão da responsabilidade dos administradores perante sócios e terceiros em função do crivo da *business judgement rule* (cf. art. 72.º, n.º 2), que deve vigorar apenas na relação entre os administradores e a sociedade(72).

Mais duvidosa poderá ser a questão de saber se opera, neste circunstancialismo, uma presunção de culpa dos administradores na atuação perante os sócios, ainda que a não remissão, pelo n.º 2 do art. 79.º, para o disposto no n.º 1 do art. 72.º, aponte em sentido negativo. Mas, em última instância, a dúvida terá de ser resolvida no plano dogmático, tudo dependendo de se qualificar a responsabilidade perante os sócios como meramente delitual(73)

Comerciais em Comentário, vol. I, Coimbra, 2010, anotação *sub* art. 79.º, p. 911, e Pedro Pais de Vasconcelos, "Responsabilidade civil dos gestores das sociedades comerciais", in *Direito das Sociedades em Revista*, vol. 1, 2009, pp. 11-32. Já perante outros terceiros que não os sócios, para os efeitos do art. 79.º, poderá ser de admitir que o advérbio *diretamente* tenha um alcance diferente, uma vez que os não sócios — salvo os credores, a que alude o art. 78.º — nunca poderiam ser *mediatamente* lesados por via de uma degradação do património social. Neste último âmbito (o da responsabilidade perante terceiros não sócios — ou ainda perante sócios, mas não nessa qualidade), deve entender-se que tal advérbio tem em vista consagrar a exigência de uma situação de *imediação* entre o administrador e o lesado que justifique superar a imputação apenas à pessoa coletiva da responsabilidade delitual que, em primeiro lugar, deve competir-lhe em virtude da atuação funcional do administrador, não obstante a redação algo *enganadora* do art. 6.º, n.º 5 — salientando este aspeto e afirmando que, em termos valorativos, o advérbio *diretamente* deve ser entendido como referindo-se a *"práticas dolosas dirigidas à consecução do prejuízo verificado"* ou a *"práticas negligentes grosseiras, cujo resultado seja, inelutavelmente, a verificação do dano em causa"*, cf. António Menezes Cordeiro, *Direito das Sociedades — I*, cit., p. 997. Esta situação de *imediação* justificativa da direta imputação ao administrador de danos praticados no exercício das suas funções profissionais parece poder ainda decorrer, nos termos gerais, de uma confiança suscitada *pessoalmente* pelo administrador no decurso de negociações que tenham vindo a ser injustificadamente interrompidas, ainda que, naturalmente, o contraente viesse a ser sempre a sociedade e não o administrador — cf. Nuno Manuel Pinto Oliveira, *Responsabilidade Civil dos Administradores — Entre Direito Civil, Direito das Sociedades e Direito da Insolvência*, Coimbra, 2015, pp. 145 ss.

(72) Cf. Coutinho de Abreu/Maria Elisabete Ramos, *loc. cit.*, pp. 912-913.

(73) Assertivamente neste sentido, cf. Pedro Caetano Nunes, *Responsabilidade Civil dos Administradores perante os Acionistas,* Coimbra, 2001, pp. 36-37, e António Menezes Cordeiro, *Direito das Sociedades — I*, cit., p. 941.

ou de vislumbrar-se aí a violação de deveres integrantes de uma relação obrigacional estabelecida com a sociedade, mas com escopo de proteção de determinados terceiros e, em especial, dos sócios(74).

Já no que toca à responsabilidade pela violação de deveres de informação ao abrigo do CVM, e conforme já referido, o respetivo art. 251.º remete para o art. 243.º do mesmo código, nos termos do qual, por sua vez, se considera aplicável o disposto nos arts. 149.º a 154.º (também do mesmo código), com as devidas adaptações e as seguintes especialidades: (*i*) são responsáveis as pessoas referidas nas alíneas *c*), *d*), *f*) e *h*) do n.º 1 do art. 149.º, ou seja, respetivamente, o emitente, os titulares do órgão de administração do emitente, os titulares do órgão de fiscalização, as sociedades de revisores oficiais de contas, os revisores oficiais de contas e outras pessoas que tenham certificado ou, de qualquer outro modo, apreciado os documentos de prestação de contas pertinentes e ainda outras que tenham aceitado ser referidas como responsáveis pela informação divulgada nos documentos em que tal informação tenha sido consignada; (*ii*) o direito à indemnização deve ser exercido no prazo de seis meses após o conhecimento da deficiência da informação e cessa, em qualquer caso, decorridos dois anos a contar da respetiva divulgação.

Neste plano, colocam-se também diversas questões. A primeira delas é saber se este regime de responsabilidade se aplica, igualmente, à violação do dever de divulgação de informação privilegiada, tendo em conta que a regulação constante do CVM foi, como antes se referiu, substituída pela disciplina plasmada no Regulamento (UE) n.º 596/2014, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 16 de abril de 2014, que é diretamente aplicável na ordem jurídica interna, tendo entrado globalmente em vigor no

---

(74) Admitindo tal qualificação, cf. Catarina Pires Cordeiro, "Algumas considerações sobre a responsabilidade civil dos administradores perante os acionistas no ordenamento jurídico português", in *O Direito*, 2005, pp. 129-134, Manuel Carneiro da Frada, "A *business judgement rule* no quadro dos deveres gerais dos administradores", in *Nos 20 Anos do Código das Sociedades Comerciais — Homenagem aos Profs. Doutores A. Ferrer Correia, Orlando de Carvalho e Vasco Lobo Xavier*, Coimbra, 2007, p. 223, e Nuno Manuel Pinto Oliveira, *ob. cit.*, pp. 145-148.

dia 3 de julho de 2016. Julgamos que deve responder-se afirmativamente a esta primeira questão, uma vez que o mencionado Regulamento não estabelece o regime de responsabilidade civil emergente da violação dos deveres nele consignados. E, dada a identidade substancial entre a disciplina constante do CVM, em matéria de divulgação de informação privilegiada, e a que se acha plasmada no mencionado Regulamento europeu, não se vislumbra razão alguma para restringir o âmbito de aplicação objetivo originariamente definido para o art. 251.º do CVM.

Uma segunda questão prende-se com a articulação entre o regime *especial* de responsabilidade civil decorrente dos arts. 243.º e 149.º a 154.º do CVM — aplicáveis à violação de deveres de informação por força do referido art. 251.º do mesmo código — e o regime *geral* de responsabilidade civil pela prestação de informações consagrado no art. 485.º do CC(75). A questão assume relevância prática, desde logo, em face do prazo mais reduzido estabelecido no art. 243.º do CVM, quando comparado com o prazo de prescrição de três anos, constante do art. 498.º do CC(76). Mas esta dúvida entronca no tema mais amplo da articulação entre o regime da responsabilidade civil pelo prospeto e aquele regime geral da lei civil, afigurando-se-nos que este último não pode fundamentar uma extensão dos deveres de informar decorrentes do CVM ou do Regulamento (UE) n.º 596/2014, nem do prazo em que cessa o dever de indemnizar, nos termos da disciplina jurídica especialmente consagrada naquele código(77).

---

(75) Sobre o tema, continua a revestir importância central, entre nós, a obra de Jorge Sinde Monteiro, *Responsabilidade por Conselhos, Recomendações ou Informações*, Coimbra, 1989, *passim*.

(76) Recorde-se ainda que a responsabilidade civil dos administradores perante sócios e terceiros, quando fundada no regime consagrado no CSC, apenas prescreve no prazo de cinco anos (cf. art. 174.º, n.º 2, do mesmo código). No entanto, em caso de violação dos deveres de informar no âmbito do Direito dos Valores Mobiliários, o regime de responsabilidade civil constante do CVM há de prevalecer também, naturalmente, sobre o regime consagrado no art. 79.º do CSC.

(77) Neste sentido, a respeito da articulação entre o regime da responsabilidade pelo prospeto e o regime da lei civil, cf. Carlos Costa Pina, *Dever de Informação e Responsabilidade pelo Prospeto no Mercado Primário de Valores Mobiliários*, Coimbra, 1999, pp. 181-185 e pp. 259-260.

Ainda neste mesmo plano, uma terceira questão prende-se com a presunção de culpa contemplada no art. 149.º do CVM — aqui aplicável, como já se referiu, pelas sucessivas remissões dos arts. 251.º e 243.º do mesmo código — e, mais amplamente, com a natureza da responsabilidade em causa e o próprio leque de sujeitos responsáveis. Recorde-se que, segundo dispõe esse preceito legal, os sujeitos aí identificados são responsáveis *salvo se provarem que agiram sem culpa* (cf. n.º 1), sendo esta aferida *de acordo com elevados padrões de diligência profissional* (cf. n.º 2). E o emitente é objetivamente responsável, nos termos da alínea *b*) do art. 150.º do CVM, quando sejam também responsáveis os titulares do órgão de administração do emitente, os titulares do órgão de fiscalização, as sociedades de revisores oficiais de contas, os revisores oficiais de contas e outras pessoas que tenham certificado ou, de qualquer outro modo, apreciado os documentos de prestação de contas pertinentes.

O mérito da opção legislativa pela imposição de uma responsabilidade delitual dos titulares dos órgãos de administração, perante terceiros *indeterminados*, ainda para mais acoplada a uma presunção de culpa, é questionável([78]). No Direito europeu, nada o exigia, e a extensão de um regime tão gravoso como o da responsabilidade pelo prospeto — diretamente destinado à aquisição ou alienação de valores mobiliários — ao incumprimento ou cumprimento defeituoso de meros deveres de informação pode ser considerada excessiva, desproporcionada ou até contraproducente([79]).

([78]) Em todo o caso, e como é evidente, se a presunção legal de culpa impende, por igual, sobre todos os administradores, pode bem suceder que alguns deles estejam em condições de ilidir tal presunção e outros não, dependendo das funções exercidas e da factualidade concretamente em causa.

([79]) Assinalando que, no Direito inglês, a responsabilidade pela violação de deveres de *disclosure*, na sequência de uma opção legislativa refletida e ponderada, não impende diretamente sobre os administradores, mas antes sobre os emitentes, cf. Paul Davies, "Liability for Misstatements to the Market: Some Reflections", in *Journal or Corporate Law Studies*, 2009, vol. 9, pp. 295 ss, e Eilís Ferran/Look Chan Ho, *ob. cit.*, pp. 411-413. Naturalmente, os administradores sempre responderiam, nos termos gerais, perante a própria sociedade (nomeadamente, pelas indemnizações que esta fosse obrigada a pagar a terceiros).

4.3. Questões comuns a ambos os regimes: causalidade e dano

Para além das especificidades próprias de cada regime de responsabilidade civil — emergente, consoante o caso, do CSC ou do CVM —, dificuldades substancialmente comuns se erguem no que concerne à determinação do dano indemnizável e ao pressuposto da causalidade. Tendo em conta a função que a causalidade desempenha, simultaneamente, na fundamentação e na delimitação da obrigação de indemnizar, comecemos por tecer algumas brevíssimas considerações sobre a respetiva problemática neste contexto.

Assim, importa recordar que a generalidade da doutrina entende que o art. 563.º do CC consagra a chamada teoria da *causalidade adequada*. Tal entendimento reclama, contudo, uma explicação adicional, dado que, na sua formulação literal, aquele preceito se limita a estatuir que *"a obrigação de indemnização só existe em relação aos danos que o lesado provavelmente não teria sofrido se não fosse a lesão"*. Ao menos *prima facie*, portanto, dir-se-ia que o nosso CC teria consagrado antes a conhecida teoria da *conditio sine qua non*, ainda que balizada ou mitigada pela introdução do advérbio *provavelmente*([80]).

Torna-se necessário, na verdade, recorrer ao elemento histórico da interpretação jurídica, para alcançar a justificação do entendimento expresso pela doutrina. Deve reter-se, pois, que o antecedente legislativo é, neste particular, o art. 707.º do Código de Seabra, segundo o qual *"só podem ser tomados em conta de perdas e danos, as perdas e danos, que necessariamente resultam da falta de cumprimento do contrato"*([81]). Como assinalava,

---

([80]) Assinalando este aspeto, *vide* PESSOA JORGE, *Ensaio sobre os Pressupostos da Responsabilidade Civil*, Coimbra, 1999 (reimp.), pp. 408-409, ANTUNES VARELA, *Das Obrigações em Geral*, vol. I, 10.ª ed., Coimbra, 2000, pp. 898-898, e LUÍS MENEZES LEITÃO, *Direito das Obrigações*, vol. I, 13.ª ed., Coimbra, 2016, p. 315.

([81]) Este preceito segue, como é patente, a tradição napoleónica de tratar a causalidade a respeito da responsabilidade contratual, tendo o advérbio *necessariamente* o sentido de restringir o alcance excessivo da teoria da *conditio sine qua non*, da mesma forma que o art. 1151.º do *Code Civile* qualificava a relação de causalidade juridicamente relevante como *imediata e direta*.

porém, ANTUNES VARELA, o artigo em causa, se interpretado literalmente, *"(...) limitaria a indemnização àqueles danos que constituíssem uma consequência* fatal, *necessária, inevitável, do não cumprimento da obrigação — critério que reduziria injustamente a reparação a cargo do inadimplente a um número reduzidíssimo de prejuízos"*([82]).

Terá sido por oposição ao advérbio *necessariamente* que veio a ser adotada, sob a influência manifesta do pensamento de PEREIRA COELHO, a fórmula que ficou a constar do art. 563.º, embora tendo em vista a consagração da teoria da causalidade adequada. Com efeito, salientando a importância da finalidade de reconstituição da situação atual hipotética, este último Autor afirmava, já em 1950, que é nela que reside a chave da questão do nexo de causalidade na responsabilidade civil, ficando o lesado *"(...) obrigado a reparar* aqueles prejuízos que o lesado provavelmente não teria sofrido se não fosse o facto*"*([83]). Ora, segundo acrescenta ainda PEREIRA COELHO, *"(...) isto conduz-nos em linha reta à doutrina chamada da causalidade adequada (...)"*([84]).

Como é sabido, a teoria da causalidade adequada baseia-se na ideia de que apenas devem ser imputados à pessoa obrigada à indemnização os danos mais distantes, resultantes da ocorrência causadora da responsabilidade, quando os mesmos, no momento da ocorrência do evento, não pareçam ser completamente improváveis do ponto de vista de um observador experiente. O objetivo desta teoria é excluir a imputação de danos que tenham ocorrido devido a um encadeado de circunstâncias *("Verkettung von Umständen")* completamente invulgar e que, do ponto de vista de um observador hipotético, não seriam, de forma alguma, de esperar.

([82]) In *Das Obrigações em Geral*, cit., p. 899, nota 2.

([83]) In *O Nexo de Causalidade na Responsabilidade Civil* (suplemento ao *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*), Coimbra, 1950, p. 54. Cf. também p. 178, onde PEREIRA COELHO conclui: *"dizendo, porém, o legislador, pelo menos, que os prejuízos causados são aqueles «que o lesado provavelmente não teria sofrido se não fosse a lesão», nós cremos que esta fórmula — deixando nas mãos do julgador a necessária margem de livre apreciação — seria todavia uma luz a aclarar o caminho do intérprete"*.

([84]) *Ibidem*.

Tais consequências extraordinárias não devem ser imputadas à pessoa obrigada à indemnização, mas têm de ser suportadas pelo lesado como danos *acidentais ("Zufallsschäden")*([85]).

Na formação do juízo exigido, relativamente à probabilidade da ocorrência de tal dano, o perito ou o juiz têm de se colocar na situação existente aquando da ocorrência do incidente causador da responsabilidade e têm de levar em conta, não apenas as circunstâncias que eram do conhecimento da pessoa obrigada à indemnização, mas também todas aquelas que poderiam ser conhecidas na altura por um observador experiente ou com a existência das quais este deveria contar, segundo a experiência de vida comum([86]).

Em suma, para imputação do dano e à luz desta teoria, é suficiente, em princípio, que a respetiva concretização não se encontre fora de toda a probabilidade, mesmo que a sucessão dos acontecimentos que o provocaram seja inusual([87]). Pode, por isso, afirmar-se que, pelo menos do domínio da responsabilidade delitual, a teoria da causalidade adequada tende a assentar numa formulação *negativa*, tal como a própria teoria da *conditio sine qua non*.

No entanto, o desafio que se coloca, no plano da causalidade em sede de responsabilidade pela violação de deveres de informação e no contexto que nos ocupa, é que a relação causal é sempre *mediada* pelo uso feito pelo lesado da informação deficiente ou, de

---

([85]) Cf. Karl Larenz, *Lehrbuch des Schuldrechts, I — Allgemeiner Teil*, 14.ª ed., Munique, 1987, p. 436.

([86]) Por isso se tem afirmado, certeiramente, que a teoria da adequação não constitui uma teoria da *causalidade*, mas, pelo contrário, da *imputação* de consequências danosas com base numa análise valorativa e na avaliação da probabilidade (assim, *inter alia*, Brox/Walker, *Allgemeines Schuldrecht*, 32.ª ed., Munique, 2007, p. 328).

([87]) Como assinalam Lange/Schiemann, a exclusão da responsabilidade por danos produzidos de forma anómala ou totalmente improvável não opera quando o autor da lesão tenha atuado dolosamente: *"Quem pretende ferir uma pessoa com uma arma e acertar, é responsável pelas consequências resultantes, mesmo que a probabilidade de ferir a outra pessoa seja aproximadamente nula, considerando o local do atirador. Isso não se justifica apenas com base no bom senso e convicção comum, mas também pela justificação que se encontra na teoria da causalidade adequada. Em geral, a pessoa obrigada à indemnização deveria ser desobrigada da responsabilidade por uma consequência cuja ocorrência seja extremamente improvavel, porque não se trata de um acontecimento previsível e influenciável. Se a pessoa obrigada à indemnização pretende a concretização desse incidente improvável, este argumento é nulo"* (in *Schadensersatz*, 3.ª ed., Tübingen, 2003, p. 96).

outra perspetiva, pelo uso que o mesmo teria feito da informação que tivesse sido prestada em conformidade com as exigências legais (cf. arts. 562.º e 563.º do CC). E este dado ganha ainda maior acuidade, naturalmente, pela circunstância de o mercado de valores mobiliários ser sempre marcado por uma considerável dose de incerteza quanto à evolução das cotações, também influenciada por uma vastíssima gama de fatores externos ao emitente.

Assim, na falta de uma presunção legal de que o lesado agiu com base na informação deficiente disponibilizada ou teria agido de acordo com padrões de racionalidade económica e feito uso prudente e tempestivo da informação que tivesse sido fornecida nos termos legalmente exigíveis([88]), caberá àquele, nos termos gerais, fazer prova deste pressuposto, ainda que tal prova possa ser facilitada, nomeadamente, pelo recurso a presunções judiciais([89]).

([88]) Na verdade, não vemos tal presunção afirmada em parte alguma e, mesmo no domínio da responsabilidade pela omissão ou deficiente divulgação de informação privilegiada, não pode confundir-se o critério do *investidor razoável*, a que acima aludimos e que serve a finalidade de qualificação de dada informação como privilegiada, com uma presunção de causalidade a vigorar na determinação da obrigação de indemnizar — cf. nota 58 *supra*. Este constitui, aliás, um importante traço distintivo em face da responsabilidade pelo conteúdo do prospeto, no âmbito da qual a relação de causalidade entre aquele conteúdo e a decisão do investidor parece ser objeto de uma presunção legal que apenas pode ser afastada na hipótese descrita no art. 149.º, n.º 3, do CVM (cf. nota 89 seguinte). Assinalando também a necessidade de distinguir uma inferência dos factos de uma presunção legal de *reliance* por parte do lesado, não vigorando, no Direito inglês, a *fraud on the market theory* que, no Direito norte-americano, confere aos investidores num mercado eficiente uma presunção de *reliance*, cf. Eilís Ferran/Look Chan Ho, *ob. cit.*, p. 411.

([89]) Da mesma forma, julgamos encontrar aplicação, neste domínio, a ressalva constante do n.º 3 do art. 149.º do CVM, nos termos do qual *a responsabilidade é excluída* se o lesante provar que o lesado *tinha ou devia ter conhecimento da deficiência* da informação. Neste caso, e no âmbito da responsabilidade pelo conteúdo do prospeto, o ilícito não pode, realmente, ser considerado *causal* do dano incorrido pelo lesado no uso de informação cuja deficiência era conhecida ou cognoscível (a atuação do lesado e as respetivas consequências danosas hão de, em tais circunstâncias, ser imputadas ao próprio lesado, ainda que em virtude da mera omissão de deveres ou ónus de diligência). Já no âmbito da responsabilidade pela violação de deveres de *disclosure*, todavia, pensamos que, uma vez estabelecida a relação de causalidade a que se alude acima, no texto, esta exclusão de responsabilidade só operará no pressuposto de que o lesado poderia, também, saber qual o conteúdo que deveria ter sido dado à informação deficiente, pois, de outro modo, o mero conhecimento da deficiência pode, ele mesmo, induzir o lesado a uma atuação economicamente racional que, ainda assim, se revele lesiva.

Daqui decorre, como facilmente se intui, que a obtenção pelo lesado de indemnização pela violação de deveres de informação — e não nos referindo agora à violação de outros deveres profissionais dos administradores que pode estar subjacente (e ser autonomizável) da violação do dever de informar —, desde logo pelo que concerne à demonstração do pressuposto da causalidade, está longe de estar facilitada.

Além disso, e como é sabido, a identificação de um dano constitui pressuposto incontornável de toda a responsabilidade civil. Tal exigência é, aliás, um corolário da subordinação da função preventiva ou sancionatória da responsabilidade civil à sua função ressarcitória, segundo o entendimento normalmente adotado.

A lei não comporta, porém, uma noção ou definição legal de dano, sendo que a virtualidade explicativa das noções sintéticas de dano também não é grande. O conceito de prejuízo tende, por isso, a ser apresentado *compreensivamente*, quer na lei, quer na doutrina, com recurso a diferentes classificações ou categorias. Na hipótese aqui considerada, releva, antes de mais, a distinção entre o *dano emergente* e o *lucro cessante*, acolhida no art. 564.º, n.º 1, do CC. No entanto, tal dicotomia tem, fundamentalmente, o sentido de afirmar a ressarcibilidade de todos os danos juridicamente relevantes e de oferecer ao intérprete uma visão descritiva dos mesmos. Deve ainda ter-se aqui em conta a distinção entre os *danos presentes* e os *danos futuros*, também ela subjacente à regulação legal e determinando o art. 564.º, n.º 2, do CC, que o tribunal pode atender aos *danos futuros, desde que sejam previsíveis*, devendo remeter-se a fixação da respetiva indemnização para decisão ulterior, quando o seu montante não seja desde logo determinável.

Ora, no contexto que nos ocupa, e uma vez demonstrado o pressuposto da causalidade, são, obviamente, indemnizáveis, nos termos gerais, *todos* os danos patrimoniais(90) causalmente conexiados com o ilícito, resultem estes da aquisição, alienação, não

---

(90) Já eventuais danos não patrimoniais parecem estar, em princípio, excluídos da indemnização por não integrarem o âmbito de proteção normativa, pelo menos na responsabilidade emergente da violação de deveres de informação no quadro do mercado de valores mobiliários.

aquisição ou não alienação (manutenção da titularidade) das ações ou outros valores mobiliários em causa. Com efeito, estamos no domínio da responsabilidade pela violação de deveres, e não de uma responsabilidade pela frustração da confiança, não havendo, de modo algum, que limitar o dano indemnizável a qualquer *dispêndio* ou *investimento* de confiança(91). Como resulta, aliás, do acima exposto, a *confiança* opera aqui apenas como *elo do processo causal que conduziu ao dano*, mas não como *autónomo fundamento de proteção*, pois o que despoleta a obrigação de indemnizar é a violação de deveres de informação, segundo o mecanismo normal de funcionamento da responsabilidade civil por facto ilícito(92).

Isto com a ressalva, naturalmente, de que o dano causalmente conexiado com o ilícito é o que não teria sido sofrido se a informação tivesse sido adequadamente prestada (cf. art. 562.º do CC), não o que não teria sido sofrido pelo lesado se a informação fosse a *desejada* ou não tivesse ocorrido a violação de outros deveres profissionais dos administradores que subjazam aos factos objeto da informação deficiente ou omitida (que pode constituir, naturalmente, causa de pedir em autónoma pretensão indemnizatória, designadamente, nos termos do CSC acima expostos).

Em todo o caso, para a determinação do dano indemnizável, o lesado tem de demonstrar em que situação hipoteticamente se encontraria se a lesão não tivesse ocorrido (cf. arts. 562.º, 563.º e 566.º, n.º 2, do CC), sendo que, para a conformação da situação atual hipotética, concorrem não apenas a vontade e a atuação iso-

---

(91) Sobre a distinção entre estas duas modalidades de responsabilidade civil e a autonomização dogmática de uma teoria *pura* da responsabilidade pela confiança, não assente no incumprimento de deveres de conduta, cf., por todos, Manuel Carneiro da Frada, *Teoria da Confiança e Responsabilidade Civil*, Coimbra, 2003, *passim* e pp. 480 ss. Como assinala este Autor, constata-se uma incongruência entre os *habituais* pressupostos da responsabilidade civil — *grosso modo*, o facto voluntário do lesante, a ilicitude, a imputação do facto ao lesante, o dano e o nexo de causalidade entre o facto e o dano — e os pressupostos específicos da responsabilidade pela confiança, em particular as exigências do *investimento* e da *justificabilidade* da confiança, que são estranhas ao funcionamento dos mecanismos da responsabilidade civil emergente da violação de deveres de comportamento (cf. *Teoria…*, cit., pp. 588-589).

(92) Cf. Manuel Carneiro da Frada, *Teoria…*, cit., pp. 618 ss.

lada do lesado, mas também o efeito a que a atuação generalizada dos investidores, em face de informação conforme à lei, teria produzido e o influxo dos já mencionados fatores externos, que incorporam, nomeadamente, dados relacionados com a evolução da conjuntura económica à escala global e com o próprio contexto político nacional e internacional.

A esta luz se compreende, aliás, o disposto no art. 152.º, n.º 2, do CVM — aqui aplicável pelas sucessivas remissões dos arts. 251.º e 243.º do mesmo código —, nos termos do qual *"o montante do dano indemnizável reduz-se na medida em que os responsáveis provem que o dano se deve também a causas diversas dos vícios da informação"*, disposição esta que, quanto a nós, se limita a concretizar a função da própria causalidade na delimitação do dano indemnizável e a reafirmar as regras gerais em matéria de distribuição do ónus da prova([93]).

([93]) Estamos aqui perante um fenómeno de causalidade *cumulativa* ou *concorrente* na determinação de diferentes *segmentos* do dano potencialmente indemnizável e não perante uma situação de causalidade *alternativa* em que se fixe a *fasquia* de probabilidade de materialização do dano abaixo do patamar normalmente exigido, para ultrapassar uma situação de incerteza quanto à causa efetivamente geradora do dano (na sua globalidade). Sobre a noção de causalidade *alternativa*, estreitamente ligada ao § 830 I do BGB, que não tem correspondência na nossa lei civil, e a respetiva inadmissibilidade, em geral, no nosso ordenamento jurídico, remetemos para o que deixámos escrito em *Indemnização do Interesse Contratual Positivo e Perda de* Chance *(em especial, na contratação pública)*, Coimbra, 2011, pp. 278 ss. E muito menos se deverá procurar albergar, nessa disposição legal, um fundamento para a indemnização pela perda de *chance* no específico domínio da responsabilidade delitual pela violação de deveres de informação no mercado de valores mobiliários — sobre os contornos e as condições em que pode ser admitida, da nossa perspetiva, a indemnização pela perda de *chance*, remetemos também para a posição expressa em *Indemnização do Interesse Contratual Positivo…*, cit., pp. 227 ss e 329 ss, e "A perda de *chance* revisitada (a propósito da responsabilidade do mandatário forense)", in *Revista da Ordem dos Advogados*, 2013, pp. 1301 ss.

O IMPACTO DOS PROCESSOS DE JUSTIÇA RESTAURATIVA EM VÍTIMAS E OFENSORES: UMA REVISÃO DOS ESTUDOS AVALIATIVOS DA SUA EFICÁCIA

Pela Mestre Ana Pereira([1/2])

Sumário:

I. Introdução. II. Justiça Restaurativa: Definição conceptual do objecto. III. Avaliação da eficácia dos processos de Justiça Restaurativa. 1. Impacto dos processos de Justiça Restaurativa para as vítimas. *1.1.* Satisfação e percepção de justiça das vítimas em relação aos processos de Justiça Restaurativa. *1.2.* A restauração emocional das vítimas em processos Justiça Restaurativa. *1.3.* A reparação das vítimas em processos de Justiça Restaurativa. **2.** Impacto dos processos de Justiça Restaurativa para os ofensores. *2.1.* Satisfação e percepção de justiça dos ofensores em relação aos processos de Justiça Restaurativa. *2.2.* As principais mais valias dos processos de Justiça Restaurativa pela perspectiva dos ofensores. *2.3.* A reincidência criminal dos ofensores em processos de Justiça Restaurativa. **IV. Discussão.**

([1]) Assistente de Investigação Voluntária no KU Leuven Institute of Criminology (LINC) ao abrigo do Programa ERASMUS + Estágios para Recém Graduados.

([2]) A autora agradece ao Advogado Estagiário Dr. Diogo França pelos valiosos comentários. A responsabilidade pelo conteúdo do presente artigo é, evidentemente, da autora.

I. Introdução

Construímos muros demais e pontes de menos

Isaac Newton

De acordo com as *'Guidelines' para uma melhor implementação da Recomendação Rec (99)19 respeitante à mediação em matéria penal,* do Conselho da Europa (2007), os estados membros devem activamente implementar medidas no sentido de aumentar o conhecimento e sensibilização dos Senhores Advogados, enquanto um dos principais grupos de profissionais a operar no Sistema de Justiça, para o potencial dos processos de Justiça Restaurativa. Neste sentido, o ponto 3.5. do referido documento enuncia explicitamente medidas que devem ser adoptadas no sentido de potenciar o conhecimento e sensibilização dos Senhores Advogados para os benefícios que a evidência empírica tem vindo a apontar aos processos de Justiça Restaurativa, quer para as vítimas, quer para os ofensores que neles participam em ordem a resolver os seus conflitos de natureza penal. No seu ponto 47. é recomendado que unidades temáticas sobre Justiça Restaurativa e mediação sejam incluídas no currículo inicial, bem como nas formações contínuas a ministar aos Senhores Advogados em todos os estados membros.

Assim, um dos principais *'muros'*, neste contexto, parece ser a falta de acesso à informação. O desiderato do presente texto, que corresponde a um exercício de revisão executado a partir de lentes criminológicas, será, pois, dar um contributo para a *'construção de uma ponte'*, apresentando, de forma integrada e sintetizada, sobretudo aos Senhores Advogados, as principais conclusões das múltiplas avaliações de eficácia a que os programas de Justiça Restaurativa, nas suas modalidades de mediação e conferências familiares, têm sido alvo, a nível internacional.

II. Justiça Restaurativa: Definição conceptual do objecto

Segundo Van Ness, Morris & Maxwell([3]), Justiça Restaurativa (JR) é o nome dado ao movimento dentro e fora do Sistema de Justiça Criminal, que vê o crime como a violação das pessoas e dos relacionamentos, envolvendo a vítima, o ofensor e a comunidade na procura por soluções que promovem a reparação, a reconciliação e a segurança destes participantes. O movimento de JR, tal como é definido por estes autores, vai de encontro às necessidades não respondidas das vítimas no Sistema de Justiça Criminal que, segundo Christie([4]), se desenvolveu tornando-se progressivamente mais distante, blindado e periférico em relação a estas. Na mesma linha, de acordo com Wemmers([5]), as vítimas em contacto com a o Sistema de Justiça convencional sentem-se excluídas do próprio processo. Em contraponto, num processo de JR, uma das características fundamentais é a participação directa da vítima. Nesse sentido, Tony Marshall([6]) define JR como os processos pelos quais todas as partes com interesse num particular crime tentam resolver coletivamente como lidar com as consequências do mesmo e as suas implicações para o futuro.

Bazemore e Walgrave([7]) definem JR como cada acção orientada primariamente para a realização da justiça pela reparação do mal que foi causado pelo crime. Efectivamente, podemos afirmar que outra das pedras de toque da JR é a reparação, que pode assumir várias formas, desde a compensação monetária até à reparação

---

([3]) Daniel van Ness/Allison Morris/Gabrielle Maxwell, "Introducing restorative justice", *in* Allison Morris & Gabrielle Maxwell (Eds.), *Restorative Justice for juveniles: Conferencing, Mediation and Circles,* Hart Publishing, Oxford 2001, pp. 3-16.

([4]) Nils Christie, "Conflicts as property", *British Journal of Criminology, Vol. 17* (1), 1977, pp. 1-15.

([5]) Jo-Anne Wemmers, "Where do they belong? Giving victims a place in the criminal justice process", *Criminal Law Forum, Vol. 20*, 2009, pp. 395-416.

([6]) Tony Marshall, "The evolution of restorative justice in Britain.", *European Journal of Criminal Policy and Research*, *Vol. 4* (4), 1996, p. 37.

([7]) Gordon Bazemore/Lode Walgrave, "Restorative juvenile justice: In search of fundamentals and an outline for systemic reform", in Gordon Bazemore & Lode Walgrave (Eds.), *Restorative Juvenile Justice: Repairing the Harm of Youth Crime,* Willow Tree Press, Monsey, 1999, p. 48.

simbólica, com um pedido de desculpas. Adicionalmente, de acordo com Wemmers([8]), a assunção de responsabilidade e o reconhecimento do dano provocado pelo crime, podem, em si mesmos, promover a restauração da vítima. Nesse sentido, segundo Braithwaite e Parker([9]), restaurar as vítimas significa não apenas a restauração de perdas materiais e danos físicos, mas igualmente do seu sentimento de segurança, da sua dignidade e do seu sentimento de *empowerment*.

Bazemore([10]) defende ainda a aposta em abordagens de JR focadas na reabilitação relacional do ofensor e Ward e Langlands([11]) apresentam como possíveis benefícios indirectos, que se verifique no pós-encontro restaurativo um aumento da confiança, agência e bem estar do ofensor.

Em jeito de síntese, Sherman([12]) define JR como uma justiça emocionalmente inteligente realçando como seus elementos: o propósito (reparar o dano e prevenir a reincidência do ofensor ou a revitimização da vitima); o método (os meios que possam produzir a reconciliação entre as vítimas e ofensores, minimizar a raiva e deixar ambas as partes satisfeitas por terem sido tratadas de maneira justa e ter sido feita justiça); as decisões (dentro do possível, as decisões serem tomadas coletiva e consensualmente pelos participantes no processo, que são os afetados pelo mal produzido) e o outcome (os ofensores repararem o mal provocado).

([8]) Jo-Anne Wemmers, "Where do they belong? Giving…" *op. cit.*, nota 5, pp. 395-416.

([9]) John Braithwaite/Christine Parker, "Restorative justice is republican justice", *in* Gordon Bazemore & Lode Walgrave (Eds.), *Restorative Juvenile Justice: Repairing the Harm of Youth Crime,* Willow Tree Press, Monsey, 1999, pp. 103-126.

([10]) Gordon Bazemore, "After shaming, whither reintegration: Restorative justice and relational rehabilitation", in Gordon Bazemore & Lode Walgrave (Eds.), *Restorative Juvenile Justice: Repairing the Harm of Youth Crime,* Willow Tree Press, Monsey, 1999, pp. 155-194.

([11]) Tony Ward/Robyn Langlands, "Repairing the rupture: Restorative justice and the rehabilitation of offenders", *Aggression and Violent Behavior, Vol. 14*, 2009, pp. 205-214.

([12]) Lawrence Sherman, "Trust and confidence in criminal justice", *National Institute of Justice Journal*, *Vol. 248*, 2002, pp. 22-31.

Em consonância com a definição que apresenta de JR, Walgrave([13]) sublinha que os processos em que existe um encontro entre vítima e ofensor são de longe preferíveis. Deste modo, a posição do autor é a de que a JR prefere responder ao crime com o máximo de cooperação voluntária e o mínimo de coerção. Tal não significa, contudo, que se rejeite toda a coerção, isto é, Walgrave defende que o recurso a intervenções judiciais coercivas deve ser aplicado *in extremis*, quando um acordo (que contenha acções restaurativas) não pode ser atingido e uma reação à ofensa é considerada necessária (em concordância com o ponto 3.3 da Declaration of Leuven de 1998).

Neste contexto, relativamente aos modelos que os processos de JR podem assumir, segundo McCold([14]), *'(...) na sua forma mais pura, envolvem vítimas e os seus ofensores em encontros voluntários, face a face, e são estes participantes (bem como as suas comunidades) que determinam como melhor lidar com a ofensa'*. Cabe, pois, caracterizar, ainda que de forma necessariamente sucinta, as duas modalidades de JR atualmente com maior expressão em termos quantitativos: a mediação vítima-ofensor e as conferências familiares *('family group conferences')*.

A mediação vítima-ofensor, como um dos principais modelos de JR, é definida pela Recomendação R(99)19 do Conselho da Europa como *'(...) o processo em que a vítima e o ofensor têm a oportunidade de participar activamente na resolução das consequências do crime através da ajuda de uma terceira parte imparcial (mediador)'*.

O Conselho da Europa, através da Recomendação R(99)19, de 15-9-1999, promove explicitamente a criação de regimes de mediação vítima-ofensor, sendo que tal é, especificamente, requerido aos Estados-Membros pela Decisão-Quadro 2001/220/JAI do

---

([13]) Lode Walgrave, "How pure can a maximalist approach to restorative justice remain? Or can a purist model of restorative become maximalist?", *Comtemporary Justice Review, Vol. 3*(4), 2000, pp. 415-432.

([14]) Paul McCold, "Primary restorative justice practices", in Allison Morris & Gabrielle Maxwell (Eds.), *Restorative Justice for juveniles: Conferencing, Mediation and Circles,* Hart Publishing, Oxford, 2001, p. 41.

Conselho, de 15-3-2001. No seguimento desta Decisão-Quadro, em Portugal, o DL n.º 21/2007, de 12 de Junho, criou o regime de mediação em processo penal, enxertando esta modalidade de Justiça Restaurativa na fase de inquérito do procedimento criminal. Note-se, ainda, que, mais recentemente, a Diretiva 2012/29/UE do PE e do Conselho, de 25-10-2012, substituiu a Decisão-Quadro 2001/220/JAI do Conselho, de 15-3-2001, obrigando os Estados-Membros a proceder à sua transposição até 16-11-2015, o que significa que teriam até esta data para introduzir um regime de mediação vítima-ofensor no seu Sistema de Justiça Criminal.

O processo de conferências familiares distingue-se da mediação, em particular, por não envolver apenas a vítima e o ofensor no processo de resolução do conflito, mas também a *'community of care'* da vítima e do ofensor, i.e. participantes tais como membros da família ou amigos. Estas pessoas são envolvidas porque também foram e/ou são afetadas de algum modo pela ofensa cometida e porque se preocupam com os primeiros participantes([15]).

III. Avaliação da eficácia dos processos de Justiça Restaurativa

Muito embora os tipos legais de crime passíveis de referência para processos de JR variem, o racional teórico subjacente é similar nos diferentes ordenamentos jurídicos. A ideia fulcral é a de que a Justiça Restaurativa combina as possibilidades de o ofensor assumir que existiu uma vítima, que esta experienciou consequências negativas em resultado das suas acções e que é necessaria a reparação à mesma e à comunidade atingida([16]). Ao mesmo tempo procura-se, como já foi mencionado, reduzir o risco de reincidência do

---

([15]) Daniel Van Ness/Allison Morris/Gabrielle Maxwell, "Introducing restorative justice", *op. cit.*, nota 3, p. 7.

([16]) Barbara Hudson, "Restorative justice and gendered violence: Diversion or effective justice?", *British Journal of Criminology, Vol. 42*, 2002, pp. 616-634.

ofensor, de maneira que a opção por processos de JR não seja feita à custa da perda de eficácia na intervenção com o ofensor, no que respeita à prevenção da reincidência criminal do mesmo(17).

Nessa medida, muitos têm sido os estudos que a nível internacional têm procurado avaliar o impacto das intervenções de JR, considerada nas suas modalidades de mediação e conferências familiares, através da mensuração de diferentes *outcomes*, quer no que concerne às vítimas, quer no que concerne aos ofensores envolvidos em programas de JR, como se passa a explanar.

1. Impacto dos processos de Justiça Restaurativa para as Vítimas

Os estudos avaliativos têm produzido evidência empírica da mais valia dos processos de JR, em comparação com o Sistema de Justiça Criminal convencional, no que toca a dar resposta às inúmeras necessidades e danos experiencidados pelas vítimas de crime. Nas subsecções seguintes passar-se-ão em revista os principais achados empíricos a este nível.

1.1. Satisfação e percepção de justiça das vítimas em relação aos processos de Justiça Restaurativa

De forma consistente, os estudos avaliativos sugerem uma elevada satisfação das vítimas com o processo de JR, sendo esta significativemente superior neste grupo experimental (GE) do que no grupo controlo ou comparação (GC), em procedimento criminal convencional(18). No mesmo sentido, as vítimas têm reportado

---

(17) Gordon Bazemore, "After shaming, whither…", *op. cit.* nota 10, pp. 155--194; Barbara Hudson, "Restorative justice…", *op. cit.* nota 16, p. 620.

(18) Mark S. Umbreit/Robert Coates, "Victim Offender Mediation in the United States: A Multisite Assessment", *in* Mark S. Umbreit (Ed.), *The handbook of victim offender mediation: An essential guide to practice and research,* Jossey-Bass, San Francisco,

uma elevada satisfação com os acordos obtidos mediante os processos de JR([19]).

Adicionalmente, os estudos avaliativos têm encontrado nas vítimas uma elevada percepção de que o processo de JR foi justo quer para si, quer para o ofensor([20]), bem como de que foi justo o acordo de reparação que dele resultou, quer para si, quer para o ofensor([21]). Umbreit([22]) observou, ainda, no que toca à percepção das vítimas sobre o processo de mediação, que o aspecto mais referido foi o facto de lhes ter sido dada a oportunidade de encontrar o ofensor face a face (Número de amostrados (N) = 51), o que foi representado por comentários como: *"Foi bom olhá-lo olhos nos*

2001, p. 206; Mark S. Umbreit/Robert Coates, "The Impact of Victim Offender Mediation: Two Decades of Research", *in* Mark S. Umbreit (Ed.), *The handbook of victim offender mediation: An essential guide to practice and research,* Jossey-Bass, San Francisco, 2001, p. 164; Mark S. Umbreit, "Victim Offender Mediation in Canada: A Multisite Assessment", *in* Mark S. Umbreit (Ed.), *The handbook of victim offender mediation: An essential guide to practice and research,* Jossey-Bass, San Francisco, 2001, pp. 224 e 226; Mark S. Umbreit/Ann Warner Roberts, "Victim Offender Mediation in England: A Multisite Assessment.", *in* Mark S. Umbreit (Ed.), *The handbook of victim offender mediation: An essential guide to practice and research,* Jossey-Bass, San Francisco, 2001, pp. 243 e 245; Jeff Latimer/Craig Dowden/Danielle Muise, "The effectiveness of restorative justice practices: A meta-analysis", *The Prison Journal, Vol. 85* (2), 2005, pp. 127--144; Mark S. Umbreit/Robert Coates/Boris Kalanj, *Victim meets offender: The impact of restorative justice and mediation.* Criminal Justice Press, Monsey, 1994, p. 76.

([19]) Allison Morris/Gabrielle Maxwell, "Implementing restorative justice: what works?", *in* Allison Morris & Gabrielle Maxwell (Eds.), *Restorative Justice for juveniles: Conferencing, Mediation and Circles,* Hart Publishing, Oxford, 2001*,* p. 268; Mark S. Umbreit/Robert Coates/Boris Kalanj, *Victim meets offender: The ..., op. cit*. nota 18, p. 80; Mandeep K. Dhami, "Offer and acceptance of apology in victim-offender mediation", *Critical Criminology, Vol. 20*, 2012, pp. 45-60.

([20]) Mark S. Umbreit/Robert Coates, "The Impact of Victim Offender Mediation: Two …", *op. cit.*, nota 18, pp. 167-168; Mark S. Umbreit/Robert Coates, "Victim Offender Mediation in the United States: A Multisite…", *op. cit.*, nota 18, p. 207-208; Mark S. Umbreit/Robert Coates/Ann Warner Roberts, "Cross-National Assessment of Victim Offender Mediation", *in* Mark S. Umbreit (Ed.), *The handbook of victim offender mediation: An essential guide to practice and research,* Jossey-Bass, San Francisco, 2001, p. 186.

([21]) Mark S. Umbreit/Robert Coates/Ann Warner Roberts, "Cross-National Assessment of Victim…", *op. cit.*, nota 20, pp. 184 e 187; Mark S. Umbreit/Robert Coates/Boris Kalanj, *Victim meets offender: The…, op. cit.*, nota 18, p. 88.

([22]) Mark S. Umbreit, "Victim Offender Mediation in Canada: A Multisite…", *op. cit.*, nota 18, pp. 228 e 229.

olhos e dizer-lhe o que senti". Tem sido igualmente observado que algumas vítimas percepcionam a mediação como uma forma de prevenir o crime e, sobretudo, de ajudar o ofensor([23]).

1.2. A restauração emocional das vítimas em processos de Justiça Restaurativa

De acordo com Strang, Sherman, Angel, Woods, Bennett, Newbury-Birch e Inkpen([24]), a necessidade de reparação emocional é a necessidade mais consistentemente veiculada pelas vítimas de crime e que estas raramente vêem satisfeita no procedimento criminal convencional, em Tribunal. Face a esta necessidade, os estudos avaliativos têm verificado que as vítimas em processos de JR têm apresentado uma diminuição significativa do medo de revitimização expresso *ex ante* ao processo de JR no momento *ex post* e menor medo de revitimização no GE, com processo de JR, em comparação com o GC([25]). Foi, ainda, observado um menor medo de revitimização nos casos em que ocorre mediação directa

---

([23]) Tinneke Van Camp/Jo-Anne Wemmers, "Victim satisfaction with restorative justice: More than simply procedural justice", *International Review of Victimology, Vol. 19*, 2013, pp.117-143; Tinneke Van Camp, *Victims of Violence and Restorative Practices. Finding a voice*. Routledge, London, 2014.

([24]) Heather Strang/Lawrence Sherman/Caroline Angel/DanielWoods/Sarah Bennett/Dorothy Newbury-Birch/Nova Inkpen, "Victim evaluations of face-to-face restorative justice conferences: A quasi-experimental analysis", *Journal of Social Issues, Vol. 62* (2), 2006, p. 302.

([25]) Heather Strang, "Justice for victims of young offenders: The centrality of emotional harm and restoration", *in* Allison Morris & Gabrielle Maxwell (Eds.), *Restorative Justice for juveniles: Conferencing, Mediation and Circles,* Hart Publishing, Oxford, 2001*,* pp.187-188; Heather Strang/Lawrence Sherman, "Restorative justice to reduce victimization", in Brandon Welsh & David Farrington (Eds.), *Preventing Crime: What works for Children, Offenders, Victims and Places,* Springer, New York, 2007, pp. 147--160; Allison Morris/Gabrielle Maxwell, "Implementing restorative justice…", *op. cit.*, nota 19, p. 268 ; Mark S. Umbreit/Ann Warner Roberts, "Victim Offender Mediation in England: A Multisite …", *op. cit.*, nota 18, p. 247; Mark S. Umbreit, "Victim Offender Mediation in Canada: A Multisite…", *op. cit.*, nota 18, p. 227; Mark S. Umbreit/Robert Coates/Ann Warner Roberts, "Cross-National Assessment of…", *op. cit*., nota 20, p. 189; Mark S. Umbreit/Robert Coates/Boris Kalanj, *Victim meets offender: The…, op. cit.*, nota 18, p. 71.

(encontro face a face entre vítima e ofensor), em comparação com os casos em mediação indirecta([26]).

Em maior detalhe, no estudo de Strang, Sherman, Angel, Woods, Bennett, Newbury-Birch e Inkpen([27]) foram analisados dados provenientes de quatro programas de JR, designadamente, o programa Reintegrative Shaming Experiments (RISE), e os estudos de Londres, Northumbria e Thames Valley. Relativamente ao programa RISE, este foi aplicado entre 1995 e 2000 e envolveu quatro tipos de ofensas: crime violento, pequenos furtos em grandes departamentos comerciais, condução sob o efeito de álcool (que não envolvesse acidentes) e crimes contra a propriedade. Os participantes foram alocados aleatoriamente no GC, que recebia medidas convencionais ordenadas pelo Tribunal, ou no GE, em que as partes participavam em conferências familiares([28]), se para tal dessem o seu consentimento informado e voluntário([29]).

Relativamente aos resultados obtidos, no que respeita ao medo sentido pelas vítimas, foi observada, nos quatro programas de JR em análise, uma redução significativa do medo sentido após a conferência, em comparação com os níveis de medo reportados antes da mesma. Mais especificamente no âmbito do programa RISE, Strang([30]) destacou, no que concerne ao medo de revitimização, que 19% das vítimas no GC antecipavam ser revitimizadas no futuro, enquanto que apenas 3% das vitimas no GE antecipavam que tal voltasse a acontece. No que respeita ao medo do ofensor, as vítimas foram questionadas acerca do medo sentido antes e depois

---

([26]) Mark S. Umbreit/Ann Warner Roberts, "Victim Offender Mediation in England: A Multisite …", *op. cit.*, nota 18, pp. 247 e 248.

([27]) Heather Strang/Lawrence Sherman/Caroline Angel/Daniel Woods/Sarah Bennett/Dorothy Newbury-Birch/Nova Inkpen, "Victim evaluations of face-to-face…", *op. cit.*, nota 24, pp. 281-306.

([28]) O desenho de a avaliação dos referidos programas é descrito em detalhe em Heather Strang/Lawrence Sherman, "Restorative justice to…", *op. cit.*, nota 25, pp. 156 e 157.

([29]) Christa Pelikan, "The Council of Europe Recommendation N.º R(99)19 concerning Mediation in Penal Matters.", *ERA-Forum. Scripta iuris europaei, Vol. 1*, 2002, pp. 22-27.

([30]) Heather Strang, "Justice for victims of young offenders:The…", *op. cit.*, nota 25, p. 188.

da conferência familiar, tendo-se constatado que o número de vítimas que disse ter sentido medo do ofensor antes da conferência familiar foi significativamente maior do que o número de vitimas que reportou sentir medo do ofensor após o processo de JR, designadamente 16% de vítimas *ex ante versus* apenas 7% de vítimas *ex post*.

Adicionalmente, os estudos avaliativos têm observado nas vítimas em processos de JR uma diminuição significativa da percepção de que é provável o seu ofensor reofender. Com efeito, no estudo de Strang e Sherman([31]) quando questionadas sobre a probabilidade de o seu ofensor reofender no futuro, as vítimas que participaram em conferências familiares antecipavam significativamente menos que o ofensor repetisse a ofensa em comparação com as vítimas em procedimento criminal convencional, em Tribunal.

Tem sido, igualmente, observada uma redução significativa da raiva reportada pelas vítimas em relação ao ofensor, antes do processo de JR, no momento pós-processo de JR([32]) e uma diminuição significativa do grau de tristeza expressada em relação ao crime([33]). Com efeito, no estudo de Strang, Sherman, Angel, Woods, Bennett, Newbury-Birch e Inkpen([34]), as vítimas apresentaram reduções significativas da raiva sentida após a conferência familiar, em comparação com o nível de raiva reportado antes da participação neste processo. Destaca-se aqui que a redução mais significativa ocorreu relativamente ao grupo de jovens ofensores, em que um maior número de vítimas reportou sentir raiva pelo ofensor antes da conferência, mais precisamentre 87%, tendo-se posteriormente verificado relativamente a este grupo um efeito

---

([31]) Heather Strang/Lawrence Sherman, "Restorative justice to…", *op. cit.*, nota 25, pp. 154-156.

([32]) Heather Strang/Lawrence Sherman/Caroline Angel/Daniel Woods/Sarah Bennett/Dorothy Newbury-Birch/Nova Inkpen, "Victim evaluations of face-to-face…", *op. cit.*, nota 24, pp. 295 e 296; Allison Morris/Gabrielle Maxwell, "Implementing restorative justice…", *op. cit.*, nota 19, p. 268.

([33]) Mark S. Umbreit/Robert Coates/Boris Kalanj, *Victim meets offender: The..., op. cit.*, nota 18, p. 71.

([34]) Heather Strang/Lawrence Sherman/Caroline Angel/Daniel Woods/Sarah Bennett/Dorothy Newbury-Birch/Nova Inkpen, "Victim evaluations of face-to-face…", *op. cit.*, nota 24, pp. 295 e 296.

mais significativo da intervenção, dado que apenas 17% das mesmas vítimas reportaram continuar a sentir raiva dos jovens ofensores após a participação na conferência familiar.

Consistentemente, tem-se observado nos estudos avaliativos uma diminuição significativa do desejo de vingança expresso pelas vítimas após o processo de JR. Nessa linha, Strang e Sherman([35]) verificaram que 20% de todas as vítimas cujos casos foram tratados em procedimento criminal convencional, em Tribunal, por ofensas contra a propriedade afirmaram que fariam algum mal ao seu ofensor se tivessem a oportunidade, enquanto apenas 7% das vítimas em conferências familiares afirmaram o mesmo. Refere-se, ainda, a existência de uma diferença significativa entre as vítimas de crimes violentos no GC e no GE, dado que 45% das primeiras afirmavam sentir desejo de vingança em comparação com apenas 9% de vítimas no GE.

Finalmente, Umbreit, Coates e Kalanj([36]) observaram que para 70% das vítimas em mediação era considerado importante receber um pedido de desculpa. Contudo, no que se refere à percepção das vítimas sobre o pedido de desulpas recebido, Choi e Severson([37]), num estudo de natureza qualitativa, observaram que a sinceridade dos ofensores é frequentemente questionada pelas vítimas. Com efeito, um número significativo de vítimas não entendeu o pedido de desculpas como um reconhecimento adequado e sincero do dano infligido, dado não terem observado no comportamento do ofensor pistas não verbais consideradas por elas relevantes, tais como o ofensor olhá-las nos olhos, comunicar remorso na sua expressão facial ou dirigir-se-lhes num tom de respeito e humildade.

([35]) Heather Strang/Lawrence Sherman, "Restorative justice to…", *op. cit.*, nota 25, p. 156.

([36]) Mark S. Umbreit/Robert Coates/Boris Kalanj, *Victim meets offender: The …*, *op. cit.*, nota 18, p. 72. Na mesma linha Heather Strang/Lawrence Sherman/Caroline Angel/Daniel Woods/Sarah Bennett/Dorothy Newbury-Birch/Nova Inkpen, "Victim evaluations of face-to-face…", *op. cit.*, nota 24, p. 283.

([37]) Jung Jin Choi/Margaret Severson, "What! What kind of apology is this?: The nature of apology in victim offender mediation", *Children and Youth Services Review, Vol. 31*, 2009, pp. 813-820.

Apesar destes resultados, Strang, Sherman, Angel, Woods, Bennett, Newbury-Birch e Inkpen([38]) demonstraram que as vítimas em processo de JR, após terem a oportunidade de avaliar o carácter e as circunstâncias em que vivia o seu ofensor, tendiam a mostrar-se mais empáticas em relação a este, por comparação ao momento *ex ante* ao processo de JR, apresentando igualmente maior probabilidade de perdoar o ofensor. Com efeito, Strang([39]) observou que 40% das vítimas no programa RISE reportaram ter perdoado o ofensor após a conferência familiar.

1.3. A reparação das vítimas em processos de Justiça Restaurativa

Umbreit, Coates e Kalanj([40]) verificaram que para 85% das vítimas em mediação era considerado importante negociar a reparação do dano sofrido, e para 66% das mesmas receber efectivamente uma reparação pelo mesmo. Relativamente ao cumprimento desta necessidade das vítimas de crime, que corresponde como sabemos a um dos objectivos primaciais do movimento de JR, os estudos têm reportado elevadas taxas de chegada a acordo de restituição/reparação nos programas de JR, nas suas modalidades de mediação ou conferências familiares, bem como de cumprimento desses mesmos acordos de restituição/reparação por parte dos ofensores([41]).

([38]) Heather Strang/Lawrence Sherman/Caroline Angel/Daniel Woods/Sarah Bennett/Dorothy Newbury-Birch/Nova Inkpen, "Victim evaluations of face-to-face…", *op. cit.*, nota 24, p. 298.

([39]) Heather Strang, "Justice for victims of young offenders: The…", *op. cit.*, nota 25, p. 191.

([40]) Mark S. Umbreit/Robert Coates/Boris Kalanj, *Victim meets offender: The..., op. cit.*, nota 18, p. 72.

([41]) Mark S. Umbreit/Robert Coates, "The Impact of Victim Offender Mediation: Two…", *op. cit.*, nota 18, p. 169; Mark S. Umbreit, "Victim Offender Mediation in Canada: A Multisite…", *op. cit.*, nota 18, p. 225; Mark S. Umbreit/Robert Coates, "Victim Offender Mediation in the United States: A Multisite…", *op. cit.*, nota 18, pp. 210 e 211; Jeff Latimer/Craig Dowden/Danielle Muise, " The effectiveness of restorative justice…", *op. cit.*, nota 18, p. 137.

2. Impacto dos processos de Justiça Restaurativa para os ofensores

De acordo com Beven, Hall, Froyland, Steels e Goulding(42), possivelmente, a pior crítica que poderá ser dirigida à Justiça Restaurativa é a de que falha na produção de qualquer alteração significativa nas taxas de reincidência dos ofensores que participam neste tipo de processo de resolução de conflitos. Contudo, a alteração das taxas de reincidência e incidência de re-ofensas não constitui o objetivo primordial da Justiça Restaurativa, como foi já exposto, embora seja entendido como um outcome expectável e desejável da participação em processos restaurativos. Por conseguinte, Walgrave e Bazemore(43) afirmam que a reincidência é um outcome cuja avaliação, ainda que necessária, na medida em que qualquer intervenção ao nível do Sistema de Justiça Criminal pretende prevenir a reincidência criminal, não é suficiente para avaliar o impacto dos programas de JR nos ofensores que participam neste tipo de processos.

2.1. Satisfação e percepção de justiça dos ofensores em relação aos processos de Justiça Restaurativa

Neste contexto, as avalições de eficácia têm observado uma elevada satisfação dos ofensores com os processos de JR(44). Não se verificam, no entanto, em alguns estudos, diferenças estatisticamente significativas quanto a este *outcome* entre os ofensores em procedimentos criminais convencionais (controlos) e os ofensores

---

(42) Jaimie Beven/Guy Hall/Irene Froyland/Brian Steels/Dorothy Goulding, "Restoration or renovation? Evaluating restorative justice outcomes", *Psychiatry, Psycology and Law, Vol. 12* (1), 2005, p. 195.

(43) Lode Walgrave/Gordon Bazemore, "Reflections on the future of restorative justice for juveniles", *in* Gordon Bazemore & LodeWalgrave (Eds.), *Restorative Juvenile Justice: Repairing the Harm of Youth Crime,* Willow Tree Press, New York, 1999, pp. 359-399.

(44) Mark S. Umbreit/Robert Coates, "The Impact of Victim Offender Mediation: Two…", *op. cit.*, nota 18, p. 164; Mark S. Umbreit, "Victim Offender Mediation in Canada: A Multisite…", *op. cit.*, nota 18, pp. 224 e 226.

em processos de JR (GE)([45]). Os estudos avaliativos têm igualmente observado que os ofensores apresentam uma elevada percepção de que o processo de JR foi justo([46]), bem como de que foi justo o acordo de restituição/reparação que dele resultou quer para a vítima, quer para si([47]). Os ofensores têm, no mesmo sentido, reportado elevados níveis de satisfação relativamente ao conteúdo final do mesmo acordo([48]). A título exemplificativo, refere-se o estudo avaliativo de Wilcox e Hoyle aos programas de JR em implementação no Reino Unido, pelas *Youth Justice Board´s*, em 2004. Os investigadores recolheram dados de 42 programas no âmbito dos quais foram intervencionados 6800 jovens ofensores([49]). Neste estudo os autores observaram que 87% dos ofensores que participaram em encontros directos com as suas vítimas reportaram acreditar que o processo havia sido justo, 80% acreditava que a sua participação no processo foi claramente voluntária e 61% afirmou pensar que o *outcome* da intervenção foi justo para a vítima. Em adição, o sentimento de satisfação experienciado pelos ofensores em mediação é observável em testemunhos tais como *"A mediação é uma coisa boa, ajuda o ofensor a perceber como a vítima se sente… o acordo foi justo para ambos"*([50]).

([45]) Jeff Latimer/Craig Dowden/Danielle Muise, "The effectiveness of restorative justice…", *op. cit.*, nota 18, pp. 127-144.

([46]) Mark S. Umbreit/Ann Warner Roberts, "Victim Offender Mediation in England: A Multisite …", *op. cit.*, nota 18, p. 247; Mark S. Umbreit/Robert Coates, "Victim Offender Mediation in the United States: A Multisite…", *op. cit.*, nota 18, p. 208; Aidan Wilcox/Carolyn Hoyle, *The National Evaluation of The Youth Justice Board's: Restorative Justice Projects.* Youth Justice Board, Oxford, 2004, p. 40.

([47]) Mark S. Umbreit/Robert Coates/Boris Kalanj, *Victim meets offender: The…, op. cit.*, nota 18, p. 87; Aidan Wilcox/Carolyn Hoyle, *The National Evaluation …, op. cit.*, nota 46, p. 40.

([48]) Mark S. Umbreit/Ann Warner Roberts, "Victim Offender Mediation in England: A Multisite …", *op. cit.*, nota 18, p. 246; Mark S. Umbreit/Robert Coates/Boris Kalanj, *Victim meets offender: The…, op. cit.*, nota 18, pp. 79 e 80; Aidan Wilcox/Carolyn Hoyle, *The National Evaluation …, op. cit.*, nota 46, p. 40.

([49]) Em 63% dos casos a intervenção restaurativa teve lugar no âmbito do cumprimento da medida "Final Warning" ou de ordem de reparação aplicada ao jovem infractor, o que, de acordo com os autores, ilutra bem a aplicação preferencial destas intervenções em fases iniciais da carreira criminal.

([50]) Mark S. Umbreit/Ann Warner Roberts, "Victim Offender Mediation in England: A Multisite …", *op. cit.*, nota 18, p. 247.

2.2. As principais mais valias dos processos de Justiça Restaurativa na perspectiva dos ofensores

Destacam-se, ainda, como resultados cruciais à luz das características e objectivos assumidos pelo movimento de Justiça Restaurativa, o facto de os ofensores em processos de JR reportarem sentirem-se ouvidos e respeitados durante o processo, terem compreendido melhor o impacto que a sua ofensa teve para a vítima([51]) e afirmarem que a participação no processo de JR os ajudou a assumir a responsabilidade pela sua ofensa e consequências desta, no seguimento do processo([52]). Na mesma linha, releva o facto dos ofensores envolvidos em processos de JR reportarem níveis significativos de remorso e apresentarem frequentemente pedidos de desculpa às suas vítimas([53]).

Com efeito, Maxwell e Morris([54]), utilizando uma amostra de 108 jovens ofensores que participaram em conferências familiares, observaram que, quer os ofensores em conferências, quer os seus progenitores reportaram o remorso como o factor mais importante para o sucesso do processo de JR. No estudo de Umbreit, Coates e Kalanj([55]) foram destacados como aspectos essenciais pelos ofensores em mediação negociar a reparação da sua vítima (considerado importante por 94% dos ofensores antes da mediação), contar a sua história à vítima (importante para 93%) e pedir desculpa à vítima (considerado importante para 88% dos ofensores).

([51]) No estudo de Wilcox e Hoyle, 71% dos ofensores envolvidos afirmou ter compreendido melhor o impacto que a sua ofensa teve na vitima.

([52]) Aidan Wilcox/Carolyn Hoyle, *The National Evaluation …, op. cit.*, nota 46, p. 40.

([53]) Mandeep K. Dhami, "Offer and acceptance of apology…", *op. cit.*, nota 19, pp. 45-60; Jane Bolitho, "Restorative justice: The ideals and realities of conferencing for young people", *Critical Criminology, Vol. 20*, 2012, pp. 61-78.

([54]) Gabrielle Maxwell/Allison Morris, "Family group conferences and reoffending", *in* Allison Morris & Gabrielle Maxwell (Eds.), *Restorative Justice for juveniles: Conferencing, Mediation and Circles,* Hart Publishing, Oxford, 2001*,* pp. 243-263.

([55]) Mark S. Umbreit/Robert Coates/Boris Kalanj, *Victim meets offender: The…, op. cit.*, nota 18, p. 73.

Por outro lado, Umbreit([56]) verificou que um número significativo de ofensores apontou como principal benefício da mediação o facto de, deste modo, evitarem o procedimento criminal convencional, em Tribunal (N=24). Ainda assim, 13 ofensores referiram ter aprendido algo com a mediação, expressando comentários como: *"Fez-me pensar muito. A mediação fez-me ver que o que fiz foi errado"; "Eu mudei a forma como reajo a situações stressantes. Fez-me pensar duas vezes sobre futuros crimes".* Também, no estudo de Choi, Green e Gilbert([57]), um dos ofensores descreveu a mediação como tendo sido uma oportunidade de aprendizagem *"Ajuda-te a perceber muitas coisas"*, enquanto que outro referiu *"Eu não pensei sobre aquilo antes de o ter feito"*. De acordo com este estudo, a mediação pareceu ajudar os jovens a compreender as consequências das suas acções em toda a sua extensão, ao terem ouvido face a face os relatos das experiências das suas vítimas. De acordo com os autores, tal parece ter ajudado os jovens ofensores a desenvolver uma certa empatia pela vítima.

Kuo, Longmire e Cuvelier([58]), partindo do modelo teórico de Presser e Voorhis([59]), observaram que os ofensores que participaram no programa de conferências familiares RISE (GE) apresentaram níveis significativamente mais elevados de diálogo, de contrução de relacionamentos com as pessoas afetadas pelo seu crime e de comunicação de valores morais nesse diálogo, em comparação com os ofensores em procedimento criminal convencional, em Tribunal (GC).

([56]) Mark S. Umbreit, "Victim Offender Mediation in Canada: A Multisite…", *op. cit.*, nota 18, pp. 229 e 230.

([57]) Jung Jin Choi/Diane Green/Michael Gilbert, "Putting a human face on crimes: A qualitative study on restorative justice processes for youths", *Child & Adolescent Social Work Journal, Vol. 28*, 2011, pp. 335-355.

([58]) Shih-Ya Kuo/Dennis Longmire/Steven Cuvelier, "An empirical assessment of the process of restorative justice", *Journal of Criminal Justice, Vol. 38* (3), 2010, pp. 324-325.

([59]) Lois Presser/Patricia Van Voorhis, "Values and evaluations: Assessing processes and outcomes of restorative justice programs.", *Crime & Delinquency, Vol. 48* (1), 2002, pp. 162-188.

2.3. A reincidência criminal dos ofensores em processos de Justiça Restaurativa

Finalmente, no que concerne à reincidência criminal, as avaliações de eficácia dos programas de JR aplicados a nível internacional têm apontado para reduções da taxa de reincidência significativamente superiores nos GE em processos de JR, em comparação com as observadas nos GC, nos quais os ofensores são intervencionados pelo Sistema de Justiça convencional([60]).

Com efeito, o estudo de Rodriguez([61]) avaliou os dados referentes à aplicação do programa restaurativo *"comités de justiça comunitária"* (CJC)([62]) entre 1999 e 2001. O estudo partia das seguintes questões de investigação: *a*) qual foi o efeito que os CJC tiveram na reincidência juvenil apresentada pelos ofensores que completaram as disposições do acordo assinado no âmbito deste programa? E *b*) estava o efeito dos CJC na reincidência juvenil associado a variáveis legais ou extra-legais?

De modo a mensurar a reincidência criminal, o estudo propôs-se a comparar um grupo experimental encaminhado para o pro-

---

([60]) James Bonta/Suzanne Wallace-Capretta/Jennifer Rooney/Kevin Mcanoy, "An outcome evaluation of a restorative justice alternative to incarceration", *Contemporary Justice Review: Issues in Criminal, Social, and Restorative Justice, Vol. 5*(4), 2002, pp. 319-338; James Bonta/Rebecca Jesseman/Tanya Rugge/Robert Cormier, "Restorative Justice and recidivism: Promises made, promises kept?", in *Handbook of Restorative Justice: A Global Perspective,* Dennis Sullivan & Larry Tifft (Eds.), Routledge, Oxon, 2006, p. 117; Nancy Rodriguez, "Restorative justice at work: Examining the impact of restorative justice resolutions of juvenile recidivism", *Crime & Delinquency, Vol. 53*, 2007, pp. 355-379; Kimberly De Beus/Nancy Rodriguez, "Restorative justice practice: An examination of program completion and recidivism", *Journal of Criminal Justice, Vol. 35*, 2007, pp. 337-347; Edmund McGarrell/Natalie Hipple, "Family group Conferencing and Re-offending Among First-Time Juvenile Offenders: The Indianapolis Experiment", *Justice Quarterly, Vol. 24* (2), 2007, pp. 221-246; Jeff Latimer/Craig Dowden/Danielle Muise, "The effectiveness of restorative justice…", *op. cit.*, nota 18, p. 137.

([61]) Nancy Rodriguez, "Restorative justice at work: Examining the impact of... *", op. cit.* nota 60, p. 363.

([62]) Os comités de justiça comunitária do Condado de Maricopa, tendo adotado uma filosofia restaurativa, funcionavam como um mecanismo de diversão aplicável a ofensores em contacto com o Sistema de Justiça de Menores pela primeira vez e a reincidentes. O jovem devia aceitar a responsabilidade pela ofensa praticada, cabendo às comissões trabalhar com este competências de vida (i.e., competências sociais).

grama de JR (entre janeiro de 1999 e junho de 2001) e um grupo de comparação constituído por todos os jovens em contacto com o Sistema de Justiça convencional e que, embora fossem à partida elegíveis para este mecanismo de diversão (durante o mesmo período temporal), tenham sido alvo de intervenção pelos serviços de *probation* tradicionais.

A reincidência juvenil foi, então, operacionalizada(63) como uma nova queixa apresentada contra o jovem no âmbito do Sistema de Justiça de Menores, durante um período de *follow up* de 24 meses(64). Rodriguez (65) verificou que os jovens do genéro masculino no GE tinham menor probabilidade de reincidência do que os jovens do genéro masculino no GC (29,7% *versus* 34,2%), sendo que o mesmo se verificou quanto ao genéro feminino em que as jovens no GE apresentavam uma menor probabilidade de reincidência do que as jovens no GC (19,5% *versus* 29,2%).

No estudo de Maxwell e Morris(66), a reincidência criminal foi operacionalizada em 5 categorias distintas: reincidente persistente; reincidente em melhoria (reincidente persistente mas não condenado no último ano anterior à entrevista); reincidente ocasional (não condenado nos últimos 5 anos); reincidente uma vez e não reincidente(67). As autoras constataram que, aproximadamente seis anos e meio após a participação dos jovens ofensores em conferências familiares, mais de dois quintos dos indivíduos não haviam reincidido ou haviam reincidido uma única vez(68).

---

(63) Foram, também, analisadas as seguintes variáveis de controlo: variáveis extralegais, nomeadamente, género, etnicidade e idade (à data da referencia para Tribunal) e variáveis legais: o número de ofensas prévias e o tipo de ofensa prévia mais grave (i.e., contra as pessoas, contra a propriedade, contra a ordem pública).

(64) Nancy Rodriguez, "Restorative justice at work: Examining the impact of ...", *op. cit.*, nota 60, p. 365.

(65) Nancy Rodriguez, "Restorative justice at work: Examining the impact of ...", *op. cit.*, nota 60, p. 369.

(66) Gabrielle Maxwell/Allison Morris, "Family group conferences…", *op. cit.*, nota 54, pp. 243-263.

(67) Gabrielle Maxwell/Allison Morris, "Family group conferences…", *op. cit.*, nota 54, p. 249.

(68) Gabrielle Maxwell/Allison Morris, "Family group conferences…", *op. cit.*, nota 54, p. 250.

Por sua vez, Wilcox e Hoyle([69]) verificaram que a percentagem de ofensores no GE condenados nos 12 meses prévios à condenação que motivou o encaminhamento para o processo de JR era de 55,1%, enquanto que a percentagem de ofensores reincidentes no GE nos 12 meses seguintes à intervenção restaurativa foi de 46,6%. Esta diferença de 8,5 pontos percentuais equivale, de acordo com os autores, a um decréscimo da taxa reincidência no GE na ordem dos 15%.

Por seu lado, McGarrell e Hipple verificaram que 49% da sua amostra([70]) não foi alvo de detenção durante o periodo de follow up de 24 meses. A percentagem de não reincidentes foi superior no GE (*Indianapolis Restorative Justice Experiment*), em comparação com o GC (51,8% *versus* 46,1%), embora esta diferença não tenha atingido a significância estatística. Uma análise mais refinada permitiu, contudo, perceber uma diferença estatisticamente significativa entre os dois grupos, dado que ambos apresentaram taxas de não detenção similares até às 12 semanas de follow up, mas a partir daqui, e, em particular, entre a semana 14 e a semana 32 do período de follow up, a taxa de não reincidência no GC decresceu a um ritmo mais acelarado. Verificou-se, igualmente, que o efeito da conferência familiar (GE) foi mais pronunciado entre as semanas 13 e 26 do período de follow up de 2 anos, o que sugere um impacto forte, a curto prazo, do processo de JR, que vai, contudo, decrescendo com o tempo, embora permaneça significativo ao longo dos 24 meses de *follow up*([71]).

Por fim, a meta-análise de Nugent, Williams e Umbreit([72]) demonstrou que os estudos que utilizaram procedimentos metodológicos mais exigentes na formação dos grupos experimentais e de

---

([69]) Aidan Wilcox/Carolyn Hoyle, *The National Evaluation ..., op. cit.*, nota 46, p. 48.

([70]) A amostra foi composta por 782 jovens ofensores, dos quais 400 foram incluídos no GE e 382 jovens foram alocados no GC.

([71]) Edmund McGarrell/Natalie Hipple, "Family group Conferencing and Re-offending…", *op. cit.*, nota 60, pp. 233- 240.

([72]) William R. Nugent/Mona Williams/Mark S. Umbreit, "Participation in victim-offender mediation and the prevalence of subsequent delinquent behavior: A meta-analysis", *Research on Social Work Practice, Vol. 14*, 2004, pp. 408-416.

controlo apresentaram resultados mais modestos no que respeita à redução da reincidência criminal apresentada pelos ofensores que haviam participado no processo de mediação. Ainda assim, os resultados demonstraram que a participação num processo de mediação estava associada a uma menor probabilidade de reincidência, quando comparada com a probabilidade de reincidência apresentada pelos ofensores não participantes em processo de mediação. De forma convergente, na meta-análise de Latimer, Dowden e Muise os programas de JR avaliados apresentaram, em média, reduções significativas da reincidência criminal, por comparação com os resultados alcançados pela abordagem convencional de reacção ao comportamento criminal por parte do Sistema de Justiça([73]).

IV. Discussão

O que sabemos é uma gota, o que ignoramos é um oceano

Isaac Newton

Uma das principais conclusões do estudo de Dünkel, Grzywa-Holten e Horsfield([74]) é a de que o potencial das práticas de Justiça Restaurativa, em termos quantitativos, se encontra actualmente claramente sub-aproveitado nos 36 países Europeus estudados. Uma das principais razões parece residir na falta de conhecimento das pessoas relativamente a estas novas formas de resolução de conflitos. Neste contexto, as *'Guidelines' para uma melhor Implementação da Recomendação Rec (99)19 respeitante à mediação em*

([73]) Jeff Latimer/Craig Dowden/Danielle Muise, "The effectiveness of restorative justice…", *op. cit.*, nota 18, p. 137.

([74]) Frieder Dünkel/Joanna Grzywa-Holten/Philip Horsfield, "Comparative overview. ", *in* Frieder Dünkel, Joanna Grzywa-Holten & Philip Horsfield (Eds.), *A Stock taking of legal issues, implementation strategies and outcomes in 36 European countries*, *Vols. I e II,* Forum Verlag Godesberg, Mönchengladbach, 2015, pp. 1015-1100.

matéria penal, do Conselho da Europa (2007) enunciam explicitamente a necessidade de melhorar a comunicação no que respeita à introdução e apresentação da Justiça Restaurativa ao púbico em geral, às vítimas e aos ofensores, mas também aos profissionais que operam no Sistema de Justiça Criminal, em particular, aos Senhores Juízes, Procuradores do Ministério Público e Advogados. De acordo com as '*Guidelines'* referidas reveste-se de particular importância a adopção de estratégias pró-activas de informação e sensibilização destes grupos para as mais valias e benefícios associados às práticas restaurativas, de acordo com a evidência empiríca existente sobre a eficácia destes processos. É, pois, neste contexto que a presente revisão da literatura procurou, de forma integrada, apresentar os principais achados empíricos relativos ao impacto das práticas restaurativas, por comparação com o procedimento criminal convencional, quer para as vítimas, quer para os ofensores.

Tendo procedido nas seccções anteriores à descrição de cada um dos principais *outcomes* por referência aos quais os programas de mediação e conferências familiares, aplicados a nível interncional, têm vindo a ser avaliados, cabe terminar com uma breve súmula das principais conclusões que poderemos retirar no que respeita ao impacto e benefícios dos processos de JR para vítimas e ofensores.

Deste modo, no que se refere às vítimas, a tendência encontrada nos vários estudos analisados foi de elevada satisfação pela participação no processo, diminuição do medo de revitimização, maior compreensão e empatia em relação ao ofensor, bem como menor probabilidade de sentir raiva pelo mesmo após a participação no processo de JR. Foi igualmente observada uma maior probabilidade de as vítimas em processos de JR receberem um pedido de desculpas, bem como de perdoarem o seu ofensor.

No que se refere aos ofensores, verificou-se uma tendência geral para os ofensores envolvidos em processos de JR reportarem uma elevada satisfação com o processo, assumirem a responsabilidade pela ofensa e consequências da mesma, aderirem a acordos de reparação às suas vitimas e apresentarem pedidos de desculpa às mesmas. Os ofensores em processos de JR compreendiam melhor

o impacto que o seu crime teve para a vítima, observando-se uma tendência para o nível de remorso reportado no GE ser significativamente superior ao reportado pelos controlos mensurados. Adicionalmente, embora os resultados relativos à reincidência criminal após a participação em processos de JR sejam modestos, verificaram-se reduções da taxa de reincidência nos GE (com processos de JR) significativamente superiores às observadas nos GC. É de salientar, ainda, que a taxa de cumprimento integral dos acordos pelos ofensores é extremamente elevada nos GE analisados.

As sábias palavras de Isaac Newton deram o mote inicial ao presente texto. Considera-se também adequado terminar o exercício em mãos atendendo às palavras do mesmo autor. De facto, é fundamental o contínuo estudo empírico dos processos de Justiça Restaurativa([75]), de forma a melhor compreender o potencial destas práticas em toda a sua extenção, para todos os potenciais intervenientes. Aquilo que sabemos é já muito importante, mas muito há ainda por estudar.

Nunca perdendo de vista essa necessidade, bem como a humildade que esta implica na interpretação dos estudos empíricos existentes, os resultados parecem, em suma, sugerir que muito embora a Justiça Restaurativa não possa ser entendida como uma panaceia, que isoladamente pode prevenir a reincidência criminal, esta parece atingir objetivos que o procedimento criminal convencional não atinge. Os resultados apresentados demonstram como as práticas restaurativas aplicadas a nível internacional se têm revelado consistentes com os valores e objetivos defendidos pelo movimento de Justiça Restaurativa a nível teórico, suportando assim a evidência empírica o potencial dos processos de Justiça Restaurativa, na medida em que estes parecem promover mais eficazmente que o procedimento criminal convencional a recuperação das vítimas, nas suas diferentes dimensões, bem como a mudança dos seus ofensores.

([75]) Lode Walgrave, *Restorative Justice, self-interest and responsible citizenship,* Willan Publishing, Devon, 2008.

O ESTRANHO CASO DAS DÍVIDAS FISCAIS NUNCA PRESCRITAS: A INTERRUPÇÃO PELA CITAÇÃO

Pelo Mestre Rui Marques(*)

Sumário:

1. Em jeito de Prólogo. 2. A prescrição no Direito Civil. 3. A cobrança coerciva dos tributos. *3.1.* Da definitividade dos actos tributários. *3.2.* Da indisponibilidade dos créditos tributários. *3.3.* Do princípio do inquisitório e do conhecimento oficioso da prescrição. *3.4.* Do processo (especial) de execução fiscal. *3.5.* Do princípio *solve et repete*. **4. Da aplicabilidade da norma do art. 327.º, n.º 1, do Código Civil. 5. Conclusão.**

«*— Qual vai ser o meu nome, pai? — perguntou com voz trémula enquanto saíam do berçário. — Apenas por "bebé", durante algum tempo? Até que se lembre de um melhor?*

Mr. Button soltou um grunhido.

— Não sei — respondeu, irritado. — Acho que vamos chamar-te de Matusalém([1])».

F. Scott Fitzgerald, *The Curious Case of Benjamin Button* [1921]

(*) Inspector Tributário. Advogado (inscrição suspensa).

([1]) *Matusalém* é geralmente conhecido como a personagem mais longeva de toda a Bíblia por ter vivido por 969 anos (Génesis 5:21-27).

1. Em jeito de Prólogo

Em certa ocasião, o renomado escritor MARK TWAIN terá lamentado que as melhores coisas da vida aconteçam no seu início e as piores no fim. O que inspirou F. SCOTT FITZGERALD a escrever *The Curious Case of Benjamin Button*. Neste conto, para grande desgosto e estupefacção de todos os envolvidos, um "pequeno" *Benjamin* vem ao mundo com a aparência, o tamanho e as peculiaridades de um homem de 70 anos. Começando então uma tragicómica batalha entre os relógios biológico e cronológico, à medida que ele rejuvenesce e enfrenta as dificuldades inerentes a passar pelas diversas etapas da vida em sentido contrário([2]).

O tempo, sabemo-lo, é um facto que escapa à vontade de qualquer sujeito. Mas pode ser mandado parar, ou mesmo inutilizado por determinação, qual *Deus ex machina*([3]), do Legislador. Que assim faz emergir efeitos jurídicos do seu transcurso, acabando por afectar as relações jurídicas, seja na vertente material seja na vertente adjectiva.

Nos vários ramos do Direito temos diversos institutos que traduzem a valoração jurídica do decurso do tempo, de que é significativo exemplo a *prescrição* como vicissitude extintiva. A repercussão do tempo na relação tributária, no que respeita à cobrança de uma dívida exequenda deve ser vista como um limite do poder-dever de tributar pelo Estado e, correlativamente, uma garantia dos contribuintes. Uma garantia, impostergável, de que aquele poder-dever da Administração quanto a uma determinada obrigação tributária não se pode eternizar.

Recorde-se que, na Antiga Roma, as acções do Fisco([4]) para pagamento de impostos eram absolutamente imprescritíveis, assim

---

([2]) F. SCOTT FITZGERALD, *O Estranho Caso de Benjamin Button*, Editorial Presença, 2009.

([3]) É expressão latina que significa "um Deus [que desce] por meio de uma máquina". Designa o modo de intervenção, numa peça de teatro, de um ente sobrenatural, que, por meio de um maquinismo, baixa sobre a cena. Aplica-se, também, a pessoa cuja influência é decisiva num empreendimento — *in* MARIA HELENA DE MOURA NEVES, *Guia de uso do português: confrontando regras e usos*, 2.ª ed., Editora UNESP; São Paulo, 2012, p. 260.

([4]) No Código de Processo das Contribuições e Impostos, aprovado pelo Decreto-

se excepcionando das demais([5]). No que podemos antecipar todo um caminho feito de avanços no domínio dos direitos e garantias do obrigado na relação tributária.

Com efeito, o contribuinte tem direito a uma definição em prazo razoável da sua situação jurídico-tributária, que surge também assegurado pelo regime de prescrição das dívidas tributárias, com guarida nos arts. 48.º e 49.º, da Lei Geral Tributária (LGT)([6]).

Numa primeira aproximação conceptual, estaremos diante de um verdadeiro mecanismo de apaziguamento social, a ser concretizado por mor da implementação do valor da segurança jurídica, tão caro ao Direito Tributário. Trata-se aqui, inequivocamente, de uma fiel materialização do vetusto brocardo latino *dormientibus non sucurrit jus*: o Direito não socorre os que adormecem.

Vale o antedito para determo-nos sobre as vicissitudes em redor do prazo de prescrição das dívidas tributárias, em particular no que respeita ao efeito interruptivo da citação realizada em processo de execução fiscal. Isto porque alguma da nossa mais qualificada Jurisprudência tem sancionado o entendimento de que, sendo a citação a causa interruptiva do prazo de prescrição (art. 49.º, n.º 1, da LGT), a mesma obsta ao início da contagem do novo prazo enquanto o processo de execução fiscal não findar, com fundamento na aplicação do disposto no Código Civil (art. 327.º, n.º 1)([7]).

Eis o mote para uma revisitação de temas como a definitividade do acto tributário, a indisponibilidade dos créditos tributários, o princípio do inquisitório, o conhecimento oficioso, a especialidade do processo de execução fiscal e o princípio *solve et repete*, todos radicalmente caracterizadores da natureza da relação jurí-

---

-Lei n.º 45005, de 27 de Abril de 1963, a *acção tributária* era apresentada como a forma de realização do Direito Tributário. Parece-nos que esta metodologia repercute a melhor tradição do sistema jurídico romano, em que direito e acção eram conceitos estritamente conexos, com prevalência do aspecto processual sobre o aspecto material. A cada direito corresponderia uma acção.

([5]) No ano de 491, o Imperador *Anastácio*, estabelecera uma prescrição de 40 anos para todas as acções ainda não prescritas.

([6]) Aprovada pelo Decreto-Lei n.º 398/98, de 17 de Dezembro.

([7]) Por todos, veja-se o Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo, de 27 de Janeiro de 2016 (Processo n.º 01698/15).

dico-tributária, positivados nas normas especiais de Direito Tributário, por contraposição às relações entre privados regidas pelas normas gerais do Código Civil. Ficando, depois, em posição de melhor avaliação das consequências de uma aplicação da norma excepcional do art. 327.º, n.º 1, do Código Civil, conforme entendido pela aludida Jurisprudência.

Não nos furtaremos a dar o nosso modesto contributo para depurar a questão. Mesmo sabendo, de antemão, das nossas graves limitações, que poderão, é o mais certo, *a final*, adensar o problema.

2. A prescrição no Direito Civil

Etimologicamente, o vocábulo "prescrição" procede do latim *praescriptio*, derivado do verbo *praescribere*, formado a partir da união dos prefixos *prae* e *scribere*, com a significação de escrever antes ou no começo.

De má memória, na Antiga Roma as acções do fisco para pagamento de impostos eram absolutamente imprescritíveis, assim se excepcionando das demais([8]). Na melhor tradição do sistema jurídico romano o direito e acção eram conceitos estritamente conexos, com prevalência do aspecto processual sobre o aspecto material: a cada direito corresponderia uma acção que o assegurasse([9]).

O Legislador tributário não nos fornece uma definição do que seja a *prescrição*. Donde que se torna mister seguir a LGT, a propósito da interpretação das normas tributárias, quando no seu art. 11.º, n.º 2, dispõe que sempre que nas normas fiscais se empreguem termos próprios de outros ramos de direito, devem os mes-

---

([8]) No ano de 491, o Imperador *Anastácio*, estabelecera uma prescrição de 40 anos para todas as acções ainda não prescritas.

([9]) No nosso Código de Processo das Contribuições e Impostos, a *acção tributária* era apresentada como a forma de realização do Direito Tributário. Parece-nos que esta metodologia repercute a melhor tradição do sistema jurídico romano.

mos ser interpretados no mesmo sentido daquele que aí têm, salvo se outro decorrer directamente da lei.

Historicamente, o instituto da *prescrição* é oriundo do Direito Privado, de onde foi sendo transposto para a área do Direito Público. Segundo as Ordenações Filipinas (Livro IV, Título 79), *«por a negligência que a parte teve, de não demandar em tanto tempo sua coisa, ou dívida, havemos por bem, que seja prescrita a acção, que tinha para demandar»*. No Código Civil de Seabra (1867) dispunha-se que *«a desoneração de obrigações pela não exigência diz-se prescrição extintiva»* (art. 505.º).

Vale isto para dizer que, *in limine*, o termo *prescrição* empregue pelo Legislador tributário quanto ao direito de exigir o pagamento dos tributos ganha em ser percepcionado à luz do Direito Civilístico, de onde procede.

Justamente, a repercussão do tempo nas relações jurídicas é matéria tratada no Código Civil (Capítulo III) que, no seu art. 298.º, determina que *«Estão sujeitos a prescrição, pelo seu não exercício durante o lapso de tempo estabelecido na lei, os direitos que não sejam indisponíveis ou que a lei não declare isentos de prescrição»* (n.º 1)([10]). Daqui se extraindo, liminarmente, o conceito ou significado jurídico de prescrição: *primo*, a lei estabelece um direito([11]), não indisponível ou não isento de prescrição; *secundo*, a lei estabelece um prazo para o exercício do direito; *tertio*, o direito extingue-se pelo seu não exercício naquele prazo (prescrição).

Destarte, o direito sujeito a prescrição terá que ser, forçosamente, um direito que nasce sujeito a um termo, ou seja, um direito temporário. Donde que por efeito da verificação do termo (final) ocorrerá a perda ou cessação daquele mesmo direito na esfera do seu titular. O decurso do tempo é então o causador da prescrição.

Desde logo, uma ideia-chave perpassa no conceito de prescrição: o não exercício do direito pela não prática de acto, como se

---

([10]) Recortando-se negativamente o seu âmbito pelas figuras da *caducidade* e do *não uso* (art. 298.º, n.os 2 e 3, do Código Civil.

([11]) *Maxime*, um direito potestativo. Ou seja, um direito em que o seu titular, por vontade própria, pode desencadear efeitos na esfera jurídica de outrem, não relevando a vontade deste último.

uma pessoa não tivesse o direito, acabam por lho fazer perder. Sem possibilidades de reabilitação. No fundo, o escopo do Legislador é prever o tempo em que o direito pode ser exercido. De algum modo acabando por desfavorecer o titular com a perda do seu direito, porque não observou a conduta que a lei impunha como necessária para a preservação daquele mesmo direito.

Aqui chegados, podemos concluir que o instituto da prescrição surge configurado como uma causa extintiva do direito pelo seu não exercício num determinado prazo pré-estabelecido na lei. Visando-se garantir o interesse público na certeza ou estabilidade da situação em que um direito tenha de ser exercido dentro de um prazo sob pena de preclusão. Nas palavras de Luís Menezes Leitão, *«Ocorre a prescrição quando alguém adquire a possibilidade de se opor ao exercício de um direito, em virtude de este não ter sido exercido durante um determinado lapso de tempo (art. 304.º, n.º 1). A prescrição é, por isso, juridicamente qualificável como uma excepção, na medida em que permite ao seu titular paralisar eficazmente um direito da contraparte»*([12]).

Ou seja, imperando a regra da *disponibilidade* dos direitos de crédito pelo seu titular, que a eles pode mesmo renunciar (art. 302.º)([13]), bem se compreende que o Legislador, com respeito ao valor da segurança jurídica, estabeleça um prazo de prescrição desses direitos pelo *seu não exercício* (afinal, na disponibilidade do seu titular, mas que não se quer eterno).

Donde que os fundamentos da prescrição atêm-se à inércia do titular do direito e o seu fim não é puni-lo mas, simplesmente, assegurar a certeza e a segurança da ordem jurídica (Tribunal da Relação de Lisboa, *in* Acórdão de 26 de Fevereiro de 2014 — Proc. n.º 76/04).

([12]) Luís Menezes Leitão, *Direito das Obrigações*, Vol. II, 8.ª ed., Almedina, 2011, p. 111.

([13]) «*Em regra, a vontade das partes é determinante no sentido da constituição e da extinção das relações jurídicas. A aquisição e perda dos direitos depende, em regra, da vontade dos adquirentes e perdentes, por si ou conjugadas com outras vontades*» (João de Castro Mendes, *Direito Processual Civil — Lições*, volume I, Ed. AAFDL, 1986-1987, p. 210.

No dizer de PEDRO PAIS DE VASCONCELOS *«A prescrição resulta da desvaloração da inércia do titular no exercício do direito. Tem também uma utilidade importante de dispensar o devedor de cumprir, depois de esgotado o prazo legal. Se fosse permitido ao titular do direito vir a exercê-lo sem limite de tempo, criar-se-ia uma enorme insegurança no tráfego jurídico»*(14).

Vigora pois o *princípio do dispositivo*, isto é, aquele que se afirma por oposição ao princípio do inquisitório, e em que o que é decisivo é a vontade das partes: as partes determinam o início do processo, cabendo-lhes o seu impulso inicial do processo [art. 3.º, do Código de Processo Civil (CPC)](15), as partes têm a disponibilidade do objecto do processo; as partes têm a disponibilidade do termo do processo, podendo prevenir a decisão por compromisso arbitral, desistência, confissão ou transacção.

Assim, já se anteviu, no regime geral do CPC o credor que pretenda a cobrança coerciva das dívidas não pode, ele mesmo, realizar coactivamente a obrigação que lhe é devida, mas apenas promover (como exequente) a sua realização por outrem (o executor), que não é parte. Porquanto, terá antes que requerer as providências adequadas ao Tribunal, que é quem pode realizar, *supra* partes, mediante coacção ao devedor, o cumprimento da obrigação em falta. E tal pedido segue na forma de uma *acção executiva*, que o Tribunal julgará procedente ou não, respectivamente, condenando ou absolvendo do pedido o executado no processo (arts. 10.º e 53.º). Donde a regra geral de competência do *Tribunal* para a execução (art. 89.º).

Em face do exposto, no que tange à relação entre privados, bem se compreende que a prescrição não seja de *conhecimento oficioso* (art. 303.º, do Código Civil), pois o seu beneficiário pode, inclusive, a ela renunciar, como vimos. Como bem se compreende o disposto no art. 327.º, n.º 1, no que tange à relação entre priva-

---

(14) PEDRO PAIS DE VASCONCELOS, *Teoria Geral do Direito Civil* (5.ª ed.), Amedina, 2008, p. 380.

(15) «*O tribunal não pode resolver o conflito de interesses que a ação pressupõe sem que a resolução lhe seja pedida por uma das partes e a outra seja devidamente chamada para deduzir oposição*».

dos, quando o Legislador impõe-lhes o não decurso do prazo para execução da dívida enquanto não tenham transitado em julgado as questões a dirimir, porque estas impedem a realização do direito do credor([16]).

Por outras palavras, *«Evidenciada a intenção de exercer o direito através da interposição de ação judicial em que o mesmo é reclamado, deixa de estar nas mãos do titular do direito o controlo referente à sua efetivação. Por isso a lei prevê que, resultando a interrupção da prescrição da citação, o novo prazo não começa a correr enquanto não passar em julgado a decisão que puser termo ao processo (art. 327.º, n.º 1, do CC)»* (Tribunal Constitucional, *in* Acórdão de 21 de Janeiro de 2014 — Proc. n.º 214/13).

É esta, e não outra, a *ratio legis* da norma do art. 327.º, n.º 1, do Código Civil. Se «*o titular estiver impedido de fazer valer o seu direito*», não corre o prazo de prescrição (art. 321.º). Mesmo posto termo ao processo de execução (por exemplo, com absolvição do executado)([17]), a dívida em causa pode ainda subsistir, bem como a sua exigibilidade, e daí o reinício do prazo de prescrição (art. 327.º, n.º 1, do Código Civil). Podendo mesmo o credor vir a promover um novo processo de execução (arts. 10.º e 53.º, do CPC), desde que sem ofensa do caso julgado (art. 580.º).

3. A cobrança coerciva dos tributos

A obrigação tributária não decorre, por natureza, de um acto voluntário, mas de um mero facto a que a lei atribui o efeito de a constituir (arts. 103.º, n.º 2, da Constituição, e 36.º, n.º 1, da LGT), independentemente da vontade das partes. O que a distingue do plano das relações privadas, onde impera a vontade das partes, mais a livre configuração dos interesses, a par da não taxatividade. E daí, *ex lege*, a adstrição do contribuinte ao cumprimento da obri-

---

([16]) Veja-se, por exemplo, o art. 733.º, n.os 1, alíneas *b*) e *c*), do CPC.

([17]) Por exemplo, devido a uma questão adjectiva ou processual que tenha afectado a promoção da execução pelo credor.

gação tributária, de que é correlativo o autêntico dever da Administração em perseguir a cobrança coerciva das dívidas tributárias, uma vez não efectuado o pagamento voluntário no devido prazo.

3.1. Da definitividade dos actos tributários

Preponderando no Direito Tributário o princípio da *legalidade*, e não a discricionariedade, a actividade da Administração Fiscal surge configurada como sendo, por excelência, uma actividade *vinculada*. E, por isso, é nesta antecâmara que se funda a *definitividade* dos actos tributários: são definitivos quanto à fixação dos direitos dos contribuintes, sem prejuízo da sua eventual revisão ou impugnação nos termos da lei [art. 60.º, do Código de Procedimento e de Processo Tributário (CPPT)](18).

Esta definitividade *«tem mais a ver com a exigibilidade e executoriedade da respectiva prestação tributária e inerente obrigação dos contribuintes, do que com a sua imodificabilidade. Na verdade, na Administração Fiscal vigora o princípio* solve et repete*, o qual constitui uma forma de impedir comportamentos que obstem à cobrança efectiva da dívida do Estado»* (Tribunal da Relação de Lisboa, *in* Acórdão de 21 de Outubro de 2010 — Proc. n.º 3618/ /08.0.TBVFR-E.P1).

Acompanhamos Paulo Marques, quando o mesmo assevera que *«O enquadramento do acto tributário na concepção tradicional de acto administrativo, enquanto acto de autoridade típica (definitivo e executório), explica-se pelo facto do acto tributário também constituir um acto jurídico, unilateral, praticado no exercício do poder administrativo e por um órgão administrativo, com conteúdo decisório e versando uma situação individual e concreta»*(19).

---

(18) Aprovado pelo Decreto-Lei n.º 433/99, de 26 de Outubro.

(19) Paulo Marques, A *revisão* do *acto tributário*: *Do mea culpa à reposição da legalidade*, Almedina, 2015, p. 124.

Portanto, definitivo e executório o acto tributário, por efeito da lei, a renunciabilidade não é de aplicar aos direitos creditícios, pese embora o Legislador a admita nas relações entre particulares.

3.2. Da indisponibilidade dos créditos tributários

O princípio da legalidade tributária e a definitividade dos actos tributários que daquele radica moldam a disponibilidade dos direitos emergentes da relação jurídica tributária. Assim, do art. 36.º, n.º 2, da LGT, resulta que *«Os elementos essenciais da relação jurídica tributária não podem ser alterados por vontade das partes»*. E, por isso, *«A administração tributária não pode conceder moratórias no pagamento das obrigações tributárias, salvo nos casos expressamente previstos na lei»* (art. 36.º, n.º 2, da LGT)([20]).

Ademais, muito importante, prevalecendo sobre qualquer legislação especial, *«O crédito tributário é indisponível, só podendo fixar-se condições para a sua redução ou extinção com respeito pelo princípio da igualdade e da legalidade tributária»* (art. 30.º, n.os 2 e 3, da LGT). Ora, logo aqui irrompe uma diferença, da maior relevância, em contraponto ao regime cível: a *indisponibilidade* dos créditos tributários: por imposição da lei, a Administração Fiscal não pode renunciar aos créditos tributários([21]), antes estando acometida pelo Legislador do dever de cobrança dos impostos que lhe incumbe administrar([22]), ao contrário da regra seguida no Direito Privado, em que pontifica a vontade das partes.

No mesmo sentido aponta a personalidade tributária reconhecida à Administração, como sujeito activo da relação tributária, legalmente incumbida da cobrança dos tributos (art. 1.º, n.º 3, da LGT), na qualidade de *«titular do direito de exigir o cumprimento*

([20]) Veja-se também o art. 85.º, n.os 3 e 4, do CPPT.

([21]) Por exemplo, o Legislador ressalva, expressamente, que a exoneração do devedor não abrange os créditos tributários — art. 245.º, n.º 2, alínea *d*), do Código da Insolvência e Recuperação das Empresas (CIRE).

([22]) Veja-se o art. 2.º, da Lei Orgânica da Autoridade Tributária e Aduaneira, aprovada pelo Decreto-Lei n.º 118/2011 de 15 de Dezembro.

das obrigações tributárias» (art. 18.º, n.º 1), exercendo *«as suas atribuições na prossecução do interesse público»* (art. 55.º), pois está em causa o princípio da *igualdade tributária* entre contribuintes (art. 5.º). E, à mesma luz, impera a regra da não transmissibilidade dos créditos tributários (art. 29.º, n.º 1), diversamente do que sucede no Direito Privado. Como, outrossim, a regra da intransmissibilidade *inter vivos*, quanto às obrigações tributárias (art. 29.º, n.º 3), que não acontece no Direito Privado.

Ou seja, o *desigual* é tratado pelo Legislador como *desigual*: a distinta natureza da obrigação de imposto([23]) e da relação jurídica tributária impõe um tratamento distinto ao previsto no Direito Privado, inclusive, amiúde, no que respeita às matérias de *processo*.

Pelo que, se a norma especial do art. 48.º, da LGT não o previsse, a prescrição não se aplicaria aos créditos tributários — apenas prevista no Código Civil (art. 298.º, n.º 1) para os direitos disponíveis.

Findo o prazo de pagamento voluntário do imposto, a lei exige que a Administração Fiscal extraía uma certidão de dívida e que, com base nesta, instaure o processo de *execução fiscal* a promover pelo Serviço de Finanças, ordenando a citação do executado (arts. 88.º e 188.º, ambos do CPPT). A tramitação da execução fiscal não se trata, pois, de uma mera faculdade que pode ou não ser exercida para satisfação do direito creditício, como sucede nas relações privadas, mas antes de uma obrigação que a lei acomete à Administração.

3.3. Do princípio do inquisitório e do conhecimento oficioso da prescrição

Do lado do sujeito activo da relação tributária, a obrigação de pagamento que impende sobre o sujeito passivo surge acompanhada do *princípio do inquisitório*([24]). Este princípio dita que a

---

([23]) Ou dos demais tributos.

([24]) Segundo o qual a Administração «*deve, no procedimento, realizar todas as diligências necessárias à satisfação do interesse público e à descoberta da verdade material*».

Administração Fiscal está obrigada a realizar todas as diligências necessárias à satisfação do interesse público, *maxime*, à cobrança coerciva da dívida, atenta a definitividade do acto tributário e a indisponibilidade do crédito tributário gerado a partir desse acto, por mor do princípio da igualdade entre contribuintes (art. 5.º, da LGT)([25]). Como, por idênticas razões, o Tribunal, quando convocado pelo executado, deve actuar segundo o mesmo princípio do inquisitório (arts. 99.º, da LGT, e 13.º, do CPPT).

Magno exemplo deste princípio é o *conhecimento oficioso* da prescrição: *«A prescrição ou duplicação da colecta serão conhecidas oficiosamente pelo juiz se o órgão da execução fiscal que anteriormente tenha intervido o não tiver feito»*, determina, expressamente, o art. 175.º, do CPPT. Também por aqui se distingue do regime das relações entre privados, em que vimos ter assento o princípio do dispositivo e a prescrição ter que ser arguida pelo interessado.

3.4. Do processo (especial) de execução fiscal

Na relação jurídica tributária avulta uma outra singularidade, resultante do princípio do inquisitório: o Legislador reserva para a cobrança coerciva dos créditos tributários um processo especial: o processo de *execução fiscal* [art. 148.º, n.º 1, alínea *a*), do CPPT]([26]). Que o reputa como tendo *«natureza judicial»*. Isto, *«sem prejuízo da participação dos órgãos da administração tributária nos actos que não tenham natureza jurisdicional»* (art. 103.º, n.º 1, da LGT), o que não é de somenos importância.

É a própria Administração Fiscal quem tem legitimidade para promover a execução das dívidas (art. 152.º, n.º 1, do CPPT)([27]).

([25]) Vejam-se, por exemplo, os arts. 58.º e 99.º, ambos da LGT.

([26]) Não se aplicam, a não ser de modo, meramente, supletivo, as normas gerais previstas no Código de Processo Civil no que respeita ao processo de execução. Com efeito, a forma processual, especial ou discriminada, em que se traduz a execução fiscal, distinta das demais, é reservada para a cobrança de dívidas cujo credor, *grosso modo*, é o Estado.

([27]) Assinale-se que, correndo nos tribunais comuns a execução fiscal, a legitimidade para promoção da mesma já é, do Ministério Público (n.º 2).

Sem esforço, podemos identificar na execução fiscal, pela sua singularidade, a regra geral de competência da Administração que, deste modo, reúne, cumulativamente, as qualidades de *exequente* (titular do crédito não satisfeito) e de *executor* nos mesmos autos: é quem instaura a execução e realiza, coactivamente, a obrigação de pagamento em falta, liquidando e cobrando as custas do processo.

O órgão de execução fiscal actua *in re propria*: em coisa sua. A sua intervenção não depende da iniciativa de outrem nem se desenrola sob as regras de uma dualidade de partes ou contraditório. E é assim porque a Administração é parte, fazendo valer os seus direitos com as próprias "mãos", o que, manifestamente, está vedado aos particulares.

Mesmo a suspensão da execução fiscal (nos casos excepcionalmente previstos na lei), é requerida à Administração e por esta decidida, que pode e deve estabelecer as condições para que tal suspensão possa ser concedida, nos termos permitidos na lei, ao contrário do que sucede no regime da execução cível (art. 733.º, do CPC).

A excepção é a competência do Tribunal (art. 151.º, do CPPT), somente a pedido e a expensas do executado, mas, muito importante, ainda assim é a Administração (em particular, o órgão de execução fiscal) quem, por regra, decide em primeiro lugar da sorte do peticionado pelo executado. O incidente, embargos, oposição ou reclamação são deduzidos junto do órgão da execução fiscal, o qual, num determinado prazo legalmente previsto, poderá revogar o acto contestado, sem dar subida do processo ao Tribunal (art. 79.º, da LGT). Donde a regra da apresentação da petição no órgão da execução fiscal onde correr o processo([28]).

Na esmagadora maioria dos casos, por não convocada a sua intervenção *supra partes*, o Tribunal Tributário nunca chega a ter, tão-pouco, conhecimento da existência do processo executivo fiscal. Pelo que também a maioria dos actos praticados ou a praticar não correspondem ao exercício de uma actividade jurisdicional [arts. 54.º, n.º 1, alínea *h*), da LGT, e 44.º, n.º 1, alínea *g*), do CPPT].

([28]) Veja-se, por exemplo, o disposto no art. 207.º, n.º 1, do CPPT.

Como nos diz Rui Duarte Morais, «*o processo de execução fiscal é um processo que, apenas em último termo, é judicial*»([29]). Ou J. Casalta Nabais: *«(...) muito embora a LGT, no seu art. 103.º, disponha que o processo de execução fiscal tem natureza judicial, o certo é que estamos perante um processo que é judicial só em certos casos e, mesmo nesses casos, apenas em parte, já que um tal processo só será judicial se e na medida em que tenha de ser praticado algum dos mencionados actos de natureza judicial. Por isso, não admira que os processos de execução fiscal se possam iniciar e concluir nos órgãos da execução fiscal sem intervenção dos tribunais tributários»*([30]).

Na realidade, ao contrário dos particulares, por regra([31]), ou não fosse ela também o executor, a Administração não necessita dos Tribunais para que seja executada a dívida tributária de que é credor *(autotutela executiva)*([32]). O executado sim, poderá ter que convocar a sindicância do Tribunal, para observância dos seus direitos e garantias. O que se traduz numa enorme diferença quanto à execução das dívidas cíveis, regulada no Código Civil.

Não por acaso, o Legislador estabelece para a execução fiscal a aplicação das normas da LGT (art. 103.º) e do CPPT [art. 1.º, alínea *c*)]([33]), e a jurisdição dos tribunais tributários (art. 49.º, do Estatuto dos Tribunais Administrativos e Fiscais)([34]).

([29]) Rui Duarte Morais, *A Execução Fiscal*, 2.ª ed., Almedina, Coimbra, 2010, p. 43.

([30]) J. Casalta Nabais, *Direito Fiscal*, 7.ª ed., Almedina, Coimbra, 2014, p. 311.

([31]) A não ser, muito excepcionalmente, nas escassas situações que escapam à sua competência, como, por exemplo, quanto às providências cautelares — art. 101.º, alínea *e*), da LGT, e arts. 135.º a 142.º, e 214.º, do CPPT.

([32]) O Código de Procedimento Administrativo salvaguarda o privilégio da execução prévia para a cobrança das obrigações pecuniárias (arts. 176.º, n.º 2, e 179.º, n.º 1).

([33]) E, consequentemente, das normas do Título IV, sobre a execução fiscal.

O Código de Processo Civil apenas se aplica subsidiariamente, conforme previsto, genericamente, no art. 2.º, alínea *e*), do CPPT, e em especial, em várias outras normas a propósito da execução.

([34]) Aprovado pelo Lei n.º 13/2002, de 19 de Fevereiro.

3.5. Do principio *solve et repete*

A cobrança coerciva em processo de execução fiscal não fica, tão-pouco, suspensa perante a discussão da legalidade ou exigibilidade da dívida exequenda. O mesmo é dizer, o credor pode (e deve, segundo o princípio do inquisitório) realizar à mesma o seu direito creditício, sem ter que aguardar por qualquer decisão([35]). É a consagração legal do princípio *solve et repete* ("paga e depois reclama") acolhido por vários sistemas tributários de Direito Comparado. E que não surge plasmado na lei quanto às relações e obrigações civis, apenas podendo ser acolhido numa cláusula se as partes assim o entenderem.

Tenha-se presente que o próprio Código de Processo nos Tribunais Administrativos (CPTA), no que respeita à execução para pagamento de quantia certa, dispõe que o *recebimento da oposição suspende a execução* (art. 171.º, n.º 2).

Não podemos deixar de acompanhar, de mão-cheia, a posição de J. L. Saldanha Sanches: *«Um sistema fiscal estruturado segundo o princípio do* solve et repete *coloca em lugar primacial os privilégios do fisco e considera, em consequência desta inicial valoração, que a actividade de cobrança da Administração não pode ser interrompida pelos particulares. A contestação que estes exerçam em relação a legalidade de um determinado acto tributário, num puro sistema de* solve et repete*, não deve colocar qualquer impedimento à cobrança do tributo e a execução do devedor faltoso»*([36]).

Não sucedendo o mesmo nas relações entre privados, uma tal evidência, da maior relevância, ajuda-nos a compreender na execução cível o efeito duradouro da *interrupção*([37]) gerada pela citação

---

([35]) A excepção prevista nos arts. 52.º, da LGT, e 169.º, do CPPT, apenas confirma esta regra. Na verdade, apenas mediante a garantia da cobrança da prestação tributária é que o Legislador permite a suspensão da cobrança coerciva.

([36]) J. L. Saldanha Sanches, *Princípios do Contencioso Tributário*, Lisboa, Fragmentos, 1987, pp. 16-17.

([37]) A interrupção tem como efeito *instantâneo* a imediata inutilização de todo o prazo de prescrição decorrido anteriormente ao facto (ex: citação). Porém, em certos casos, o prazo não se reinicia instantaneamente mas apenas após a verificação de um outro facto previsto na lei (efeito *duradouro*).

até ao trânsito em julgado de uma decisão que ponha termo ao processo de execução (art. 327.º, n.º 1, do Código Civil). E, correlativamente, a compreender a inaplicabilidade de uma tal norma geral no plano tributário.

4. Da aplicabilidade da norma do art. 327.º, n.º 1, do Código Civil

A norma do art. 327.º, n.º 1, do Código Civil, recorde-se, é uma norma excepcional, pois determina que, sendo a citação a causa interruptiva, o prazo de prescrição apenas se inicia após extinto o processo de execução.

Desde logo, no que tange ao plano tributário, à interrupção da prescrição decorrente da citação do executado não deve ser reconhecido o efeito duradouro previsto no art. 327.º, n.º 1 do Código Civil, porquanto a prescrição é matéria de garantias dos contribuintes, sujeita ao princípio da legalidade tributária (arts. 103.º, n.º 2, da Constituição, e 8.º, da LGT) não havendo lugar à aplicação subsidiária do n.º 1 do art. 327.º do Código Civil e sendo esta aplicação violadora das garantias dos contribuintes. O efeito duradouro é próprio dos factos *suspensivos* da prescrição, que passaram a estar previstos, justamente, na LGT (art. 49.º, n.os 4 e 5).

Não podemos, de todo, concordar com Jorge Lopes de Sousa, quando o mesmo sustenta que é irrelevante a causa de suspensão se quanto a um mesmo período temporal já não será contado o mesmo para a prescrição por força do acto interruptivo (ex: citação, por aplicação do art. 327.º, n.º 1, do Código Civil)(38). Pois tal significaria que uma norma especial (art. 49.º, n.os 4 e 5, da LGT) seria desvalorizada ou mesmo postergada diante de uma norma geral de aplicação subsidiária (art. 327.º, n.º 1, do Código Civil).

O Legislador, na LGT, quis consagrar causas suspensivas do prazo de prescrição, não se pretendendo socorrer, cegamente, do

---

(38) Jorge Lopes de Sousa, *Sobre a Prescrição da Obrigação Tributária*, Áreas Editora, 2010, p. 65.

efeito suspensivo de uma causa interruptiva (a citação) operado por uma norma geral de mera aplicação subsidiária no Direito Tributário([39]). E tanto assim nos parece que o Legislador quis estabelecer no art. 49.º, n.º 4, alínea *b*), da LGT, que o prazo de prescrição legal suspende-se enquanto não houver decisão definitiva ou transitada em julgado, que ponha termo ao processo, no caso de *oposição à execução*([40]), quando esta determine a suspensão da cobrança da dívida([41]).

Ora, sendo que, na grande maioria dos casos, a oposição à execução é deduzida após realizada a *citação* — art. 203.º, n.º 1, alínea *a*), do CPPT —, se a intenção do Legislador fiscal fosse a produção de um efeito duradouro a partir da citação até à prolação de uma decisão a pôr termo ao processo de execução fiscal (numa aplicação subsidiária da norma do art. 327.º, n.º 1, do Código Civil), não faria sentido que o mesmo Legislador tivesse feito, *expressa* e *directamente*, plasmar, na lei fiscal, a oposição à execução como causa suspensiva desde que também suspensa a cobrança coerciva da dívida. Ainda para mais tendo o Legislador fixado uma condição para a suspensão do prazo de prescrição — a suspensão da cobrança coerciva da dívida por efeito da dedução da oposição e da prestação (ou dispensa) de garantia, nos termos do art. 52.º, da LGT —, quando a aplicação subsidiária da norma do Código Civil permitiria uma "suspensão" bem mais alargada — logo a partir da citação e até ao termo do processo de execução fiscal — e sem condições.

Verba cum effectu, sunt accipienda: não se presumem na lei palavras inúteis.

([39]) Inclusivamente, põe-se mesmo em dúvida que o Legislador tenha querido estabelecer um efeito "suspensivo" (ou duradouro) a respeito das causas interruptivas. Por exemplo, quanto à *reclamação* e a *impugnação* (ambas causas interruptivas — art. 49.º, n.º 1, da LGT), vem depois estabelecer que o prazo de prescrição suspende-se «*Enquanto não houver decisão definitiva ou transitada em julgado, que ponha termo ao processo, nos casos de reclamação, impugnação, recurso ou oposição, quando determinem a suspensão da cobrança da dívida*» — art. 49.º, n.º 4, alínea *b*). Ou seja, parece prevalecer esta última norma, muito explícita, sobre um efeito "suspensivo" extraído de uma causa interruptiva, a partir da norma do n.º 1, e em que não se exige que a reclamação ou impugnação suspendem a cobrança coerciva (art. 52.º).

([40]) Arts. 203.º e ss., do CPPT.

([41]) Art. 52.º, da LGT.

Temos pois assente que na fixação do sentido e alcance da lei, o intérprete sempre presumirá que o Legislador consagrou as soluções mais acertadas e soube exprimir o seu pensamento em termos adequados (art. 9.º, n.º 3, da LGT)([42]). Não se pretendendo que a citação, sendo um acto *instantâneo* e não um "processo"([43]), tenha um efeito duradouro sobre a interrupção do prazo de prescrição. Bastando-se com a inutilização de todo o prazo decorrido anteriormente, o que, diga-se, já não é pouca coisa.

O prazo de prescrição da dívida tributária é aquele em que pode ser *exigido* o pagamento da mesma, e sendo que tal *exigibilidade* apenas pode e deve ter lugar no âmbito de um processo de *execução fiscal*. Donde que, uma vez posto termo ao processo de execução fiscal([44]), a dívida não pode mais ser exigida, nem cobrada coercivamente, não fazendo qualquer sentido o reinício da contagem do prazo de prescrição (isto é, de exigibilidade) de uma dívida que deixou de ser exequenda, porque inexigível em face da ausência de processo de execução fiscal. Após a extinção do processo de execução já não se coloca sequer a questão da prescrição([45]) uma vez que é esta mesma uma causa extintiva do processo de execução.

([42]) Veja-se também o art. 9.º, do Código Civil.

([43]) Recorde-se que, no domínio do Código de Processo das Contribuições e Impostos (CPCI), aprovado pelo Decreto-Lei n.º 45005, de 27 de Abril de 1963, o facto interruptivo era a própria "execução". Tendo o Código de Processo Tributário (CPT), aprovado pelo Decreto-Lei n.º 154/91, de 23 de Abril, passado a estabelecer que seria a "instauração" da execução o facto interruptivo.

([44]) Isto para o caso de se considerar que a norma do art. 327.º, do Código Civil, é aplicável ao processo de execução, o que surge posto em dúvida (veja-se, por exemplo, Jesuíno Alcântara Martins e José Costa Alves, *Procedimento e Processo Tributário*, Almedina, 2015, p. 423).

De qualquer forma, posto termo ao processo de execução por procedência de um fundamento de oposição (arts. 203.º e ss., do CPPT), desde que tal fundamento não obste à instauração de nova execução, contar-se-ia o prazo de prescrição que havia ficado *suspenso* [se ficara também suspensa a cobrança coerciva, por prestação de garantia — art. 49.º, n.º 4, alínea *b*), da LGT]. Coisa diferente seria retirar um efeito suspensivo da citação até ao termo do processo de execução fiscal, quando neste não se aguarde qualquer decisão a resolver um litígio (o executado não convocou qualquer intervenção do Tribunal), apenas existindo o propósito do exequente e executor (Administração Fiscal) de cobrar a dívida exequenda, e que nunca esteve impedida de o fazer.

([45]) Consequência da extinção da obrigação.

Por outro lado, nem se vislumbra como possa ter cabimento no plano tributário a aplicação da norma excepcional do art. 327.º, n.º 1, Código Civil, pois esta exige uma decisão transitada "em julgado" a pôr termo ao processo para que o prazo de prescrição se reinicie, só assim cessando o efeito "duradouro" da interrupção motivada pela citação. A lei veda à Administração Fiscal a prática de actos *jurisdicionais*: *«O processo de execução fiscal tem natureza judicial, sem prejuízo da participação dos órgãos da administração tributária nos actos que não tenham natureza jurisdicional»* (art. 103.º, n.º 1, da LGT).

A própria citação (aqui, a causa interruptiva), sendo efectuada pela Administração Fiscal, não tem natureza judicial. Não fazendo pois qualquer sentido exigir da Administração uma decisão transitada "em *julgado*"([46]) a pôr termo ao processo, como se tratasse de uma "primeira instância jurisdicional", ao arrepio de toda a evolução histórico-legislativa([47]). Também por esta razão não podendo, manifestamente, ser aplicada a norma do Código Civil à execução fiscal.

Aliás, nos termos do art. 176.º, do CPPT, ao processo de execução fiscal apenas pode ser posto termo (isto é, extinto), *grosso modo*, em caso de pagamento da quantia exequenda e do acrescido ou em caso de anulação da dívida. Donde que, paga ou anulada a dívida — portanto, inexistente —, e, ademais, extinto o processo de execução fiscal, de todo não se vislumbra como possa ter aplicação o disposto no art. 327.º, n.º 1, do Código Civil. Ou seja, como possa ter-se como reiniciado o prazo de prescrição.

Diferentemente, nas dívidas cíveis, uma vez posto termo ao processo, ainda assim a dívida pode subsistir, e poderá até o credor promover novo processo, se o entender, desde que sem ofensa do caso julgado (art. 580.º, do Código Civil).

([46]) O trânsito *em julgado* apenas pode verificar-se a respeito de certos incidentes em que o Legislador admite a intervenção do Tribunal, ainda que por iniciativa do executado.

([47]) Longe vão os tempos em que o chefe da repartição de finanças assumia a controversa figura de "juiz auxiliar", a que o CPT, e, definitivamente, a LGT (art. 103.º, n.º 1), vieram pôr termo.

Ora, no processo de execução fiscal não há "caso julgado"([48]): a Administração está apenas obrigada, por comando da lei, a extinguir o processo de execução. E, extinto o processo de execução fiscal, não existe mais qualquer prazo de prescrição, porquanto, inexiste qualquer dívida exigível. *«Após o termo do processo de execução fiscal não se coloca mais a questão da prescrição, aliás, a prescrição da dívida é uma causa de extinção do processo de execução fiscal»* (JESUÍNO ALCÂNTARA MARTINS e JOSÉ COSTA ALVES)([49]).

A valer a aplicação do art. 327.º, a prescrição como garantia dos valores da certeza e segurança da ordem jurídica e como *«desvalorização da inércia do titular no exercício do direito»*([50]), não se imporia, *ex lege*, à Administração Fiscal, limitando no tempo a exigibilidade do seu crédito, mas antes se deslocaria para a esfera da vontade e interesse da própria Administração. Ou seja, a Administração seria chamada a proferir uma decisão que teria o efeito de fazer reiniciar o prazo de prescrição (*venire contra factum proprio*: contra o seu próprio interesse). Bastando-lhe então não tomar essa decisão para que não haja prescrição.

Mais, não estando paga ou anulada a dívida e não podendo renunciar aos créditos (art. 30.º, da LGT), porventura, estaria mesmo impedida de pôr termo ao processo de execução fiscal.

Por esta via, eternizar-se-ia a exigibilidade do crédito, porque nunca verificada a prescrição, já que a interrupção ocasionada pela citação permitiria que o prazo prescricional, entretanto inutilizado, não viesse a reiniciar-se. A aplicação cega da norma do art. 327.º, n.º 1, do Código Civil às dívidas tributárias levaria, não a um efeito duradouro da interrupção ocasionada pela citação (desejado pelo Legislador quanto às dívidas civis, até ao termo do processo), mas a uma *eternização* dessa interrupção.

O mesmo é dizer, *«o prazo de prescrição não correria até à cobrança do imposto»* (AMÉRICO BRÁS CARLOS)([51]). Ou seja, por-

---

([48]) *Vide* a nota 46.

([49]) JESUÍNO ALCÂNTARA MARTINS e JOSÉ COSTA ALVES, *Procedimento e Processo Tributário*, Almedina, 2015, p. 424.

([50]) PEDRO PAIS DE VASCONCELOS, *Teoria Geral do Direito Civil* (5.ª ed.), 2008, Almedina, p. 380.

([51]) AMÉRICO BRÁS CARLOS, *Impostos — Teoria Geral* — 4.ª ed., 2010, Almedina, p. 93.

ventura, nunca haveria prescrição. Deixando de existir qualquer desincentivo à inércia ou negligência do credor tributário. Bastando efectuar a citação, que o resto bem poderia ser a todo o tempo, até mesmo após a morte do devedor (art. 29.º, n.º 2, da LGT). Havendo lugar, isso sim, ao pagamento de mais e mais juros de mora e custas, por parte do executado, pela inércia da Administração.

Em lugar de a prescrição se impor, *ex lege* e contra a sua vontade, ao titular do direito creditício, este é que decidiria se a mesma alguma vez se poderia verificar, o que não sucede nas relações entre particulares([52]). Perdendo qualquer sentido, por inútil, a norma do art. 175.º, do CPPT, que estabelece um *dever* (e não uma mera faculdade) de conhecimento *oficioso* da prescrição, pelo órgão de execução fiscal ou pelo juiz.

A Administração, desde que realizasse a citação (como sucede, praticamente, sem excepções, em qualquer processo de execução fiscal)([53]), poderia perseguir, eternamente, o património do executado, enquanto não "decidisse" o contrário. Acabando o processo quando a mesma Administração quiser. Mas, como o art. 36.º, da LGT, não permite que caiba na disponibilidade da Administração acabar ou não com o processo, o processo nunca acabaria. A não ser que efectuado o pagamento…

Dito de outro modo, a consequência da aplicação do art. 327.º, n.º 1, do Código Civil, inexoravelmente, seria esta: apenas se a Administração permitisse o reinício do prazo de prescrição (!), por efeito de uma decisão sua, transitada "em julgado" (!), a pôr termo ao processo de execução fiscal não estando paga nem anulada a dívida (!), e decorridos, posteriormente([54]), na melhor das hipóteses([55]), 8 anos, então sim os Tribunais poderiam declarar oficiosamente a prescrição (!).

([52]) Dada a competência em geral do Tribunal, *supra partes*.

([53]) Sob pena de o próprio executado nunca ter conhecimento de que foi instaurado contra si o processo executivo (!).

([54]) Ou seja, após o trânsito em julgado da decisão.

([55]) Isto, a não haver suspensões do prazo. E sendo que o n.º 4, do art. 48.º, da LGT, prevê um prazo mais alargado de 15 anos.

Assim, se esvaziando por inteiro o instituto da prescrição quanto às dívidas tributárias([56]) e, como consequência, a segurança jurídica devida ao contribuinte. O que não se pode, de todo, aceitar, nem foi um tal resultado o pretendido pelo Legislador.

«Com efeito, e na linha do previsto no art. 321.º do Código Civil, se o credor, nos termos da lei, está impedido de cobrar o seu crédito o respectivo direito não pode prescrever, da mesma forma, se por inércia do credor o direito não for exercido no prazo estabelecido na lei, o direito ao crédito tem de prescrever, não podendo ser eterno. Defender um sentido material diferente para o exercício do direito à cobrança dos respectivos créditos é transfigurar o instituto da prescrição e violar os princípios do Estado de direito, porquanto são colocados em crise os princípios da certeza e da segurança jurídicas» (Jesuíno Alcântara Martins e José Costa Alves).

Estes Autores não aderem a alguma da Jurisprudência dos Tribunais Tributários superiores que, em seu entender, *«faz uma aplicação cega, na medida em que é ilógica e irracional, do preceito do n.º 1 do art. 327.º do Código Civil», pois «Esta norma não é aplicável ao processo de execução, a ratio legis deste preceito determina apenas a sua aplicação ao processo declarativo e não ao processo executivo»*([57]).

Como vimos, o Legislador quis consagrar uma solução como a vertida na norma do art. 327.º, n.º 1, «*uma vez que durante o processo judicial, não deverá admitir-se que o titular do direito está inactivo, não se verificando, por isso, a razão justificativa da prescrição*» (Ana Filipa Morais Antunes)([58]).

Ou, em outras palavras, bem se compreende que *«sendo o fundamento da prescrição das obrigações a negligência do credor em cobrar a dívida, não se deixe correr o prazo de prescrição*

([56]) Que vimos, não fosse a norma especial do art. 48.º, da LGT, não se aplicaria aos créditos tributários, pois o Código Civil apenas reserva tal instituto para os direitos disponíveis.

([57]) Jesuíno Alcântara Martins e José Costa Alves, *Procedimento e Processo Tributário*, Almedina, 2015, p. 423.

([58]) Ana Filipa Morais Antunes, *Prescrição e Caducidade*, 2008, Coimbra Editora, pp. 164-165.

enquanto este credor está legalmente impossibilitado de providenciar no sentido de a cobrança ser efectuada» JORGE LOPES DE SOUSA([59]).

Ora, no caso do processo de execução fiscal, o titular do direito de crédito (a Administração Fiscal) não esteve impedido ou limitado na realização do seu direito. Como vimos, antes pelo contrário: o processo de execução fiscal dirige-se à cobrança coerciva de uma dívida tributária e, por regra, não fica suspenso mesmo ante a discussão da legalidade ou exigibilidade da dívida.

Verifica-se, pois, manifestamente, a *«razão justificativa da prescrição»*. E daí que o efeito interruptivo da prescrição operado pela citação deva ser apenas, e tão-somente, instantâneo. Inutilizando-se o prazo já decorrido (o que não é coisa pouca) e reiniciando-se o mesmo sem demoras.

Não havendo intervenção dos Tribunais convocada pelo executado — como sucede na maioria das vezes —, o processo de execução fiscal não visa a resolução de qualquer conflito entre partes, até porque sempre faltaria uma entidade *supra partes* (que só poderia ser um Tribunal). Nem se aguarda qualquer "decisão" — e tanto assim é que, a extinção de um processo de execução, salvo situações verdadeiramente excepcionais, nunca é notificada ao executado.

Temos sim, de um lado, o exequente e executor a diligenciar, com mais ou menos proactividade (e daí o prazo de prescrição) a perseguir a cobrança coerciva de uma dívida e, do lado oposto, um executado como alvo desse esforço de arrecadação, a quem o Legislador atribui certos direitos e garantias (onde consta a prescrição, como garantia da segurança jurídica).

Como nos diz AMÉRICO BRÁS CARLOS, refutando a aplicação do art. 327.º, n.º 1, do Código Civil, à execução fiscal: *«É que se na relação entre privados bem se entende a regra do não decurso do prazo para execução da dívida, enquanto não tenham transitado em julgado as questões a dirimir, porque impeditivas da realização*

([59]) JORGE LOPES DE SOUSA, *Sobre a Prescrição da Obrigação Tributária*, Áreas Editora, 2010, p. 68.

do direito do credor, tal não ocorre em sede tributária. A regra em matéria de impostos é, no afloramento do brocardo latino "solve et repete", a de que a discussão da legalidade do crédito tributário não suspende o direito do Fisco a prosseguir até ao fim o processo tendente à cobrança coerciva do seu crédito».

«A menos que o executado tributário preste garantia idónea (v. art. 52.º, n.º 2 a LGT e art. 199.º do CPPT) ou os bens e direitos penhorados no processo de execução fiscal garantam a totalidade da dívida exequenda e o acrescido (art. 169.º do CPPT), a discussão da legalidade da dívida não suspende a cobrança do crédito tributário»([60]).

Ou, nas palavras de J. L. Saldanha Sanches, *«a tendência, no processo fiscal é para negar, ao contribuinte, a possibilidade de deter a marcha do processo e, deste modo, pôr em causa a cobrança. Exige-se-lhe o pagamento prévio do imposto, com a devolução subsequente da quantia indevida se vier a ganhar o litígio que tem com a Administração Fiscal, adquirindo, neste caso, o direito a receber juros indemnizatórios. Em alternativa ao pagamento do imposto, exige-se ao contribuinte, entretanto, a prestação de uma garantia»*([61]).

Acrescentamos: mesmo que esteja pendente uma oposição à execução, reclamação graciosa, impugnação judicial ou recurso judicial e prestada garantia idónea, verificando-se uma causa interruptiva do prazo de prescrição (art. 49.º, n.º 1, da LGT) ainda assim não se aplica o disposto no art. 327.º, n.º 1, do Código Civil, ou seja, o efeito duradouro da interrupção: a norma especial do art. 49.º, n.º 4, alínea *b*), da LGT, impõe antes uma *suspensão* do prazo de prescrição.

Do exposto resulta que, ao contrário da execução cível, no plano do Direito Tributário não *«deixa de estar nas mãos do titular do direito o controlo referente à sua efetivação»*. Tal como se *«o titular estiver impedido de fazer valer o seu direito»*, este último

---

([60]) Américo Brás Carlos, *Impostos — Teoria Geral* — 4.ª ed., 2010 Almedina, p. 93.

([61]) J. L. Saldanha Sanches, *Manual de Direito Fiscal*, 3.ª ed., Coimbra Editora, pp. 485-486.

não pode prescrever (art. 321.º, do Código Civil), então, por idêntica razão, não estando o mesmo titular impedido — como não está no processo de execução fiscal — deverá correr o prazo de prescrição. Isto porque *«o credor tributário pode exercer em pleno o direito à cobrança do crédito e a inacção ou abstenção do direito à cobrança tem, necessariamente, de ser penalizada»*. «*Pretender que, por força da aplicação do n.º 1 do art. 327.º do Código Civil, a citação ou qualquer notificação realizada no processo de execução fiscal converta o prazo de prescrição num prazo ilimitado, sim porque é disso que se trata, quando se está a defender que, nestes casos, o prazo de prescrição não começa a correr enquanto não se puser termo ao processo. Esta solução é, no mínimo, irracional e representa um confronto radical com a opção do legislador do CPT que, em 1991, reduziu o prazo de prescrição das dívidas fiscais de 20 para 10 anos, opção de política legislativa que foi corroborada e reforçada em 1998, pelo legislador da LGT»* (Jesuíno Alcântara Martins e José Costa Alves)(62).

A aplicação cega da solução plasmada no art. 327.º, n.º 1, do Código Civil, remeter-nos-ia para o vetusto Código de Processo das Contribuições e Impostos (CPCI)(63), em que o efeito interruptivo era atribuído aos próprios *processos* (ex: execução fiscal), porque não se previam causas *suspensivas* do prazo de prescrição(64). O que veio a ser superado, por via da LGT.

O obstar ao decurso da prescrição durante a pendência do processo alcança-se, desde a LGT, com as causas suspensivas elencadas no art. 49.º, n.os 4 e 5. Porque aí, o credor está impedido de cobrar coercivamente o seu crédito, não se contando o prazo de prescrição.

Aqueles mesmos dois Autores refutando a aplicação da norma do Código Civil feita por alguma Jurisprudência, aduzem que «*a defesa desta posição conduz à existência de um direito ilimitado e absoluto do credor tributário, sem qualquer limite temporal*

---

(62) Jesuíno Alcântara Martins e José Costa Alves, *Procedimento e Processo Tributário*, Almedina, 2015, pp. 423-424.

(63) Aprovado pelo Decreto-Lei n.º 45005, de 27 de Abril de 1963.

(64) As causas de suspensão apenas vieram a ser estatuídas nula lei geral com a LGT, pois nem o CPCI nem o CPT as previam, alinhando pelo efeito suspensivo da interrupção.

para a preclusão do direito à exigibilidade do crédito, o que representa a violação de princípios fundamentais de um Estado de direito»(65). O que reiteramos, de mão-cheia.

Ademais, tal posição importará também um esvaziamento por inteiro a figura da "suspensão" do prazo de prescrição (art. 49.º, da LGT)(66). Um tal entendimento representa uma posição *«juridicamente errónea, na medida em que o art. 327.º do Código Civil é inaplicável no âmbito do processo de execução fiscal, porquanto, o legislador estabeleceu nas leis tributárias — n.os 4 e 5 do art. 49.º da LGT — causas ou factos especiais a que é atribuído efeito suspensivo, pelo que serão essas regras a aplicar em matéria de prescrição da obrigação tributária, e não outras aplicáveis por via do direito subsidiário. Qualquer outra solução viola os princípios da justiça, da certeza e da segurança jurídicas, e, para além de ser anacrónica, remete para as antípodas o princípio do acesso ao direito e à tutela jurisdicional plena»*(67).

Por outro lado, tal entendimento jurisprudencial vai radicalmente contra a prática da Administração Fiscal e dos Tribunais em larguíssimos milhares de processos de execução fiscal. Por exemplo, segundo o Parecer do Tribunal de Contas sobre a Conta Geral do Estado de 2014(68), neste ano prescreveram dívidas fiscais num valor total de €1.310 milhões de euros(69).

Tomando como certo que, na esmagadora maioria destes processos de execução fiscal terá havido citação(70), como terão então prescrito?

Terá sido proferida nesses processos de execução fiscal uma decisão pela Administração Fiscal a pôr-lhes termo e então se rei-

---

(65) Jesuíno Alcântara Martins e José Costa Alves, *Procedimento e Processo Tributário*, Almedina, 2015, p. 424.

(66) Veja-se, com particular interesse, os n.os 4 e 5.

(67) Jesuíno Alcântara Martins e José Costa Alves, *Procedimento e Processo Tributário*, Almedina, 2015, pp. 424-425.

(68) 2014 foi o ano mais recente de que foi publicitada a Conta Geral do Estado.

(69) Página 68 do referido Parecer.

(70) Afinal, a Autoridade Tributária e Aduaneira tem, pelo menos, 8 anos para efectuar essa diligência e, desde há alguns anos a esta parte é o próprio sistema informático que gera automaticamente a citação.

niciado a contagem do prazo de, pelo menos, 8 anos, que, uma vez esgotado, levou à prescrição da dívida, declarada pela própria Administração ou Tribunais? Claro que não. Até porque, como vimos, posto termo ao processo de execução fiscal inexiste qualquer dívida exequenda, porque inexigível, donde que também inexiste qualquer prazo de prescrição.

Ou terá antes sido a Administração Fiscal que, verificado o decurso do prazo de prescrição sobre a data da citação, considerou extinto o respectivo processo de execução fiscal por inexigibilidade da dívida por efeito da prescrição? Não temos dúvidas que sim, terá sido este o entendimento seguido. Que reputamos como correcto, pois cabe à Administração acatar o que lhe impõe o Legislador, isto é, o resultado ou efeito determinado pela lei, e nunca decidir sobre tal resultado ou efeito (até porque o art. 30.º, da LGT não lho permite). O mesmo é dizer, fica obrigada a suportar as consequências legais da extinção do processo por efeito da prescrição e não a decidir a ocorrência da própria prescrição.

Portanto, não nos custa aventar, os vários Acórdãos dos Tribunais superiores que tenham aderido a uma aplicação do disposto no art. 327.º, n.º 1, do Código Civil, representam uma ínfima minoria, se considerarmos que a prática diária da Administração Fiscal e dos Tribunais Tributários aponta noutro sentido radicalmente diverso. Ou seja, na esmagadora maioria não se reinicia a contagem do prazo de prescrição de uma dívida tributária já não exigível, estando extinto o processo de execução fiscal(71).

A inaplicabilidade da norma do art. 327.º, n.º 1, do Código Civil pode também ser reafirmada ao nos determos sobre os restantes n.os do mesmo art. 327.º. Preceitua o n.º 2: *«Quando, porém, se verifique a desistência ou a absolvição da instância, ou esta seja considerada deserta, ou fique sem efeito o compromisso arbitral, o novo prazo prescricional começa a correr logo após o acto interruptivo»*. Ou seja, o n.º 2 estabelece as situações em que o efeito "suspensivo" ou "duradouro" previsto no n.º 1 não ocorrerá.

---

(71) E, salvo melhor opinião, não temos visto nessa Jurisprudência uma resposta às consequências directas (a um mesmo tempo, ilógicas e perturbadoras) da aplicação cega do art. 327.º, n.º 1, do Código Civil, no plano tributário.

Desde logo, no processo de execução fiscal não tem lugar a *desistência da instância*, pois vigora a indisponibilidade dos créditos tributários e a Administração Fiscal está obrigada, *ex lege*, a promover aquele processo com vista à cobrança coerciva da dívida tributária. Ao contrário do que sucede nas relações entre privados, em que a desistência da instância resulta do princípio do dispositivo (art. 5.º, do CPC)(72), é livre até à contestação e depende da aceitação do réu se requerida depois do oferecimento da contestação (art. 286.º, n.º 1, do CPC). Ao passo que no Direito Privado a desistência da instância apenas faz cessar o processo que se instaurara, sem colocar em causa o direito que se pretendia fazer valer, no Direito Tributário, uma vez cessado o processo de execução fiscal, não mais existe qualquer crédito exigível(73).

Por outro lado, no processo de execução fiscal não ocorre a *absolvição da instância*, em face da indisponibilidade dos créditos tributários (art. 30.º, LGT). Como não pode haver *deserção* (art. 174.º, n.º 1, do CPPT), ao contrário do que sucede no Direito Privado (art. 281.º, do CPC).

Poderá ocorrer desistência, absolvição ou deserção da instância, quanto muito, no âmbito específico de um incidente judicial provocado pelo executado (ex: embargos, oposição ou reclamação dos actos praticados pelos órgãos da execução fiscal), cuja decisão compete aos Tribunais Tributários (art. 151.º, do CPPT). Não quanto ao *processo de execução fiscal*, cuja instauração e extinção compete à Administração Fiscal.

Em face do exposto, pela análise do teor do n.º 2, do art. 327.º, do Código Civil, se pode também concluir que o n.º 1 deste mesmo artigo não pode ser aplicado às dívidas tributárias.

---

(72) A desistência da instância «*é uma manifestação do princípio do dispositivo, na vertente da disponibilidade da tutela jurisdicional, constituindo o inverso do acto de proposição da acção. Constitui um negócio jurídico processual*» (J. Lebre de Freitas, *Código de Processo Civil Anotado*, vol. I, p. 524). Manifestamente, este «*negócio jurídico processual*» não é possível em Direito Tributário.

(73) Descontadas as situações em que, posto termo ao processo de execução por procedência de um fundamento de oposição (arts. 203.º e ss., do CPPT), desde que tal fundamento não obste à instauração de nova execução, contar-se-ia o prazo de prescrição que havia ficado *suspenso* [se ficara também suspensa a cobrança coerciva, por prestação de garantia — art. 49.º, n.º 4, alínea *b*), da LGT], como vimos.

Consequentemente, como assevera Benjamim Silva Rodrigues([74]), *«a sujeição das normas reguladoras da prescrição ao princípio da legalidade tributária de reserva de lei formal conduz-nos forçosamente ao postulado da inadmissibilidade da sua aplicação analógica. (...) Este postulado encontra-se hoje expressamente proclamado no n.º 4 do art 11.º da Lei Geral Tributária. (...) Não é, pois, assim possível — designadamente — chamar à colação normas como as que regem a interrupção da prescrição nas obrigações no Código Civil, como são as que constam dos arts. 323.º a 327.º»*. Mais acrescentando o Tribunal Central Administrativo Sul (Acórdão de 11 de Março de 2008 — Proc. n.º 01347/03), que acolheu a posição do referido Autor, que «Nesse sentido pronunciou-se, também, por diversas vezes, o Supremo Tribunal Administrativo, designadamente nos seus Acórdãos de 24 de Março de 1999, Processo n.º 21791, de 9 de Junho de 1999, Processo n.º 23753, e de 15 de Janeiro de 2003, processo n.º 1800/02». E que, sem peias, corroboramos.

Por fim, parece-nos mesmo *inconstitucional* (art. 204.º, da Constituição), por violação do princípio da segurança e da confiança jurídica (art. 2.º), da garantia fundamental do direito de defesa e protecção jurisdicional efectiva (arts. 20.º, n.º 1, e 268.º, n.º 4) e dos princípios constitucionais da justiça, igualdade, proporcionalidade e interesse público (art. 266.,º n.º 2), a norma do n.º 1 do art. 327.º do Código Civil, na interpretação segundo a qual o efeito interruptivo do prazo prescricional, com a citação do executado, não cessa com até ao termo do processo de execução fiscal.

5. Conclusão

Sendo certo que as normas do Código Civil se aplicam às relações jurídico-tributárias — art. 2.º, alínea *d*), da LGT —, tam-

---

([74]) Benjamim Silva Rodrigues, *A prescrição no Direito Tributário*, in Problemas Fundamentais do Direito Tributário, 1999, p. 267.

bém não é menos verdade que uma tal aplicação subsidiária(75) apenas se justifica perante a existência de um caso omisso. Pelo que só se deve recorrer à norma de aplicação subsidiária quando se possa concluir que, para além de se tratar de um ponto não regulado na lei especial (neste caso, a LGT), se está perante um caso que, em coerência, deva ser regulamentado.

De todo o anteriormente exposto, perscrutado o sentido da norma do art. 327.º, n.º 1, do Código Civil, bem como o espírito do sistema em que se insere, apenas podemos concluir pelo desacerto da sua aplicação no âmbito tributário.

(75) Ainda assim, sucessiva, no dizer do Legislador. Ou seja, em último lugar, em face do art. 2.º, da LGT.

A QUEBRA DO DEVER DE SIGILO POR IMPOSIÇÃO DO TRIBUNAL (ART. 135.º DO CPP) DEPOIS DE OUVIDA A ORDEM DOS ADVOGADOS

Pelo Doutor João Valente Cordeiro(*)

Sumário:

1. A privacidade e a confidencialidade enquanto bens éticos, sociais e jurídicos. *1.1.* Reflexão inicial — do desejo de ser lembrado ao direito a ser esquecido. *1.2.* Privacidade, confidencialidade e segredo — realidades distintas mas conexas. **2.** O segredo na ordem jurídica portuguesa — tipicidade, enquadramento normativo e regime de proteção. *2.1.* Segredo de Estado. *2.2.* Segredo de Justiça. *2.3.* Sigilo Bancário. *2.4.* Sigilo Fiscal. *2.5.* Segredo Estatístico. *2.6.* Proteção de Dados Pessoais. *2.7.* Segredo de Funcionários. *2.8.* Segredo Profissional. **3.** O segredo profissional do advogado. **4.** A dispensa do sigilo profissional por decisão da Ordem dos Advogados. **5.** A quebra do sigilo profissional por imposição de Tribunal Superior. **6.** Apreciação crítica global e conclusões. **7.** Bibliografia.

Lista de abreviaturas

CDFUE Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia
CP Código Penal
CPP Código de Processo Penal

(*) Professor Auxiliar Convidado do Departamento de Ciências Sociais da Escola Nacional de Saúde Pública da Universidade Nova de Lisboa.

CRP Constituição da República Portuguesa
EOA Estatuto da Ordem dos Advogados
INE Instituto Nacional de Estatística
LOSJ Lei da Organização do Sistema Judiciário
LSE Lei do Segredo de Estado
MP Ministério Público
OA Ordem dos Advogados
RDSP Regulamento de Dispensa de Segredo Profissional da Ordem dos Advogados

1. A privacidade e a confidencialidade enquanto bens éticos, sociais e jurídicos

1.1. Reflexão inicial — do desejo de ser lembrado ao direito a ser esquecido

A privacidade, isto é, a reserva de um reduto das nossas vidas inacessível a todos os outros, é uma antiga preocupação humana. Todavia, o direito à privacidade é um direito relativamente jovem. Um dos seus marcos históricos fundamentais é a publicação, em 1890, do seminal artigo intitulado "The Right to Privacy", da autoria de Samuel D. Warren e Louis D. Brandeis, na revista Harvard Law Review (1). Neste artigo, os autores chamam a atenção para a necessidade de proteger o indivíduo da invasão da sua privacidade, definindo esta, através da adaptação de uma anterior expressão criada pelo juiz americano Thomas Cooley, como *"o direito a ser deixado em paz"*.

O significado premonitório deste incontornável artigo e a crescente dificuldade (e necessidade) de encontrar as medidas apropriadas para proteger a privacidade numa era de veloz progresso tecnológico são consensuais. Aliás, para denotar esta tendência, nem sequer precisamos de recorrer apenas a referências jurídicas. Pouco mais de cem anos volvidos sobre o artigo de Warren and Brandeis na Harvard Law Review, o conhecido novelista norte-americano Jonathan Franzen, escrevia, num ensaio intitulado "Imperial Bedroom"

mais tarde incorporado no livro "How to be alone: Essays", as seguintes sábias palavras: *"privacy, privacy (...): espoused as the most fundamental of rights, marketed as the most desirable of commodities, and pronounced dead twice a week."* (2,3)

Neste curioso e revelador ensaio, Franzen cita ainda a seguinte, crua — mas, talvez, premonitória — definição de Richard Powers de privacidade — *"aquela parte da vida que fica por registar"* (2,3).

Estas citações, apesar de terem já quase duas décadas — uma verdadeira eternidade no vertiginoso mundo atual -, refletem ainda com suficiente acuidade o ambivalente estado atual da relação humana com a sua vida privada. Nascido num mundo acabado de despertar para as potencialidades e perigos do telefone e da fotografia, o direito à privacidade vê-se comprimido, testado, desafiado pela revolução tecnológica que tão rapidamente chegou, inundou e transformou as nossas vidas (4). É manifesto que são inúmeros os desafios colocados pela tecnologia aos direitos à privacidade e confidencialidade — diferentes direitos, como infra referiremos — e que as sociedades contemporâneas evoluíram — e em evolução permanecem — em sentido, por vezes contrário, ao da valorização e quase reverência que estes direitos outrora mereceram. É também evidente que as sociedades modernas mantêm, actualmente, uma relação algo ambivalente com a privacidade. Se, por um lado, é possível observarem-se concessões à privacidade por um quase infindável rol de razões, individuais ou coletivas — segurança, informação, conhecimento, reconhecimento, fama, dinheiro, divertimento, interacção social —, por outro, não é incomum a insatisfação e a crítica perante violações de privacidade e quebras de confidencialidade não autorizadas. Coexistem, portanto, duas realidades paralelas que vincam bem esta ambivalência: por um lado um crescente apetite — felizmente, não partilhado por todos, sob pena de a vida se transformar numa competição pela atenção pública — pela exposição e notoriedade, e, por outro, um recear pelo registo de todos os nossos dados e movimentos, tendência que, impelida pelo progresso tecnológico parece, por vezes, impossível de evitar. Caberá, pois, também ao direito procurar encontrar as melhores e mais esclarecidas respostas para esta crescente complexidade e

indefinição. Como? Instituindo normas, procedimentos, mecanismos, direitos e deveres que permitam, de forma justa e equilibrada, ponderar e não coartar a liberdade daqueles que perseguem o desejo de ser lembrados e, simultaneamente, proteger aqueles que procuram preservar um maior reduto das suas vidas, garantindo-lhes o poder de definir os limites e as fronteiras desse reduto e, se necessário, conferindo-lhes o direito a serem esquecidos.

1.2. Privacidade, confidencialidade e segredo — realidades distintas mas conexas

É notório que, durante toda a sua vida, o ser humano se move por entre diferentes espaços jurídicos, mais privados ou mais públicos, com diferentes graus de liberdade. Quando nos movemos na nossa esfera pública, tudo o que fazemos, dizemos ou escolhemos pode ser considerado informação pública, sendo mínimas as restrições à reprodução, difusão e disseminação dessa informação. Pelo contrário, os atos, palavras e escolhas inseridos na nossa esfera privada são considerados informação de acesso restrito, de partilha controlada e de conhecimento reservado, limites cuja superação requer a presença de um interesse conflituante — de natureza privada ou pública — de valor superior.

Neste sentido, o direito à privacidade — um direito humano consagrado no art. 12.º da Declaração Universal dos Direitos Humanos, no art. 8.º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem e no art. 7.º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia — pode considerar-se um "direito de personalidade", entendimento que, aliás, encontra respaldo no art. 26.º, n.º 1 da Constituição da República Portuguesa (CRP) (5). Portanto, enquanto direito de personalidade, o direito à privacidade — ou, para utilizar a terminologia constitucional e também escolhida pelo Código Civil português, direito "à reserva da intimidade da vida privada" — tem como primeira *ratio* a necessidade de respeitar a autonomia do indivíduo, protegendo-o de agressões ao seu reduto mais íntimo (6). Não surpreende, pois, que o reconhecimento — ou concessão — a cada ser

humano de um espaço individual privado esteja intimamente relacionado com os valores da liberdade e da auto-determinação, partindo da premissa de que somos tão mais livres quanto mais podermos decidir acerca dos elementos conhecidos da nossa existência, isto é, quanto menos informação se souber sobre nós sem que para tal tenhamos dado o nosso consentimento (7).

Ora, é precisamente neste último ponto que reside a distinção entre privacidade e confidencialidade e que cumpre referir e esclarecer, para que melhor se possa situar e enquadrar a discussão referente ao segredo, ao segredo profissional e, mais concretamente, ao segredo profissional do advogado, tema central do presente trabalho.

Quanto à distinção entre privacidade e confidencialidade, refira-se, em primeiro lugar, uma diferença de natureza temporal. Em sentido estrito, falamos de direito à privacidade quando a informação em causa é apenas do nosso conhecimento, isto é, quando aquela se insere ainda na nossa esfera privada mais íntima. Por outro lado, falamos de confidencialidade, quando a informação extravasou já essa esfera privada mais íntima e, não tendo ainda transitado completamente para a nossa esfera pública, é já do conhecimento de outrem, seja ele, um médico, um advogado, um gestor de um sistema informático, um amigo ou um confidente (8). Dito de outra forma, a confidencialidade situa-se a jusante da privacidade, o que significa que, estando em causa o direito à confidencialidade, o direito à privacidade terá sido já violado ou objeto de renúncia.

Um corolário deste desfasamento redunda numa diferença — ainda que, porventura, meramente tendencial — de caracterização jurídica dos dois direitos em causa. Por um lado, o direito à privacidade pode ser entendido como um direito "negativo", isto é, gerador de um dever — de índole essencialmente passivo — de não interferência, de não violação, de respeito pela vida privada. Por outro lado, o direito à confidencialidade é simultaneamente "negativo" e "positivo", uma vez que, para além de gerador dos mesmos deveres de respeito ou não interferência supra referidos, implica também deveres de índole mais ativo, onde se incluem, por exemplo, as medidas de segurança e de proteção de dados (9).

Ora, distinguidos os diferentes planos da privacidade e confidencialidade, atento o âmbito do presente trabalho, cumpre discutir

a sua relação com o segredo profissional. A este respeito, deve dizer-se que, não sendo evidentemente alheio à privacidade, o segredo profissional parece ter, indubitavelmente, uma ligação mais imediata, mais objetiva, mais direta com a confidencialidade, visto que, na sua essência fundamental, mais não visa do que concretizar uma medida ativa de proteção deste bem jurídico. Todavia, não pode senão referir-se também que, ainda que porventura indiretamente, também o segredo profissional serve o fito de proteger a privacidade, na medida em que, ao instituir um ambiente de segurança e proteção em torno do titular da informação, sempre a sua privacidade estará melhor salvaguardada contra possíveis intromissões, violações ou profanidades. São, portanto, distintos mas conexos os temas sobre os quais se debruça, de uma forma geral, este trabalho. Percebendo melhor as *nuances* que os diferenciam, melhor preparados nos encontramos para, em seguida, aprofundar e completar a discussão em torno do segredo, do segredo profissional e, por fim, do segredo do advogado.

2. O segredo na ordem jurídica portuguesa — tipicidade e enquadramento normativo

Discutidos, ainda que muito resumidamente, os direitos à privacidade e à confidencialidade importa, seguidamente, atender aos mecanismos instituídos para proteger estes direitos na esfera jurídica dos cidadãos. Com esse fito, apresentar-se-ão, em seguida, os principais tipos de segredo consagrados na lei portuguesa, procurando, simultaneamente, indicar as respetivas referências legais mais relevantes (10).

2.1. Segredo de Estado

O Segredo de Estado diz respeito a matérias, documentos ou informações cujo conhecimento por pessoas não autorizadas põe

— ou pode pôr — em risco interesses fundamentais do Estado, designadamente os relativos à independência nacional, à unidade e à integridade do Estado ou à sua segurança interna ou externa, à preservação das instituições constitucionais, bem como os recursos afetos à defesa e à diplomacia, à salvaguarda da população em território nacional, à preservação e segurança dos recursos económicos e energéticos estratégicos e à preservação do potencial científico nacional (arts. 1.º e 2.º da Lei do Segredo de Estado (doravante LSE) — Lei Orgânica n.º 2/2014, de 06 de Agosto).

Consequentemente, o acesso a essas informações é restrito a um número reduzido de pessoas, vigorando para todas as outras uma proibição geral de acesso.

O Regime do Segredo de Estado está previsto na LSE e encontra, por razões evidentes, particular concretização no Sistema de Informações da República Portuguesa (Lei n.º 30/84, de 05 de Setembro). A LSE organiza um conjunto de providências — dirigidas tanto diretamente aos documentos como indiretamente aos comportamentos das pessoas que deles tomem conhecimento — destinadas a proteger as informações que estão abrangidas pelo Segredo de Estado.

Concretamente, a LSE determina que os documentos sob esse regime sejam alvo de *"adequadas medidas de protecção contra acções de sabotagem e de espionagem e contra as fugas de informação ou quaisquer formas de divulgação"* (art. 8.º).

Quanto às pessoas que venham a tomar conhecimento dos documentos sujeitos a Segredo de Estado, separa-se o conhecimento acidental do conhecimento funcional dos mesmos: no primeiro caso, as pessoas em causa têm o dever de guardar sigilo e de entregar os documentos que contenham essas informações *"à entidade responsável pela sua salvaguarda"*; no último caso, as pessoas que, no exercício das suas funções, tenham acedido a informações classificadas ficam sujeitas a um dever de sigilo, que tem a particularidade de se prolongar para lá do termo das funções públicas que exerceram.

Outras referências importantes ao Segredo de Estado na ordem jurídica portuguesa:

Constituição da República Portuguesa

— Matéria da proteção dos dados pessoais informatizados (art. 35.º);

— Limitação da faculdade conferida aos Deputados de fazerem perguntas ao Governo sobre quaisquer actos deste ou da Administração Pública e, de obterem resposta em prazo razoável (art. 156.º, al. *d*);

— Regime do Segredo de Estado pertence ao elenco das matérias que fazem parte da reserva absoluta de competência legislativa da Assembleia da República (art. 164.º, al. *q*).

Código Penal

— Crime de violação do segredo de Estado (art. 316.º).

Código de Processo Penal

— Limitação da inquirição de testemunhas sobre factos que constituam segredo de estado (art. 137.º);

— Recusa de entrega de objetos que a pessoa tenha na sua posse e devam ser apreendidos (art. 182.º, n.º 2).

2.2. Segredo de Justiça

Em regra, os processos judiciais em Portugal são públicos. Todavia, existem casos excepcionais — essencialmente no âmbito do processo penal — em que a publicidade do processo poderá fazer perigar decisivamente o desenrolar do mesmo ou prejudicar os direitos dos sujeitos ou participantes processuais, justificando a sua sujeição ao regime do segredo de justiça.

O segredo de justiça concretiza-se, essencialmente, em dois aspectos (art. 86.º, n.º 8 CPP):

i) proibição de assistência a prática de actos processuais ou tomada de conhecimento de actos a que as pessoas não tenham o direito ou o dever de assistir;

ii) proibição, seja qual for o motivo, de divulgação da ocorrência de acto processual ou dos seus termos, mesmo que a pessoa tenha o direito ou o dever de assistir e participar no acto (é o caso de interrogatório do arguido e de testemunhas).

Todavia, o segredo de justiça não impede a prestação e esclarecimentos públicos pela autoridade judiciária, quando necessários ao restabelecimento da verdade e não prejudiquem a investigação (art. 86.º, n.º 13 CPP):

i) a pedido de pessoas publicamente postas em causa;

ii) para garantir a segurança de pessoas e bens ou a tranquilidade pública.

Acresce que a autoridade judiciária pode dar, ordenar ou permitir que seja dado conhecimento a determinadas pessoas do conteúdo de acto ou documento em segredo de justiça, se tal não puser em causa a investigação e tal se afigurar (art. 86.º, n.º 9 CPP):

i) conveniente ao esclarecimento da verdade, ou;

ii) indispensável ao exercício de direitos pelos interessados.

No que diz respeito à legitimidade para determinar o segredo de justiça, esta pertence ao juiz de instrução criminal (mediante requerimento do arguido ou assistente e ouvido o Ministério Público (MP), ou, durante a fase de inquérito, ao próprio MP, ficando, todavia, a decisão sujeita, ainda assim, a validação do juiz de instrução (art. 86.º, n.º 2 e n.º 3). Isto porque o segredo de justiça implica uma restrição de acesso ao processo, constituindo uma limitação de direitos do arguido, do assistente e do ofendido.

Em suma, e muito resumidamente, são particularmente relevantes, em matéria de previsão e tutela do segredo de justiça, as seguintes normas:

Constituição da República Portuguesa

— No âmbito do acesso ao direito e da tutela jurisdicional efectiva, a lei define e assegura a protecção do segredo de justiça (art. 20.º, n.º 3)

Código Penal

— Crime de violação de segredo de justiça (art. 371.º)

Código de Processo Penal

— Apesar de a regra ser a da publicidade do processo penal, em casos excepcionais pode determinar-se o segredo de justiça (art. 86.º, n.os 1, 2 e 3)

— O segredo de justiça vincula todos os sujeitos e participantes processuais, bem como as pessoas que, por qualquer título, tiverem tomado contacto com o processo ou conhecimento de elementos a ele pertencentes, e implica as proibições de assistência à prática ou tomada de conhecimento de acto processual a que não tenham o direito ou o dever de assistir e divulgação da ocorrência de acto processual ou dos seus termos, independentemente do motivo que presidir a tal divulgação (art. 86.º, n.º 8).

2.3. Sigilo Bancário

A informação relacionada com a vida financeira dos cidadãos merece também protecção e tutela legal. A respeito do sigilo bancário cumpre referenciar o Regime Geral das Instituições de Crédito e Sociedades Financeiras (Decreto-Lei nº 298/92, de 31 de Dezembro) concretamente os arts. 78.º e 79.º (segredo profissional

— ver infra), 80.º (dever de segredo do Banco de Portugal), 81.º e 82.º (cooperação com outras entidades), 81,º-A, n.º 5, al. *a*) (base de dados de contas), 83.º (informações sobre riscos), 84.º (violação do dever de segredo), 116.º-Z, n.º 7 (dever de comunicação), 135.º-B, n.os 3 e 8 (colégios de autoridades de supervisão), 145.º-M, n.º 9 (alienação parcial ou total da actividade), 145.º-AO (troca de informações sujeitas a dever de segredo), 199.º-J (outras competências das autoridades de supervisão) e, fundamentalmente, o art. 135.º do Código de Processo Penal que, *infra*, a respeito do segredo profissional detalharemos.

2.4. Sigilo Fiscal

Também a informação fiscal dos cidadãos é, na nossa ordem jurídica, merecedora de tutela. Deve referir-se que o sigilo fiscal convoca diferentes tutelas jurídicas: da intimidade da vida privada, da protecção dos dados pessoais e da correcta utilização da informática no âmbito de tais dados, da protecção da confiança na Administração Fiscal por parte dos contribuintes e de terceiros com eles relacionados para efeitos tributários.

Evidenciam-se e protegem-se, na Lei Geral Tributária (Decreto-Lei n.º 398/98, de 17 de Dezembro) os *"elementos de natureza pessoal"* ao lado dos *"dados recolhidos sobre a situação tributária dos contribuintes"*, destacando-se, portanto, as duas dimensões que integram o sigilo fiscal: a dimensão patrimonial e a dimensão pessoal (art. 64.º, n.º 1 e 68.º, n.º 17).

2.5. Segredo Estatístico

O segredo estatístico diz respeito aos dados individuais recolhidos através de inquéritos estatísticos oficiais e constitui uma medida de proteção da confidencialidade que tem especial relevância no âmbito do Instituto Nacionais de Estatística (INE). Através

da protecção e tutela legais do segredo estatístico, pretende-se garantir a todos os inquiridos — cidadãos e empresas — que as estatísticas oficiais resultantes dos inquéritos dos INE — muitas vezes de caráter obrigatório — não permite a sua identificação e/ou o conhecimento de qualquer informação pessoal dos mesmos, protegendo a sua privacidade e, simultaneamente garantindo a confiança no Sistema Estatístico Nacional.

O segredo estatístico está expressamente previsto no art. 6.º da Lei do Sistema Estatístico Nacional (Lei n.º 22/2008, de 13 de Maio) e implica que *"todos os dados estatísticos individuais recolhidos pelas autoridades estatísticas são de natureza confidencial, pelo que (...) não podem ser cedidos a quaisquer pessoas ou entidades, (...) nenhum serviço ou autoridade pode ordenar ou autorizar o seu exame, (...) não podem ser divulgados de modo a que permitam a identificação directa ou indirecta das pessoas singulares e colectivas a que respeitam"*.

2.6. A Proteção de Dados Pessoais

O direito à protecção de dados pessoais vincula todas as pessoas jurídicas, singulares ou colectivas, de natureza pública ou privada. É um direito que apresenta uma estrutura complexa, consubstanciando diferentes poderes — designadamente, o de conhecer o teor da informação pessoal tratada, o de conhecer a finalidade do seu tratamento, o de exigir a sua rectificação e o de exigir a sua atualização — e diferentes graus de protecção consoante a informação em causa. A lei trata alguns dados pessoais como sensíveis, vigorando, nesse caso, uma proibição geral de tratamento. São dados pessoais sensíveis, de acordo com a Lei de Proteção de Dados Pessoais (art. 7.º da Lei 67/98, de 26 de Outubro), aqueles referentes a convicções filosóficas ou políticas, filiação partidária ou sindical, fé religiosa, vida privada e origem racial ou étnica, bem como os dados relativos à saúde e à vida sexual, incluindo os dados genéticos.

Em suma, de forma muito resumida, destacam-se como particularmente relevantes, em matéria de proteção de dados pessoais, as seguintes referências:

Constituição da República Portuguesa

— direito fundamental à vida privada (art. 26.º, n.º 1);

— matéria da proteção dos dados pessoais informatizados (art. 35.º), da qual se destaca a proibição de um número nacional único aos cidadãos.

Código Penal

— crime de devassa da vida privada (art. 192.º);

— crime de devassa por meio de informática (art. 193.º).

Lei de Proteção de Dados Pessoais

— (Lei 67/98, de 26 de Outubro);

Lei de Organização e Funcionamento da Comissão Nacional de Protecção de Dados

— (Lei n.º 43/2004, de 18 de Agosto);

Lei de Acesso à Documentação Administrativa e Ambiental e de Reutilização dos Documentos Administrativos

— (Lei n.º 26/ /2016, de 22 de Agosto).

2.7. Segredo de Funcionários

Os factos ou informações que constituam segredo e dos quais os funcionários (na acepção do art. 386.º do Código Penal) tenham tido conhecimento no exercício das suas funções não podem ser objecto de inquirição por parte das autoridades judiciárias (art. 136.º do CPP). Caso, ainda assim, as autoridades judiciárias inquiram o funcionário sobre estes factos, este deve escusar-se a depor sobre os

mesmos, sob pena de cometer um crime de violação de segredo por funcionário (art. 383.º do CP).

Este segredo tem alguns pontos em comum — designadamente, no que diz respeito ao levantamento e à quebra do segredo — com o segredo profissional, que nos ocupará em seguida.

2.8. Segredo Profissional

O *supra* mencionado segredo de funcionários constitui um afloramento de um tipo de segredo mais abrangente, melhor designado por segredo profissional. Subjacente a este tipo de segredo está a noção de que certas atividades profissionais, pela sua natureza, sensibilidade e finalidades envolvem o contacto com factos, informações e documentos de natureza privada e confidencial e, por conseguinte, merecedores de protecção especial, garantida pela imposição de um dever de sigilo aos profissionais em causa. A instituição de um segredo profissional permite ainda preservar e fortalecer a confiança dos cidadãos e solidificar os diversos estatutos profissionais perante a sociedade.

A respeito do segredo profissional, cumpre atentar no que adianta o CPP, mais concretamente no seu art. 135.º, que, pelo papel central no âmbito do presente trabalho se opta por transcrever integralmente infra:

> "Artigo 135.º
> **Segredo profissional**
>
> 1 — Os ministros de religião ou confissão religiosa e os advogados, médicos, jornalistas, membros de instituições de crédito e as demais pessoas a quem a lei permitir ou impuser que guardem segredo podem escusar-se a depor sobre os factos por ele abrangidos.
>
> 2 — Havendo dúvidas fundadas sobre a legitimidade da escusa, a autoridade judiciária perante a qual o incidente se tiver suscitado procede às averiguações necessárias. Se, após estas, concluir pela ilegitimidade da escusa, ordena, ou requer ao tribunal que ordene, a prestação do depoimento.

3 — O tribunal superior àquele onde o incidente tiver sido suscitado, ou, no caso de o incidente ter sido suscitado perante o Supremo Tribunal de Justiça, o pleno das secções criminais, pode decidir da prestação de testemunho com quebra do segredo profissional sempre que esta se mostre justificada, segundo o princípio da prevalência do interesse preponderante, nomeadamente tendo em conta a imprescindibilidade do depoimento para a descoberta da verdade, a gravidade do crime e a necessidade de protecção de bens jurídicos. A intervenção é suscitada pelo juiz, oficiosamente ou a requerimento.

4 — Nos casos previstos nos n.os 2 e 3, a decisão da autoridade judiciária ou do tribunal é tomada ouvido o organismo representativo da profissão relacionada com o segredo profissional em causa, nos termos e com os efeitos previstos na legislação que a esse organismo seja aplicável.

5 — O disposto nos n.os 3 e 4 não se aplica ao segredo religioso".

Resulta, portanto, do *supra* citado artigo, que os factos protegidos por segredo profissional não podem ser objecto de depoimento judicial. Isto é, as entidades referidas no n.º 1 podem escusar-se a depor sobre factos cobertos pelo segredo profissional, mediante a invocação deste segredo. Todavia, em caso de dúvida sobre a legitimidade da escusa, a autoridade judiciária perante a qual o depoimento deve ser prestado procede a averiguações sumárias. Se após estas, concluir pela ilegitimidade da escusa, ordena o depoimento ou requer ao tribunal que o ordene. Como adiante se discutirá em maior detalhe no âmbito específico do segredo profissional de advogado, pode também o tribunal superior ordenar a quebra do segredo profissional (com excepção do segredo religioso). Evidentemente que, na decisão a tomar, terá o tribunal superior que usar de critério e moderação, atentos aos interesses ponderosos em jogo (por exemplo, exigências da administração da justiça, da confidencialidade médica, bancária, de advogado, ou outra). Importa ainda atentar, sem prejuízo de discussão mais detalhada no âmbito do segredo profissional de advogado, que a decisão de quebra de segredo será tomada *"ouvido o organismo representativo da profissão relacionada com o segredo profissional em causa"* e, não menos importante, *"nos termos e com os efeitos previstos na legislação que a esse organismo seja aplicável"*.

Para além do já referido art. 135.º do CPP, resumem-se, em seguida, as principais referências legislativas no âmbito do segredo profissional, com destaque para os diferentes segredos consagradas na ordem jurídica portuguesa:

Código de Processo Penal

— Recusa de entrega de objetos que a pessoa tenha na sua posse e devam ser apreendidos (182.º, n.º 2)(também aplicável ao segredo de funcionários).

Código Penal

— Crime de violação de segredo (art. 195.º)
— Crime de aproveitamento indevido de segredo (art. 196.º)

Segredo Profissional	Referências Legislativas
Atividade seguradora	Decreto-Lei n.º 2/2009, de 5 de Janeiro
Advogados	Estatuto da Ordem dos Advogados (Lei n.º 145/2015, de 9 de Setembro)
Bancário	Regime Geral das Instituições de Crédito e Sociedades Financeiras (Dec.-Lei n.º 298/92, de 31 de Dezembro)
Enfermeiros	Estatuto da Ordem dos Enfermeiros — Lei n.º 156/ /2015, de 16 de Setembro
Estado	Lei do Segredo de Estado (Lei Orgânica n.º 2/2014, de 06 de Agosto); Sistema de Informações da República Portuguesa (Lei n.º 30/84, de 05 de Setembro)
Estatístico	Lei do Sistema Estatístico Nacional (Lei n.º 22/2008, de 13 de Maio)
Farmacêuticos	Estatuto da Ordem dos Farmacêuticos — Lei n.º 131/ /2015 de 4 de setembro
Funcionários e agentes da administração	Lei Geral do Trabalho em Funções Públicas (Lei n.º 35/ /2014, de 20 de Junho)
Corretores de bolsa	Código do Mercado de Valores Mobiliários (Dec.-Lei n.º 142-A/91, de 10 de Abril)
Gestores públicos	Estatuto do Gestor Público (Dec.-Lei n.º 71/2007, de 27 de Março)
Indústria	Código da Propriedade Industrial (Dec.-Lei n.º 36/ /2003, de 5 de Março)
Jornalistas ou segredo de imprensa	Estatuto do Jornalista (Lei n.º 1/99, de 1 de Janeiro)
Justiça	**Provedor de Justiça** — Lei Orgânica da Provedoria de Justiça (Decreto-Lei n.º 279/93, de 11 de Agosto) **Magistrados Judiciais** — Estatuto dos Magistrados Judiciais (Lei n.º 21/85, de 30 de Julho) **Magistrados do Ministério Público** — Estatuto do Ministério Público (Lei n.º 47/86, de 15 de Outubro) **Funcionários Judiciais** — Estatuto dos Funcionários de Justiça (Decreto-Lei n.º 343/99, de 26 de Agosto)
Médicos	Estatuto da Ordem dos Médicos (Lei n.º 117/2015, de 31 de Agosto)
Religioso	Lei da Liberdade Religiosa (Lei n.º 16/2001, de 22 de Junho)
Revisores oficiais de contas	Estatuto da Ordem dos Revisores Oficiais de Contas (Decreto-Lei n.º 487/99, de 16 de Novembro)
Segurança privada	Decreto-Lei n.º 231/98, de 22 de Julho

3. O segredo profissional do advogado

Vistos, ainda que muito resumidamente, vários exemplos de sigilo acolhidos e tutelados pela lei portuguesa, cumpre dirigir e focar a atenção na temática do segredo profissional e, mais especificamente, no segredo profissional do advogado.

O segredo profissional e o dever de confidencialidade são, desde há muito tempo, pilares deontológicos em profissões diversas, sendo a advocacia uma actividade profissional onde o sigilo assume enorme relevância (11,12). O segredo profissional do advogado assume tal importância que pode afirmar-se, com segurança, que o mesmo — porventura juntamente com a independência e a autonomia — constitui um pilar fundamental do exercício da advocacia. O advogado, no decurso da sua actividade profissional, toma, necessariamente, conhecimento de informações de natureza pessoal dos seus clientes — designadamente, dados sobre convicções religiosas ou políticas, dados de saúde, genéticos ou da vida sexual, comportamentos, estados psicológicos, entre outros — sobre as quais deve, por uma questão de respeito pelo direito à confidencialidade, manter sigilo. Tais informações — juntamente com outras que, ainda que não consideradas privadas aos olhos da lei, o são, por imposição ética — são objecto de tutela suplementar por via das competentes normas deontológicas que permitem complementar a perspectiva do direito com uma perspectiva especificamente contextualizada, dirigida e adequada à prática da advocacia.

No que diz respeito ao enquadramento normativo deontológico, o segredo profissional do advogado encontra base legal no art. 92.º do Estatuto da Ordem dos Advogados (Lei n.º 145/2015, de 9 de Setembro; doravante EOA), abaixo integralmente transcrito:

> "Artigo 92.º
> **Segredo profissional**
>
> 1 — O advogado é obrigado a guardar segredo profissional no que respeita a todos os factos cujo conhecimento lhe advenha do exercício das suas funções ou da prestação dos seus serviços, designadamente:

a) A factos referentes a assuntos profissionais conhecidos, exclusivamente, por revelação do cliente ou revelados por ordem deste;
b) A factos de que tenha tido conhecimento em virtude de cargo desempenhado na Ordem dos Advogados;
c) A factos referentes a assuntos profissionais comunicados por colega com o qual esteja associado ou ao qual preste colaboração;
d) A factos comunicados por coautor, corréu ou cointeressado do seu constituinte ou pelo respetivo representante;
e) A factos de que a parte contrária do cliente ou respetivos representantes lhe tenham dado conhecimento durante negociações para acordo que vise pôr termo ao diferendo ou litígio;
f) A factos de que tenha tido conhecimento no âmbito de quaisquer negociações malogradas, orais ou escritas, em que tenha intervindo.

2 — A obrigação do segredo profissional existe quer o serviço solicitado ou cometido ao advogado envolva ou não representação judicial ou extrajudicial, quer deva ou não ser remunerado, quer o advogado haja ou não chegado a aceitar e a desempenhar a representação ou serviço, o mesmo acontecendo para todos os advogados que, direta ou indiretamente, tenham qualquer intervenção no serviço.

3 — O segredo profissional abrange ainda documentos ou outras coisas que se relacionem, direta ou indiretamente, com os factos sujeitos a sigilo.

4 — O advogado pode revelar factos abrangidos pelo segredo profissional, desde que tal seja absolutamente necessário para a defesa da dignidade, direitos e interesses legítimos do próprio advogado ou do cliente ou seus representantes, mediante prévia autorização do presidente do conselho regional respetivo, com recurso para o bastonário, nos termos previstos no respetivo regulamento.

5 — Os atos praticados pelo advogado com violação de segredo profissional não podem fazer prova em juízo.

6 — Ainda que dispensado nos termos do disposto no n.º 4, o advogado pode manter o segredo profissional.

7 — O dever de guardar sigilo quanto aos factos descritos no n.º 1 é extensivo a todas as pessoas que colaborem com o advogado no exercício da sua atividade profissional, com a cominação prevista no n.º 5.

8 — O advogado deve exigir das pessoas referidas no número anterior, nos termos de declaração escrita lavrada para o efeito, o cum-

primento do dever aí previsto em momento anterior ao início da colaboração, consistindo infração disciplinar a violação daquele dever."

Também o Código de Deontologia dos Advogados Europeus(ª) dedica especial atenção ao segredo profissional que, não só encontra amplo destaque no que diz respeito à sua inserção sistemática — está inserido na secção de Princípios Gerais —, como também é objecto de ampla proteção, à semelhança do que sucede, aliás, com o disposto no EOA. Transcrevem-se infra as respectivas normas:

"2 — Princípios gerais (…)
2.3. — Segredo profissional

2.3.1. — É requisito essencial do livre exercício da advocacia a possibilidade do cliente revelar ao advogado informações que não confiaria a mais ninguém, e que este possa ser o destinatário de informações sigilosas só transmissíveis no pressuposto da confidencialidade. Sem a garantia de confidencialidade não pode haver confiança. O segredo profissional é, pois, reconhecido como direito e dever fundamental e primordial do advogado.

A obrigação do advogado de guardar segredo profissional visa garantir razões de interesse público, nomeadamente a administração da justiça e a defesa dos interesses dos clientes. Consequentemente, esta obrigação deve beneficiar de uma protecção especial por parte do Estado.

2.3.2. — O advogado deve respeitar a obrigação de guardar segredo relativamente a toda a informação confidencial de que tome conhecimento no âmbito da sua actividade profissional.

2.3.3. — A obrigação de guardar segredo profissional não está limitada no tempo.

2.3.4. — O advogado exigirá aos membros do seu pessoal e a todos aqueles que consigo colaborem na sua actividade profissional, a

(ª) Versão Oficial Portuguesa. Deliberação n.º 2511/2007 OA (2.ª série), de 27 de Dezembro de 2007 / Ordem dos Advogados. Conselho Geral. — Aprova a tradução na língua portuguesa do Código de Deontologia dos Advogados Europeus, originalmente adoptado na sessão plenária do Conseil des Barreaux européens (CCBE) de 28 de Outubro de 1988 e subsequentemente alterado nas sessões plenárias do CCBE de 28 de Novembro de 1998, de 6 de Dezembro de 2002 e de 19 de Maio de 2006.

observância do dever de guardar segredo profissional a que o próprio está sujeito."

Como está bom de ver, dada a vasta abrangência e elevada importância deste pilar fundamental da advocacia, o advogado que paute a sua conduta profissional pelas normas deontológicas da profissão, deve dedicar ao segredo profissional observância rigorosa, atenção cuidada e respeito absoluto.

Mas estará subjacente a este extremo rigor na observação do sigilo profissional um valor absoluto que justifique, em qualquer caso, uma impossibilidade do seu levantamento ou uma inaceitabilidade da sua quebra?

A resposta não pode senão ser negativa, sob pena de resultar de tão rígida e intransigente perspectiva, um sistema jurídico desfasado do sistema de valores que o iluminam.

Todavia, atentas as finalidades do segredo profissional — que se estendem muito para além da protecção do próprio profissional ou do seu confidente, incluindo também a própria protecção da justiça e da confiança nela depositada pela sociedade — não pode também defender-se um sistema excessivamente permissivo neste domínio.

É, portanto, necessário descortinar o mais adequado ponto de equilíbrio entre os valores conflituantes em causa, tarefa que não se afigura fácil.

Como responde então o nosso sistema jurídico a esta questão?

Da seguinte forma: apenas se admite o afastamento do sigilo profissional do advogado em duas situações — ou por autorização do Presidente do Conselho Regional da Ordem dos Advogados (dispensa de sigilo), ou por decisão de Tribunal Superior (quebra de sigilo).

Analisemos então, resumidamente, estes dois incidentes e os correspondentes requisitos, começando pela dispensa de sigilo.

4. A dispensa do sigilo profissional por decisão da Ordem dos Advogados

Por forma a analisar o incidente da dispensa de sigilo profissional é necessário atentar — para além dos n.os 4 e 6 do já *supra* citado art. 92.º do EOA — no Regulamento de Dispensa de Segredo Profissional da Ordem dos Advogados (RDSP) (Regulamento n.º 94/2006 OA, de 25 de Maio de 2006).

Em primeiro lugar, deve referir-se que a dispensa de sigilo profissional apenas se considera permitida quando for *"inequivocamente necessária para a defesa da dignidade, direitos e interesses legítimos do próprio advogado, cliente ou seus representantes"*, assumindo, por isso mesmo, *"carácter de excepcionalidade"*. É isto mesmo que expressamente referem os n.os 1 e 2 do art. 4.º do RDSP.

Quanto ao procedimento, refira-se que o pedido de autorização para a revelação de informação sujeita a segredo profissional — tal como definida nos termos do art. 92.º do EOA *ex vi* art. 1.º RDSP — deve ser dirigido, pelo próprio advogado requerente, ao Presidente do Conselho Distrital da área geográfica correspondente ao seu domicílio profissional, cabendo a este, após apreciação livre dos elementos do processo, aferir da *"essencialidade, actualidade, exclusividade e imprescindibilidade do meio de prova sujeito a segredo"* (arts. 3.º, n.º 3 e 4.º, n.º 3 do RDSP), autorizá-lo ou decidir pelo indeferimento (art. 2.º, n.os 1 e 2 do RDSP).

Não surpreende, portanto, que, para possibilitar uma tomada de decisão o mais informada, compreensiva e exacta possível, o requerimento de levantamento de sigilo deva ser exaustivamente fundamentado e, no caso de ter por finalidade a prestação de declarações no âmbito de um processo judicial, ser apresentado com antecedência para que seja devidamente apreciado em tempo útil, salvo em situações — também elas devidamente fundamentadas — urgentes e excepcionais (art. 3.º, n.os 1, 2 e 4 e art. 9.º do RDSP).

Em caso de indeferimento do pedido de dispensa de sigilo profissional, o requerente pode recorrer para o Bastonário, nos termos dos n.os 1 e 2 do art. 6.º do RDSP e do n.º 1 do art. 7.º do mesmo diploma. Tal recurso tem como condições de admissibili-

dade — para além da tempestividade, legitimidade e admissibilidade material previstas no n.º 3 do art. 8.º do RDSP — a motivação e a apreciação prévia pelo Presidente do Conselho Distrital dos factos aí alegados, excepção feita aos factos supervenientes ao próprio recurso (arts. 7.º, n.º 2 e 8.º, n.º 5 do RDSP).

Finalmente, atentemos nos efeitos da decisão.

Em caso de deferimento do requerimento de dispensa de sigilo profissional — decisão que é irrecorrível, nos termos do n.º do art. 5.º do RDSP —, o advogado poderá, ainda assim, atento o princípio da independência que guia o exercício da advocacia (arts. 81.º, n.º 1 e 89.º do EOA), optar por manter o referido sigilo (art. 92.º, n.º 6 do EOA). Pelo contrário, a decisão de indeferimento é vinculativa, devendo o advogado observá-la, restando-lhe, caso com ela não se conforme, da mesma recorrer nos termos e com os fundamentos *supra* referidos (art. 5.º, n.º 1 e 6.º a 8.º do RDSP) ou, cumpridos os requisitos aí estabelecidos, tirar proveito de um eventual incidente de quebra de sigilo por decisão de tribunal superior.

É este incidente que passaremos a analisar, não sem antes referir que, de acordo com o art. 10.º do RDSP, os casos omissos e as dúvidas suscitadas na aplicação do mesmo Regulamento deverão ser resolvidos pelo Conselho Geral.

5. A quebra do sigilo profissional por imposição de Tribunal Superior

Casos existem em que a manutenção do segredo profissional do advogado impossibilita a descoberta da verdade, não permite realizar a justiça — especialmente tratando-se de crimes graves — e compromete a protecção de bens jurídicos fundamentais. Sucede que, nestes casos, e apenas nestes, justifica-se, cumpridos ainda assim certos requisitos, a abertura de um incidente de quebra de sigilo. A este respeito, cumpre atentar novamente no art. 135.º do CPP (ver *supra*) e analisar todo o incidente da escusa de segredo e, ainda, mais especificamente, o incidente da quebra de segredo por imposição de tribunal superior.

Vamos por partes.

O incidente de escusa de sigilo profissional tem duas grandes dimensões — ou fases, de acordo com a sua sequência temporal:

i) a legitimidade da escusa (art. 135.º, n.º 2 do CPP);

ii) a justificação da escusa (art. 135.º, n.º 3 do CPP) (esta, consubstanciando a verdadeira questão da quebra do sigilo profissional — ver Ac. do TC n.º 7/87, Relator: Conselheiro MÁRIO DE BRITO).

A separação destas duas dimensões assume, desde logo, um carácter funcional. É a autoridade judiciária perante a qual se suscita o incidente da escusa que tem competência para, concluindo pela ilegitimidade, ordenar ou requerer ao tribunal de primeira instância que ordene a prestação de depoimento.

É, no entanto, o Tribunal Superior — ou, no caso de o incidente ter sido suscitado perante o Supremo Tribunal de Justiça, o pleno das secções criminais — que detém a competência para julgar da justificação da escusa([b]).

Todavia, em momento anterior ao de decidir da legitimidade da escusa, deve a autoridade judiciária proceder às *"averiguações necessárias"* a essa decisão (art. 135.º, n.º 2 CPP). É neste conjunto de diligências que se inclui a audição do "*organismo representativo da profissão relacionada com o segredo profissional em causa"* (art. 135.º, n.º 4) — neste caso a Ordem dos Advogados —, *"nos termos e com os efeitos previstos na legislação que a esse organismo seja aplicável"* — como acima se deixou dito, nos termos do art. 92.º do EOA e do RDSP.

Resulta, portanto, do acima exposto que a decisão do juiz acerca da legitimidade da escusa de sigilo profissional é uma decisão essencialmente formal, isto é, para além de pressupor a consulta da OA — no caso da escusa de segredo profissional de advo-

---

([b]) Ver Acórdão de fixação de jurisprudência n.º 2/2008 do Supremo Tribunal de Justiça (13.02.2008; Proc. n.º 894/07 — 3.ª Secção; Eduardo Maia Figueira da Costa (relator); DR 63 SÉRIE I de 2008-03-31). Apesar de fixada a propósito do sigilo bancário, esta jurisprudência é válida para os vários tipos de segredo referidos no art. 135.º, n.º 1 do CPP, à exceção do segredo religioso, nos termos do n.º 5 do mesmo artigo.

gado — é baseada no cumprimento de critérios que constam do próprio estatuto profissional em causa e restantes normas deontológicas apropriadas([c]).

Pelo contrário, a decisão do tribunal superior acerca da quebra do sigilo profissional é essencialmente material, na medida em que se reporta à justificação da escusa e não à sua legitimidade. Rege a este respeito o art. 135.º, n.º 3 do CPP, que elenca como critério maior de decisão *"o princípio da prevalência do interesse preponderante",* concretizando este princípio em três elementos:

i*) *"a imprescindibilidade do depoimento para a descoberta da verdade", isto é, não se quebrando o segredo profissional — seja pelo não depoimento do advogado, seja pelo seu depoimento apenas relativo a factos não cobertos pelo segredo profissional — não é possível aceder à verdade material;

ii*) *"a gravidade do crime", isto é, o crime em causa deve ser suficientemente grave que justifique a violação da confidencialidade consubstanciada pela quebra de segredo profissional. Mas como mensurar, neste contexto, a gravidade do crime? Avança a doutrina que, atenta a proximidade material do bem jurídico protegido nos dois preceitos, tal deve ser feito, num plano abstrato, de acordo com o padrão estabelecido pelo art. 187.º, n.º 1, al. *a*), isto é, definindo-se a pena de prisão superior, no seu máximo, a 3 anos, como a gravidade mínima justificativa de quebra de sigilo profissional (13). No entanto, tal análise deve ser complementada com uma aferição em concreto da gravidade do crime — isto é, atendendo ao circunstancialismo próprio da casuística, ao contexto de cada prática criminal

---

([c]) Portanto, é legítima a escusa requerida pelo advogado-estagiário, pelo advogado que exerce advocacia como profissional independente ou como advogado de empresa, a tempo inteiro ou em *part-time*, a título remunerado ou pro-bono, cumpridos que estejam os restantes requisitos do art. 92.º do EOA e do RDSP e obtido o parecer favorável do Presidente do Conselho Regional respetivo — ou do Bastonário, em caso de ter havido recurso. Já não será legítima a escusa requerida por profissional sem inscrição na OA, ou sempre que não estejam reunidos os requisitos do art. 92.º do EOA e do RDSP (13).

individualmente considerada e contextualizada —, que deve ser, evidentemente, considerado antes de decidir pela justificação da quebra.

iii) ***"a necessidade de protecção de bens jurídicos"***, isto é, o valor social dos bens jurídicos em crise, tal como eles são tutelados pelo direito penal, é tal que a sua protecção — por via da quebra do segredo profissional — constitui uma "necessidade social premente"([d]). Parece poder concluir-se, portanto, que, exceptuando aqueles casos em que se cause um impacto social manifesto, os crimes particulares dificilmente serão justificadores de quebra do segredo profissional. O mesmo poderá — ainda que apenas tendencialmente — dizer-se dos casos em que se encontre suficientemente indiciada a isenção de responsabilidade ou a extinção de procedimento criminal (13).

É, portanto, evidente que os critérios *supra* expostos são dificilmente dissociáveis, devendo, alternativamente, ser sopesados em conjunto pelo tribunal superior, de acordo com *"o princípio da prevalência do interesse preponderante"*, antes de decidir pela quebra de segredo profissional. Não optando o tribunal superior pela quebra do sigilo, os actos praticados pelo advogado em violação do segredo a que está adstrito não podem fazer prova em juízo.

Essencial, ainda, no âmbito do presente trabalho, é a relação entre o disposto no art. 135.º CPP e a deontologia profissional do advogado, isto é, entre a decisão judicial de quebra de segredo — a questão não deixa de se colocar também no âmbito da dispensa — e a pronúncia a esse respeito a ser necessariamente formulada pela OA — de acordo com as normas próprias, designadamente o RDSP —, enquanto *"organismo representativo da profissão"*.

([d]) Por remissão para a expressão *"(...) providência que, numa sociedade democrática, seja necessária (...)"* do art. 8.º, n.º 2 da Convenção Europeia dos Direitos do Homem (14,15).

Ora a este respeito, cumpre analisar duas vertentes: o momento e o sentido da pronúncia da OA. Quanto ao momento, a lei processual penal não deixa margem para qualquer dúvida. Comanda o n.º 4 do art. 135.º do CPP que a audição do *"organismo representativo da profissão relacionada com o segredo profissional em causa"* seja prévia à decisão. De outra forma não poderia ser, sob pena de se esvaziar de sentido a pronúncia daquele organismo.

Já quanto ao sentido da pronúncia, não basta a interpretação literal do mesmo art. 135.º, n.º 4 do CPP, já que este preceito, ao referir a expressão — "*nos termos e com os efeitos previstos na legislação que a esse organismo seja aplicável"* — não esclarece em absoluto a questão.

Sucede que, de acordo com a vasta maioria da jurisprudência([e]), o parecer da OA não pode, em caso algum, considerar-se vinculativo, cabendo a decisão final ao tribunal. Concorrem para esta interpretação, os princípios — constitucionalmente consagrados — da independência dos tribunais, do acesso ao direito e tutela jurisdicional efetiva e das garantias de processo criminal (arts. 2.º, 20.º, 32.º, n.º 1 e 203.º da CRP)([f]).

Numa posição intermédia, mas interessante, há quem considere que o parecer da OA, ainda que não tendo natureza vinculativa, é, no entanto, equiparado a um juízo pericial, juízo pericial esse que, apesar de não se encontrar totalmente subtraído à livre convicção devidamente fundamentada do julgador, tem uma especial força probatória só podendo ser contrariado com argumentos de igual natureza.

Sem prejuízo de voltarmos ao assunto, não pode, no entanto, deixar de expressar-se desde já que, apesar de *de iuri condito*, ser esta a solução suficientemente solidificada na nossa ordem jurí-

---

([e]) Por exemplo, Ac. do Supremo Tribunal de Justiça, de 21.04.2005, in CJ, Ac. do Supremo Tribunal de Justiça, XIII, 2,186, e Ac. do Tribunal da Relação de Guimarães, de 05.11.2007, *in* CJ, XXXII, 5, 289, que se reportam a casos em que a Ordem dos Advogados não tinha autorizado o depoimento, mas o tribunal ordenou o mesmo (13).

([f]) Bem como o disposto no art. 6.º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem, cuja epígrafe, "Direito a um processo equitativo" está diretamente relacionada com o exposto.

dica, *de iure condendo* não deverá, porventura, ser tão imediata assim a resposta (ver *infra*).

***

Vistos o regime geral do segredo profissional de advogado, bem como os requisitos e mecanismos da sua dispensa e quebra, importa sistematizar a informação apresentada. Com esse fito, atente-se na seguinte transcrição que, de forma esquemática e sucinta, bem resume as implicações práticas das principais particularidades do regime do segredo profissional de advogado:

"Portanto, a quebra de segredo profissional de advogado implica a conciliação do CPP com o EOA nos seguintes termos: quando instado pelo Ministério Público ou pelo juiz a prestar depoimento, o advogado deve de imediato colocar a questão ao presidente do conselho [regional] respetivo.

a. Se o presidente não autorizar a quebra, o advogado deve escusar-se a depor com base no segredo, competindo ao tribunal decidir da legitimidade e ao tribunal superior decidir da justificação da escusa;

b. Se o presidente autorizar a quebra, o advogado tem três opções:

i. ou prestar depoimento;
ii. ou manter o segredo profissional, competindo ao tribunal decidir da legitimidade e ao tribunal superior decidir da justificação da escusa;
iii. ou recorrer para o bastonário:

1. se este deferir o recurso, o advogado deve escusar-se, competindo ao tribunal decidir da legitimidade e ao tribunal superior decidir da justificação da escusa;

2. Se este indeferir o recurso, o advogado pode prestar depoimento ou manter ainda o segredo profissional, competindo, neste caso, ao tribunal decidir da legitimidade e ao tribunal superior decidir da justificação da escusa" (13).

6. Apreciação crítica global e respectivas conclusões

Como acima se deixou dito, o segredo profissional do advogado tem por finalidade proteger, não apenas os interesses individuais do advogado, mas também — e principalmente — o exercício da advocacia, o sistema de justiça e o Estado de Direito. Torna-se, pois, fundamental, instituir, preservar e fortalecer um sistema normativo que confira uma verdadeira e ampla protecção à confiança que os cidadãos depositam nos advogados que consultam ou a quem confiam o patrocínio judicial.

Ora, o exercício do patrocínio e da defesa — bem como as imunidades do advogado — são direitos e interesses constitucionalmente garantidos, que não o são em defesa do advogado e da advocacia, mas, essencial e principalmente, em defesa do cidadão, procurando garantir, também por essa via, que a informação que chega ao sistema da Administração de Justiça seja o mais condizente com a realidade dos factos e, portanto, verdadeira.

A génese do segredo profissional — bem como o fundamento essencial que lhe está subjacente — radica, por um lado, no princípio da confiança, e, por outro, na natureza social da função forense.

Portanto, o dever de guardar segredo é, simultaneamente, pressuposto e contrapartida da confiança depositada no advogado pelo seu cliente, pelos seus pares e pela própria ordem jurídica. Esta relação umbilical entre sigilo profissional e confiança é, de facto, indissociável ou, como muito bem indica alguma doutrina: *"não é concebível patrocínio sem que lhe assista, quer a confiança do cliente, quer o sigilo do advogado. Confiança e sigilo são as duas faces da mesma relação"* (16).

Ora, atento o carácter fundamental e abrangente do segredo profissional, resulta evidente que o que está verdadeiramente em causa não são apenas os interesses privados dos implicados na casuística, mas também os interesses públicos — de inestimável valor — que, na sua concretização na esfera da advocacia, subjazem ao sistema de justiça e ao Estado de Direito. Portanto, o segredo profissional está *"directamente ligado à função do advogado como servidor da Justiça. Ao reconhecer a honra, dignidade e eminente*

função da advocacia (...) a lei reconhece, do mesmo passo, a natureza pública da profissão" (12).

Convém — e cumpre dizê-lo claramente — não subestimar a natureza pública dos interesses em causa na proteção do segredo profissional do advogado.

Mais, tal natureza não resulta apenas de uma análise minimamente atenta do sistema de justiça mas, constate-se, resulta também — e expressamente — da própria CRP. Senão vejamos.

No art. 20.º, n.º 2, a Lei Fundamental consagra o direito de todos os cidadãos se fazerem *"acompanhar por advogado perante qualquer autoridade"*. Já no art. 208.º, a CRP determina que *"a lei assegura aos advogados as imunidades necessárias ao exercício do mandato e regula o patrocínio forense como elemento essencial à administração da justiça"*.

Não restam dúvidas, portanto, que o direito-dever de segredo profissional, enquanto corolário, pressuposto e contrapartida do exercício da advocacia é incisiva e decisivamente protegido e tutelado pela via constitucional.

Consequentemente, a defesa da natureza pública da advocacia — cujas imunidades de exercício estão, como vimos, constitucionalmente protegidas — é também prosseguida pela própria Lei n.º 62/2013, de 26 de Agosto (Lei da Organização do Sistema Judiciário — LOSJ), que, no seu art. 13.º, n.º 2, al. *a*), reconhece, legitima e reforça o direito à protecção do segredo profissional, enquanto garantia do advogado.

Portanto, qualquer interpretação que transforme ou vise transformar, desvirtuando, o segredo profissional numa mera prerrogativa do advogado ou num mero direito individual, perde de vista o seu principal fundamento. É que, como bem indica o seminal Parecer do Conselho Geral da OA de 24.03.1954, o sigilo profissional: *"não é instituído nem funciona apenas na protecção e defesa dos interesses meramente individuais, mas com carácter genérico e de bem maior amplitude"* (Parecer do Conselho Geral de 24.03.1954, Dr. Eduardo Figueiredo (relator), em Revista da Ordem dos Advogados, 14 a 16, p. 324).

Estabelecidos que estão a natureza, o papel e a importância do segredo profissional do advogado, importa também perceber os

seus contornos e fronteiras, aferir os seus limites, enfim, discutir o seu valor absoluto ou relativo.

Trata-se, pois, de compreender que existem princípios fundamentais a respeitar em qualquer caso de libertação, dispensa ou quebra de sigilo profissional, sob pena de total arbitrariedade nas decisões e da completa falta de proteção da confiança na advocacia e da intimidade da vida privada.

Para efeitos de análise dos limites do segredo profissional, centremo-nos nas situações processuais penais que, porventura, melhor permitirão aferir — e testar — esses mesmos limites: o depoimento do advogado como testemunha e o depoimento do advogado como arguido. Como acima já se deixou dito, a quebra do sigilo profissional não pode nunca ser encarada como uma mera "prerrogativa do advogado", uma mera decisão individual de prestar ou não depoimento em violação do segredo profissional a que está vinculado, pois tal vinculação visa, fundamentalmente, a proteção do cliente que confia informação ao advogado e confia no advogado para a proteger e, mais, está em causa a própria protecção do sistema de justiça.

Mas caminhemos ainda mais longe.

Acresce que nem o próprio consentimento do cliente, potencialmente lesado com essa quebra do sigilo, seria bastante para permitir a quebra de segredo e ilibar do sigilo a que está obrigado o depoente / advogado, que — falando sem autorização da OA ou ao abrigo de decisão de tribunal superior —, depõe em violação do segredo profissional a que se encontra adstrito.

Se assim não fosse, perder-se-ia de vista, de forma inaceitável, a natureza e a função social do segredo profissional — de manifesto interesse público —, não podendo tal natureza ser contrariada pelo facto de o advogado ser, por exemplo, simultaneamente, testemunha ou até mesmo arguido.

Poder-se-ia porventura defender que, neste último caso de o advogado assumir o estatuto processual de arguido, o seu direito de defesa — previsto e garantido por via, designadamente do art. 32.º, n.º 1 da CRP — sempre deverá prevalecer sobre o disposto na ordem jurídica portuguesa a propósito do segredo profissional. Isto é, estando em causa os direitos de defesa do advogado, este poderá

quebrar o segredo profissional a que está adstrito, sem necessidade de consultar a OA ou aguardar por decisão de tribunal superior. É diferente a nossa opinião.

Evidentemente que, no seu posicionamento e comparando os valores relativos das disposições em causa — designadamente, o art. 32.º, n.º 1 da CRP e o art. 92.º, n.º 4 do EOA — não pode senão concluir-se pelo superior valor da disposição constitucional. Todavia, tal análise não pode efectuar-se isoladamente, esquecendo todos os outros preceitos relevantes — alguns dos quais também de natureza constitucional — e o próprio espírito do sistema jurídico. Portanto, relembrando e sistematizando o que acima já se deixou dito, a própria CRP prevê que *"a lei assegura aos advogados as imunidades necessárias ao exercício do mandato e regula o patrocínio forense como elemento essencial à administração da justiça"* (art. 208.º).

Por outro lado, é a própria CRP que garante o acesso ao direito e tutela jurisdicional efetiva (art. 20.º), sendo evidente — e já expressa supra — a relação entre este direito e a garantia e a proteção do segredo profissional.

Acresce ainda que *"a todos são reconhecidos os direitos à identidade pessoal, ao desenvolvimento da personalidade, à capacidade civil, à cidadania, ao bom nome e reputação, à imagem, à palavra,* ***à reserva da intimidade da vida privada*** *e familiar e à protecção legal contra quaisquer formas de discriminação.*" (art. 26.º, n.º 1 da CRP).

Mais, não precisamos sequer de nos afastarmos do mesmo art. 32.º para apreender a importância constitucional do segredo profissional no exercício da advocacia — para não falar da importância desta última, bem entendido. Diz o mesmo art. 32.º da CRP, no seu n.º 3 que *"o arguido tem direito a escolher defensor e a ser por ele assistido em todos os actos do processo, especificando a lei os casos e as fases em que a assistência por advogado é obrigatória"*. E, adianta o n.º 8 do mesmo artigo que *"são nulas todas as provas obtidas mediante tortura, coacção, ofensa da integridade física ou moral da pessoa,* ***abusiva intromissão na vida privada, no domicílio, na correspondência ou nas telecomunicações****"*.

Ora, feita a ponderação global das disposições e valores em causa, bem como do seu enquadramento no sistema normativo, resulta claro de tudo o exposto que a necessidade de dispensa de sigilo ou da quebra de sigilo para a prestação de depoimento e para a valoração desse meio probatório, não pode ser afastada, nem mesmo no caso de o advogado ser arguido no processo. É isso mesmo que a lei confirma, designadamente nos n.os 5 e 6 do art. 92.º do EOA, cominando com nulidade — e consequente inadmissibilidade como meio de prova — as declarações do arguido em violação do segredo profissional. É isso também que a própria LOSJ pretende alcançar ao consagrar o direito à protecção do segredo profissional do advogado.

Não pode, portanto, fazer prevalecer o interesse pessoal do advogado depoente, ainda que de natureza fundamental, na medida em que o exercício do patrocínio e a defesa das imunidades do advogado são, também, direitos e interesses constitucionalmente garantidos e, mais, se violados, podem pôr em causa também direitos e interesses individuais e da mesmíssima natureza, igualmente legal e constitucionalmente protegidos, designadamente o direito à intimidade da vida privada e os direitos à defesa de terceiros e mesmo de co-arguidos.

Mais, os interesses em causa, são protegidos não só na defesa do advogado, mas, também, e, essencialmente, na defesa de todo e qualquer cidadão que a ele recorre ou poderá vir a recorrer, confiando na sua confidencialidade. Só depositando nele absoluta confiança o seu cliente lhe poderá revelar toda a verdade. Só conhecendo toda a verdade pode o advogado exercer o seu papel fundamental na administração da justiça. Só uma justiça onde todos os intervenientes desempenham o seu papel no mais absoluto respeito pelos deveres deontológicos a que estão adstritos pode servir os cidadãos, ser verdadeiramente garantística e, em última análise, prosseguir — e não frustrar — os seus fins, inclusive aqueles que estão plasmados no próprio art. 32.º, n.º 1 da CRP.

Poder-se-ia, num esforço de compromisso meramente aparente, entender que o art. 135.º do CPP apenas seria aplicável quando o advogado depõe como testemunha, aceitando que, no caso do depoimento enquanto arguido, sempre prevaleceria o seu

direito à defesa, caso este quisesse prestar declarações sobre factos sujeitos a sigilo(g).

Não nos parece, ainda assim, que tal esforço resulte numa solução equilibrada. Sem querer repetir o que já se deixou dito, atente-se que o próprio art. 140.º do CPP, relativo às declarações do arguido, remete, em nossa opinião, de forma genérica, para as disposições relativas à prova testemunhal.

No entanto, ainda que assim se não entenda, sempre se deve reforçar que a defesa da manutenção do dever/direito de sigilo profissional é, essencialmente, a prossecução de um interesse público basilar e de inegável importância para o equilíbrio de uma sociedade livre e democrática. E pode expandir-se esta análise a uma perspectiva mais ampla ainda.

Os poderes do Estado não podem, em circunstância alguma, estender-se ilimitada e abusivamente ao ponto de exigirem, ou permitirem, de forma injustificada ou arbitrária, a violação do segredo profissional e a consequente quebra da confiança dos cidadãos nos seus advogados.

Esta conclusão mantém-se, independentemente de o advogado ser mandatado ou oficioso, patrono ou defensor, consulente ou confidente. Subsiste ainda, seja o advogado queixoso, testemunha ou arguido.

Se assim não fosse, poderia incorrer a sociedade, por intermédio do Estado, numa possível deriva securitária que permitisse, entre outras coisas, a obtenção de confissões por interposta pessoa, a violação do direito à intimidade, negando aos cidadãos a verdadeira liberdade que mais amplamente pretenderia proteger e, não despiciendo, a real e efectiva possibilidade de se fazerem aconselhar, de se defenderem e de se representarem em juízo, garantindo, efectivando e protegendo o verdadeiro Estado de Direito Democrático.

É a própria Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (CDFUE) — que condensa os valores, liberdades e princípios constitucionais dos seus Estados Membros — que estatui o que

---

(g) Garantido que está, sempre, o seu direito ao silêncio, por força dos arts. 61.º, n.º 1, al. *d*) e 343.º do CPP.

acaba de se dizer, ao prever, no terceiro parágrafo do art. 47.º, que toda a pessoa tem a possibilidade de se fazer aconselhar, defender e representar em juízo.

Ora, como efectivar esse direito na ausência de um sistema normativo que não fomente, proteja e fortaleça a absoluta confiança dos cidadãos nos seus advogados? Tal é evidentemente impossível.

Assim sendo, não poderá nunca o sistema jurídico promover, ou sequer tolerar, que, quando pressionados pelas circunstâncias — seja quando inquirido como testemunha, seja, por maioria de razão, quando inquirido como arguido — o advogado possa, recorrendo apenas ao seu livre arbítrio, violar o segredo profissional a que está adstrito, colocando em crise, já não apenas a sua, mas todas relações advogado-cliente, ao abrigo das quais deveriam ser confidenciados e confiados os actos ou estados psicológicos mais íntimos, na certeza de não esperar qualquer denúncia (17).

É que só é possível aconselhar-se quem conta a verdade e só pode aconselhar quem a protege. Estará alguém disposto a desvelar toda a informação relevante, suspeitando, duvidando ou temendo — porque do contrário não tem garantias — que o que disser ou mostrar não está sujeito ao mais rigoroso e absoluto sigilo? É difícil antecipar-se resposta positiva a esta questão e, mesmo que assim não fosse, qual a garantia de que uma sociedade assente em tal incerteza seria mais livre e mais justa? Certamente nenhuma suficientemente tranquilizadora.

Não pode, portanto, ser um critério próprio e individual a determinar a quebra de sigilo, sob pena de completo desrespeito pelo papel do advogado e, pior, pelos cidadãos e pela justiça.

Para se levantar ou quebrar o sigilo profissional, torna-se, portanto, absolutamente fundamental levar a cabo uma ponderação de interesses — individuais e supra individuais — que será tanto mais precisa e justa, quanto feita por uma entidade terceira competente, isto é, capacitada através de um profundo conhecimento das variáveis em apreço e das implicações da decisão. Tal entidade terceira deverá ser — é a própria lei que o determina — o organismo de representação profissional ou o Tribunal que, atentas as circunstâncias do caso concreto, aferirá se a dispensa de sigilo é *"absoluta-*

mente necessário para a defesa da dignidade, direitos e interesses legítimos do próprio advogado" ou se tal situação de quebra de sigilo se mostra *"justificada face às normas e princípios aplicáveis da lei penal, nomeadamente ao princípio da prevalência do interesse preponderante"*.

Sem prejuízo de mantermos em vista o cerne temático deste trabalho, não pode, no entanto, deixar de voltar a referir-se aqui, ainda que de forma muitíssimo resumida, a questão da (não) vinculatividade do parecer da OA que negue o levantamento de sigilo. Como já acima se deixou dito, apesar de *de iuri condito* estar suficientemente solidificada na nossa ordem jurídica a não vinculatividade de tal parecer e a possibilidade de, consequentemente, o Tribunal Superior poder determinar a quebra de sigilo contra a opinião do organismo de representação profissional dos advogados, *de iure condendo* não deverá, porventura, ser tão evidente assim a resposta.

Residindo de facto na OA — porque é este segredo profissional que ora nos ocupa — a competência para melhor avaliar os requisitos específicos para a legitimidade da escusa de sigilo profissional dos advogados, não residirá também na OA a competência para melhor avaliar a justificação dessa escusa? Sem querer colocar em causa a independência dos tribunais, sempre se poderá dizer que esta não se afirma melhor quando aqueles se pronunciam sobre matérias cujo escopo está melhor entregue ao conhecimento especializado. Será a OA capaz de ponderar o preenchimento dos requisitos legais e apreciar o contexto específico de cada caso? A resposta não pode senão ser afirmativa. Não terá o segredo profissional também uma relação umbilical com o princípio constitucional do acesso ao direito e à tutela jurisdicional efetiva? Evidentemente que sim, já o dissemos e reafirmamos.

Sem privacidade e confidencialidade, sem protecção do segredo profissional, não é ao direito e à justiça que acedem os cidadãos, mas sim a um qualquer outro sistema paralelo onde, sob o atraente epitomo da total — mas meramente formal, aparente e hipócrita — transparência, não impera a verdade nem a honestidade, perdida que fica, como dano colateral, a confiança dos cidadãos na confidencialidade da sua relação com os seus advogados.

***

Concluindo, o segredo profissional — consagrado, protegido e delimitado, designadamente, pelos arts. 92.º da EOA, art. 2.º, ponto 2.3 do Código de Deontologia dos Advogados Europeus, RDSP da OA e art. 13.º, n.º 2, al. *a*) da LOSJ — é um pilar deontológico fundamental do exercício da advocacia. A sua importância radica na estreita relação com os princípios da independência e liberdade do advogado, bem como na confiança que neste é depositada pelos cidadãos num Estado de direito democrático, enquanto agente fundamental ao serviço da administração da justiça.

É, portanto, por isso também que a defesa da manutenção do sigilo profissional, até que seja dele o advogado dispensado ou ordenada a sua quebra, encontra respaldo constitucional nos arts. 20.º, 26.º, n.º 1, e 208.º da CRP, na medida em que a lei assegura aos cidadãos o direito à intimidade da sua vida privada e à informação e à consulta jurídicas e, em consequência, aos advogados as imunidades necessárias ao exercício do mandato forense.

É por isso também, atento o alcance e a verdadeira natureza do patrocínio judiciário, que deve invocar-se a este respeito o disposto no terceiro parágrafo do art. 47.º da CDFUE, quando aí se afirma que toda a pessoa tem a possibilidade de se fazer aconselhar, defender e representar em juízo, implicando esta prescrição que tal apenas é verdadeiramente realizável quando se faz assentar na verdade e na confiança a relação entre o advogado e o seu cliente, específica e genericamente considerados. Isto é, o segredo profissional do advogado, não poderá nunca ser entendido — sob pena de excessivo reducionismo — como uma mera expressão de um interesse individual de um advogado ou cliente específico. Pelo contrário, o segredo profissional do advogado é, essencialmente, o corolário da prossecução de um interesse público característico de uma sociedade livre e democrática e de uma multiplicidade de interesses privados, merecedores de condizente protecção (18).

Portanto, atenta a sua vital relevância, apenas é legalmente admitida a quebra ou a dispensa de segredo profissional em duas situações: por decisão de Tribunal Superior (quebra de sigilo) ou

por autorização do Presidente do Conselho Regional da Ordem dos Advogados (dispensa de sigilo), tal como dispõem os arts. 9.º, n.º 4 do EOA, 4.º, n.os 1 e 2 do RDSP e 135.º, n.º 3 e n.º 4 do CPP.

Pelo contrário, a violação do segredo profissional de advogado, após mera decisão individual, desconsiderando ou não suscitando sequer a intervenção, consoante os casos, da OA ou do Tribunal, significa desvitalizar os direitos de aconselhamento e de defesa e, enfim, condenar ao definhamento a consulta jurídica e o patrocínio judiciário.

Caberá, portanto, no caso específico da decisão de quebra do dever de sigilo por imposição do tribunal (cfr. art. 135.º do CPP) depois de ouvida a Ordem dos Advogados, levar a cabo uma ponderação de todos os interesses em causa, realizando uma apreciação holística e, simultaneamente, proporcional, não perdendo nunca de vista o papel fundamental da advocacia na administração da justiça num Estado de direito democrático, iluminado pelos princípios da legalidade, da igualdade e da liberdade.

Acresce que, como se disse no início deste trabalho, tal ponderação de interesses torna-se mais difícil, complexa e laboriosa quando compreendemos que as fronteiras entre as esferas pública e privada dos cidadãos variam significativamente dependendo do seu contexto histórico, social, político, económico, biológico, ou, para utilizar o termo mais holístico, antropológico.

Compreender, neste incerto contexto, onde reside o verdadeiro foco de tensão entre o direito à confidencialidade e o interesse público — não perdendo de vista que, muitas vezes, estes são conceitos sinérgicos e não antagónicos — esbarra ainda na derradeira dificuldade em definir e delimitar, adequada e precisamente, a noção de interesse público, conceito em grande medida indeterminado, poroso e dinâmico.

Todavia, convém, ainda assim, reter que, não obstante toda e qualquer evolução, transmutação e convolução do conceito de interesse público, dificilmente se poderá enquadrar no seu âmbito a mera curiosidade, a ingerência gratuita ou o voyeurismo, tão em voga nalguns sectores das sociedades contemporâneas. Portanto, não pode, de todo — como esperamos que este trabalho tenha ajudado a ilustrar e demonstrar — dizer-se que os direitos à privaci-

dade e à confidencialidade foram esquecidos, apagados ou, pura e simplesmente, esvaziados de sentido prático.

Pelo contrário, é num contexto desafiante e, quiçá, ameaçador, que estes direitos se poderão afirmar como verdadeiramente fundamentais (8) e, em situações limite, causa de martírio pela proteção a todo o custo de um dever matriz da profissão (19).

A Justiça tem, portanto, um papel nuclear no necessário esforço colectivo de afirmação dos direitos à privacidade e à confidencialidade. Concretamente, a concretização destes direitos no âmbito da advocacia, encontra no segredo profissional um aliado vital, cuja preservação e fortalecimento permitirá, simultaneamente, robustecer a confiança dos cidadãos no sistema de justiça, deste nos seus agentes principais e de todos, num Estado de Direito mais livre, mais equilibrado e, enfim, mais justo.

"Em conclusão (20)***,***

Os poderes do Estado, ou os poderes dos Estados, não podem nunca estender-se ilimitada e abusivamente ao ponto de exigirem a violação do sigilo profissional e a quebra da confiança do cidadão no seu advogado — seja ele mandatado ou oficioso, patrono ou defensor ou simples consulente ou confidente — sob pena de infração à garantia legal inamovível contra as tentações securitárias e policiais de se obter confissão por interposta pessoa e de violação do direito à intimidade, mas sobretudo sob pena de se negar ao cidadão a livre, real e efectiva possibilidade de se fazer aconselhar, de se defender e de se representar em juízo".

7. Bibliografia

1. Warren, S.D., Brandeis, L.D., *The right to privacy.* Harvard Law Review. 4:193–220, 1890.
2. Franzen, J., *Imperial Bedroom.* The New Yorker, October 12, 1998.
3. Franzen, J., *How to be alone: Essays.* Picador, 2003.
4. McCreary, L., *What was privacy?* Harvard Business Review. 86:123–30, 142, 2008.
5. Moreira, V., Canotilho, J.J., *Constituição da República Portuguesa anotada: artigos 1.º a 107.º, vol. I.*, Coimbra Editora; 4.ª ed., 2007.
6. Fonseca, T.S., *Da tutela judicial civil dos direitos de personalidade — Um Olhar Sobre a Jurisprudência.* Revista da Ordem dos Advogados, 66, Jan. 2006.
7. Klitou, D., *Privacy, Liberty and Security — Safeguarding Privacy, Liberty and Security in the 21.st Century.* In Privacy-Invading Technologies and Privacy by Design. Springer. 2014.
8. Faria, P.L., Cordeiro, J.V., *Health data privacy and confidentiality rights: Crisis or redemption?* Revista Portuguesa de Saúde Pública. 3 2(2):123-133, 2014.
9. Beauchamp, T., Childress, J., *Principles of Biomedical Ethics.* Oxford University Press, 6.th Edition, 2009.
10. Araújo, M.A., *Normas sobre segredo: Direito Penal, Processual Penal e Administrativo. Dever jurídico e tutela.* Disponível em: <http://car lospintodeabreu.com/pt/text-0-0-4-138-algumas-normas-sobre-segredos-e-sigilos>.
11. Costa, O.G., *Direito Profissional do Advogado*. Almedina, 8.ª ed., 2015.
12. Arnaut, A., *Iniciação à Advocacia — História — Deontologia — Questões Práticas.* Coimbra Editora, 11.ª reimpressão, 2014.
13. Albuquerque, P.P., *Comentário do Código de Processo Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem.* Universidade Católica Editora, 4.ª ed., 2011.
14. Harris, D., O'Boyle, M., Bates, E.P., Buckley, C.M., *Law of the European Convention on Human Rights.* Oxford University Press, 3.th Edition, 2014.
15. Bar of Brussels, *Professional Secrecy of Lawyers in Europe.* Cambridge University Press, 2013.

16. Campos, C.S., *O Sigilo Profissional do Advogado e seus Limites*. Revista da Ordem dos Advogados, 48, Set. 1998.

17. Pires, C.L., *O advogado enquanto confidente necessário: entre o dever de sigilo e o "dever de justiça*. Disponível em: <http://carlospintodeabreu.com/pt/text-0-0-4-296-o-sigilo-profissional-do-advogado>.

18. Abreu, C.P., *Advocacia e Cidadania- responsabilidade social na promoção da igualdade.* Revista da Ordem dos Advogados, 67, Jan. 2007.

19. Santiago, Rodrigo, *Do crime de violação de segredo profissional no Código Penal de 1982*, Almedina, 1992.

20. Abreu, C.P., *Branqueamento de capitais — a experiência portuguesa e alguns suscitadas pela proposta da terceira Directiva.* Direitos Humanos — Cidadania e Igualdade. Principia, 2006.

COMPRANDO OS CANHÕES DE NAVARONE — UMA INTRODUÇÃO AO DIREITO DA CONTRATAÇÃO PÚBLICA NA DEFESA

Pelo Mestre Pedro Coutinho(1)

Sumário:

1. Objectivo. 2. Direito da contratação pública na defesa: porquê e para quê? 3. Âmbito de aplicação do conceito contratação pública na defesa. 4. O Decreto-Lei 104/2011. 5. Conclusão. Bibliografia.

1. Objectivo

O presente artigo tem, assumidamente, uma finalidade introdutória e pedagógica. Assim é nosso objectivo proceder a uma breve explicitação da *raison d'etre* da existência deste sector — largamente ignorado pela doutrina nacional, eventualmente por não ter no nosso país o relevo económico que tem noutros(2) —, e

---

(1) Mestre em Direito e doutorando pela Universidade Católica Portuguesa (Porto). Assistente convidado do Instituto Superior de Contabilidade e Administração do Porto. Email: <psgpcoutinho@gmail.com>.

(2) Tanto pelo reduzido valor dispendido pelo Estado em equipamento e desenvolvimento de material militar como pela existência de um número muito pequeno de empresas no sector. A título de exemplo, dados da Agência Europeia de Defesa, disponíveis para consulta em <http://www.eda.europa.eu/docs/default-source/documents/national-defence-data-2013—-27-eda-ms_updated.pdf>, revelam que em 2013 Portugal gastou 213 milhões

fornecer uma visão panorâmica do seu concreto âmbito de aplicação e principais especificidades.

2. Direito da contratação pública na defesa: porquê e para quê?

A primeira questão que abordaremos é a de saber por que razão existe um regime específico para a contratação pública na defesa.

Mesmo no seio da União Europeia, onde existe uma Política Europeia de Segurança e Defesa (anteriormente, PESC — Política Externa de Segurança Comum) as questões militares e de defesa, intrinsecamente ligadas à soberania individual de cada Estado, sempre permaneceram, precisamente por essa ligação umbilical, uma questão sensível e muito próxima de cada um deles. Aliás, o art. 346.º/1 alínea *b*) do TFUE (a que voltaremos oportunamente), reflecte precisamente essa realidade, ao consagrar uma excepção à aplicação dos Tratados no que diz respeito à produção e comércio de armas, munições e material de guerra, quando estejam em causa interesses essenciais do Estado-Membro.

É que, "a aquisição de bens e serviços destinados à Defesa Nacional abrange áreas da soberania restrita do estado e abrange mercados cujo funcionamento é largamente marcado por características de sigilo e necessidade de integração de juízos geopolíticos na decisão de contratação pública"([3]). Esta necessidade de sigilo em particular, faz com que as regras gerais da contratação pública, decorrentes da Directiva 2004/18, pautadas pelos princípios de transparência e concorrência, nem sempre (ou, no entender dos

---

de euros em procedimentos de contratação pública de compra de equipamentos, por contraste com os 955 milhões da Holanda e 481 da Grécia.

([3]) Marco Capitão Ferreira, *Contratação Pública no sector da defesa: O pacote de defesa europeia*, p. 96, *in Novas fronteiras da contratação pública*, coord. Eduardo Paz Ferreira, Coimbra, Coimbra Editora, 2014.

Estados-Membros, nunca) sejam adequadas à celebração de contratos no domínio da defesa.

Esta inadequação das regras gerais da contratação pública levou a que os Estados-membros invocassem constantemente a excepção prevista no art. 346.º/1 alínea *b*) do TFUE, subtraindo assim, na prática, a contratação pública na defesa à aplicação de quaisquer regras de contratação pública(4). Segundo BAUDOUIN HEUNINCKX, o Estados-membros jogaram um jogo de *"trick or treat?"*(5) com a Comissão com base na inadequação das regras gerais, deixado implícito que na ausência de regulação específica, continuariam a invocar a referida excepção(6).

Assim, e após um procedimento de consulta, surge a Directiva 2009/81 que "procura trazer a concorrência e a transparência para o campo dos mercados de contratação pública na defesa na União Europeia e mudar práticas de muitos anos, que viam a contratação pública na defesa como uma área de regulação que fugia à aplicação das regras da CE"(7). A Directiva tem em conta, ou pelo menos tenta ter, as especificidades da contratação pública na defesa acima expostas, como o revelam, por exemplo, vários dos seus considerandos: "Os equipamentos de defesa e de segurança são cruciais para a segurança e soberania dos Estados-Membros e, em simultâneo, para a autonomia da União Europeia. Por conseguinte, as aquisições de bens e serviços nos sectores da defesa e da segurança revestem-se com frequência de um carácter sensível." (considerando 8); "Desse carácter sensível decorrem requisitos especiais, nomeadamente nos domínios da segurança do abastecimento e da segurança da informação, que dizem respeito sobretudo às aquisições de armas, de munições e de material de guerra (…). (considerando 9); "Os contratos nos domínios da defesa e da segurança têm frequentemente informações classificadas que, por força

---

(4) Nesse sentido, TIM BRIGGS, *The new defence procurement directive*, Public Procurement Law Review, Num. 4, 2009, p. 130.

(5) Em português "Doçura ou travessura?"

(6) BAUDOUIN HEUNINCKX, *The EU Defence and Security Procurement Directive: trick or treat?*, Public Procurement Law Review, Num. 1, 2011, p. 9.

(7) ARIS GEORGOPOULOS, *The new Defence Procurement Directive enters into force*, Public Procurement Law Review, Num. 1, 2010.

das disposições legislativas, regulamentares ou administrativas em vigor no Estado-Membro em causa, devem, por razões de segurança, ser protegidas contra um acesso não autorizado." (considerando 20), para indicar apenas alguns.

Deve ainda, em sede do presente ponto, fazer-se alusão às respostas dos Estados-membros em sede do procedimento de consulta que antecedeu a Directiva 2009/81, por serem também relevante para ilustrar o *quid novi* da contratação pública na defesa. Nessa consulta, os Estado-Membro indicaram várias razões pelas quais consideravam desadequada a aplicação das regras da Directiva do sector público (então a Directiva 2004/18, entretanto revista e substituída pela Directiva 2014/24) e invocavam constantemente a excepção prevista no art. 346.º/1 alínea *b*) para a afastar. As principais causas foram identificadas como sendo as seguintes([8]):

— A desadequação do procedimento concursal com publicação no JOUE aos requisitos de confidencialidade;

— Os requisitos do procedimento de negociação eram demasiado limitados;

— Os critérios de selecção das propostas não incluíam condições respeitantes à segurança do abastecimento, confidencialidade e urgência;

— Não existiam disposições que permitissem melhorar o acesso ao mercado de pequenas e médias empresas;

— Não existia harmonização relativamente às contrapartidas.

Deixa-se já a indicação de que, com a excepção da matérias das contrapartidas, a Directiva cobre todos estes assuntos apontados pelos Estados-Membros.

Esta exposição levará, eventualmente, o leitor a questionar-se sobre o seguinte: se a defesa é uma área de competência dos

---

([8]) Cf. Baudouin Heuninckx, *The EU Defence*..., p. 10 e também Aris Georgopoulos, *The Commission's Green Paper on defence procurement*, Public Procurement Law Review, Num. 2, 2005.

Estados-Membros, se apresenta tais necessidades de confidencialidade, sigilo e sensibilidade, então por que razão procura a UE que exista sequer algum tipo de regime aplicável à contratação pública na defesa? A resposta a esta pergunta é que, nas palavras de MARTIN TRYBUS, "a defesa tem implicações comerciais, sociais e outras relacionadas com a Comunidade. A contratação pública na defesa, a concorrência *(anti-trust)*, o controlo de fusões e os auxílios de Estado (subsídios) e a igualdade de sexo nas forças armadas são exemplos. Existem bases legais para estes campos nos tratados"([9]).

Feito este enquadramento, estamos então em condições de prosseguir.

3. Âmbito de aplicação do conceito contratação pública na defesa

O termo que até aqui utilizámos, contratação pública na defesa, nada mais é do que uma designação genérica, que abarca qualquer compra de material de guerra([10]) por qualquer entidade estadual. No entanto, o âmbito de aplicação da Directiva está muito longe de coincidir, como agora veremos, com esta definição. De facto, pode desde já deixar-se um apontamento para dizer que muitas e muito importantes compras de bens e serviços no sector da defesa ficam de fora do âmbito de aplicação da Directiva 2009/81. Em verdade, podemos identificar três tipos de contratação pública no sector da defesa, que passaremos a identificar.

([9]) MARTIN TRYBUS, *European Union Law and defence integration*, Oxford, Hart Publishing, 2004, p. 198.

([10]) Definido pela decisão 255/58 do Conselho. A lista em causa é bastante extensa. No entanto, não deve ser vista como exaustiva, sobretudo tendo em conta que se trata de uma lista datada de 1958.

a. Fora do mercado

O primeiro tipo de contratação pública que aqui se identifica é aquela que ocorre fora do mercado. Esta diz respeito às exclusões previstas no art. 12.º da Directiva 2009/81.

A alínea *a*) da deste artigo exclui os contratos regidos por "Regras processuais específicas ao abrigo de um acordo internacional ou de disposições acordadas entre um ou mais Estados-Membros e um ou mais países terceiros." Ou seja, a situação, bastante comum, de um contrato celebrado entre dois Estados está excluída do âmbito da Directiva. Este tipo de contratação pode assumir um relevo muito grande, não só no que diz respeito ao número de contratos celebrados por esta via, como também pelo valor dos mesmos. Foi esta a via utilizada, por exemplo, para a aquisição para a Marinha Portuguesa, das fragatas da classe Karel Doorman (hoje Bartolomeu Dias), por 240 milhões de euros.

Por sua vez, a alínea *b*) exclui "Regras processuais específicas ao abrigo de um acordo internacional ou de uma disposição relativa ao estacionamento de tropas e respeitante a uma empresa de um Estado-Membro ou de um país terceiro". Será o caso, para dar um exemplo nacional, do acordo entre Portugal e os Estados Unidos para utilização da Base das Lages por estes últimos. Para ilustrar a importância desta exclusão, diga-se que a aquisição de um número muito significativo dos aviões F-16 da Força Aérea Portuguesa foi operada por esta via.

Por fim, a alínea *c*) exclui os contratos regidos por "Regras processuais específicas de uma organização internacional, que proceda a aquisições em seu benefício ou a contratos a adjudicar por um Estado-Membro em conformidade com essas regras." Também esta exclusão se reveste de grande importância. Para que isso se perceba, basta pensar na pertença a organizações internacionais de natureza militar (de entre as quais a NATO/OTAN será o melhor exemplo).

Em conclusão, estas são as situações em que "não se coloca, nem em abstracto, a aplicação de quaisquer regras de contratação pública"([11]).

([11]) Marco Capitão Ferreira, *ob cit*, p. 96.

b. No mercado, mas respeitante a interesses essenciais de segurança

O segundo tipo de contratação pública diz respeito aos contratos celebrados no mercado, mas em relação aos quais se verifica um interesse essencial de segurança. Como vimos, o art. 346.º/1 do TFUE permite derrogar a aplicação dos Tratados, e, portanto, das regras da contratação pública neste tipo de circunstâncias. Se bem que subsistam dúvidas sobre o real âmbito de aplicação desta excepção, e se é inequívoco que dela foi feito, no passado e por ventura ainda no presente, um uso abusivo, é apesar disso claro que existe um núcleo de contratos aos quais não são aplicáveis as regras da contratação pública (nem as específicas da defesa, nem, por maioria de razão as do sector público em geral), por se verificar em relação a eles um interesse essencial para a defesa do Estado-Membro, que poderia ser prejudicado pela divulgação de informação. Esta excepção, como vimos decorrente do TFUE, encontra-se também acolhida na alínea *a*) do art. 13.º da Directiva, que refere que esta não é aplicável "Aos contratos em relação aos quais a aplicação das regras da presente directiva obrigaria um Estado-Membro a facultar informações, cuja divulgação considera contrária aos interesses essenciais da sua própria segurança"([12]).

([12]) A nosso ver levanta-se a questão, que aqui não cabe desenvolver tendo em conta o âmbito do artigo, de saber se, como e em que termos é sindicável a invocação desta excepção por parte de um Estado-Membro (embora, diga-se, a Comissão entenda que sim, como resulta da *infra* referida Comunicação interpretativa sobre o art. 346.º TFUE, e que também o TUE afirmou no Acórdão Comissão contra Espanha, processo C-414/97). É que, caso não seja sindicável, corre-se o sério risco de um Estado obviar a aplicação das regras de contração pública na defesa (as poucas que são aplicáveis, em virtude do grande número de excepções), através da sistemática invocação desta excepção. Por outro lado, caso seja sindicável, um Estado poderá ver-se obrigado a divulgar (ainda que a um número limitado de pessoas e sob reserva de sigilo) uma informação, quando a principal função da excepção era a possibilidade de não divulgação dessa mesma informação. É que, para avaliar se a informação em causa era suscetível ou não de não divulgação, a UE terá que conhecer essa informação. Não resistimos a transcrever um diálogo da série *"Yes, Prime Minister"*, que ilustra bem o problema:

> "Bernard Woolley: But you only need to know things on a need to know basis!
>
> Sir Humphrey Appleby: I need to know everything! How else can I judge whether or not I need to know it?

A respeito da excepção do art. 346.º TFUE, um estudo de 2004 concluiu que a invocação desta levava a que mais de 50% da contratação pública no sector da defesa ocorresse à margem das regras Europeias sobre contratação pública([13]). Nesse sentido, e tentando obstar à eventual invocação abusiva a que já aludimos, a Comissão Europeia emitiu, ainda num estádio prévio à Directiva, a Comunicação Interpretativa 2006/779, procurando clarificar qual o concreto âmbito de aplicação então art. 296.º, hoje art. 346.º. Dessa Comunicação, há que destacar os seguintes pontos([14]):

— A Comissão referiu que, não obstante ter sido até então vista como tal, a excepção não se tratava de uma excepção automática sempre que estivesse em causa a compra de material de guerra;

— Reconheceu que o artigo em causa proporciona aos Estados-membros uma grande discricionariedade na avaliação das medidas necessárias à protecção de um interesse essencial de segurança;

— Reconheceu igualmente que a definição daquilo que é um interesse essencial de segurança cabe exclusivamente aos Estados-Membros,

— Tratando-se de uma excepção à aplicação dos Tratados, esta deve ser interpretada de forma restritiva, devendo os

---

BERNARD WOOLLEY: So that means you need to know things even when you don't need to know them. You need to know them not because you need to know them, but because you need to know whether or not you need to know. And if you don't need to know, then you still need to know, so that you know that there was no need to know".

Para uma abordagem desde problema, *vide* NICOLAS POURBAIX, *The future scope of application of Article 346 TFEU*, Public Procurement Law Review, Num. 1, 2011 e MARTIN TRYBUS, *Defence procurement: the new Public Sector Directive and beyond*, Public Procurement Law Review, Num. 4, 2004.

([13]) Cf. BAUDOUIN HEUNINCKX, *Towards a coherent European defence procurement regime? European Defence Agency and European Commission initiatives*, Public Procurement Law Review, Num. 1, 2008, p. 2.

([14]) Para maior detalhe, *vide* ARIS GEORGOPOULOS, *The Commission's Interpretative Communication on the application of article 296 EC in the field of defence procurement,* Public Procurement Law Review, Num. 3, 2007.

Estados-Membros provar que a adopção dessa medida era necessária.

c. No mercado

Chegamos, por fim, à contratação pública que ocorre no mercado, e que não se encontra excluída da aplicação das regras da Directiva 2009/81 por nenhuma das razões e disposições que acima analisámos.

Definido, de certa forma, o âmbito de aplicação da Directiva pela negativa, cumpre também defini-lo pela positiva.

Numa redacção que não carece de grande explicação, refere o art. 2.º da Directica que esta se aplica "aos contratos adjudicados nos domínios da defesa e da segurança que tenham por objecto:

a) O fornecimento de equipamento militar, incluindo quaisquer partes, componentes e/ou elementos de ligação do mesmo;

b) O fornecimento de equipamento sensível, incluindo quaisquer partes, componentes e/ou elementos de ligação do mesmo;

c) Obras, fornecimentos e serviços directamente relacionados com o equipamento referido nas alíneas *a*) e *b*) em relação a um ou a todos os elementos do seu ciclo de vida;

d) Obras e serviços para fins militares específicos, ou obras e serviços sensíveis".

Embora não caiba aqui desenvolver esse assunto, deixa-se uma nota para referir, como bem aponta NICOLAS POURBAIX, que a articulação entre a definição positiva do âmbito de aplicação positivo da Directiva e a definição da exclusão por via do art. 346.º TFUE não se afigura fácil na medida em que, especialmente tendo em conta a definição de equipamento militar contida na Directiva, ao definir o seu âmbito de aplicação positivo a Directiva utiliza a

mesma terminologia que o art. 346.º TFUE utiliza para definir as situações excluídas([15]).

Um último ponto para dizer que, tal como as Directivas respeitantes à contratação pública em geral, também a Directiva 2009/81 apenas se aplica a contratos de acima de um determinado limiar de valor. No caso, esses limiares encontram-se definidos no art. 8.º, e traduzem-se em 412 000 euros para os contratos de fornecimento e de serviços, e de 5 150 000 euros para os contratos de empreitada. Apesar disso, o segundo parágrafo do considerando 15 da Directiva inclui uma referência à aplicação dos princípios da contratação pública mesmo abaixo dos limiares da Directiva, algo que, como é sabido, resulta da jurisprudência do TUE, designadamente do Ac. Telaustria.

d. Síntese

Como vimos, o elevado número e a variedade de exclusões do âmbito de aplicação da Directiva 2009/81, que por efeito da própria, quer por aplicação do art. 346.º TFUE([16]) faz com que o campo de aplicação da mesma seja substancialmente mais reduzido do que inicialmente se poderia pensar, tendo em conta que se trata da Directiva da contratação pública na defesa.

Todavia, sendo certo, como aludimos acima, que não apenas muitos como também muito importantes contratos (arriscaríamos mesmo dizer, os mais importantes), ficam fora do âmbito de aplicação, tal não significa que não haja ainda um número significativo de contratos, com um valor também ele significativo, ao quais as regras da contratação pública na defesa constantes da Directiva são aplicáveis. Assim, importa averiguar um pouco sobre o conteúdo das mesmas, o que faremos de seguida.

([15]) Cf. Nicolas Pourbaix, *ob. cit*, pp. 2 e 3.

([16]) Alguma doutrina adiantou mesmo que a invocação deste artigo seria a principal razão pela qual a Directiva nunca seria aplicada a não ser de forma residual. Cf. Nuno Cunha Rodrigues, *A contratação pública como instrumento de política económica*, Coimbra, Almedina, 2013, p. 503.

4. O Decreto-Lei 104/2011

a. Aspectos gerais

Uma vez explicada a premissa segundo a qual a contratação pública na defesa é diferente e portanto deve ter um regime diferente, e esclarecido também o âmbito do conceito, cumpre agora fazer referência, em traços gerais, ao regime dos contratos públicos que caiam na alçada da Directiva 2009/81.

Se até aqui não nos referimos às normas substantivas da Directiva, ou seja àquelas que definem quais são e como correm os procedimentos concursais com vista à celebração de contratos cujo objecto se enquadre no âmbito de aplicação da Directiva, tal deve-se ao seguinte. Entre nós, a Directiva 2009/81 foi transposta para o ordenamento jurídico nacional pelo Decreto-Lei 104/2011. Este, como muitas vezes sucede, limita-se praticamente a transcrever *ipsis verbis* as normas da Directiva. Assim, ao falarmos das normas e especificidades do regime do DL 104/2011 face ao regime geral da contratação pública, estamos simultaneamente a referir-nos ao regime da Directiva.

De acordo com o que fomos expondo acima sobre as especificidade do sector e sobre as razões pelas quais os Estados-Membro derrogavam a aplicação das Directivas de contratação pública, não é surpreendente que as principais nuances deste regime visem dar uma resposta às preocupações manifestadas em sede do procedimento de consulta.

b. Os procedimentos disponíveis

A primeira diferença a salientar diz respeito aos procedimentos disponíveis para as entidades adjudicantes. Recorde-se que uma das razões invocadas pelos Estados-Membros para a não aplicação das regras gerais da contratação pública dizia respeito à incompatibilidade entre a natureza sensível da informação e o procedimento de concurso público. Assim, a Directiva e o DL 104/2011, abordam esta questão determinando desde logo que não exista, neste domí-

nio, o procedimento de concurso público, sendo os procedimentos aplicáveis o de negociação, seja ele com ou sem publicação no Jornal Oficial, o diálogo concorrencial e o concurso limitado por prévia qualificação.

A segunda diferença resulta, por sua vez, da opinião dos EM segundo a qual o conjunto de circunstâncias que nas Directiva de contratação pública permitiam recorrer ao procedimento por negociação eram demasiado limitadas. Atendendo a essa preocupação, o procedimento de negociação (com prévia publicação) foi transformado num dos procedimentos regra, a par do concurso limitado por prévia qualificação — art. 25.º da Directiva e 14.º do DL —, sendo os restantes (ou seja, o procedimento de negociação sem prévia publicação e o diálogo concorrencial) apenas aplicáveis nas circunstâncias expressamente previstas.

Esta opção pela exclusão do procedimento concursal aberto e a adopção do procedimento de negociação com publicação e concurso limitado por prévia qualificação como procedimentos regra não serve apenas para garantir a confidencialidade, mas serve vários propósitos, designadamente o de limitar os custos na avaliação de propostas (tendo a conta a habitual complexidade técnica das propostas nestes domínios, os custos de avaliação de um grande número de propostas poderiam ser bastante elevados)([17]).

c. Os critérios de selecção

A seguinte falha apontada pelo Estados que a Directiva procurou colmatar diz respeito aos critérios de selecção das propostas. Como vimos, os critérios de selecção, quer de candidatos quer das propostas, das Directivas gerais de contratação pública não incluíam condições respeitantes à segurança do abastecimento, confidenciali-

---

([17]) Sobre este assunto, *vide* detalhadamente MARTIN TRYBUS, *Buying defence and security in Europe*, Cambridge, Cambridge University Press, 2014, pp. 312 e ss. O autor questiona mesmo se será justificada a exclusão total do concurso público da Directiva, afirmando que em alguns tipo de contrato, como por exemplo a compra de munições, não é imediatamente óbvio que este seja desadequado.

dade e urgência. Como tal, a Directiva e o DL proporcionam às entidades adjudicantes a possibilidade de incluir nos critérios de avaliação e selecção este requisitos.

De entre este, destacaremos apenas alguns do mais importantes. Começando desde logo pelo art. 39.º/1 do DL 104/2011. Este artigo permite à entidade adjudicante "fixar condições especiais de execução do contrato, nomeadamente no que respeita à subcontratação, à segurança das informações classificadas e à segurança do fornecimento (…)", condições estas cujo preenchimento ou não será, naturalmente, tido em conta no momento de avaliação e classificação da proposta.

Também os arts. 54.º e 55.º do mesmo diploma permitem que a entidade adjudicante especifique nas peças de procedimento quais os requisitos e medidas que entende serem necessários para a garantia da segurança de informações e de fornecimento.

Uma última nota quanto a este ponto para referir que neste particular o DL 104/2011 não foi tão longe nem tão detalhadamente quanto o permitia a Directiva, uma vez que esta referia, por exemplo, que determinadas condutas anteriores (uma violação das suas obrigações em matéria de segurança ou abastecimento, bem como qualquer outra situação que levasse a entidade adjudicante a não considerar suficientemente fiável o candidato), pudessem determinar a exclusão do candidato (art. 39.º/2, alíneas *d*) e *e*) da Directiva). Além disso, a Directiva regula de forma bastante detalhada uma série de critérios de selecção qualitativa (arts. 39.º e ss), que foram transpostos de uma forma *de minimis*, pelo legislador nacional.

d. A possibilidade de subcontratação

A consagração da possibilidade de a entidade adjudicante exigir ao adjudicatário que subcontrate uma parte do contrato prende-se, a nosso ver, com o objectivo de permitir um melhor acesso das PMEs ao mercado, algo que, recorde-se, era uma das inadequações apontadas pelos consultados ao regime geral da contratação pública face às especificidades do sector em análise.

No entanto, apesar desta nossa opinião, tal não significa que este objectivo resulte expressamente quer da Directiva que do DL 104/2011.

De facto, esse objectivo apenas nos parece resultar da leitura das entrelinhas das normas aplicáveis à subcontratação (art. 21.º da Directiva e arts. 59.º e ss do DL). Sucintamente, este regime prevê a possibilidade de a entidade adjudicante exigir ao adjudicatário que subcontrate até 30% do valor do contrato, sob ressalva porém, de a determinação do valor ou percentagem do contrato a subcontratar "Ser proporcional à natureza e ao valor do contrato" e "Ser proporcional à natureza do respectivo sector industrial, em termos do nível de concorrência nesse mercado e das capacidades técnicas pertinentes da base industrial." (alíneas *a*) e *b*) do art. 59.º/5 do DL 104/2011).

Além disso, o facto de a entidade adjudicante poder solicitar ao adjudicatário que indique os terceiros aos quais tenciona subcontratar, faz-nos pensar que a entidade adjudicante poderá avaliar isso mesmo com base em critérios como a dimensão da empresa a subcontratar (desde que, naturalmente, tal se encontre pré-estabelecido nas regras do concurso), e portanto procurar por essa via facilitar o acesso das PME's ao mercado.

e. As contrapartidas

A última nota deste ponto diz respeito à matéria das contrapartidas. Contrariamente aos pontos anteriores, e não obstante ser também a ausência de harmonização quanto às contrapartidas uma das razões apuradas para a não utilização das Directivas gerais da contratação pública, a Directiva 2009/81 optou por não as referir de todo, o que faz com que a ausência de harmonização subsista, podendo os Estados-Membros regular livremente essa matéria.

O Legislador português optou por revogar na totalidade o regime das contrapartidas, por via do DL 105/2011, deixando, assim, essa figura de ser aplicável aos contratos públicos no sector da defesa entre nós celebrados. Esta solução poderá ter ocorrido por se considerar que a existência de contrapartidas não é con-

forme nem à Directiva nem aos Tratados. É, aliás, nesse sentido que depõe MARTIN TRYBUS ao referir que "Offsets cannot be reconciled with the Defence Directive and are difficult to justify on the basis of Article 346 TFEU as they normally economic and financial requirements rather than national security considerations (…). Perhaps this is so obvious that neither the TFEU nor the Defence Directive mention offsets at all"([18]).

5. Conclusão

Em conclusão e síntese, deve dizer-se que é inequívoco que a contratação pública no sector da defesa apresenta grande especificidades, e que por isso mesmo merece um regime diferenciado. O regime actualmente aplicável, resultante da Directiva 2009/81 e do DL 104/2011 parece-nos ser, de um modo geral, bem adaptado às circunstâncias específicas. No entanto, o facto de continuar a haver um grande número de contratos que escapam, ao regime, seja por via das exclusões previstas na Directiva, seja por via da excepção do art. 346.º do TFUE, faz com que exista um série risco de se estar a construir um edifício sobre um solo de areia, e que por via dessas fugas se esteja a obstaculizar a concorrência e a transparência.

([18]) MARTIN TRYBUS, *Defence Procurement*, in *EU Public Contract Law — Public Procurement and Beyond*, Martin Trybus, Roberto Caranta e Gunilla Edelstam (eds.), Bruylant, 2013, pp. 279 e 280.

Bibliografia

Briggs, Tim, *The new defence procurement directive*, Public Procurement Law Review, Num. 4, 2009.

Ferreira, Marco Capitão, *Contratação Pública no sector da defesa: O pacote de defesa europeia*, in *Novas fronteiras da contratação pública*, coord. Eduardo Paz Ferreira, Coimbra, Coimbra Editora, 2014.

Georgopoulos, Aris, *The Commission's Green Paper on defence procurement*, Public Procurement Law Review, Num. 2, 2005.

___, *The Commission's Interpretative Communication on the application of article 296 EC in the field of defence procurement,* Public Procurement Law Review, Num. 3, 2007.

___, *The new Defence Procurement Directive enters into force*, Public Procurement Law Review, Num. 1, 2010.

Heuninckx, Baudouin, *The EU Defence and Security Procurement Directive: trick or treat?*, Public Procurement Law Review, Num. 1, 2011.

___, *Towards a coherent European defence procurement regime? European Defence Agency and European Commission initiatives*, Public Procurement Law Review, Num. 1, 2008.

Pourbaix, Nicolas, *The future scope of application of Article 346 TFEU*, Public Procurement Law Review, Num. 1, 2011.

Rodrigues, Nuno Cunha, *A contratação pública como instrumento de política económica*, Coimbra, Almedina, 2013.

Trybus, Martin, *Buying defence and security in Europe*, Cambridge, Cambridge University Press, 2014.

___, *Defence procurement: the new Public Sector Directive and beyond*, Public Procurement Law Review, Num. 4, 2004.

___, *Defence Procurement*, in *EU Public Contract Law — Public Procurement and Beyond*, Martin Trybus, Roberto Caranta e Gunilla Edelstam (eds.), Bruylant, 2013.

___, *European Union Law and defence integration*, Oxford, Hart Publishing, 2004.

DIREITOS CONEXOS
(AO DIREITO DE AUTOR)(*)

Pelo Mestre Nuno Sousa e Silva(**)

SUMÁRIO:

1. Introdução. 2. Fontes Internacionais. 3. (Alguma) harmonização a nível europeu. 4. O regime português. 4.1. Objecto e titulares de protecção. *4.1.1.* Os artistas-intérpretes. *4.1.2.* Produtores de fonogramas e videogramas. *4.1.3.* Organismos de radiodifusão. *4.1.4.* Outros direitos conexos. 4.1.4.1. Produtor de bases de dados. 4.1.4.2. Direito sobre o título de uma obra. 4.1.4.3. Editor de obras inéditas não protegidas. 4.1.4.4. Editor de edições críticas e científicas de obras no domínio público. 4.1.4.5. Direito geral do editor? 4.1.4.6. Direito ao espectáculo? **4.2.** Condições de protecção. **4.3.** Conteúdo da protecção. *4.3.1.* Faculdades Patrimoniais. 4.3.1.1. Faculdades harmonizadas a nível europeu. *i*) Direito de reprodução. *ii*) Direito de comunicação ao público. *iii*) Direito de distribuição. *iv*) Aluguer e comodato. *v*) Direito de fixação. 4.3.1.2. As disposições do CDADC. *i*) Artistas-intérpretes. *ii*) Produtores de fonogramas e videogramas. *iii*) Organismos de radiodifusão. *4.3.2.* Faculdades pessoais. **4.4.** Limites e excepções. *4.4.1.* Utilizações livres. *4.4.2.* Duração. **4.5.** Meios de tutela (menção). **5. Conclusão: propostas de alteração legislativa. 6. Quadro-síntese da posição de cada titular.**

(*) Este texto constitui, com considerável desenvolvimento, o suporte escrito de uma exposição oral feita a 5 de Março de 2016 no VII Curso de Pós-Graduação em Direito Intelectual organizado pela APDI na FDUL. Deixo aqui uma nota de agradecimento pelo convite ao Prof. Doutor Dário Moura Vicente.

(**) Doutorando e Mestre em Direito. LLM. IP (MIPLC). Assistente da Universidade Católica Portuguesa (Porto). Advogado. E-mail: <nsousaesilva@gmail.com>. Gostaria de agradecer a Maria Rita Mesquita e Pedro Sousa e Silva as sugestões. Os erros permanecem meus.

Abreviaturas utilizadas

AG	Advogado-Geral
BGH	Bundesgerichtshof (Supremo Tribunal Alemão)
BMJ	Boletim do Ministério da Justiça
CC	Código Civil
CDADC	Código dos Direitos de Autor e Direitos Conexos
CDPA	Copyright, Designs and Patents Act (Reino-Unido)
CdP	Cadernos de Direito Privado
CRP	Constituição da República Portuguesa
CUP	Cambridge University Press
DL	Decreto-Lei
ed(s)	editor(es)
EE	Edward Elgar
EIPR	European Intellectual Property Review
GRUR	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht
GRUR Int	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht Internationaler Teil
IIC	International Review of Intellectual Property and Competition Law
IPQ	Intellectual Property Quarterly
JIPITEC	Journal of Intellectual Property, Information Technology and E-Commerce Law
JIPLP	Journal of Intellectual Property Law and Practice
JIPR	Journal of Intellectual Property Rights
n	nota
OUP	Oxford University Press
p./pp.	página / páginas
QMJIP	Queen Mary Journal of Intellectual Property
RABPI	Revista da Associação Brasileira da Propriedade Intelectual
RDES	Revista de Direito e Estudos Sociais
RDI	Revista de Direito Intelectual

RED	Revista Electrónica de Direito
RFDUL	Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa
RIDA	Revue Internationale du Droit d'Auteur
ROA	Revista da Ordem dos Advogados
rn	randnummer (número à margem)
RPC	Reports of Patent, Design and Trademark Cases
STJ	Supremo Tribunal de Justiça
TJUE	Tribunal de Justiça da União Europeia.
TRIPS/ADPIC	Agreement on Trade Related Aspects of Intellectual Property Rights/ Acordo Relativo aos Aspectos do Direito da Propriedade Intelectual Relacionados com o Comércio (usa-se o acrónimo inglês que se generalizou também na doutrina portuguesa)
TRL	Tribunal da Relação de Lisboa
UCE	Universidade Católica Editora
UE	União Europeia
UrhG	Gesetz über Urheberrecht und verwandte Schutzrechte (Lei alemã de direito de autor)
WIPO/OMPI	World Intellectual Property Organization/ Organização Mundial da Propriedade Intelectual
ZGE	Zeitschrift für Geistiges Eigentum
ZUM	Zeitschrift für Urheber- und Medienrecht

1. Introdução

Os direitos conexos (também chamados direitos vizinhos ou direitos afins ao direito de autor)([1]) são uma criação mais recente do que o Direito de Autor([2]). A sua origem pode reconduzir-se ao surgimento e disseminação de tecnologias que permitiam gravar, reproduzir e transmitir execuções de obras protegidas e, por um lado, à protecção do investimento daqueles que se dedicavam a essas actividades([3]). Por outro lado, sentia-se também a necessidade de proteger os artistas-intérpretes, cuja prestação por via da gravação deixava de ter um carácter efémero([4]). Apesar da sua considerável heterogeneidade, a generalidade dos direitos conexos está relacionada (embora nem sempre) com as chamadas indústrias criativas, isto é, a produção cultural([5]). Trata-se de realidades ima-

---

([1]) Designados em Inglês "neighbouring rights" ou "related rights", em francês "droit voisins" ou "droit connexes", em castelhano "derechos afines", em alemão "verwandte Schutzrechte", "Leistungsschutzrechte" ou mesmo "Nachbarrechte", em italiano "diritti conessi". A terminologia não se encontra estabilizada e todas as expressões são susceptíveis de crítica (assim, entre muitos outros, André Lucas, Henri-Jacques Lucas & Agnés Lucas-Schloetter, *Traité de la propriété littéraire et artistique* (Lexis Nexis 2012), p. 928). A própria terminologia foi (e é) espelho de um confronto ideológico (cf. Herman Cohen Jeroham, 'The nature of Neighboring Rights of Performing Artists, Phonogram Producers and Broadcasting Organizations' Columbia VLA Journal of Law & the Arts 75 (1990-1991), pp. 85-91).

([2]) Ao contrário do que é habitual, utilizarei a designação direito de autor no seu sentido restrito, procurando distinguir a regulação jurídica da obra (direito de autor), da regulação de prestações criativas e/ou empresariais por via de um direito próximo ao direito de autor (direitos conexos).

([3]) Alexander Peukert, 'Related Rights', *in* AAVV, *Max Planck Encyclopaedia of Private Law*, vol. II (OUP 2012), pp.1443-1446.

([4]) Oliveira Ascensão, *Direito de Autor e Direitos Conexos* (Coimbra Ed. 1992), p. 14 e p.544; Silke Von Lewinski, *International Copyright Law and Policy* (OUP 2008), p. 86. É comum assinalar-se que esta tecnologia produziu um grande desemprego entre artistas-intérpretes que se viram "substituídos pelas gravações" (assim Krüger, Vor §§73 ff. in Schricker/Lowenheim, *Urheberrecht Kommentar* (C.H. Beck 2010), rn. 8). Mesmo hoje em dia os estudos empíricos assinalam que a maior parte dos artistas-intérpretes continuam a ser forçados (atenta a desigualdade de poder negocial) a alienar todos os seus direitos (cf. Ruth Towse, 'Economics of Performers' Rights' in Richard Watt (ed), *Handbook on the Economics of Copyright* (EE 2014), p.130).

([5]) Assim, Eugen Ulmer, *Urheber- und Verlagsrecht* (Springer 1980), p. 15 e Henri Desbois, *Le droit d'auteur en France* (Dalloz 1978), p. 213. Em sentido algo crí-

teriais, hoje em dia reguladas principalmente no domínio da Propriedade Intelectual.

Inicialmente, alguns dos problemas que os direitos conexos vieram procurar resolver foram abordados no âmbito da concorrência desleal([6]), só tendo a figura obtido consagração internacional autónoma na Convenção de Roma de 1961([7]). Em Portugal a figura

---

tico, cf. André Lucas, Henri-Jacques Lucas & Agnès Lucas-Schloetter, *ob. cit.*, p. 929. Também Oliveira Ascensão, *Direito de Autor…*, cit., p.568, se manifesta particularmente céptico: "…afirma-se como justificativa do regime legal a promoção da cultura; mas ela passa bem sem essa protecção. Eventuais vantagens são sobrepujadas pelos mesmos entraves que a essa cultura se trazem…". Também é certo que há reconhecidas dificuldades em definir cultura. Vasco Pereira da Silva, *A Cultura a que tenho Direito* (Almedina 2007), pp. 8-12 ("…definir a cultura apresenta-se mesmo como uma impossibilidade cultural…"), preconiza antes a adopção de acepções abertas de cultura para efeitos jurídicos.

([6]) Alexander Peukert, *Güterzuordnung als rechtsprinzip* (Mohr Siebeck 2008), pp. 313-314. Cf. também Annette Kur, 'What to protect, and how? Unfair competition, intelectual property, or protection *sui generis*?', *in* Nari Lee, *et. al.*, *Intellectual Property, Unfair Competition and Publicity* (EE 2014), p. 19, e Sylvie Nérisson, 'France', *in* Frauke Henning-Bodewig (ed), *International Handbook on Unfair Competition* (C.H. Beck 2012), p. 222, dando nota da utilização do conceito de *parasitisme* pela jurisprudência francesa para proteger fonogramas antes de 1985. Além da concorrência desleal, o direito de autor desempenhou inicialmente um papel importante em relação às prestações de artistas-intérpretes que eram consideradas obras derivadas (adaptações) e protegidas como tal (assim procedeu o legislador alemão em 1910 ao acrescentar uma alínea 2 ao §2 da *Gesetz betreffend das Urheberrecht an Werken der Literatur und der Tonkunst* de 1901). Deve destacar-se que em relação aos artistas intérpretes os direitos de personalidade também foram tidos em conta (Manfred Rehbindder & Alexander Peukert, *Urheberrecht* (C.H. Beck 2015), p. 235). Recentemente o 9th Circuit no caso *Garcia v. Google* reverteu *en banc* uma decisão que tinha reconhecido direitos de autor a uma actriz (Cindy Lee Garcia) cuja actuação tinha sido desvirtuada para fazer a polémica curta-metragem "Innocence of Muslims". Para uma história dos direitos conexos veja-se Rasmus Fleischer, 'Protecting the musicians and/or the record industry? On the history of 'neighbouring rights' and the role of Fascist Italy' QMJIP 5(3) (2015), pp. 327-334; Xavier Daverat, 'Histoire des Droits Voisins' Juris-classeur propriété littéraire et artistique (2008) fascicule n.º 1405, pp. 1-28 e a exposição de Marcel Saporta, 'Les droit dits «connexes» au droit d'auteur' Revue Internationale de Droit comparé [1952], pp. 42-72.

([7]) Segundo Herman Cohen Jeroham, 'The relationship between copyright and neighbouring rights' RIDA [1990], p. 81, a primeira utilização do termo terá ocorrido em 1948 na Conferência diplomática para a revisão da Convenção de Berna, em Bruxelas. Como explicam Paul Goldstein & Bernt Hugenholtz, *International Copyright* (OUP 2010), p. 54 —, que localizam a origem do termo em 1928 —foi a Convenção de Roma de 1961 que obrigou muitos dos signatários a adoptar pela primeira vez leis neste domínio. É certo que o problema da protecção dos artistas-intérpretes está na origem dos direitos conexos e que este assunto já tinha sido debatido, de forma inconclusiva, na conferência de 1928 em

do direito conexo (um direito subjectivo de proibir) foi acolhida com o actual Código de 1985([8]), ainda que com eficácia retroactiva([9]). Esta circunstância pode explicar a escassa atenção que a doutrina lhe tem dispensado([10]). Um outro aspecto que pode ter contribuído para uma relativa "marginalização" do tema prende-se com a circunstância de o conceito ser típico dos sistemas de *droit d'auteur*, sendo que os sistemas de *copyright*([11]) tradicionalmente incluem algumas das prestações em causa (como fonogramas) no próprio conceito de obra protegida pelo direito de autor([12]).

Roma para a revisão da Convenção de Berna e existem referências ao debate já em 1909 (cf. *infra* nota 38).

([8]) Sendo certo que já existiam antecedentes, como a Lei 41/80 de 12 de Agosto (Protecção contra a reprodução ilícita de fonogramas), que reconhecia direitos aos produtores de fonogramas, nomeadamente um direito de reprodução, de distribuição e de importação.

([9]) O art. 194.º CDADC prevê que a protecção se estenda aos factos geradores de protecção anteriores à entrada em vigor do Código. Para uma discussão em termos análogos da aplicação da lei no tempo da Directiva 2006/116/CE relativa à duração, veja-se a decisão do TJUE no caso C-240/07, *Sony* (EU:C:2009:19).

([10]) No seu recente manual Alberto de Sá e Mello (*Direito de Autor*, Almedina, 2014) p. 7, promete o tratamento "da importantíssima matéria dos direitos conexos" para uma próxima edição. Patricia Akester, *Direito de Autor em Portugal, nos PALOP, na União Europeia e nos Tratados Internacionais* (Almedina 2013), dedica-lhe poucas páginas (pp. 169-185), assim como Luís Menezes Leitão, *Direito de* Autor (Almedina 2011), (pp. 243-276). Sobre o assunto, entre nós, veja-se Alexandre Dias Pereira, 'Da Retransmissão por Cabo de Prestações Artísticas Protegidas por Direitos Conexos ao Direito de Autor' [2012] ROA, pp. 991-1084; Oliveira Ascensão, *Direito de Autor*...cit., pp. 543--598 e ainda, do mesmo autor, 'Projecto de uma Lei sobre Direitos Conexos ao Direito de Autor' ROA [1978], pp. 597-632. Também no plano comparado são relativamente raras as monografias que incidam especificamente sobre direitos conexos. Em todo o caso, de entre as mais recentes, merecem especial referência, Jörg Reinbothe & Silke von Lewinski, *The WIPO Treaties on Copyright: A Commentary on the WCT, the WPPT, and the BTAP* (OUP 2015); Richard Arnold, *Performers' Right*s (Sweet & Maxwell 2015); Johannes S. Oebbecke, *Der 'Schutzgegenstand' der Verwandten Schutzrechte* (Peter Lang 2011); Megumi Ogawa, *Protection of Broadcaster's Rights* (Brill 2005); Owen Morgan, *International Protection of Performers Rights* (Hart 2002) e Peter Ganea, *Verwandte Schutzrechte im Urheberrecht der Länder Japan, China und Deutschland — eine vergleichende Studie* (C.H. Beck 2000).

([11]) Sobre a diferença cf., por todos, Alain Strowel, *Droit d'auteur et copyright* (Bruylant 1992). Para uma exposição sucinta pode ver-se Nuno Sousa e Silva, 'Uma introdução ao direito de autor europeu' ROA [2013], pp. 1334-1351.

([12]) Paul Goldstein & Bernt Hugenholtz, *ob. cit*., p. 231. Isto só é possível atento o nível mais baixo de originalidade que caracteriza estes sistemas (Silke von Lewinski, *International Copyright…cit.*, pp. 46-47).

Os direitos conexos são atribuídos a prestações que, não reunindo os requisitos para a protecção como obras, desempenham um papel relevante nas indústrias criativas; neste sentido são "ligados"/"vizinhos" dos direito de autor([13]). Por este motivo, muitos autores referem a "precedência"([14]) ou superioridade([15]) do Direito de Autor sobre direitos conexos([16]). No entanto, se isto pode ser assim no plano "moral", essa afirmação não encontra correspondência no plano jurídico([17]). Os direitos conexos, apesar da sua

---

([13]) Paul Goldstein & Bernt Hugenholtz, *ob. cit*., p. 230: "…this subject matter "neighbors" the subject matter of author's rights and copyright because it is thought to fall outside the domain of literary and artistic works and to lack the authorial creativity required for admission into the cathedral of author's right.". Assim se compreende que nos sistemas em que os requisitos de originalidade (v.g. EUA) são menos elevados, se possam proteger algumas destas prestações pelos direitos de autor, não adoptando a noção de direitos conexos. Apesar de não adoptar esta nomenclatura o sistema inglês tem direitos conexos (Richard Arnold, 'Content copyrights and signal copyrights' QMJIP [2011], p. 273).

([14]) Luiz Francisco Rebello, *Introdução ao Direito de Autor*, vol. I (SPA 1994), p. 21 e, do mesmo autor, *Código Anotado* (Âncora Editora 2002), p. 237: "Na hierarquia do Código, o direito de autor prevalece sobre os direitos conexos". Também Luís Menezes Leitão, *ob. cit.*, p. 246.

([15]) Patricia Akester, *ob. cit.*, p. 169. Também Cláudia Trabuco, *O Direito de Reprodução de Obras Literárias e Artísticas no Ambiente Digital* (Coimbra Ed. 2006), p. 58 ("relação hierárquica").

([16]) Dias Pereira, *Informática, Direito de Autor e Propriedade Tecnodigital* (Coimbra Ed. 2001), p. 167 começa por reconhecer que os direitos de autor, ao contrário dos direitos conexos, tutelam também interesses *"extra commercium"* mas acaba por concluir que estes últimos se enquadram igualmente na tutela do art. 42.º da CRP (p. 169) e podem ser integrados nas disposições do Código Civil (arts. 48.º e 1303.º) que fazem referência à propriedade intelectual (p. 177). No mesmo sentido Cláudia Trabuco, *O Direito…*, *cit.*, pp. 55-56.

([17]) Assim, entre muitos outros, Claude Masouyé, *Guide to the Rome Convention and to the Phonograms Convention* (WIPO 1981), p. 17 e Krüger, Vor §§73 ff… cit. rn. 15. Falando de uma "reserva simbólica" cf. André Lucas, Henri-Jacques Lucas & Agnés Lucas-Schloetter, *ob. cit*, p. 931. Poderá admitir-se, com Alexandre Dias Pereira, 'Da retransmissão…cit.' p. 1000, que, uma vez que o art. 189.º/3 CDADC manda aplicar as excepções do direito de autor aos direitos conexos parece existir uma relativa superioridade dos primeiros sobre os últimos. No entanto, há determinados actos que podem não ser relevantes do ponto de vista do direito de autor (v.g. um *sample* demasiado curto de uma gravação) mas já sim na óptica dos direitos conexos. Para um exemplo em que uma excepção (§24 UhrG — utilização livre) foi considerada relevante no domínio dos direitos de autor mas inadmissível na perspectiva dos direitos conexos (§85 UhrG — direitos do produtor de fonogramas) veja-se o acórdão do BGH de 13 de Dezembro de 2012 *Metall auf Metall II* (I ZR 182/11).

menor duração, têm **igual força jurídica**([18]) e, em certa medida, são regulados por remissão para o regime dos direitos de autor([19]). A necessidade de regulação consonante também se explica pela circunstância de, em muitos domínios (v.g. música, cinema ou teatro), coexistirem vários direitos conexos e um ou mais direitos de autor sobre a mesma criação. Assim, na faixa de um álbum de música que seja transmitida na rádio, teremos a letra escrita por alguém (obra literária), a música eventualmente composta por outrem (obra musical), os artistas-intérpretes (cada um dos músicos que executa as obras)([20]), o produtor de fonogramas (isto é, a editora que organiza a gravação) e o organismo de radiodifusão (a estação de rádio que transmite o programa nas ondas hertzianas ou via internet).

Estes direitos conexos são independentes uns dos outros e dos direitos de autor (art. 177.º CDADC), o que implicará a necessidade de reunir a autorização de todos os intervenientes para poder utilizar licitamente a criação musical tal como interpretada, gravada e transmitida. Este fenómeno designa-se por "fragmentação de direitos"([21/22]). Também por causa destas sobreposições de pro-

---

([18]) Assim, Herman Cohen Jeroham, 'The relationship…cit.', pp. 107-108. Não concordo por isso com a afirmação de Paul Goldstein & Bernt Hugenholtz, *ob. cit.,* p. 54 que retiram da regra da independência dos direitos conexos (art. 1.º/2 Convenção de Roma e art. 1.º/2 WPPT, art. 12.º Dir. 2006/115, replicada no art. 177.º CDADC) uma relação hierárquica. Robert Dittrich, 'The Practical Application of the Rome Convention' Bulletin Copyright Society U.S.A 26 (1978-1979), p. 288, frisa que essa disposição é meramente interpretativa. Como explica magistralmente Oliveira Ascensão, *Direito de Autor…cit.*, p. 582: [esta] "É uma proposição oca, das muitas que juncam o Direito de Autor, destinada a aclamar os autores. (…) é ilegítimo retirar dela que em caso de colisão o conflito deverá solucionar-se em benefício do autor".

([19]) Vejam-se os arts. 192.º e 189.º/3 CDADC. Discutindo os termos da primeira remissão, cf. Oliveira Ascensão, *Direito de Autor…cit.*, pp. 582-584. A meu ver, o aspecto em que esta extensão produzirá mais efeitos é relativamente aos negócios jurídicos, matéria que não abordarei neste texto.

([20]) Estes músicos podem não ter qualquer relação artística com os autores da letra e/ou da música.

([21]) Assim, Dias Pereira, 'Da retransmissão…, cit'., p. 10001. Sobre o papel que as sociedades de gestão colectiva podem ter para minorar o problema veja-se, *inter alia*, Daniel Gervais (ed), *Collective Management of Copyright and Related Rights* (Kluwer 2010).

([22]) O facto de, com o surgimento dos direitos conexos, ser necessário proceder a mais pagamentos levou a que os autores receassem uma diminuição dos seus rendimentos,

tecção, deverão ser consagradas excepções e limites que se possam aplicar de forma transversal, sob pena de a sobreposição lhes retirar significado útil(23).

Existem ainda outras categorias de direitos conexos que visam resolver (supostas) falhas de mercado. Da mesma forma que os direitos de autor (e a Propriedade Intelectual de um modo geral) podem ser apontados como uma solução para o problema dos bens públicos(24), também, segundo alguns autores, existe um problema semelhante noutros domínios (como os direitos desportivos(25), ou os direitos sobre fragmentos de peças noticiosas)(26) excluídos de protecção por via de direitos de autor. Assim, este tipo de prestações, poderia ser protegida por um direito análogo, um direito conexo, que, à semelhança do que ocorre com os direitos de autor, permite através da escassez artificial, criar um mercado. Poder-se-á, assim, fazer uma distinção tendencial entre aqueles direitos conexos que normalmente se aplicam em paralelo com a protecção jusautoral(27) (v.g. o direito dos artistas-intérpretes ou do produtor de fonogramas) e aqueloutros que terão um objecto autónomo de protecção (como o direito conexo *(sui generis)* sobre bases de dados). Os primeiros são os direitos conexos "clássicos"(28), elen-

---

ou seja, uma diminuição da sua fatia no "bolo dos royalties" (cf. HERMAN COHEN JEROHAM, The nature…cit', pp. 83-84).

(23) ROBERT PLAISANT, 'Les droits des artistes interprètes ou exécutants' Bulletin du droit d'auteur (UNESCO) vol XVIII (1984), p. 9. Sobre esse problema, de um modo mais amplo, cf. MARTIN SENFTLEBEN, 'Overprotection and Protection Overlaps in Intellectual Property Law — the Need for Horizontal Fair Use Defences', *in* ANNETTE KUR & V. MIZARAS (eds), *The Structure of Intellectual Property Law: Can One Size Fit All?* (EE 2011), pp. 136-181.

(24) Cf. MARK A. LEMLERY, 'Ex Ante versus Ex Post Justifications for Intellectual Property' The University of Chicago Law Review, Vol. 71, N.º 1 (2004), pp. 129-149.

(25) Consagrado em França (L 333-1 do Code du Sport) e em Itália no art 78-quater l.d.a. ("diritti audiovisivi sportivi") como um verdadeiro direito conexo. Sobre isso veja-se *infra* nota 101.

(26) Acrescentados à lei alemã em 2013 e à lei espanhola em 2014. Sobre o tema, com mais indicações, veja-se NUNO SOUSA E SILVA, 'Direito de Autor: breve reflexão sobre o Futuro, o Presente e os Jornais na experiência europeia' RABPI (142/2016), pp. 32-39.

(27) É claro que não é certo que o direito conexo assente sobre uma obra (ainda) protegida. Pode tratar-se de uma obra no domínio público.

(28) Assim OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito de Autor…cit.*, pp. 546 e 341 ("paradigmaticamente referidos"). Também PAUL GOLDSTEIN & BERNT HUGENHOLTZ, *ob. cit*., p. 230:

cados no art. 176.º CDADC, os segundos gozam de consagração tanto no CDADC como em legislação avulsa. No essencial, este texto tratará dos direitos conexos clássicos, apesar de fazer referência aos segundos, quando se mostre adequado([29]).

Apesar da semelhança estrutural, os direitos conexos têm várias características que os **distinguem** de forma clara **dos direitos de autor**. Desde logo no plano das **justificações**. Como afirma HERMAN COHEN JEHORAM([30]): "Rights neighboring to copyright are, by definition, rights which are not genuine copyrights. They provide strengthened protection against certain acts of unfair competition which can be very loosely associated with copyright infringements". Ademais, os direitos de autor incidem sobre uma expressão imaterial *(corpus mystichum)* e por isso podem ser violados de forma indirecta, isto é, sem interferência com o respectivo suporte *(corpus mechanicum)*. Assim, se alguém pinta pela sua própria mão uma expressão copiada de uma obra anterior poderá infringir direitos de autor. Já os direitos conexos, apesar de também terem uma natureza imaterial([31]), normalmente só serão violados existindo uma **interferência com o respectivo suporte** (v.g. não há violação do direito conexo do produtor de fonogramas se alguém fizer uma gravação da mesma música sem partir, directa ou indirectamente, do fonograma em causa ou violação do direito do artista-intérprete se outrem cantar ou tocar da mesma forma)([32]).

"Performances, phonograms, and broadcast make up the principal subject matter of neighboring rights"; ANDRÉ LUCAS, HENRI-JACQUES LUCAS & AGNÉS LUCAS-SCHLOETTER, *ob. cit.*, p. 933 e HERMAN COHEN JEROHAM', The nature…, *cit.*, p. 76 ("three "classical" neighboring rights of performers, producers of phonograms and broadcasting organizations"). Outra distinção utilizada v.g. por MANFRED REHBINDDER & ALEXANDER PEUKERT, *ob cit.*, pp. 233-234, distingue entre "puras prestações empresariais", visando a protecção do produto do investimento em conteúdos já existentes (v.g. direito do produtor de fonogramas), e direitos conexos relativos a "novos conteúdos", tais como edições científicas, fotografias não originais e interpretações artísticas.

([29]) O ponto **4.1.4.** apresenta uma breve descrição do respectivo regime.

([30]) 'The nature…, *cit.*, p. 76.

([31]) Como explica OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito de Autor*…, cit., p. 568, não nos podemos esquecer que "o que se sujeita a um regime particular é a utilização da coisa incorpórea mediante a utilização da coisa corpórea".

([32]) RICHARD ARNOLD, 'Content…, cit, p. 276. O autor apresenta o exemplo de um *remake* em 1998 por Gus Van Sant do filme Psycho de Alfred Hitchcock (1960), no qual o

Impõe-se, porém, uma ressalva: é possível que ocorra violação de um direito conexo através de uma utilização "em directo", ou seja, sem interferir com o suporte, nomeadamente procedendo a uma fixação e/ou transmissão de uma interpretação enquanto esta ocorre(33).

Um outro aspecto diferenciador é a chamada ***tipicidade fechada*** do conteúdo dos direitos conexos(34). Isto traduz-se no facto de, ao contrário do que acontece com o direito patrimonial do autor, não existir uma cláusula geral (arts. 9.º e 68.º/1 CDADC) relativa ao conteúdo económico e moral da prestação protegida. Assim, o titular de direitos conexos só tem as faculdades patrimoniais ou pessoais que a lei expressa e exaustivamente lhe confere.

Como este texto demonstrará, esta categoria de direitos reveste-se de uma importância e significado prático incontornáveis(35).

---

primeiro cineasta reconstitui a obra do segundo cena-por-cena (p. 272). Esse *remake*, do ponto de vista dos direitos conexos, será legítimo. Também Oliveira Ascensão, *Direito de Autor…cit.*, p. 549, explicando a necessidade de interpretação restritiva do art. 196.º/1 uma vez que não pode ocorrer plágio de prestação (concordando, cf. Cláudia trabuco, *O Direito…*, *cit.*, p. 222). Pronuncia-se em sentido contrário Luís Menezes Leitão, *ob. cit.*, p. 246, n. 312, quando afirma que "não é permitido que um artista reproduza integralmente a prestação de outro artista, mesmo que o faça sem recurso a meios técnicos". Em minha opinião será assim apenas quando essa reprodução da prestação implique também um acto relevante do ponto de vista do direito de autor; logo, a prestação em causa tem que se qualificar também como obra. Um aspecto que pode revelar algum interesse em situações de "plágio de prestação" é a protecção de indícios de personalidade do artista-intérprete (sobre esta última veja-se Huw Beverley-Smith, Ansgar Ohly & Agnès Lucas-Schloetter, *Privacy, Publicity and Personality — Civil Law Perspectives on Commercial Appropriation* (CUP 2005)).

(33) Também em relação ao direito *sui generis* sobre bases de dados o TJUE já deixou claro que pode haver uma violação deste sem ocorrer extracção directa, nomeadamente através da mera consulta dos dados em ecrã e posterior utilização (C-304/07, *Directmedia Publishing* (EU:C:2008:552)).

(34) Expressão de Alexandre Dias Pereira, 'Da Retransmissão…, *cit.*, p. 1065. Nesse sentido também Oliveira Ascensão, *ob. cit.*, pp. 562 e 686.

(35) Ilustra-o o facto de em muitos casos a "estrela" ser o artista-intérprete (especialmente no caso de músicos e actores) e não tanto o escritor, compositor ou letrista. Como escreve Haimo Schack, *Urheber- und Urhebervertragsrecht* (Mohr Siebeck 2013), p. 325, "Para o público o meio é frequentemente mais importante do que o conteúdo".

2. Fontes Internacionais

A protecção dos direitos conexos resulta de uma grande influência internacional([36]). Como referido, os direitos conexos referem-se a prestações que não reúnem os requisitos para gozar de protecção jusautoral, sendo assim excluídos do domínio de aplicação da Convenção de Berna de 1886([37]). Por esse motivo, não se aplicava às prestações em causa no domínio dos direitos conexos a regra do tratamento nacional, em que assentava a Convenção. A necessidade de instituir um padrão internacional e garantir a não discriminação em relação aos direitos conexos era sentida de um modo generalizado, sendo discutida a propósito das sucessivas revisões da Convenção de Berna([38]). Porém, o ponto de partida a este nível foi uma convenção autónoma.

A Convenção Internacional para a Protecção dos Artistas Intérpretes ou Executantes, dos Produtores de Fonogramas e dos Organismos de Radiodifusão (conhecida como **Convenção de Roma**), assinada a 26 de Outubro de 1961, foi preparada por três organizações internacionais: a Organização Internacional do Trabalho, a Unesco e o secretariado da União de Berna([39]). Nesse

---

([36]) Manfred Rehbindder & Alexander Peukert, *ob. cit.* (C.H. Beck 2015), p. 235 ("O crescente significado dos direitos conexos espelha-se não apenas no seu número rapidamente ascendente mas também na sua proeminente codificação no direito da união europeia e no direito internacional.").

([37]) Paul Goldstein & Bernt Hugenholtz, *ob. cit*., p. 230. Estes mesmo autores não deixam de sublinhar que esta diferença é, em muitos casos, uma ficção, visto que "uma interpretação de um pianista de concerto pode ter bem mais criatividade que um *jingle* publicitário banal que reúna as condições para protecção jusautoral" (p. 231). De facto, a jurisprudência alemã do início de século chegou a considerar que existiam direitos de autor sobre actuações (Silke Von Lewinski, *International Copyright…* cit., p. 86).

([38]) Silke Von Lewinski, *International Copyright…* cit, p. 87, refere uma intervenção da delegação inglesa na Conferência de Berlim para a revisão da Convenção de Berna, em 1908, perguntando se não seria desejável "incluir uma protecção jusautoral a nível internacional para discos de gramofones, rolos de pianolas, etc.". Luiz Francisco Rebello, *Introdução… cit*., p. 21, situa a origem no congresso da ALAI em Weimar em 1903. Com um relato da pré-história da Convenção de Roma pode ler-se Alfred Baum, 'Über den Rom-Entwurf zum Schutze des votragenden Künstler, der Hersteller von Phonogrammen und des Rundfunks' GRUR-Int [1953], pp. 197-220.

([39]) Herman Cohen Jeroham, 'The relationship, cit., p. 93. Sobre a convenção pode ler-se, entre outros, Xavier Desjeux, *La Convention de Rome (10-26 octobre 1961).*

documento consagrou-se um *standard* mínimo de protecção de determinadas categorias de pessoas — artistas-intérpretes, produtores de fonogramas e organismos de radiodifusão — contra certos actos de exploração das suas prestações. A técnica escolhida para o efeito passou pela atribuição de direitos de exclusivo (especificamente direitos de controlar a reprodução, comunicação e primeira fixação), com uma estrutura muito próxima do que acontece no Direito de Autor([40]). A regra do tratamento nacional foi igualmente instituída([41]), dedicando a Convenção importantes artigos à definição dos elementos de conexão relevantes para o efeito. A Convenção consagra também uma limitação às formalidades que podem ser exigidas para a protecção por via de direitos conexos. Foi bastante criticado o agrupamento de interesses distintos e a discriminação dos artistas-intérpretes que, para muitos autores, mereciam um tratamento em sede de direito de autor([42]), e a adesão à Convenção foi inicialmente muito reduzida([43]). Portugal só aderiu a esta Convenção a 22 de Julho de 1999([44]). Actualmente conta

---

Etude de la protection des artistes interprètes ou exécutants, des producteurs de phonogrammes et des organismes de radiodiffusion (LGDJ 1966); Eugen Ulmer, 'The Rome Convention for the Protection of Performers, Producers of Phonograms and Broadcasting Organizations' Bullettin of the Copyright Society U.S.A 10 (1962-1963), pp. 90-101; pp. 165-178; pp. 219-248 (o artigo saiu em três partes); Robert Dittrich, 'The Practical Application… *cit.*, pp. 287-307; Claude Masouyé, *Guide..., cit.*, pp. 7-87; Dário Moura Vicente, *A Tutela Internacional da Propriedade Intelectual* (Almedina 2008), pp.128--130; Gillian Davies, 'The 50.th anniversary of the Rome Convention for the protection of performers, producers of phonograms and broadcasting organisations: reflections on the background and importance of the Convention' QMJIP [2012], pp. 206-224.

([40]) Na Convenção, estes direitos não têm a mesma força para todos os tipos de prestações. Os artista-intérpretes são aqueles que gozam de menos protecção, sendo que esta pode ser satisfeita apenas por meio da concorrência desleal ou direito penal. Herman Cohen Jeroham, 'The nature…, *cit.*, p. 81, explica esta circunstância pela pressão colectivista da OIT que estaria apenas preocupada com a situação de desemprego dos artistas--intérpretes.

([41]) Ainda que em contornos minimalistas, visto que o art. 16.º admite reservas no sentido de garantir a reciprocidade (Robert Ditttrich, The practical…, *cit.*, pp. 289-290).

([42]) Herman Cohen Jeroham, 'The relationship, *cit.*, p. 101.

([43]) Silve von Lewinski, *International Copyright…*, *cit.*, p. 91.

([44]) através da resolução da Assembleia da República n.º 61/99. Com considerações acerca das vantagens e desvantagens da convenção para Portugal no final da década de 70, cf. Oliveira Ascensão, 'Projecto…, *cit.*, pp. 598-600.

com 92 signatários([45]) e, através da referência que lhe é feita noutros tratados (*inter alia* o acordo TRIPS), manifesta-se como a convenção mais importante em sede de direitos conexos([46]).

A 29 de Outubro de 1971 celebrou-se a **Convenção de Genebra** para Protecção dos Produtores contra Reprodução não Autorizada dos seus Fonogramas. Esta Convenção surgiu devido à fraca adesão que até então a Convenção de Roma tinha tido([47]) e ao facto de a indústria fonográfica considerar que as disposições relativas a fonogramas na Convenção de Roma não bastavam para combater a pirataria disseminada de fonogramas([48]). Trata-se de um instrumento particularmente pequeno (tem 13 artigos) que institui a faculdade de impedir a reprodução, importação e distribuição de fonogramas (art. 2.º), uma duração mínima de 20 anos de protecção (art. 4.º) e limitações, tanto em relação ao que pode ser exigido em matéria de formalidades (art. 5.º), como à consagração de licenças obrigatórias (art. 6.º). O tratado é bastante flexível quanto à forma de implementação, declarando expressamente que os Estados-Membros tem a faculdade de a fazer por via do direito de autor, direito autónomo, concorrência desleal ou disposições de direito penal (art. 3.º). Não existe uma obrigação de tratamento nacional. A Convenção tem actualmente 78 signatários([49]). No

---

([45]) <http://www.wipo.int/treaties/en/ShowResults.jsp?treaty_id=17> (consultado a 28 de Setembro de 2015). Deve referir-se que o art. 24.º da Convenção de Roma só admite a adesão daqueles Estados que sejam partes ou da Convenção de Berna ou da Convenção Universal.

([46]) SILKE VON LEWINSKI, *International Copyright…*, cit., p. 98. Apesar disso, tem sido assinalada o seu carácter algo ultrapassado e uma eventual necessidade de revisão (LUCIE GUIBAULT & ROY MELZER, 'The Legal Protection of Broadcast Signals' IRIS Plus (2004), p. 2).

([47]) São várias as explicações avançadas para essa fraca adesão. SILKE VON LEWINSKI, *International Copyright…*, cit., p. 92, refere a relutância dos países da tradição anglo-americana em proteger artistas-intérpretes e empresas de radiodifusão, a adesão prévia obrigatória à Convenção de Berna ou Convenção Universal (art. 24.º, Convenção de Roma), bem como a exigência de consagração de um direito de remuneração para segunda utilização de fonogramas ou interpretações.

([48]) CLAUDE MASOUYÉ, *Guide…*, *cit.*, p. 93. Também EUGEN ULMER, 'The Convention for the Protection of Producers of Phonograms against Unauthorised Duplication of their Phonograms' IIC [1972], pp. 317-334.

([49]) <http://www.wipo.int/treaties/en/ShowResults.jsp?lang=en&treaty_id=18> (consultado a 28 de Setembro de 2015).

entanto, apesar de esta Convenção ser referida no Preâmbulo do CDADC, Portugal não a assinou até hoje.

Devido à fraca adesão à Convenção de Roma, também as empresas de radiodifusão sentiram a necessidade de celebrar uma convenção autónoma. Aliás, não era claro que a Convenção de Roma fosse aplicável à radiodifusão via satélite(50). Assim, em 21 de Maio de 1974 foi adoptada a Convenção Relativa à Distribuição de Sinais Portadores de Programas Transmitidos por Satélite, em Bruxelas (sendo conhecida como **Convenção de Bruxelas**)(51). Trata-se de um documento com 12 artigos, com um regime semelhante ao da Convenção de Genebra, mas ainda mais flexível(52). Procura combater a utilização indevida de sinais (captação furtiva)(53), deixando a determinação dos meios de reacção ao Estado do organismo emissor (dito organismo de origem)(54). Tem como traço distintivo a característica de não tratar do conteúdo do sinal mas apenas do sinal em si desde que este seja portador de programas(55). No entanto, a Convenção tem uma exclusão importante: não se aplica a emissões destinadas a serem recebidas pelo público em geral (art. 3.º)(56). Este tratado conta actualmente com 37 signatários, entre os quais se inclui Portugal desde 1988(57).

---

(50) Silke von Lewinski, *International Copyright…*, *cit*., pp. 95-96.

(51) Este tratado é gerido pelo United Nations Committee on the Peaceful Uses of Outer Space.

(52) Silke von Lewinski, *International Copyright…*, *cit.*, pp. 96-97.

(53) Como explica Muhammed Abrar, 'WIPO proposed treaty development and critical legal studies' EIPR [2013], p. 718, não está em causa a recepção privada mas sim a distribuição não autorizada de sinais.

(54) Cf. Claude Masouyé, 'A new International Convention' European Broadcasting Unit Review, 25 (1974), pp. 46-59; Eugen Ulmer, 'Protection of Authors in Relation to the Transmission via Satellite of Broadcast Programs' 93 RIDA(1977), pp. 4-41; Pedro Cordeiro, *Direito de Autor e Radiodifusão* (Almedina 2004) *passim*, esp., pp. 31-159.

(55) Paul Goldstein & Bernt Hugenholtz, *ob. cit*., pp. 62-63. Assim, à partida é irrelevante o facto de o conteúdo ser ou não protegido.

(56) Como assinalam Lucie Guibault & Roy Melzer, *ob. cit.*, p. 3, esta exclusão implica que as disposições só valem para a transmissão de sinais entre organismos de radiodifusão e, assim, a evolução tecnológica tornou a Convenção praticamente irrelevante.

(57) <http://www.wipo.int/treaties/en/ShowResults.jsp?lang=en&treaty_id=19> (consultado a 28 de Setembro de 2015). Portugal aderiu à Convenção por via do Decreto n.º 19/88 de 26 de Agosto.

Como é sabido, em 1994 foi adoptado, como parte integrante do acordo de Marraquexe que estabelece a Organização Mundial do Comércio, o **acordo TRIPS** (do acrónimo inglês Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights)([58]). Este acordo, além de incorporar uma parte importante do acervo internacional em matéria de propriedade intelectual, tornou-lhe aplicável o mecanismo de resolução de litígios da OMC([59]). Actualmente conta com 162 signatários, sendo o documento mais importante no plano internacional do direito da propriedade intelectual. Em termos de direitos conexos, releva o art. 14.º que dispõe sobre os três direitos conexos "clássicos". O n.º 1 dessa disposição, sobre artistas-intérpretes, equivale ao art. 7.º da Convenção de Roma([60]) e o n.º 2, relativo aos produtores de fonogramas, corresponde ao art. 10.º da Convenção de Roma([61]). O art. 14.º/3 do Acordo TRIPS fica ligeiramente aquém da protecção dispensada pelo art. 13.º da Convenção de Roma aos organismos de radiodifusão([62]). Em relação à duração, o art. 14.º da Convenção de Roma estabelecia um mínimo de 20 anos que, em relação aos artistas-intérpretes e aos produtores de fonogramas, foi elevada pelo art. 14.º/5 do Acordo TRIPS para 50 anos. É ainda de destacar a extensão do direito de aluguer e locação previsto para *software* no art. 11.º do Acordo

---

([58]) Em Português é também utilizado o acrónimo ADPIC. Sobre este acordo veja-se, entre muitos outros, Jan Busche, Peter-Tobias Stoll, Andreas Wieb, *TRIPS* (Carl Heymanns Verlag 2013); Daniel Gervais, *The TRIPS Agreement: Drafting History and Analysis* (Sweet & Maxwell 2012); AAVV, *A Handbook on the WTO TRIPS Agreement* (Cambridge University Press 2012); Carlos Correa & Abdulqawi Yusuf (eds), *Intellectual Property and International Trade: The TRIPS Agreement* (Kluwer Law International 2008); Carlos M Correa, *Trade Related Aspects of Intellectual Property Rights: A Commentary on the TRIPS Agreement* (OUP 2007).

([59]) Susy Frankel & Daniel Gervais, *Advanced Introduction to Intellectual Property* (EE 2016), p. 29.

([60]) Carlos M. Correa, 'TRIPS Agreement: Copyright and Related Rights' IIC [1994], p. 550.

([61]) *Ibid.*, p. 551.

([62]) *Ibid.*, p. 551. Isto porque a protecção estabelecida no acordo TRIPS é tida por opcional (assim Michel Walter, 'The relationship of, and comparison between, the Rome Convention, the WIPO Performances and phonograms Treaty (WPPT) and the Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights (TRIPS Agreement)' Copyright Bulletin vol. XXXIV (3) (2000), p. 5).

TRIPS aos fonogramas, operado pelo art. 14.º/4 e que também representa um aumento da protecção existente ao abrigo da convenção de Roma(63).

Em 1996 a WIPO adoptou dois tratados "gémeos" com o objectivo de adaptar as regras do direito de autor internacional aos novos desafios tecnológicos: o WIPO Copyright Treaty (WCT) e o WIPO Performances and Phonograms Treaty (**WPPT**)(64). Estes tratados são designados frequentemente como os tratados da Internet ou tratados WIPO(65). O primeiro tratou de questões de direitos de autor (procurando actualizar a Convenção de Berna) e o segundo referiu-se aos direitos conexos (procurando actualizar a Convenção de Roma)(66). Estes tratados são paralelos e as respectivas disposições muito semelhantes. As suas maiores inovações consistem na introdução do direito de colocação à disposição do público, uma "nova" faculdade patrimonial destinada a assegurar a transição para a era digital, que inclui nomeadamente o direito de controlar o *upload* de uma obra ou prestação(67) e a consagração de tutela para as medidas técnicas de protecção e informações para gestão de direitos(68).

---

(63) Carlos M. Correa, 'TRIPS Agreement …, *cit.*, p. 548.

(64) Em Português Tratado da OMPI sobre Interpretações ou Execuções e Fonogramas (TOIEF). Este tratado foi ratificado por Portugal em 2009 e tem, actualmente, 94 signatários.

(65) Cf. Mihály Ficsor, *The Law of Copyright and the Internet: The 1996 WIPO Treaties, their Interpretation and Implementation* (OUP 2002) e Jörg Reinbothe & Silke Von Lewinski, *The WIPO Treaties…*, *cit.*

(66) Paul Goldstein & Bernt Hugenholtz, *ob. cit*., p. 59. Para uma comparação do WPPT com a Convenção de Roma, cf. Silke Von Lewinski, *International…*, *cit.*, pp. 442-482.

(67) Sobre este veja-se Jane Ginsburg, 'The (New?) Right of Making Available to the Public', *in* David Vaver & Lionel Bently (eds), *Intellectual Property in the New Millennium, Essays in Honour of William R. Cornish* (CUP 2004), pp. 234-247.

(68) Sobre este aspecto em detalhe, cf. Jacques De Werra, 'The Legal System of Technological Protection Measures under the WIPO Treaties, the Digital Millennium Copyright Act,the European Union Directives and other National Laws (Japan, Australia)' in Jane Ginsburg (ed), *Adjuncts and alternatives to copyright : ALAI Congress June 13-17,* (ALAI 2001), pp. 179-279 e Maciej Barczewski, 'International Framework for Legal Protection of Digital Rights Management Systems' EIPR [2005], pp. 165-169 e P. Akester & R. Akester, 'Digital Rights Management in the 21.st Century', EIPR [2006], pp. 159-168.

Quanto aos direitos conexos, o WPPT refere-se apenas aos artistas-intérpretes e aos produtores de fonogramas, atribuindo-lhes importantes direitos económicos como *standard* mínimos. Estabelece, no seu art. 17.º, um prazo mínimo de duração dos direitos dos artistas-intérpretes de 50 anos (em vez dos 25 anos da Convenção de Roma). Além disso, este tratado reconhece direitos morais aos artistas-intérpretes nas suas prestações (art. 5.º) e adopta o princípio de ausência de formalidades para a protecção dos direitos conexos que contempla (art. 20.º).

Uma vez que o acervo internacional em matéria de direitos conexos não abarcava a obra audiovisual — não prevendo a protecção dos artistas-intérpretes nesse domínio(69), nem a protecção dos produtores de videogramas(70) — sentiu-se a necessidade de reforçar a tutela internacional nesta área(71). O **tratado de Pequim** sobre Interpretações e Execuções Audiovisuais (conhecido pela sigla inglesa **BTAP**) concluído a 26 de Junho de 2012 e assinado por 55 Estados, incluindo a União Europeia mas excluindo Portugal, visa colmatar parte desta lacuna(72). O tratado replica parcialmente disposições do WPPT adaptadas ao audiovisual(73), disciplinando os direitos morais (art. 5.º) e económicos (arts. 6.º a 11.º) dos artistas-intérpretes em relação a obras audiovisuais. Existem algumas ressalvas no sentido de garantir os interesses dos produtores de videogramas, nomeadamente o art. 12.º sobre a transferência

---

(69) O que se explica pela pressão da indústria cinematográfica norte-americana (Eugen Ulmer, 'The Rome Convention for the Protection of Performers, Producers of Phonograms and Broadcasting Organizaitons — Part III' Bulletin of the Copyright Society of the U.S.A., Vol. 10(4) (1963), p. 242).

(70) Eugen Ulmer, 'The Convention for the Protection of Producers…, cit', pp. 320-321 já dava conta dessa exclusão das fixações audiovisuais e respectivos problemas. Como explica Michel walter, *ob. cit.*, p. 6, nem mesmo a banda-sonora de um filme era protegida como fonograma ao abrigo do acervo existente.

(71) Assim Silke von Lewinski, *International…cit.*, pp. 497-501, e Silke von Lewinski, 'The Beijing Treaty on Audiovisual Performances' Auteurs & Media 6 (2012), pp. 539-540.

(72) Este tratado só entrará em vigor 3 meses após a trigésima ratificação (art. 26.º). Neste momento (18 de Dezembro de 2015) ocorreram apenas dez.

(73) Mihaly Ficsor, 'The WIPO "Internet Treaties" and Copyright in the "Cloud"', ALAI Congress. 2012, p. 1, refere-o como o terceiro dos "tratados da Internet".

de direitos. A duração deste direito conexo também é estabelecida no mínimo de 50 anos (art. 14.º).

Quanto a outras iniciativas, há assinalar que desde 2002 tem sido debatida a possibilidade de um novo tratado WIPO relativo a organismos de radiodifusão visando suplementar a protecção da Convenção de Bruxelas, tendo já sido discutidas várias versões e o seu possível impacto(74).

3. (Alguma) harmonização a nível europeu

Actualmente o direito de autor europeu (em sentido amplo) conta com um acervo de nove directivas específicas, a que acresce a Directiva 2004/48/CE relativa a meios de tutela da Propriedade Intelectual(75). Algumas destas directivas revelam-se especialmente importantes na harmonização dos direitos conexos.

A **Directiva 2006/115/CE** relativa ao direito de aluguer, ao direito de comodato e a certos direitos conexos ao direito de autor em matéria de propriedade intelectual (versão codificada) (cuja versão inicial data de 1992)(76) além de ter harmonizado, transver-

---

(74) Sobre este ponto veja-se Muhammed Abrar, *ob. cit.*, pp. 719-723; Divyanshu Sehgal & Mathur Siddhartha, 'Rights and Duties of Broadcasting Orgnizations: Analysis of WIPO Treaty on the Protection of Broadcasting Organizations' JIPR [2011], pp. 402--408; Tom Rivers, 'A Broadcasters' Treaty?', *in* Paul Torremans (ed), *Copyright Law: A Handbook of Contemporary Research* (EE 2007), pp. 483-513; Patricia Akester, 'The Draft WIPO Broadcasting Treaty and Its Impact on Freedom of Expression' UNESCO e-copyright Bulletin April-June 2006 (em resposta a este estudo pode ler-se Werner Rumphorst, 'The Broadcasters' Neighbouring Right: Impossible to Understand?' UNESCO e-copyright Bulletin July-September 2006); Thomas Dreier, 'Reflections On The Draft Wipo Broadcasting Treaty And Its Impact On Freedom Of Expression' e-copyright bulletin July-September 2006; Megumi Ogawa, *ob. cit.*, pp. 73-113.

(75) Para uma panorâmica sobre estas directivas, com referências adicionais, cf. Nuno Sousa e Silva, 'Uma introdução…, *cit.*, pp. 1352-1358.

(76) Directiva n.° 92/100/CEE do Conselho, de 19 de Novembro de 1992, relativa ao direito de aluguer, ao direito de comodato e a certos direitos conexos aos direitos de autor em matéria de propriedade intelectual. Para uma primeira avaliação, cf. Silke von Lewinski, 'Rental Right, Lending Right and Certain Neighbouring Rights: The EC Commission's Proposal for a Council Directive' EIPR [1991], pp. 117-123.

salmente para autores e titulares de direitos conexos, duas faculdades patrimoniais (direito de aluguer e de comodato)([77]), procedeu a uma harmonização importante dos direitos conexos, estabelecendo um conjunto de direitos mínimos em termos muito mais generosos que aqueles que resultavam das normas internacionais([78]). Assim, o art. 7.º consagra o direito de exclusivo de fixação para os artistas-intérpretes e organismos de radiodifusão, o art. 8.º estabelece o direito de comunicação ao público e de radiodifusão a favor de artistas-intérpretes, produtores de fonogramas e, com limitações, organismos de radiodifusão([79]) e o art. 9.º atribui o direito de distribuição a estes três beneficiários e aos produtores de filmes (obras cinematográficas ou videogramas). O art. 10.º prevê ainda algumas utilizações livres em sede de direitos conexos. Esta directiva foi transposta para o direito português pelo DL n.º 332/97, de 27 de Novembro.

A **Directiva 93/83/CE** relativa aos direitos de autor e direitos conexos aplicáveis à radiodifusão por satélite e retransmissão por cabo é importante especialmente para os organismos de radiodifusão, apesar de conter poucas regras substantivas([80]). A directiva define que a lei aplicável à comunicação por satélite é apenas a do Estado do emissor *(uplink State)*([81]) (art. 1.º/2/*b*) da Directiva) e, para efeitos de retransmissão por cabo, estabelece um sistema de gestão colectiva obrigatória para os autores e titulares de direitos conexos, à excepção dos organismos de radiodifusão (arts. 9.º

([77]) São direitos autónomos do direito de distribuição (este apenas relacionado com a venda). A directiva nesta parte vem explicitar e harmonizar o que já resultava do acórdão 158/86 *Warner Brothers* (EU:C:1988:242).

([78]) BERNT HUGENHOLTZ, 'Copyright without frontiers: the problem of territoriality in European copyright law', *in* ESTELLE DERCLAYE (ed), *Research Handbook on the Future of EU Copyright* (EE 2009), p. 15.

([79]) Recentemente no caso C-279/13, *CMore* (EU:C:2015:199) o TJUE deixou claro que esta protecção é apenas um standard mínimo, sendo que os Estados-Membros podem consagrar medidas mais protectoras dos organismos de radiodifusão (no caso contra a emissão em directo num *site* de partidas de hóquei no gelo).

([80]) BERNT HUGENHOLTZ, 'SatCab Revisited: The Past, Present and Future of the Satellite and Cable Directive' European Audiovisual Observatory Iris plus 2009-8 'Convergence, Copyrights and Transfrontier Television', p. 77.

([81]) O que representa um afastamento da teoria de BOGSH segundo a qual o acto de emissão por satélite seria relevante em todos os Estados em que ocorresse a recepção. Para uma descrição detalhada da discussão, cf. PEDRO CORDEIRO, *ob cit.*, pp. 205-233.

e 10.º)([82]). Em Portugal, esta directiva foi transposta pelo Decreto-Lei n.º 333/97, de 27 de Novembro. Actualmente, pondera-se uma revisão deste instrumento([83]) tendo sido recentemente apresentada (9 de Dezembro de 2015) uma proposta de regulamento com o objectivo de conseguir a portabilidade de conteúdos *online*, que poderá ter especial impacto nesta matéria([84]).

A **Directiva 96/9/CE** do Parlamento Europeu e do Conselho, de 11 de Março de 1996, relativa à protecção jurídica das bases de dados, estabeleceu um regime de protecção duplo (direitos de autor e um direito *sui generis* que deve ser considerado um direito conexo)([85]) para as bases de dados([86]), tendo sido transposta pelo Decreto-Lei n.º 122/2000, de 4 de Julho([87]).

A **Directiva 2001/29/CE** do Parlamento Europeu e do Conselho, de 21 de Maio de 2001 (comummente designada directiva

---

([82]) Sobre o funcionamento deste sistema em detalhe, cf. ALEXANDRE DIAS PEREIRA, 'Da retransmissão…, *cit.*', pp. 1036-1046.

([83]) Foi feita uma consulta pública pela Comissão Europeia (<https://ec.europa.eu/digital-agenda/en/news/consultation-review-eu-satellite-and-cable-directive>) que decorreu entre 24 de Agosto e 16 de Novembro de 2015.

([84]) COM(2015) 627 final.

([85]) Assim, entre muitos outros, MATTHIAS LEISTNER, 'Verwandte Schutzrechte im europäischen Urheberrecht: Eine Untersuchung am Beispiel des Datenbankherstellerrechts', *in* PETER GANEA (ed.), *Urheberrecht : gestern, heute, morgen — Festschrift für Adolf Dietz zum 65. Geburtstag* (C.H. Beck 2001), pp. 493-515. A designação *sui generis* explica-se pela vontade de aplicar a regra da reciprocidade (art. 11.º da directiva) ao invés do tratamento nacional. Apesar de a generalidade da doutrina considerar que a regra da reciprocidade não tem problemas (v.g. ESTELLE DERCLAYE, *The Legal Protection of Databases: A Comparative Analysis* (EE 2008), pp. 52-53), WILLIAM CORNISH, '1996 European Community Directive on Database Protection' Columbia VLA Journal of Law & Arts 21 (1996), p. 10, coloca a questão de saber se, sendo este caso uma forma de concorrência desleal, não será aplicável o princípio de tratamento nacional do art. 10*bis* da Convenção da União de Paris de 1996.

([86]) Sobre a directiva veja-se, MATTHIAS LEISTNER, *Der Rechtsschutz von Datenbaken im deutschen und europäischen Recht* (C. H. Beck 2000); MARK J. DAVISON, *The Legal Protection of Databases* (CUP 2003); GUIDO WESTKAMP, *Der Schutz von Datenbanken und Informationssammlungen in britischen und deutschen Recht* (C.H. Beck 2003); ESTELLE DERCLAYE, *The Legal Protection…*, *cit.*; MATTHIAS LEISTNER, 'The protection of databases' *in* ESTELLE DERCLAYE (ed.), *Research Handbook on the Future of EU Copyright* (EE 2009), pp. 427-456.

([87]) *Vide*, entre outros, ALBERTO DE SÁ E MELLO, *Tutela jurídica das bases de dados*, *in* AAVV, *Direito da sociedade da informação*, Vol. I (Almedina 1999), pp. 111-161.

Infosoc), relativa à harmonização de certos aspectos do direito de autor e dos direitos conexos na sociedade da informação é a peça central do actual sistema de direitos de autor europeu([88]). Foi transposta pela Lei 50/2004, de 24 de Agosto que operou alterações importantes ao CDADC([89]). Em relação aos direitos conexos revela-se especialmente importante por harmonizar parte do conteúdo patrimonial de certos direitos conexos([90]).

A **Directiva 2006/116/CE** relativa ao prazo de protecção do direito de autor e de certos direitos conexos([91]), alterada pela Directiva 2011/77/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 27 de Setembro de 2011, estabeleceram regras uniformes de duração dos direitos de autor e certos direitos conexos. Estas directivas, atenta a relevância económica da duração dos direitos, revelam-se matéria particularmente contenciosa e cujo sucesso de harmonização se manifesta duvidoso([92]). Em termos de direitos conexos a sua transposição traduziu-se num aumento do prazo de protecção previsto na legislação nacional([93]). Além disso, a directiva consagra a obrigação de conferir protecção às "obras não publicadas anteriormente" através da atribuição das faculdades

---

([88]) Contestando o seu impacto, com uma análise convincente, veja-se Bernt Hugenholtz, 'Why the Copyright Directive is unimportant, and possibly invalid' EIPR [2000], pp. 499-505.

([89]) Para uma análise cf. Oliveira Ascensão, 'A transposição da directriz n.º 01/29 sobre aspectos do direito de autor e direitos conexos na sociedade da informação', RFDUL XLIII (2002), pp. 915-932, e Luiz Francisco Rebello, 'A transposição da directiva n.º 2001/29/CE: um comentário crítico', *in* AAVV, *Direito da Sociedade da Informação*, vol. VII (Coimbra Ed. 2008), pp. 433-458.

([90]) Uma questão complexa prende-se com a relação entre esta directiva "geral" e as directivas especiais. Exemplificando este problema, cf. Tito Rendas, 'Lex Specialis(sima): Videogames and Technological Protection Measures in EU Copyright Law' EIPR [2015], pp. 39-45.

([91]) Trata-se da versão codificada, a versão original datava de 1993 (Directiva 93/98/CEE do Conselho, de 29 de Outubro de 1993, relativa à harmonização do prazo de protecção dos direitos de autor e de certos direitos conexos).

([92]) Christina Angelopoulos, 'The Myth of European Term Harmonisation: 27 Public Domains for the 27 Member States' IIC [2012], pp. 567-594.

([93]) Cf. *infra* nota 395. Para uma análise comparativa detalhada cf. Silke von Lewinski, 'The EC Duration Directive: An Example of the Complexity of EC Copyright Harmonization' in Peter Yu (ed), *Intellectual Property and Information Wealth*, vol. IV (Praeger 2007), pp. 257-281.

patrimoniais do direito de autor durante 25 anos (art. 4.º) e admite, de forma opcional, a protecção de "edições críticas e científicas" com um prazo máximo de 30 anos (art. 5.º). Portugal consagra ambas no art. 39.º CDADC.

Ademais, a Directiva 2012/28/UE relativa a **obras órfãs**(94) aplica-se igualmente aos direitos conexos, assim como a Directiva 2014/26/UE, na medida em que se refere à **gestão colectiva** de direitos de autor e direitos conexos(95).

Apesar de existir alguma harmonização a nível internacional e europeu, a diversidade em termos de prestações protegidas e mesmo do respectivo regime é assinalável. Em geral, na sequência da Convenção de Roma (parcialmente acolhida via acordo TRIPS), todos os ordenamentos protegem artistas-intérpretes, produtores de fonogramas e organismos de radiodifusão. Existe, porém, uma variedade grande quanto às prestações protegidas, além deste conjunto relativamente consensual.

4. O regime português

Em Portugal, os direitos conexos são, como veremos, objecto de uma disciplina legal deficiente, que necessita urgentemente de revisão. A análise do nosso regime, também nessa perspectiva, per-

---

(94) Recentemente transposta pela Lei n.º 32/2015, de 24 de Abril que, entre outras coisas, aditou os arts. 26.º-A e 26.º-B ao CDADC. Sobre a directiva veja-se ELEONORA ROSATI, 'The Orphan Works Directive, or throwing a stone and hiding the hand' JIPLP [2013], pp. 303-310.

(95) Sobre esta directiva veja-se, entre outros, EMANUELA AREZZO, 'Competition and Intellectual Property Protection in the Market for the Provision of Multi-Territorial Licensing of Online Rights in Musical Works — Lights and Shadows of the New European Directive 2014/26/EU' IIC [2015], pp. 534-564; LUCIE GUIBAULT, 'Collective Rights Management Directive', *in* IRINI STAMATOUDI & PAUL TORREMANS (eds.), *EU Copyright Law — A Commentary* (EE 2014), pp. 696-795; JOÃO PEDRO QUINTAIS, 'Proposal for a Directive on Collective Rights Management and (some) Multi-Territorial Licensing' EIPR [2013], pp. 65-73; NUNO SOUSA E SILVA. 'The proposed Directive on multi-territorial licensing for online music — Is competition a good idea?' Revista de Concorrência e Regulação 16 (2013), pp. 29-52. Deve assinalar-se que o capítulo III da Directiva não é aplicável aos direitos conexos.

correrá os seguintes aspectos: objecto e titularidade, condições de protecção, conteúdo da protecção (faculdades patrimoniais e pessoais), limites (duração) e excepções (utilizações livres), finalizando com uma breve menção aos meios de tutela dos direitos conexos.

4.1. Objecto e titulares de protecção

De um modo geral, os direitos conexos protegem investimento (prestações de carácter artístico e/ou empresarial)([96]) mas fazem-no através da atribuição de um direito de exclusivo a determinadas pessoas. Em termos de fundamentos e justificação da tutela, ao contrário dos direitos de autor, não se ensaiam argumentos de natureza ontológica/ética para a protecção de direitos conexos (à excepção dos relativos aos artistas-intérpretes). Aqui, a justificação é puramente económica([97]).

Existe um *numerus clausus* de direitos conexos([98]). Salvo intervenção legislativa, o investimento/esforço, não beneficiando de tutela específica, só será protegido pela concorrência desleal ou outros institutos análogos como a gestão de negócios ou o enriquecimento sem causa. Assim, ao contrário do que acontece noutros países, em Portugal não está consagrada protecção para fotografias não originais([99]) ou escritos não originais([100]), para eventos cultu-

---

([96]) Angél Fernández-Albor Baltar, 'Los Derechos Afines a los Derechos de Autor en el Texto Refundido de Ley de Propriedad Intlectual', ADI (1994-95), p. 107.

([97]) Anette Kur & Thomas Dreier, *European Intellectual Property* (EE 2013), p. 242. No mesmo sentido, Vittorio M. de Sanctis, *Il diritto di autore* (Giuffrè 2012), p. 124. A jurisprudência europeia tem afirmado precisamente que o objecto específico destes direitos "visa assegurar aos titulares dos direitos em causa a protecção da faculdade de explorar comercialmente a colocação em circulação ou a colocação à disposição dos objectos protegidos, concedendo licenças mediante o pagamento de uma remuneração…" (cf. por último C-403/08 e C-429/08, *Murphy* (EU:C:2011:631) §107).

([98]) Alexandre Dias Pereira, 'Da retransmissão…, cit', p. 993.

([99]) Esta encontra-se prevista p. ex. no §72 da UhrG (lei alemã de direitos de autor), art. 128 LPI (lei espanhola de direitos de autor) e Arts. 87-92 l.d.a. (lei italiana de direitos de autor).

([100]) Como é o caso do *geschriftenbescherming* holandês, a protecção dispensada a escritos não originais (cf. Annemarie Beunen, 'Geschriftenbescherming: The Dutch

rais e/ou desportivos([101]), para projectos de engenharia([102]), ou para o arranjo tipográfico de edições publicadas([103]). Dizer que há um *numerus clausus* de direitos conexos não quer dizer, porém, que não existam outros direitos conexos que o legislador não qualifique como tal([104]).

Como sublinha ÁNGEL FERNÁNDEZ-ALBOR BALTAR([105]), os direitos conexos consistem numa "categoria heterogénea e, de certo modo arbitrária". Por isso mesmo, é natural que não exista unanimidade quanto à existência ou classificação de determinados

---

Protection for Non-original Writings', *in* B. HUGENHOLTZ, A. QUAEDVLIEG & D. VISSER (eds.), *A century of Dutch copyright law: Auteurswet 1912-2012* (Delex 2012), pp. 57-97). Recentemente, a decisão TJUE no caso C-30/14, *Ryanair* (EU:C:2015:10) parece indiciar a incompatibilidade dessa protecção com a directiva 96/9/CE.

([101]) O §81UhrG atribui um direito ao organizador de espectáculos **em que ocorra uma interpretação artística**, o que exclui prestações como jogos de futebol (BGH *Hartplatzhelden.de* 28 de Outubro de 2010 (I ZR 60/09), para um comentário, cf. ANSGAR OHLY, 'Kein wettbewerbsrechtlicher Leistungsschutz für Amateurfussbalspiele' GRUR [2011], pp. 436-440). Na opinião da doutrina francesa o previsto no L. 333-1 du *Code du Sport* relativo a eventos desportivos configurará igualmente um direito conexo (cf., com mais referências, ANDRÉ LUCAS, HENRI-JACQUES LUCAS & AGNÉS LUCAS-SCHLOETTER, *ob. cit.*, p. 934.). Em Itália o art. 78 *quater* consagra também um direito conexo (cf. LUCA FERRARI, 'Rights to Broadcast Sporting events under Italian Law' The International Sports Law Journal [2010], pp. 65-73). Sobre o tema em geral cf. THOMAS MARGONI, 'The Protection of Sports Events in the EU: Property, Intellectual Property, Unfair Competition and Special Forms of Protection' *in* <https://www.researchgate.net/>; ISABEL KAINE, *Sportveranstalterrecht — Ein neues Immaterialgüterrecht?* (Mohr Siebeck 2014) (discutindo a questão exaustivamente do ponto de vista do ordenamento jurídico alemão *de lege lata* e *de lege ferenda*); KATRIEN LEFEVE, *New Media and Sport: International Legal Aspects* (Springer 2012) (com um enquadramento mais amplo); BEN VAN ROMPUY & THOMAS MARGONI, *Study on sports organisers' rights in the European Union* (EAC/18/2012).

([102]) Art. 99 lda.

([103]) §§1(1)(*c*), 8 CDPA [esta protecção encontra-se em muitos outros países da *Commonwealth* como a Nova Zelândia, a Jamaica ou a Zâmbia; sobre a influência do direito de autor inglês veja-se a obra de UMA SUTHERSANEN & YSOLDE GENDREAU (eds), *A Shifting Empire: 100 Years of the Copyright Act 1911* (EE 2013)]. O que está em causa é o mero arranjo gráfico da edição (a forma como as letras aparecem na página), o que, na prática, se traduz apenas numa proibição da fotocópia (GERALD DWORKIN & RICHARD D. TAYLOR, *Blackstone's Guide to the Copyright, Designs and Patents Act 1988* (OUP 1989), p. 30). Isto não deve ser confundido com a protecção de elementos tipográficos (um dado desenho das letras do alfabeto) podem ter ao abrigo do direito de autor.

([104]) Neste mesmo sentido ANDRÉ LUCAS, HENRI-JACQUES LUCAS & AGNÉS LUCAS-SCHLOETTER, *ob. cit.*, p. 934.

([105]) *Ob. cit.*, p. 107.

direitos de exclusivo como direitos conexos. O que lhes parece conferir unidade é a lógica de protecção da prestação por via de um direito subjectivo([106]).

O elenco "clássico" dos direitos conexos, assim classificados pelo legislador nacional, inclui o direito dos **artistas-intérpretes** (também chamados executantes), o direito dos **produtores** de **fonogramas** e de **videogramas** e o direito dos **organismos de radiodifusão**([107]). A estes acrescem o direito *sui generis* de protecção de **bases de dados**([108]) e o **direito ao título de uma obra**([109]). Apesar da sua localização sistemática, o **direito do editor de obras inéditas não protegidas** (art. 39.º/1 CDADC)([110]) e o direito do editor de **edições criticas e científicas de obras no domínio público** — (art. 39.º/2 CDADC)([111]), constituem igualmente direitos conexos([112]). Na opinião de alguma doutrina dever-se-iam ainda considerar direitos conexos o **direito** do **editor**([113]) e o **direito ao espectáculo**([114]).

([106]) Claude Masouyé, *Guide…*, *cit.*, p. 12, "…the guideline of stopping the unfair appropriation of the labor of others".

([107]) Assim, Oliveira Ascensão, *ob. cit*., p. 546.

([108]) Assim, André Lucas, Henri-Jacques Lucas & Agnés Lucas-Schloetter, *ob. cit.*, p. 934. Sem ser tão peremptório Dias Pereira, *Informática…*, *cit.*, p. 217, reconhece que estes direitos se aproximam de um direito conexo. Em sentido próximo pronuncia-se Cláudia Trabuco, *O Direito…*, *cit.*, p. 67. Veja-se ainda *supra* nota 85.

([109]) Nesse sentido, Oliveira Ascensão, *Direito de Autor…*, *cit.*, p. 603. Para uma perspectiva comparativa cf. Jan Klink, 'Titles in Europe' EIPR [2004], pp.290-300.

([110]) Este direito encontra-se v.g. no §70 UhrG e nos artigos 85-quater e 85-quinquies l.d.a.

([111]) O direito alemão consagra protecção análoga no §71 UhrG. Sobre a sua aplicação recente a dois casos cf. Bernhard von Linstow, 'Motezuma, Himmelsscheibe und das System der Schutzrechte', *in* AAVV, *Festschrift für Eike Ullmann* (Juris GmbH Saarbrücken 2006), pp. 297-310, que conclui que esta protecção é um corpo estranho no sistema de direitos conexos.

([112]) Neste sentido Dias Pereira, 'Duração dos direitos de autor e conexos', *Direito & Justiça — Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Luís Carvalho Fernandes*, Vol. I (UCE 2012), p. 131. Sobre o seu regime veja-se *infra* **4.1.4.**

([113]) Oliveira Ascensão, *Direito de Autor…*, *cit.*, pp. 547-548 (um direito "em embrião" sendo meramente um direito de remuneração). Alberto Vieira, 'A posição do editor na cópia Privada' RDI n.º 1 [2014], p. 152, parece contrariar esta perspectiva, afirmando: "O editor não receber um direito de autor (…) nem tão-pouco um direito conexo. A sua protecção no sistema de Direito de Autor funda-se unicamente no contrato de edição e repousa exclusivamente numa lógica contratual e não autoral (legal)". Rejeitando a exis-

A definição dos direitos conexos é feita sobretudo tendo em conta a actividade exercida. Mais do que requisitos intrínsecos ao objecto de protecção valem requisitos subjectivos. O direito de autor é, salvo algumas excepções, atribuído ao criador de uma obra (art. 11.º CDADC) (focando-se o objecto de protecção). O direito conexo, depende das qualidades em que uma pessoa toma contacto com uma obra ou da actividade que pratica. O art. 190.º elege os elementos de conexão que permitem determinar a aplicabilidade da lei portuguesa a uma determinada actividade(115).

4.1.1. Os artistas-intérpretes

Como vimos, a protecção dos artistas-intérpretes, aqueles que executam uma obra (declamando, tocando, dançando, cantando, etc.), explica em grande medida o aparecimento dos direitos conexos (e até a respectiva designação)(116). No entanto, este é um caso especial, desde logo porque estamos perante uma actividade com um carácter criativo e inevitavelmente desempenhada por seres humanos(117). Esta circunstância, como explica PIERRE-YVES GAU-

---

tência de um direito conexo do editor em França, cf. ANDRÉ LUCAS, HENRI-JACQUES LUCAS & AGNÉS LUCAS-SCHLOETTER, *ob. cit.*, p. 933, dizendo que mais vale ao editor transaccionar direitos de autor do que ter um direito conexo de contornos imprecisos. No mesmo sentido, veja-se MICHEL VIVANT & JEAN-MICHEL BRUGUIÈRE, *Droit d'auteur et droit vosins* (Dalloz 2012), p. 941, dando conta da inexistência de tal direito em França mas do seu reconhecimento em Espanha, em Itália e na Alemanha.

(114) OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito de Autor…*, *cit.,* pp. 590-598 (identificando a fonte no costume, ver também, do mesmo autor 'Der Schutz von Veranstaltungen kraft Gewohnheitsrecht', GRUR Int [1991], pp. 20-25) e ALBERTO DE SÁ E MELLO, 'Filmagem de Espectáculos Desportivos e "Direito de Arena"' Jurismat n.º 1 (2012), pp. 175-199.

(115) Sobre isso cf. *infra* **4.2.**

(116) O surgimento de novas tecnologias de gravação permitiu transformar uma atividade não produtiva (cuja utilidade desaparecia no instante da produção) numa atividade produtiva, o que levou a uma vaga de desemprego na profissão (HERMAN COHEN JEHORAM; 'The nature…, cit., p. 77).

(117) Será de perguntar se o piano mecânico ou um computador não são, afinal de contas, intérpretes das obras. Vários argumentos militam em sentido de uma resposta negativa. Desde logo a circunstância de ser de recusar a ideia de direitos sem sujeito. Além

TIER([118]) tem implicações desde logo no domínio dos direitos de personalidade([119]).

O primeiro desafio, neste domínio, consiste em determinar quem são artistas-intérpretes([120]). O art. 176.º/2 do CDADC, replicando o art. 3.º(*a*) da Convenção de Roma([121]), define-os como "os actores, cantores, músicos, bailarinos e outros que representem, cantem, recitem, declamem, interpretem ou executem de qualquer maneira obras literárias ou artísticas." Esta definição pressupõe que esteja em causa a execução de uma obra literária ou artística([122]). Deverá tratar-se de uma **actividade com carácter artístico** e não meramente técnico([123]). Porém, não se exigirá que esta

---

disso, estas tecnologias não operam sem uma instrução previamente determinada por um ser humano e, na maior parte das vezes, não dispõem de margem de escolha para permitir individualizar uma interpretação. Sobre o problema em relação aos direitos de autor, cf. ALBERTO VIEIRA, 'Obras geradas por computador e direito de autor', *in* AAVV, *Direito da Sociedade de Informação*, vol. II (Coimbra Editora, 2001), pp. 113-143.

([118]) *Propriété littéraire et artistique* (PUF 2012), pp. 140-141. No mesmo sentido ALEXANDRE DIAS PEREIRA, 'Da retransmissão…, cit., p. 999.

([119]) Não deixa de ser curioso que a matéria do sigilo epistolar seja regulada através de direitos conexos em Itália (arts. 93 a 95 lda), encontrando-se em Portugal nos arts. 75.º a 77.º do CC. De facto, a protecção de cartas chegou a ser contemplada como parte de um tratado sobre direitos conexos previsto para 1939 (SILKE VON LEWINSKI, *International Copyright…, cit.*, pp. 88-89). O direito ao retrato encontra-se também nos arts. 96 a 98 da lda (inserido como um direito conexo); em contrapartida em Portugal está contemplado no art. 79.º do CC. Sobre este último ponto, com interessantes referências comparativas, pode ver-se DAVID OLIVEIRA FESTAS, *Do Conteúdo Patrimonial do Direito à Imagem* (Coimbra Editora, 2009). O papel dos direitos de personalidade na protecção de direito dos intérpretes e a necessidade do consentimento individual para uma transmissão foram alvo de discussão no conhecido caso de 1960 ("Bodas de Fígaro") decidido pelo BGH (I ZR 64/58).

([120]) Concordo com OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito de Autor…, cit.*, pp. 551-554, quanto à inutilidade de proceder a uma distinção entre artistas-intérpretes e artistas-executantes. Não obstante, este autor entende que: "O termo genérico é o do intérprete: executante é termo de espécie, destinado a abranger aqueles que se exprimem através de instrumentos". Em sentido próximo, veja-se CLAUDE MASOUYÉ, *Guide…*, *cit.*, p. 21.

([121]) O art. 2.º(*a*) WPPT acrescentou uma referência ao folclore como possível objeto de interpretação (PAUL GOLDSTEIN & BERNT HUGENHOLTZ, *ob. cit.*, p. 233). Isto corrobora a conclusão de que a obra interpretada não tem que gozar de direitos de autor. O legislador alemão alterou o §73 UhrG em 2003 na sequência do WPPT, parece-me que tal não será necessário na nossa lei.

([122]) MICHEL WALTER, *ob. cit.*, p.5.

([123]) OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito de Autor…, cit.*, pp. 551 e 553 ("Não é protegido o operador das luzes de um bailado, nem o que projecta os diapositivos pela máquina. Não

obra interpretada seja previamente existente([124]). Assim, a **arte improvisada**, na medida em que seja original gerará ao ser exteriorizada num improviso, direitos de autor e, em simultâneo, um direito conexo na esfera jurídica do improvisante([125]). Poder-se-á dar o caso de a obra a interpretar deixar uma margem criativa especialmente ampla ao intérprete. Nestes casos, haverá que fazer uma distinção, particularmente difícil na prática, entre o momento em que o artista deixa de estar apenas a interpretar e passa também a criar uma obra derivada([126]).

A referência a uma "obra literária e artística" não pressupõe a respectiva qualificação como obra protegida por direitos de autor([127]), o que se revela particularmente importante no domínio da dança que, nos termos do art. 2.º/1/*d*), está sujeita a um requisito adicional (a fixação) para efeitos da sua protecção([128]). No entanto,

---

há então atividade artística."). O problema pode colocar-se com determinados "concertos" de música electrónica em que o DJ se limita a tocar aquilo que está previamente determinado ou, mais amplamente, em relação às prestações "em *playback*". É claro que mesmo nesses casos, além de poder existir alguma opção performativa, existe um comportamento exterior observável pelo público. Como explica KRÜGER, §73 *cit*., rn. 8, através desta definição o legislador quis excluir um conjunto de prestações que frequentemente participam num espetáculo tais como o ponto, o gerente de palco, o técnico de luzes, o dramaturgo, o director de camarins, os técnicos de som e de imagem.

([124]) OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito de Autor…*, *cit.*, p. 554.

([125]) Ac. STJ, de 2-VII- 1998 (rel. PEREIRA DA GRAÇA), *in* CJ/STJ VI — II (1998) p. 169; Ac. STJ 15-XII-1998 (rel. RIBEIRO COELHO) e Ac. STJ 1-VII-2008 (rel. SEBASTIÃO PÓVOAS), concluindo bem que "O autor não tem que autorizar a sua própria interpretação, para efeitos de direito de autor…". Deve destacar-se, que também a actuação num ensaio goza de protecção (ANGÉL FERNÁNDEZ-ALBOR BALTAR, ob. cit., p. 114).

([126]) VICTÓRIA ROCHA, 'A titularidade das criações intelectuais no âmbito da relação de trabalho' in AAVV, *Nos 20 Anos do Código das Sociedades Comerciais*, vol. I (Coimbra Editora, 2007), p. 188; MICHEL VIVANT & JEAN-MICHEL BRUGUIÈRE, *ob.cit.*, pp. 940-941. Discutindo o assunto a propósito de uma sentença cf. RICHARD ARNOLD, 'Are performers authors?' EIPR [1999], pp. 464-469. O conhecido filósofo francês DENIS DIDEROT defendia precisamente que o actor é apenas "um fantoche cujas cordas são detidas pelo autor" e esta parece ser a concepção filosófica que justifica a solução legal. No entanto, esta concepção simplista foi posta rapidamente em causa no plano filosófico (sobre este ponto, cf. MATHILDE PAVIS, 'Is There Any-body on Stage? A Legal (mis)Understanding of Performances' Journal of Theatre and Performing Arts 8.2 (2014), pp.11-41 e ERIKA FISCHER-LICHTE, *The Transformative Power of Performance* (Routledge 2008)).

([127]) KRÜGER, §73, *cit*., rn.10.

([128]) OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito de Autor…*, *cit.*, p. 554.

entende-se que a obra interpretada deve ser uma obra literária ou artística, não podendo tratar-se de uma mera prestação([129]). Assim, tem-se entendido que *strippers* ou actores pornográficos não se qualificam como artistas-intérpretes visto que apenas darão o seu corpo e não interpretarão uma obra([130]).

O art. 9.º da Convenção de Roma prevê a possibilidade de qualquer Estado Contratante estender a protecção àqueles artistas que não executem obras literárias ou artísticas, como artistas de circo. No entanto, Portugal não terá utilizado essa faculdade. Isto deixa de fora a generalidade das prestações de artistas como prestidigitadores([131]), palhaços ou trapezistas([132]). Claro que nada impede que, sendo as respectivas prestações originais, gozem de direitos de autor e do respectivo direito conexo([133]). Na generalidade dos casos, manequins ou desportistas também não poderão gozar deste direito conexo([134]). Numa decisão recente a *Cour de Cassation* Francesa entendeu que os participantes de um *reality show* intitulado "A Ilha da Tentação" não deveriam ser considerados artistas-intérpretes([135]).

([129]) Paul Goldstein & Bernt Hugenholtz, *ob. cit*., p. 234. Como frisa Krüger, §73 *cit*., rn.13 nem todas as obras são passíveis de interpretação. Por exemplo as obras de arte visual "interpretam-se a si mesmas".

([130]) Krüger, §73, *cit*., rn. 10. Parece-me, no entanto, que esta situação não pode ser resolvida em abstracto mas apenas tendo em conta os contornos da prestação em causa.

([131]) Sobre a proteção dos truques de magia cf. Guilhem Julia, *L'œuvre de magie et le droit* (Bruylant 2014) (com uma análise jurídica) e Jacob Loshin, 'Secrets Revealed: How Magicians Protect Intellectual Property Without Law' in: AAVV, *Law and Magic: A Collection of Essays* (Carolina Academic Press 2010), pp. 123-142 (destacando o papel das normas sociais)).

([132]) Oliveira Ascensão, *Direito de Autor…*, *cit.*, p. 555. Diferentemente, em França o art. L 212-1 prevê a proteção daquele que interprete "uma obra literária ou artística, um numero de variedades, de circo ou de marionetes". Angél Fernández-Albor Baltar, *ob. cit.*, p. 109, n. 18 dá conta também da exclusão dos toureiros.

([133]) Assim, Vittorio M. De Sanctis, *ob. cit.*, p. 125. André Lucas, Henri-Jacques Lucas & Agnés Lucas-Schloetter, *ob. cit.*, pp. 935-936 sugerem que a obra nem precisa de ser original, bastando que se trate de uma obra do domínio literário ou artístico. No entanto, reconhecem que a distinção entre obra original e obra literária e artística é muito difícil de fazer. No mesmo sentido Krüger, §73 *cit*., rn. 10 e Frank Gotzen, *Le droit des interprètes et exéctuatnts dans la Communauté économique européenne* (estudo para a Comissão Europeia 1977), pp. 12-13.

([134]) André Lucas, Henri-Jacques Lucas & Agnés Lucas-Schloetter, *ob. cit.*, p. 936. Também Owen Morgan, *ob. cit.*, p. 151.

([135]) Decisão de 24 de Abril de 2013 (FR:CCASS:2013:C100399). Para um

Já o apresentador de um programa, na medida em que siga um guião (obra literária), pode ser considerado um artista-intérprete, desde que lhe dê um cunho pessoal, fazendo uma interpretação dessa obra([136]). Os mesmo se pode dizer de um comediante([137]). O problema coloca-se com mais acuidade quando o apresentador ou o comediante improvisem. Não parece que se possa qualificar como obra a improvisação de um condutor de entrevistas ou apresentador de um programa televisivo e, falhando esse pressuposto, falhará também a sua qualificação como artista-intérprete.

É necessário que ocorra uma **interpretação**, isto é, que a pessoa entre em contacto com a obra de forma pessoal e que a exteriorize de forma individual([138]). Tendo em conta a singularidade do ser humano, este requisito não se revela particularmente difícil de preencher. Não é necessário que a interpretação tenha qualidade artística e/ou técnica, mas não pode ser totalmente "asséptica" ou mecânica([139]). A mera reprodução de um ficheiro MIDI num computador, na medida em que seria exactamente igual noutro computador, não constitui uma interpretação. Da mesma forma que aquele que faça rodar o rolo de um piano mecânico não se qualifica como intérprete, nem aquele que se limite a aparecer num documentário([140]). A questão pode colocar-se com mais dificuldade em relação ao leitor dum livro em formato áudio.

---

comentário crítico, cf. Xavier Daverat, 'Télé-réalité et interprétation artistique' Semaine juridique, 26 (2013), pp.1266-1269.

([136]) Neste sentido, cf. a decisão do BGH de 14.XI.1980 *Quizmaster* (I ZR 73/78). A secção 248(A)(2) do Copyright Act Australiano de 1968 dispõe que não se consideram interpretações "(*b*) a reading, recital or delivery of any item of news and information; (*c*) a performance of a sporting activity; or (*d*) a participation in a performance as a member of an audience".

([137]) Dotan Oliar & Christopher Sprigman, 'There's No Free Laugh (Anymore): The Emergence of Intellectual Property Norms and the Transformation of Stand-Up Comedy' Virginia Law Review Vol. 94(8) (2008), pp. 1787-1867, num artigo muito interessante demonstram em detalhe o sistema de normas sociais que se desenvolveu nos EUA com vista a colmatar a falta de resposta jurídica para a protecção dos comediantes. Este aspecto é semelhante ao que acontece no domínio dos truques de magia (cf. *supra* nota 131).

([138]) André Lucas, Henri-Jacques Lucas & Agnès Lucas-Schloetter, *ob. cit*, p. 936, sublinham o carácter pessoal da interpretação.

([139]) O §73 UhrG fala em participação "no plano artístico".

([140]) Neste sentido, rejeitando a pretensão dum professor filmado no documentário

Parece dever entender-se que **apenas** as **pessoas singulares** podem qualificar-se como artistas-intérpretes([141]). Mas o maestro que dirige um conjunto deve também ser considerado um artista-intérprete([142]). A apresentação de alguém como artista-intérprete faz **presumir** a respectiva **titularidade** do direito (art. 180.º/3)([143]).

Um problema complexo é o de saber como ocorre o exercício de direitos em casos de execução conjunta de uma obra (v.g. os **vários intérpretes** de uma orquestra)([144]). O art. 181.º atribui uma função de representação obrigatória (na falta de acordo) ao director do conjunto ou, não existindo, ao encenador no caso de actores, ao maestro no caso de uma orquestra, e ao director no caso de um coro([145]).

Uma norma enigmática e que se encontra sistematicamente deslocada, consta do art. 189.º/2 CDADC. De acordo com esta disposição "A protecção outorgada neste capítulo ao artista não abrange a prestação decorrente do exercício de dever funcional ou de **contrato de trabalho**". A consequência desta norma parece ser

---

"Être et avoir" sobre a vida quotidiana numa escola rural decidiu a *Cour de cassation* (decisão de 13 de Novembro de 2008, 06-16.278). Para uma discussão, com indicações jurisprudenciais, relativa aos figurantes e papéis secundários, cf. André Lucas, Henri-Jacques Lucas & Agnés Lucas-Schloetter, *ob. cit.*, pp. 938-939.

([141]) Neste sentido depõe o art. 190.º/1 que ao contrário dos outros números não menciona a "sede" como critério de conexão. Uma questão curiosa consiste em saber se merece proteção quem utilize figuras virtuais para uma actuação (cf. de Krüger, §73, *cit*., rn. 12). Parece-me que se deve responder na afirmativa visto que a figura é utilizada como um instrumento (no mesmo sentido *vide* Gernot Schulze, 'Urheber- und leistungsschutzrechtliche Fragen virtueller Figuren' ZUM [1997], pp. 77-86).

([142]) Paul Goldstein & Bernt Hugenholtz, *ob. cit*., p. 234.

([143]) Esta disposição resulta do art. 5.º/*b*) da Directiva 2004/48/CE, por sua vez inspirada no art. 15.º da Convenção de Berna (cf. considerando 28 da Directiva).

([144]) O art. 8.º da Convenção de Roma limita-se a referir o problema e a necessidade de o regulamentar.

([145]) Luís Menezes Leitão, *ob. cit.*, p. 258, salienta a natureza supletiva desta disposição. Se existir acordo entre todos, podem designar outra forma de representação. Esta disposição contribui também para a definição de quem são artista-intérpretes, à partida estas categorias também integram o conceito. O §80 UhrG é uma norma com configuração muito semelhante e tem-se entendido que o seu âmbito de aplicação é bastante reduzido (Krüger, §80, *in* Schricker/Lowenheim, *Urheberrecht Kommentar* (C.H. Beck 2010) rn. 1). De facto, há muitos casos em que não existe uma relação "hierárquica" entre artistas-intérpretes que geram conjuntamente uma prestação. Nesses casos valerá a compropriedade e o regime da sociedade civil.

a ausência de protecção da prestação artística em causa quando esta integre a actividade de um contrato de trabalho(146), e aparentemente já não perante a prestação de serviços(147). No entanto, concordo com VICTÓRIA ROCHA(148) quando sugere que esta norma deve ser lida restritivamente como uma mera recusa de remuneração suplementar. Citando(149): "Desta forma, se o trabalhador é contratado para cantar todas as noite nos restaurante da entidade empregadora apenas terá direito à remuneração ajustada. Todavia, todos os direitos conexos que a lei lhe reconhece subsistem (…) No exemplo, não poderá [a entidade empregadora] fixar e distribuir ou vender fonogramas ou videogramas com a prestação em causa. Sem o acordo do intérprete não poderá comunicá-la fora do contexto das apresentações ao vivo no bar.". Também MENEZES LEITÃO adopta esta orientação(150).

4.1.2. Produtores de fonogramas e videogramas

O Código prevê igualmente a atribuição de um direito conexo ao produtor de fonograma ou videograma, definido como aquele "…que fixa pela primeira vez os sons provenientes de um execu-

---

(146) Assim OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito de Autor…*, *cit.*, p. 558. Contra, LUIZ FRANCISCO REBELLO, *Código do Direito de Autor…, cit.*, p. 248, admite que seja convencionado algo em sentido distinto (de acordo com a sua interpretação esta norma seria mera presunção *iuris tantum*). No entanto, OLIVEIRA ASCENSÃO considera que não pode um contrato fazer nascer uma proteção que a lei exclui. DIAS PEREIRA, *Informática…, cit.*, p. 223, adere à posição de OLIVEIRA ASCENSÃO.

(147) O que reduzirá o impacto prático da disposição visto que uma grande parte dos artistas-intérpretes não tem contrato de trabalho.

(148) 'A titularidade…, cit., pp. 190-191.

(149) *Ibid.*, p. 191.

(150) *Ob. cit.*, p. 250. O autor apontava como argumento sistemático o texto do art. 18.º da Lei n.º 4/2008, de 07 de Fevereiro relativa ao regime **dos contratos de trabalho dos profissionais de espectáculos**. Essa norma foi entretanto revogado pela Lei n.º 28/2011, de 16 de Junho). Sobre o regime, cf. JÚLIO GOMES, 'Da fábrica à fábrica dos sonhos — Primeiras reflexões sobre o Regime dos Contratos de Trabalho dos Profissionais de Espetáculos", *in Novos Estudos de Direito do Trabalho* (Coimbra Editora, 2010), pp. 197-231.

ção ou quaisquer outros, ou as imagens de qualquer proveniência, acompanhadas ou não de sons" (art. 176.º/3)([151]). Fonograma designa um registo ("a gravação") de sons (art. 176.º/4) e videograma um registo de imagens (art. 176.º/5). Videograma deve ser distinguido de filme, definido no art. 183.º/5 como "uma obra cinematográfica ou audiovisual e toda e qualquer sequência de imagens em movimento, acompanhadas ou não de som"([152]). Assim, a noção de filme inclui quer uma obra protegida por direito de autor, por ser original (obra cinematográfica), quer o videograma que, não sendo obra cinematográfica poderá conter um registo desta([153]).Como explica OLIVEIRA ASCENSÃO([154]): "…o objeto de protecção são os sons e/ou imagens ínsitos no fonograma ou videograma **no seu sentido de veículo**, que exprimem normalmente uma coisa incorpórea, que pode ser obra literária e artística"([155]). Por isso mesmo, a *Cour de Cassation* Francesa esclareceu, bem, que um ficheiro digital também se qualifica como fonograma([156]) e a igual conclusão se pode chegar quanto a um videograma.

Ao contrário do que acontece com os artistas-intérpretes, aqui não se revela necessária qualquer relação com uma obra literária ou artística([157]). A justificação deste direito reside na protecção do

---

([151]) Igual noção se encontra no art. 3.º/*c*) da Convenção de Roma (relativo apenas a fonogramas). Para videogramas esta noção é semelhante ao art. L-215-1 do Code de la Propriété Intellectuelle.

([152]) Esta definição provem do art. 2.º/1/*b*) da Directiva 2006/115/CE.

([153]) SYLVIE NERISSON, 'The Rental and Lending rights directive' in IRINI STAMATOUDI & PAUL TORREMANS (eds), *EU Copyright Law — A Commentary* (EE 2014), p. 164. Em sentido próximo e crítico da distinção, cf. PASCAL KAMINA, 'The subject-matter for film protection in Europe', *in* ESTELLE DERCLAYE (ed), *Research Handbook on the Future of EU Copyright* (EE 2009), pp. 95-96. O TJUE condenou o Estado Português pela incorrecta assimilação de videogramas a filmes (C-61/05, *Comissão contra Portugal* (EU:C:2006:467)). Esta é matéria onde grassa grande confusão, como assinala PASCAL KAMINA, *últ. ob. cit.*, p. 85.

([154]) *Direito de Autor…,* cit., p. 568 (sublinhado acrescentado).

([155]) Como dá conta SIMON APEL, 'Bridgeport Music, Inc. v. Dimension Films (USA), Metall auf Metall (Germany) and Digital Sound Sampling — "Bright Line Rules"?' ZGE 3 (2010) p. 337, n. 47, é este o entendimento dominante na Alemanha. Neste mesmo sentido determinando o valor da acção com base em causas imateriais (€30.000,01) em vez de em função do valor dos suportes, cf. Ac. TRL 2-V-2013 (rel. MAGDA GERALDES).

([156]) Decisão de 11 de Setembro de 2013 (FR:CCASS:2013:C100904).

([157]) Por isso, aquilo que PATRICIA AKESTER, *Direito de Autor…cit.*, p. 169, afirma ("Os direitos conexos situam-se no âmbito da execução de uma obra preexistente…") só é

investimento([158]). Deste modo, qualquer registo de sons (música([159]), entrevistas, a leitura dum livro *(audiobook)*, sons da natureza ou até ruído branco) ou imagens (incluindo eventos públicos, reportagens, concertos e mesmo imagens de câmaras de segurança), independentemente das qualidades do que é registado e, mesmo, na ausência de qualquer edição, pode gozar de protecção por via deste direito conexo. Parafraseando ANDREAS RAHMATIAN([160]), para aceder à protecção basta ligar um gravador([161]).

É certo que muitas vezes uma gravação de imagem ou som envolve grandes conhecimentos técnicos e mesmo escolhas artísticas([162]), mas será relativamente difícil que ao produtor seja reconhecida a autoria de uma música, ainda que o seu contributo seja determinante para a qualidade do produto final([163]). A questão já

---

verdade em relação aos artistas-intérpretes mas já não quanto aos restantes direitos conexos. MICHEL VIVANT & JEAN-MICHEL BRUGUIÈRE, ob. cit., p. 938 assinalam precisamente o carácter muito heterógeno dos direitos conexos e a sua relação meramente tendencial com o direito de autor.

([158]) LUÍS MENEZES LEITÃO, *ob. cit.*, p. 259. Como afirmado pelo TJUE no caso C-200/96 *Metronome Music* (EU:C:1998:172), §24: "…afigura-se justificada pela protecção dos investimentos extremamente elevados e aleatórios que exige a produção de fonogramas e que são indispensáveis à prossecução da actividade de criação de novas obras pelos autores. (…) a atribuição de um direito exclusivo aos produtores constitui certamente a forma de protecção mais eficaz, tendo em conta nomeadamente a evolução das novas tecnologias e a ameaça cada vez mais grave que representa a pirataria, favorecida pela extrema facilidade de reprodução dos suportes de som". O TJUE já advertiu, porém, que o investimento na produção de videogramas não tem a mesma relevância que outros objectos como fonogramas (C-61/05, *Comissão contra Portugal,* §28: "…não se afigura que a produção de videogramas necessite de investimentos tão elevados e tão aleatórios que mereçam uma protecção especial").

([159]) O conceito de música é algo particularmente difícil de definir. No sistema de *droit d'auteur* esta dificuldade conceptual não releva tanto. A preocupação para aplicação do Direito prende-se com a questão (que não é menos difícil) da originalidade. Sobre os problemas da música no direito de autor (sobretudo *copyright*) veja-se a obra recente de ANDREAS RAHMATIAN (ed.), *Concepts of Music and Copyright* (EE 2015) e, antes disso, RICHARD ARNOLD, 'Reflections on The Triumph of Music: Copyrights and Performers' Rights in Music' IPQ [2010], pp. 153-164.

([160]) 'Is copyright good for music?' JIPLP [2010], p. 872.

([161]) Sendo certo que, como veremos *infra*, em relação a estes direitos existem formalidades essenciais.

([162]) PASCAL KAMINA, 'Towards new forms of neighbouring rights within the European Union?', *in* D. VAVER & L. BENTLY (eds), *Intellectual Property in the New Millennium* (CUP 2004), p. 282.

([163]) CLÁUDIA TRABUCO, *O Direito…, cit.*, p. 65, n. 54. É claro que a transformação

não é igual quanto ao registo de imagens([164]). Quando se trate de uma obra cinematográfica o realizador pode facilmente gozar simultaneamente do direito de autor (art. 22.º CDADC) e do direito conexo do produtor de videogramas([165]).

O CDADC trata unitariamente os produtores (de fonogramas e videogramas) no art. 184.º apesar de a nível internacional os segundos não estarem contemplados e, para alguns efeitos, se dever fazer a distinção([166]). Em bom rigor, ainda há que distinguir o produtor de videogramas do produtor de filmes([167]).

Em qualquer dos casos, para atribuir um direito conexo a um produtor, exige-se que a **fixação** ocorra **pela primeira vez**. Fixação é definida no art. 141.º do CDADC como "…incorporação de sons ou de imagens, separada ou cumulativamente, num suporte material suficientemente estável e duradouro que permita a sua percepção, reprodução ou comunicação de qualquer modo, em período não efémero". Num certo sentido exigir que a fixação ocorra pela primeira vez é um pleonasmo. Como explica CLÁUDIA TRABUCO([168]) "Na actividade de reprodução presume-se a existência de um *corpus* físico no qual a obra original é materializada, e esse *corpus* apenas pode ser obtido mediante a fixação da obra". Assim, fixação será sempre o primeiro registo de um conteúdo a reprodução consistirá na multiplicação desse exemplar([169]).

---

digital de uma execução pode, em certos casos, qualificar-se como obra (fonográfica) derivada. Neste sentido, explicando o magro sentido da referência a obras fonográficas e videográficas no art. 2.º/1/*f*) do CDADC (veja-se OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito de Autor…*, *cit.*, pp. 80-82). Por outro lado os arts. 24.º e 26.º do CDADC parecem excluir o engenheiro de som da autoria (nestes termos MAFALDA SEBASTIÃO, 'O Direito do Produtor' (inédito FDUL 2009), pp. 9-11 e, aderindo expressamente a essa tese, cf. Ac. TRL 11-VII--2013 (rel. ANA LUCINDA CABRAL)). No geral deve entender-se que é a **empresa produtora** e não os técnicos individuais quem acede à protecção (CLAUDE MASOUYÉ, *Guide…cit*, p. 43).

([164]) Sobre este regime veja-se, entre outros, PASCAL KAMINA, 'The subject-matter…, *cit.*', pp. 77-101 e, do mesmo autor, *Film Copyright in the European Union* (CUP 2002).

([165]) PASCAL KAMINA, 'The subject-matter…, cit., p. 77.

([166]) Desde logo porque o art. 164.º/3 CDADC dispõe que os fotogramas das películas cinematográficas se consideram fotografias.

([167]) Esta categoria foi introduzida no art. 7.º/1/*c*) do DL n.º 332/97, de 27 de Novembro por imposição da Directiva 92/100/CE.

([168]) *O Direito…, cit.*, p.259.

([169]) Parece depor neste sentido, além da definição de reprodução (art. 176.º/7) o

O titular deste direito conexo tanto pode ser pessoa colectiva como pessoa singular sendo mais comum a primeira([170]). Relativamente a obras cinematográficas, o produtor é definido no art. 126.º como "o empresário do filme [que] organiza a feitura da obra cinematográfica, assegura os meios necessários e assume as responsabilidades técnicas e financeiras inerentes". Esta definição corresponde à noção mais geral de produtor como aquela entidade que dirige e custeia a gravação([171]).

Tal como acontece em relação ao direito do artista-intérprete (art. 180.º/3), a indicação do respectivo nome ou denominação de uma pessoa nas cópias autorizadas também faz **presumir a titularidade** do direito conexo para os produtores de fonogramas ou videogramas (art. 185.º/3 CDADC)([172]).

4.1.3. Organismos de radiodifusão

Em relação aos organismos de radiodifusão, tal como na protecção dos produtores de fonogramas e videogramas, está em causa uma prestação empresarial (financeira e técnica). Com a atribuição deste direito visa-se a protecção do investimento feito com a disseminação de um conteúdo([173]). A concessão deste direito conexo revela-se particularmente controversa visto que não depende nem

---

cotejo das alíneas *b*) e *c*) do art. 187.º do CDADC. Apesar de aparentemente rejeitar esta construção, Cláudia Trabuco, *O Direito…cit.*, pp. 261-262 (pp. 296-297), confirma que "O direito de fixação (…) reporta-se apenas à primeira fixação das prestações em jogo, uma vez que todas as fixações subsequentes são já tidas como reproduções e caem na previsão de outras disposições" (p. 265, n.156). No sentido que defendo, veja-se Oliveira Ascensão, *Direito de Autor…, cit.*, pp. 228-229.

([170]) Claude Masouyé, *Guide…, cit.*, p. 97 (relativamente apenas a produtores de fonogramas).

([171]) Simon Apel, *ob. cit.*, p. 338; Angél Fernández-Albor Baltar, *ob. cit.*, p. 122.

([172]) Em França, apesar da ausência de norma expressa no domínio dos direitos conexos, a *Cour de Cassation* decidiu aplicar a norma dos direitos de autor por analogia aos fonogramas (decisão de 14 de Novembro de 2012 (FR:CCASS:2012:C101295)).

([173]) Lucie Guibault & Roy Melzer, *ob. cit.*, p.2.

do conteúdo daquilo que é transmitido, nem da existência de investimento substancial(174).

Organismo de radiodifusão é definido como "a entidade que efectua emissões de radiodifusão sonora ou visual, entendendo-se por emissão de radiodifusão a difusão dos sons ou de imagens, ou a representação destes, separada ou cumulativamente, por fios ou sem fios, nomeadamente por ondas hertzianas, fibras ópticas, cabo ou satélite, destinada à recepção pelo público" (art. 176.º/9)(175). O objecto de protecção do direito conexo é o programa transmitido (o sinal) que pode ou não gozar de direitos de autor(176). Destarte, reportagens, concertos, eventos públicos de qualquer natureza (jogos de futebol, debates parlamentares) e até imagens não tratadas, gozam de protecção(177).

Satisfazem a definição de organismos de radiodifusão tanto as estações televisivas como de rádio(178), estando, porém, excluídos aqueles que apenas fazem retransmissão por cabo (art. 187.º/2, CDADC)(179). À partida serão pessoas colectivas a gozar desse direito conexo, sendo certo que nada impede que alguém faça transmissões a título individual e, assim, aceda à protecção(180). Também os titulares de direitos de organismo de radiodifusão gozam de uma **presunção** de titularidade nos termos do art. 187.º/3.

---

(174) Lucie Guibault & Roy Melzer, *ob. cit.*, p. 2. Lionel Bently & Brad Sherman, *Intellectual Property Law* (OUP 2009), p. 86, assinalam a especificidade deste direito conexo: "…a broadcast is essentially the provision of a service which involves a communication: it is not the creation of a thing, but an action. (…) what is protected are the signals which are transmitted. In a sense copyright law recognizes the value in the act of communication itself, as distinct from the content of what is being communicated".

(175) Deve assinalar-se que esta definição é bastante mais ampla do que a da Convenção de Roma, que não cobre transmissão por cabo (Claude Masouyé, *Guide…, cit.*, p. 24).

(176) Oliveira Ascensão, *Direito de Autor…, cit*., p.578.

(177) Dias Pereira, *Informática…, cit.*, p. 220.

(178) Claude Masouyé, *Guide…, cit.*, p. 24.

(179) Esta exclusão provem do art. 7.º/3 da Directiva 2006/115.

(180) Vittorio M. de Sanctis, *ob. cit*., p. 199.

4.1.4. Outros direitos conexos([181])

Já se assinalou que existem direitos conexos que o CDADC não qualifica como tal. Trata-se daquilo a que alguma doutrina já chamou "os direitos vizinhos dos direitos vizinhos"([182]). São igualmente direitos subjectivos sobre bens imateriais, de carácter negativo (direitos de proibir), atribuídos com vista à protecção do investimento e vagamente associados ao domínio das artes e das letras.

4.1.4.1. Produtor de bases de dados

O direito *sui generis* de **bases de dados** é atribuído ao produtor de base de dados que tenha feito um investimento substancial em termos qualitativos ou quantitativos na "obtenção, verificação ou apresentação do conteúdo de uma base de dados" (art. 12.º/2, DL 122/2000)([183]). Este direito **protege** o **investimento**, dando ao produtor a possibilidade de **proibir** a **extracção** e a **reutilização** da totalidade ou de uma parte substancial (aferida do ponto de vista qualitativo, ou seja, a parte mais importante em termos de investimento, ou quantitativo, isto é, tendo em conta a totalidade dos dados)([184]) do seu conteúdo. Base de dados é definida como

---

([181]) Este ponto tratará apenas sumariamente a configuração normativa de cada um destes direitos conexos.

([182]) Michel Vivant & Jean-Michel Bruguière, *ob. cit.*, p. 939. Também Vittorio M. de Sanctis, *ob. cit.*, p. 182.

([183]) Este direito pode cumular-se com o direito de autor. Sobre esse problema especificamente *vide* Nuno Sousa e Silva, *The Ownership Problems of Overlaps in European Intellectual Property Law* (Nomos 2014) pp. 56-60.

([184]) C-203/02, *BHB v William Hill* (EU:C:2004:695), §71: "O conceito de parte substancial, avaliada em termos qualitativos, do conteúdo da base de dados refere-se à importância do investimento ligado à obtenção, à verificação ou à apresentação do conteúdo do objecto do acto de extracção e/ou de reutilização, independentemente da questão de saber se este objecto representa uma parte quantitativamente substancial do conteúdo geral da base de dados protegida. Uma parte quantitativamente negligenciável do conteúdo de uma base de dados pode, com efeito, representar, em termos de obtenção, de verificação ou de apresentação, um importante investimento humano, técnico ou financeiro".

"a colectânea de obras, dados ou outros elementos independentes, dispostos de modo sistemático ou metódico e susceptíveis de acesso individual por meios electrónicos ou outros." (art. 1.º/2 DL 122/2000). Trata-se de um conceito com "…um alcance amplo, livre de considerações de ordem formal, técnica ou material"([185]).

O TJUE produziu jurisprudência abundante sobre estes conceitos. Nos quatro julgamentos referidos colectivamente como os *fixtures cases*, emitidos todos no mesmo dia 9 de Novembro de 2004([186]), o Tribunal esclareceu que o âmbito do direito do fabricante das bases de dados não é tão extenso como se pensava inicialmente([187]). Segundo esta jurisprudência o único **investimento relevante** para aceder à protecção é aquele que é dirigido especificamente à produção da base de dados. Não deve ser tido em conta aquele investimento que, apesar de ser relacionado com a actividade em que a base de dados surge (v.g. a organização de uma corrida, de viagens de comboio ou de jogos de futebol), não diz directamente respeito à obtenção, verificação ou apresentação desses dados([188]).

O TJUE também já deixou claro que adopta um **conceito amplo** de **extracção** e de **reutilização**. No caso *Directmedia*([189]) o Tribunal confirmou que "o conceito de «extracção» (…) deve ser

---

([185]) C-444/02, *OPAP (Fixtures)* (EU:C:2004:697), §20. Recentemente o TJUE confirmou esta interpretação ampla ao decidir que também "os dados geográficos que são extraídos de uma carta topográfica por um terceiro para produzir e comercializar outro mapa mantêm, depois da sua extração, um valor informativo suficiente para poderem ser qualificados de «elementos independentes» de uma «base de dados» na aceção da referida disposição." (C 490/14, *Verlag Esterbauer* (EU:C:2015:735), §28-29).

([186]) C-203/02, *BHB v William Hill*; C-46/02, *Oy Veikkaus (Fixtures* (EU:C:2004:694); C-338/02, *Svenska Spel (Fixtures)* (EU:C:2004:696); C-444/02, *OPAP (Fixtures)*. Para um comentário veja-se Mark Davidson & Bernt Hugenholtz, 'Football fixtures, horse races and spin-offs: the ECJ domesticates the database right' EIPR [2005], pp. 113-118.

([187]) Matthias Leistner, 'The protection of databases', *cit.*, pp. 429-449.

([188]) C-203/02, *BHB v William Hill*, §30-42. Para uma confirmação desta abordagem, cf. C-604/10, *Football Dataco (Yahoo)* (EU:C:2012:115), §28 (sublinhando que esta conclusão não afecta a possibilidade de a base de dados em causa gozar de direitos de autor).

([189]) C-304/07, *Directmedia Publishing*, §34.

entendido no sentido de que visa qualquer acto não autorizado de apropriação de todo ou de parte do conteúdo de uma base de dados", incluindo a extracção não substancial que cumulativamente atinja um valor substancial(190), mesmo quando feita sem recurso a meios técnicos(191).

No caso *Innoweb*(192) também ficou claro que o conceito de reutilização é configurado como "…referindo-se a qualquer ato que consista na colocação à disposição do público, sem o consentimento da pessoa que criou a base de dados, dos resultados do seu investimento, privando-a, assim, dos rendimentos que se considera permitirem-lhe amortizar o custo desse investimento (…). O referido conceito abrange, portanto, qualquer ato não autorizado de difusão ao público do conteúdo de uma base de dados protegida ou de uma parte substancial desse conteúdo (…). A natureza e a forma do procedimento utilizado são desprovidas de pertinência para este efeito". Assim, o envio "através do seu servidor *web*, para o computador de outra pessoa, e a pedido desta, dados previamente extraídos do conteúdo de uma base de dados protegida pelo direito sui generis"(193), bem como "…a colocação *online* de um metamotor de busca dedicado, (…) pelo seu explorador, que se destina a que os utilizadores finais aí introduzam as suas pesquisas a fim de serem traduzidas no motor de busca de uma base de dados protegida"(194) foram considerados actos de extracção, logo passíveis de ser controlados pelo titular do direito *sui generis*.

Este direito tem uma duração de 15 anos (art. 16.º DL 122/2000) mas pode ser infinitamente renovado com cada investimento substancial que seja feito na actualização ou verificação dos elementos que compõem a base de dados (art. 17.º DL 122/2000)(195).

---

(190) C-203/02, *BHB v William Hill*, §87.

(191) C-304/07, *Directmedia Publishing*, §60.

(192) C-202/12, *Innoweb* (EU:C:2013:850), §37. Isto já havia sido afirmado em C-173/11*, Football Dataco II* (EU:C:2012:642), §20.

(193) C-173/11*, Football Dataco II*, §21.

(194) C-202/12, *Innoweb*, §50.

(195) Annette Kur & Thomas Dreier, *ob. cit*., p. 268; Vittorio M. de Sanctis, *ob. cit*., p. 335, n. 21.

4.1.4.2. Direito sobre o título de uma obra

O **direito ao título de uma obra,** consagrado nos arts. 4.º e 214.º CDADC, é um direito conexo, apesar de estar mais próximo, na sua configuração, da tutela típica de um sinal distintivo(196). A respectiva protecção depende da capacidade distintiva do título, da sua novidade relativa (isto é, não existir título idêntico para obra do mesmo género)(197) e, no caso de obra inédita, do respectivo registo conjuntamente com a obra. Assim, para gozar deste direito conexo não se pode tratar de um título banal tal como "Um sonho de mulher"(198), "Primeira Página"(199) ou "Telejornal"(200), nem de um título já conhecido para aquele género de obra. Não se exige originalidade no sentido jusautoral de "criação do próprio autor"(201) mas antes requisitos mais próximos do direito de marcas(202). A possibilidade de o título distinguir uma obra de outras, decompõe-se na novidade e na capacidade disintiva.

A protecção dispensada ao título que satisfaça estes requisitos aparentemente seria a mesma que aquela de que goza a obra protegida (art. 4.º/1, 1.ª parte). No entanto, o legislador não foi feliz na sua redacção. Na verdade, o critério de protecção deve ser aquele que é utilizado no direito de marcas: o título só é protegido quanto ao risco de confusão em relação a obras do mesmo género(203). Assim, atento este "princípio da especialidade", um livro e uma

---

(196) Neste preciso sentido Oliveira Ascensão, *ob. cit.,* pp. 547 e 603. Vittorio M. de Sanctis, *ob. cit*., p. 127, identifica este direito como um direito próximo da concorrência desleal. Em sentido semelhante pronuncia-se Pascal Kamina, 'Towards new forms…, *cit.*, p. 287, n. 23.

(197) Oliveira Ascensão, *Direito de Autor…, cit.*, p. 601.

(198) Ac. STJ 29-IV-2010 (rel. Garcia Calejo).

(199) Ac. TRL 28-IX-1989 (rel. Alfredo Cardoso).

(200) Ac. TRL 13-VII-1995 (rel. Lopes Bento).

(201) Sobre o sentido desta fórmula e com indicações adicionais veja-se Nuno Sousa e Silva, 'Uma introdução…, *cit.*, pp. 1365-1373.

(202) Sobre as várias alternativas de protecção, a propósito do acordão citado na nota 199, cf. AAVV, *Protecção do Título de Jornal* (SPA 1989).

(203) Ferrer Correira & Nogueira Seréns, 'Parecer', *in* AAVV, *Protecção do Título…, cit.*, p. 22; Oliveira Ascensão, 'Parecer', *in* AAVV, *Protecção do Título…, cit.*, pp. 64-66.

canção, ou um bailado e uma pintura podem ter o mesmo título(204). Já existirá maior dificuldade na determinação do risco de confusão entre um filme e um livro, ou um bailado e uma ópera. Valerá aqui a ideia de que, quanto maior a proximidade dos sinais, menor proximidade entre géneros será necessária para afimar a existência de confusão(205). Cumpre ainda assinalar que a protecção do título não é independente: surge sempre associada à obra, não constituíndo um direito autónomo(206). Por isso a duração da protecção do título é duração dos direitos de autor sobre a obra correspondente.

4.1.4.3. Editor de obras inéditas não protegidas

O **direito do editor de obras inéditas não protegidas** (art. 39.º/1 CDADC), cuja consagração resulta da directiva da duração, incide sobre obras cuja protecção jusautoral expirou sem terem sido divulgadas. O objectivo deste direito é estimular e proteger a divulgação de uma obra sobre a qual à partida já não incidiriam direitos de exclusivo, conferindo um exclusivo de 25 anos a quem faça essa divulgação pela primeira vez(207). A edição pode fazer-se em qualquer formato, incluindo digital(208). À partida, este direito pode abranger obras perdidas, desde que não tenham sido publicadas(209).

---

(204) Ferrer Correira & Nogueira Seréns, *ob. cit.*, p. 22; António Maria Pereira, 'Parecer', *in* AAVV, *Protecção do Título..., cit.*, p. 45; Oliveira Ascensão, *ob. cit.*, p. 65.

(205) Oliveira Ascensão, *Direito de Autor..., cit.*, pp. 601-602, defendendo um raciocínio teleológico em termos análogos. No direito europeu de marcas esta formulação encontra-se v.g. no caso C-39/97, *Canon* (EU:C:1998:442), §17.

(206) Oliveira Ascensão, *Direito de Autor..., cit.*, pp. 602-603.

(207) Para uma discussão detalhada dos fundamentos deste direito veja-se Eva Langer, D*er Schutz nachgelassener Werke: Eine richtlinienkonforme und rechtsvergleichende Auslegung von § 71 UrhG* (V&R Unipress, 2012), pp. 56-70 (concluindo pela protecção do investimento como parte de uma política cultural).

(208) Lowenheim, §70, *in* Schricker/Lowenheim, *Urheberrecht Kommentar* (C.H. Beck 2010), rn. 6.

(209) Parece que a consagração deste direito se encontra em contradição com o sentido do texto do **art. 78.º**, CDADC. Será que essa norma se deve considerar **tacitamente revogada**? Cumpre ao legislador clarificar esta questão.

Em 2009, o BGH analisou esse problema a propósito da ópera de Vivaldi "Motezuma" de 1733, encontrada em 2002 numa biblioteca em Berlim([210]). O Tribunal começou por explicitar que, tendo em conta a dificuldade da prova de factos negativos (neste caso provar a não publicação de uma obra com séculos), basta ao editor invocar essa não publicação, cabendo à outra parte apresentar factos que demonstrem a existência de uma publicação([211]). No caso em concreto, com base em depoimentos de musicologistas que apontaram a prática comum em Veneza de depósito da pauta para consulta do público, o Tribunal considerou que a obra tinha sido publicada e portanto não gozava desta protecção([212]). Em 2003, o Landgericht de Magdeburg([213]) tinha adoptado uma posição ligeiramente diferente em relação ao disco de Nebra (um artefacto de cerca de 1600 a.C. descoberto em 1999 por dois indivíduos que faziam buscas ilegalmente)([214]), considerando que o facto de um objecto não ser visto há muito tempo deve fazer presumir a sua não publicação.

A expressão "protecção equivalente à resultante dos direitos patrimoniais do autor" levanta a dúvida sobre saber se vale aqui a tipicidade fechada dos direitos conexos ou se é aplicável o que vale para os direitos de autor. Apesar da natureza deste direito, se o referencial são os direitos patrimoniais de autor, impõe-se a aplicação da cláusula geral, ou seja, a tipicidade aberta.

É curioso constatar que a mesma conduta — a publicação de um inédito — tanto pode constituir crime (se o direito patrimonial de autor ainda não expirou, tal como resulta do previsto nas alíneas *a*) e *b*) do art. 195.º/2, CDADC), como levar à atribuição deste direito conexo.

([210]) Decisão de 22 de Janeiro de 2009 (I ZR 19/07), *Motezuma*.

([211]) Rn. 19-20.

([212]) Rn. 41.

([213]) Decisão de 16 de Outubro de 2003 (7 O 847/03) (publicada em ZUM [2004] p. 580).

([214]) <https://en.wikipedia.org/wiki/Nebra_sky_disk> (consultado a 17 de Janeiro de 2016).

4.1.4.4. Editor de edições críticas e científicas de obras no domínio público

O direito do editor de **edições críticas e científicas de obras no domínio público** está previsto no art. 39.º/2, CDADC, encontra-se no plano comparado (v.g. §70 UhrG e art. 85quater l.d.a.) e está igualmente previsto de forma opcional na directiva relativa à duração([215]). É importante compreender que o objecto deste direito conexo é apenas o valor acrescentado que a parte crítica e/ou científica relacionada com a obra traz([216]). Assim, uma edição desse mesmo trabalho sem esse acrescento continua a ser livre visto integrar o domínio público([217]). Parece que, por igualdade de razão, a protecção dispensada por este direito conexo também se deve aplicar a edições científicas de obras incapazes de gozar de direitos de autor([218]).

Quanto ao conteúdo, aquela disposição é ainda mais lacónica do que o número anterior, limitando-se a dizer que estas edições "beneficiam de protecção". Parece-me que se deve entender que essa protecção será "equivalente à resultante dos direitos patrimoniais do autor", ou seja, a aplicação por remissão do art. 68.º, CDADC. Em Portugal a duração estabelecida é de 25 anos a contar da data da edição([219]). Não está previsto um direito de paternidade mas o costume da comunidade científica impõem a referenciação do autor, o que, em muitos casos, levará a um resultado próximo.

([215]) Analisando de forma crítica esta disposição da directiva veja-se THOMAS MARGONI & MARK PERRY, 'Scientific And Critical Editions Of Public Domain Works: An Example Of European Copyright Law (Dis)Harmonization' Canadian Intellectual Property Review 27 (2011), pp. 157-170. Os autores chegam a afirmar que "The part of the Term Directive analyzed here should be deemed invalid or repealed as a result of its implementation" (p. 166).

([216]) ALEXANDER PEUKERT, *Die Gemeinfreiheit* (Mohr Siebeck 2012), p. 109.

([217]) LOWENHEIM, §§70, *cit.*, rn. 3-4, assinala que esta protecção pode cumular-se com a protecção dispensada ao autor dos comentários críticos e científicos se existir, bem como com o direito do editor de obras inéditas não protegidas.

([218]) LOWENHEIM, §70, *cit.*, rn. 5.

([219]) Ao contrário do que acontece v.g. em Itália (20 anos) ou na Polónia (30 anos).

4.1.4.5. Direito geral do editor?

Um **direito geral do editor** não parece existir (ainda) na ordem jurídica portuguesa. No entanto, como aponta MENEZES LEITÃO([220]), existem utilizações livres que dependem da indicação do editor (art. 76.º/1/*a*) CDADC) e/ou que dão origem a remuneração equitativa a seu favor (arts. 76.º/1/*b*) e *c*) e 82.º)([221]). Na verdade isto representa um equivalente funcional da protecção dos arranjos tipográficos existente no direito anglo-saxónico mas, diferentemente, não passa pela atribuição de um direito subjectivo absoluto([222]). Em Itália, a mesma solução de protecção contra aproveitamento parasitário do investimento editor é por vezes obtida via concorrência desleal, sendo que no passado chegou a existir um direito conexo([223]).

4.1.4.6. Direito ao espectáculo?

O **direito ao espectáculo** foi enunciando entre nós por OLIVEIRA ASCENSÃO([224]), que lhe atribui origem consuetudinária com alguma consagração legal no art. 117.º CDADC([225]), que exige autorização do empresário do espectáculo (além do autor e artistas) para a respectiva fixação, exibição e/ou radiodifusão. A jurispru-

---

([220]) *Ob. cit.*, pp. 275-276.

([221]) Muito crítico desta solução, cf. ALBERTO VIEIRA, 'A posição…, *cit.*

([222]) Cf. nota 103. Sobre a noção de equivalentes funcionais no direito comparado *vide* KONRAD ZWEIGERT, 'Des solutions identiques par des voies différentes, Revue internationale de droit comparé (1966), pp. 5-18.

([223]) VITTORIO M. DE SANCTIS, *ob. cit.*, p. 182.

([224]) 'O Direito ao Espectáculo' BMJ n.º 366 (1987), pp.41-55 (= *in* AAVV, *Estudos em Memória do Prof. Doutor Paulo Cunha* (AAFDL 1987), pp. 133-139); 'Direito à Informação e Direito ao Espectáculo' ROA [1988], pp. 17-35 (= *in* AAVV, *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Afonso Rodrigues Queiró*, vol. II (Coimbra Editora, 1993), pp. 285-308); 'Titularidade de Licença de Emissor de Televisão e Direito ao Espectáculo no Rescaldo do Litígio S.L Benfica/Olivedesportos', *in* AAV, *Estudos de homenagem a Magalhães Collaço*, vol. II (Almedina 2002), pp. 295-312.

([225]) Aplicável, *ex vi*, art. 121.º/2 CDADC, à recitação e à execução de obras musicais.

dência tem dado algum acolhimento a esta tese(226). MAFALDA SEBASTIÃO(227) sustenta que o *animus* (a consciência social do costume) reside no facto de todos termos presente que não devemos aproveitar-nos de um espectáculo. E acrescenta(228) que o facto de os direitos televisivos dos jogos de futebol serem altamente valiosos corrobora a existência deste direito(229).

Não partilho desta forma de ver as coisas. Recorrendo às avisadas palavras de TIAGO AZEVEDO RAMALHO(230): "Em matéria de *res* (ou entes) *incorporales*, é (…) função da regra jurídica determinar o que vale como realidade jurídica ideal — a regra jurídica individua entes colectivos; e só em função do critério formulado pela regra jurídica é possível determinar de que se trata. Assim, a regra jurídica oferece, então, o ângulo relevante de consideração para certo efeito. Nestas matérias, qualquer discurso naturalista está por isso votado ao fracasso (…). Nunca é o real (ainda que de natureza ideal) qua tale, portanto, que determina a consideração jurídica; o que determina é a sua qualificação como juridicamente relevante, pressupondo um critério que assim determine"(231). Na verdade, no plano jurídico-legalista (das normas legais), os mecanismos que permitem apropriar valor no espectáculo parecem-me

---

(226) Cf. Ac. STJ 21-V-2009 (rel. CUSTÓDIO MONTES), julgado ao abrigo da anterior Lei de Bases do sistema desportivo de 1990.

(227) *Ob. cit.*, p. 66.

(228) *Ibid.*, pp. 66-67.

(229) De facto, há notícias recentes de os direitos de transmissão desportiva de jogos de futebol dos três maiores clubes portugueses terem sido objecto de contratos com valor entre 400 e 457,7 milhões de euros (cf. <http://observador.pt/explicadores/os-jogos-dos-grandes-melhor-negocio/>).

(230) 'Recensão a GROTEN, corpus *und* universitas, Tübingen, Mohr Siebeck, 2015' RED n.º 3 (2015), p. 18. Em sentido muito próximo, cf. HAIMO SCHACK, *ob. cit.*, pp. 10-12.

(231) OLIVEIRA ASCENSÃO, 'O Direito ao Espectáculo', *cit.*, p. 41 parece apoiar-se na teoria da força normativa dos factos. O que é normal para quem queira sustentar o fundamento consuetudinário do direito (assim, BAPTISTA MACHADO, *Introdução ao Direito e ao Discurso Legitimador* (Almedina 2007), pp. 44-49); mas levanta inevitáveis dificuldades em termos de segurança jurídica. O exemplo que OLIVEIRA ASCENSÃO, 'O Direito ao Espectáculo', *cit.*, p. 53, apresenta (se a RTP pretendesse transmitir em directo uma récita de ópera seria seguramente expulsa pelo empresário) parece-me ser um mero resultado do exercício do direito de propriedade e o consequente controlo de acesso a um recinto *(Hausrecht)*.

ser sobretudo o direito de propriedade (que permite controlar as entradas no espaço físico onde ocorre espectáculo) e o contrato (que permite impor condições para assistir ao espectáculo)([232]). A juntar a isto existe a ideia de *numerus clausus* de direitos absolutos, igualmente válida para a Propriedade Intelectual([233]).

Para testar a existência de um direito ao espectáculo coloca-se a pergunta prática: será que alguém que se encontra licitamente a assistir a um espectáculo e que obteve autorização dos artistas, fixando a respectiva actuação com o seu telemóvel, pode ser impedido pelo organizador desse espectáculo de colocar essa obra à disposição do público([234]), nomeadamente no Youtube? E esta plataforma pode ser obrigada a retirar esse vídeo? Posto de outra forma, existe um direito com natureza absoluta *(erga omnes)*, logo oponível a terceiros, incidindo sobre o imaterial que é o espectáculo? Actualmente não encontramos, em Portugal, fundamento legal para isso([235]).

([232]) Neste mesmo sentido parece ir a actual disposição do art. 49.º/2 da Lei de Bases da Actividade Física e do Desporto (Lei n.º 5/2007, de 16 de Janeiro). A esta abordagem, a doutrina alemã chama *Hausrecht*, querendo com isso designar a combinação do direito de propriedade com os mecanismos contratuais. Nas Conclusões relativas aos processos C-201/11P, C204/11P e C-205/11P *UEFA e FIFA contra Comissão* (EU:C:2012: 786) §33-45, o AG Jääskinen parece acolher esta concepção. Como explica Thomas Margoni, *ob. cit.*, pp. 5-7, esta abordagem encontra-se pelo menos na Áustria, na Alemanha e na Holanda. Em sentido diverso, Oliveira Ascensão, 'O Direito ao Espectáculo' *cit.*, p. 46 apontava as insuficiências da propriedade e, apesar de reconhecer virtualidades à abordagem contratual (pp. 48-49), acaba por negá-la (p. 52). Aos meios de tutela referidos podemos juntar a concorrência desleal em alguns (poucos) casos e o enriquecimento sem causa. Em sentido basicamente coincidente com Oliveira Ascensão pode ver-se Alberto de Sá e Mello, 'Filmagem…, *cit.*

([233]) José Alberto Vieira, 'Obras geradas…, *cit.*, p. 139, e Oliveira Ascensão, 'O Direito ao Espectáculo', *cit.*, p. 45.

([234]) Ou que assiste a um jogo de futebol que, como confirmado pelo TJUE, não goza de direitos de autor (C-403/08 e C-429/08 *Murphy* §98).

([235]) Com uma análise do actual quadro legal, cf. Luís Menezes Leitão, *ob. cit.*, pp. 270-274 que conclui porém que se encontra "claramente reconhecido na nossa ordem jurídica o direito ao espectáculo" (p. 274). Em sentido algo distinto, o Estudo encomendado pela Comissão Europeia (Ben van Rompuy & Thomas Margoni, *Study…*, *cit*., p. 60) indica que o estado actual da lei Portuguesa não é muito claro. Entrando no fundamento consuetudinário haverá que fazer um trabalho de empírico procurando em primeiro lugar determinar da existência e contornos do costume (o que aumenta em enorme medida a insegurança jurídica). No entanto, atento o disseminado uso de *smartphones* e a prática comum de partilha de vídeos feitos com esses telefones na Internet, atrevo-me a aventar

4.2. Condições de protecção

O nascimento de direitos conexos, tal como os direitos de autor, não está dependente de registo([236]). Porém, ao contrário do que acontece com o direito de autor (art. 12.º, CDADC), não vale o princípio geral da ausência de **formalidades**.

Inspirado no art. 11.º da CRoma, o art. 185.º CDADC exige como condição de protecção de fonogramas e videogramas a utilização do símbolo Ⓟ com a indicação do ano de primeira publicação([237]). Esta exigência, na parte em que se refere a **fonogramas**, pode considerar-se **tacitamente revogada**([238]) pelo art. 20.º WPPT que adoptou o princípio da ausência de formalidades em relação ao objecto do tratado (fonogramas e interpretações). Quanto aos videogramas, esta norma mantem-se em vigor.

Apesar de não ter relevância directa no plano dos direitos conexos([239]), é necessário ter em conta o DL n.º 39/88, de 6 de

---

que esse costume, se alguma vez existiu, já não subsiste. Não será possível configurar o caso como uma utilização privada visto que a plataforma se trata de uma página livremente acessível a todos. Fazendo uma análise semelhante à que apresentei, mas no âmbito do quadro legal alemão, veja-se THOMAS DREIER, 'GERMANY: Creating New Property Rights on the Basis of General Legal Concepts — Without limits?' JIPITEC [2011], pp. 152-156.

([236]) Trata-se de um padrão internacional estabelecido, para os direitos de autor na Convenção de Berna, art. 5/2. Em relação aos direitos conexos não existe norma tão directa. Apesar disso, no art. 20.º WPPT (relativo aos fonogramas e artistas-intérpretes) é adoptado o principio da ausência de formalidades. Agora já não é certo o que, em 1992, correctamente afirmava OLIVEIRA ASCENSÃO*, Direito de Autor…*, *cit.*, p. 416.

([237]) Esta disposição também se encontra no art. 5.º da Convenção de Genebra. Como explica OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito de Autor…*, *cit.*, p. 573, a norma portuguesa trata-se de uma disposição "completamente equivocada" visto que a norma da Convenção de Roma reflectia apenas uma solução de consenso mínimo tendo em conta o grupo de países onde eram exigidas formalidades. Ao transpô-la, Portugal tornou-se escusadamente um país que exige formalidades. O mesmo autor (p. 574) parece sustentar uma interpretação ab-rogante do art. 205.º/2 na parte em que qualifica como contra-ordenação o desrespeito pelo art. 185.º. Só posso acompanhar essa leitura.

([238]) Uma vez que Portugal ratificou este tratado e por via do art. 8.º/2 da CRP ele vale directamente na ordem interna, sendo lei posterior e (discutivelmente) superior. Sobre isto veja-se, por todos, GOMES CANOTILHO & VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, vol. I (Coimbra Editora, 2007), pp. 259-261. Neste caso, visto que ocorre apenas uma revogação parcial deverá falar-se em derrogação (BAPTISTA MACHADO, *ob. cit.,* p. 165).

([239]) Visto que estes direitos apenas têm um conteúdo negativo; isto é, a respectiva concessão não confere um direito a comercializá-los. Não acompanho por isso OLIVEIRA

Fevereiro relativo à **classificação de videogramas**, que estabelece como condição para "a distribuição, sob qualquer forma, nomeadamente o aluguer e venda, e a exibição pública de videogramas", a respectiva classificação (art. 3.º/1). No cumprimento do art. 5.º o modelo da etiqueta a aplicar consta da Portaria n.º 32-A/98, de 19 de Janeiro, repristinada pela Portaria n.º 277-A/2011, de 13 de Outubro. Em termos simétricos, o DL n.º 227/89, de 8 de Julho disciplina a **classificação de fonogramas** mas aplica-se apenas às cassetes-áudio (art. 1.º/2) que ultimamente têm gozado de um pequeno ressurgimento([240]). A Portaria n.º 58/98, de 6 de Fevereiro contem os modelos de selo a afixar nos fonogramas autenticados.

Do ponto de vista substancial, quanto à generalidade dos direitos conexos não se exige originalidade ou um *quantum* de investimento para o acesso à protecção([241]). É necessário apenas que cada prestação se insira conceptualmente nas categorias acima indicadas([242]). Como visto, os fonogramas, videogramas ou emissões radiodifundidas são protegidas independentemente das qualidades do objecto que registam (do conteúdo). Mas já quanto aos artistas-intérpretes, apesar de se não ser necessário registo ou fixação, bastando a respectiva exteriorização([243]), exige-se que ocorra **interpretação** (a existência de um toque pessoal na execução da obra) **de uma obra literária ou artística**([244]).

Para a obtenção de um direito conexo em Portugal, além da verificação dos respectivos pressupostos materiais, é ainda necessário que se verifique um **elemento de conexão** previsto no

---

Ascensão, *Direito de Autor…*, *cit.*, p. 575, que parece pressupor que este sistema é incompatível com a Convenção de Roma. No sentido de se tratar realmente de um requisito de protecção, cf. Luís Menezes Leitão, *ob. cit.*, p. 261.

([240]) <http://www.hypebot.com/hypebot/2015/09/the-cassette-tapes-come back.html>.

([241]) Vittorio M. de Sanctis, *ob. cit.*, p. 192.

([242]) Usando a expressão de Krüger, §73, *cit*., rn. 3 cada uma destas definições tem uma função de chave (*Schlüsselfunktion*) na medida em que apenas verificada o seu preenchimento é que podemos ter acesso à respectiva tutela.

([243]) Angél Fernández-Albor Baltar, *ob. cit.*, pp. 113-114.

([244]) André Lucas, Henri-Jacques Lucas & Agnès Lucas-Schloetter, *ob. cit.*, p. 935: "…deux éléments essentiels: la prestation protégée consiste dans l'interprétation d'une œuvre et cette interprétation doit présenter un caractère personnel".

art. 190.º ou que, por via de uma convenção internacional, se obtenha uma **extensão** de protecção (art. 193.º).

Os elementos de conexão previstos são, em alternativa, a nacionalidade portuguesa ou de outro Estado-Membro da União Europeia ou, no caso de pessoas colectivas, a sede efectiva na União Europeia ou que a prestação, fixação ou emissão ocorra no território português. No caso de fonogramas ou videogramas importa ainda a publicação pela primeira vez em Portugal (art. 190.º/2/*c*)([245]). Verificado qualquer um destes elementos de contacto, a lei portuguesa atribui o respectivo direito conexo([246]). Não se tendo verificado nenhum destes eventos, é ainda possível que, se um outro Estado-Membro de uma Convenção que Portugal integre, conceder um direito conexo a um certo titular, Portugal lho atribua também, desde que esse direito se encontre previsto na lei nacional (art. 193.º)([247]).

4.3. Conteúdo da protecção

4.3.1. Faculdades Patrimoniais

Tal como o direito de autor é composto por um conjunto amplo de faculdades de carácter negativo, também o titular de direitos conexos goza de alguns direitos de proibir. No entanto, como já se disse, vigora em matéria de direitos conexos o princípio da tipicidade fechada. Assim, apenas as faculdades, patrimoniais ou pessoais, expressamente reservadas aos seus titulares importam([248]). O Código enumera os direitos em causa em função do direito conexo respectivo. Não obstante, visto que o quadro con-

---

([245]) Estes elementos de conexão são essencialmente os definidos nos arts. 4.º a 6.º da Convenção de Roma.

([246]) Por força do princípio da territorialidade (art. 63.º, aplicável *ex vi* art. 192.º), válido apenas em Portugal.

([247]) Assim, nunca um nacional espanhol ou alemão gozará do seu direito conexo relativo a fotografias não originais em Portugal.

([248]) Oliveira Ascensão, *Direito de Autor*…, *cit.*, p. 665.

ceptual (harmonizado a nível europeu) do direito de reprodução, direito de comunicação ao público (incluindo a colocação à disposição), direito de distribuição, direito de fixação e direito de aluguer e comodato público são os mesmos para todos estes direitos conexos, começarei por uma exposição geral, antes de abordar os direitos patrimoniais específicos de cada um dos titulares.

Antes, porém, é conveniente assinalar a **distinção** geral entre, de um lado, **direitos** de ***exclusivo***, direitos absolutos de controlar (autorizar ou proibir) determinado comportamento e, de outro, **direitos** de/a uma ***remuneração***, direitos de crédito que permitem apenas exigir um dado pagamento de outrem(249). Em relação aos direitos conexos, dependendo da faculdade e das circunstâncias, um titular pode ter um direito de exclusivo ou apenas direitos de remuneração (que é o resultado de uma licença obrigatória estabelecida por lei)(250).

4.3.1.1. Faculdades harmonizadas a nível europeu(251)

A Directiva 2001/29/CE (conhecida como directiva Infosoc) veio harmonizar de forma transversal os três direitos económicos considerados mais importantes — reprodução, comunicação ao público e distribuição — tanto em relação ao titular de direito de autor como ao titular de alguns direitos conexos(252). No caso dos

---

(249) É muito influente o artigo de Guido Calabresi, 'Property Rules, Liability Rules, and Inalienability: One View of the Cathedral' Harvard Law Review [1972], pp.1089--1128 que explora a distinção em detalhe. Entre nós, além da incontável doutrina civilística, destaco a análise profunda e original de Miguel Galvão Telles, 'Direitos Absolutos e Direitos Relativos', *in* AAVV, *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Joaquim Moreira da Silva Cunha* (Coimbra Editora, 2005), pp. 649-676.

(250) Dias Pereira, 'Da retransmissão…, *cit.*, p. 1006. Um exemplo desta técnica encontra-se logo no art. 12.º da Convenção de Roma referente a usos secundários de fonogramas.

(251) Esta secção é parcialmente baseada em Nuno Sousa e Silva 'Uma introdução…, *cit.*, pp. 1374-1384.

(252) Para um relato exaustivo das transposições da directiva Infosoc, cf. Guido Westkamp, 'The Implementation of Directive 2001/29/EC in the Member States, Part II'

direitos conexos, a Directiva veio apenas suplementar o acervo já existente, uma vez que, como vimos, já existiam instrumentos que harmonizavam algumas faculdades patrimoniais para os titulares de direitos conexos, especialmente a Directiva 2006/115/CE. De um modo geral, o legislador europeu declarou que estes direitos devem ser entendidos de forma ampla([253]). Apesar de existirem algumas diferenças([254]), o TJUE tem aplicado os conceitos de forma transversal tanto para os direitos de autor como para os direitos conexos. Por isso mesmo, a análise que se segue recorre a muita da jurisprudência europeia desenvolvida no contexto do direito de autor.

i) Direito de reprodução

O direito de reprodução é um direito de proibir a cópia "por qualquer espécie ou forma, no todo ou em parte." A directiva Infosoc define-o, em termos semelhantes ao art. 9(1) da Covenção de Berna([255]), no seu art. 2.º, como "o direito exclusivo de autorização ou proibição de reproduções, directas ou indirectas, temporárias ou permanentes, por quaisquer meios e sob qualquer forma, no todo ou em parte". O art. 176.º/7 CDADC apresenta uma definição de reprodução sensivelmente coincidente([256]).

Em termos de direitos conexos, a Directiva 2001/29 atribui o direito de reprodução "aos artistas intérpretes ou executantes, para as fixações das suas prestações", "aos produtores de fonogramas, para os seus fonogramas", "aos produtores de primeiras fixações de filmes, para o original e as cópias dos seus filmes" (ou seja, produtores de videogramas), e "aos organismos de radiodifusão, para as fixações das suas radiodifusões, independentemente de estas

---

disponível em <http://ec.europa.eu/internal_market/copyright/docs/studies/infosoc-study-annex_en.pdf>.

([253]) Considerando 21 (relativo ao direito de reprodução) e 23 da Directiva Infosoc (relativo ao direito de comunicação ao público).

([254]) V.g. em relação ao direito de comunicação ao público (cf. infra **4.3.1.1.*ii*.**).

([255]) E, para os direitos conexos, arts. 7.º (*c*) e 10.º da Convenção de Roma.

([256]) Cláudia Trabuco, *O Direito..., cit.*, pp. 728-730, apesar de criticar esta noção (por não ter em conta a exclusão do art. 75.º/1 CDADC), considera que ela é "aplicável a todos os direitos protegidos sob a égide do Direito de Autor".

serem transmitidas por fio ou sem fio, incluindo por cabo ou satélite." (art. 2.º/1/*b*), *c*), *d*) e *e*).

A **reprodução directa** pressupõe a interferência com um suporte (v.g. a cópia de um ficheiro ou de uma cassete), enquanto que a **reprodução indirecta** envolve a utilização de um meio intermédio (v.g. a obtenção de um fonograma a partir da sua emissão radiodifundida)([257]).

Apesar de a directiva utilizar o mesmo conceito de reprodução para os direitos de autor e para os direitos conexos, não existe em relação a estes últimos protecção contra a cópia nos mesmos termos. Ao contrário do que acontece com os direitos de autor, à partida qualquer excerto, por mais pequeno que seja, representa uma reprodução, não sendo necessário que o excerto em causa apresente qualidades particulares([258]/[259]). Seguindo a linha de raciocínio do BGH no caso *Metall auf Metall I*, esta diferença, apesar de favorecer os titulares de direitos conexos, justifica-se tendo em conta a natureza distinta dos direitos. No caso dos direitos conexos, o que protege é o investimento independentemente da qualidade daquilo que é registado. Logo, não se pode ter em conta a qualidade do reproduzido se isso não é tido em conta para aceder à protecção([260]).

Por outro lado, como se assinalou, não existe plágio de prestação([261]), assim copiar o modo de actuação de um outro artista não implica reprodução da sua prestação. A protecção dispensada aos artistas-intérpretes por este direito é protecção contra a reprodução da gravação da sua prestação e não sobre a forma de interpretação em si.

([257]) Silke von Lewinski, 'Rental Right…, *cit.*, p. 120; Angél Fernández-Albor Baltar, *ob. cit.*, p. 123.

([258]) Assim, entre muitos outros, Gernot Schulze, 'Urheberrecht und neue Musiktechnologien' ZUM [1994], p. 20 (citado com aprovação pelo BGH, na decisão de 20.XI.2008, *Metall auf Metall I* (I ZR 112/06), rn. 14). Em sentido contrário pronuncia-se Mafalda Sebastião, *ob. cit.*, p. 26.

([259]) Deve ainda assinalar-se que o tamanho do excerto pode ser relevante para aferir da aplicação de algumas excepções.

([260]) Criticando este raciocínio, cf. Simon Apel, *ob. cit.*, pp. 343-344.

([261]) Cf. *supra* nota 32 e texto que a acompanha.

ii) Direito de comunicação ao público

Com base no estabelecido nos tratados WIPO de 1996, o art. 3.º/1 da directiva InfoSoc estabelece a favor dos autores o (um) direito de comunicação ao público definido como "o direito exclusivo de autorizar ou proibir qualquer comunicação ao público das suas obras, por fio ou sem fio, incluindo a sua colocação à disposição do público por forma a torná-las acessíveis a qualquer pessoa a partir do local e no momento por ela escolhido"(262).

Em relação aos mesmos titulares de direitos conexos a que atribui o direito de reprodução, a Directiva 2001/29 (art. 3.º/2) limita-se a atribuir a faculdade de colocação à disposição do público, uma vez que a comunicação ao público "clássica" já resultava parcialmente do art. 8.º da Directiva 2006/115/CE(263). Apesar disso, o resultado prático da conjugação das directivas é semelhante ao previsto para os titulares de direitos de autor. Os titulares de direitos conexos, à excepção dos organismos de radiodifusão(264), gozam, salvo pequenas excepções, de um direito amplo de comunicação ao público que corresponde à noção utilizada no âmbito dos direitos de autor(265). Assim, a jurisprudência do TJUE neste campo pode ser aplicada transversalmente.

---

(262) Sobre esta faculdade a bibliografia é extensa; mais recentemente pode ver-se Matthias Leistner, 'Copyright at the interface between EU law and national law: definition of "work" and "right of communication to the public"' JIPLP [2015], pp. 626-637; Matthias Leistner, 'Europe's copyright law decade: Recent case law of the European Court of Justice and policy perspectives', CMLR [2014], pp. 559-600; Poorna Mysoor, 'Unpacking the right of communication to the public: a closer look at international and EU copyright law', IPQ 2(2013), pp.166-185; Katarzyna Klafkowska-Waniowska, 'Public communication right: towards the full harmonization?' EIPR [2013], pp.751-758; Agnès Lucas-Schloetter, 'Das Recht der öffentlichen Wiedergabe in der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs', ZGE vol. 5(1) (2013), pp. 84-102.

(263) Veja-se Alexandre Dias Pereira, 'Da Retransmissão…, *cit.*, pp. 1031-1033, com uma análise detalhada da aplicação do artigo.

(264) Cf. *infra* nota 269 e texto que a acompanha.

(265) Esta conclusão não é totalmente clara. Encontra-se pendente um reenvio feito pelo OLG de Colónia (C-117/15, *Reha Training*) em que uma das perguntas é precisamente se os critérios para determinar se ocorre comunicação ao público são os mesmos nestes dois domínios. Procederei, na análise que se segue, no pressuposto de que a resposta é afirmativa.

No entanto, o TJUE entende que conceito de comunicação ao público consagrado no art. 8.º/2 da Directiva 2006/115/CE é de **natureza compensatória,** enquanto que aquele consagrado no art. 3.º/1 da Directiva InfoSoc é de **natureza preventiva** (direito de exclusivo)([266]). Esta diferença, apesar de aparentemente não ser determinante, parece levar a que seja mais fácil afirmar que ocorre comunicação ao público no caso do direito de autor do que nos direitos conexos, pelo menos ao abrigo do art. 8.º da Directiva 2006/115([267]). Além disso, é importante ter em conta que a harmonização desta faculdade patrimonial não foi total. Como esclareceu o TJUE no caso *CMore Entertainment*([268]), apesar de o art. 8.º/3 da Directiva 2006/115/CE não contemplar o direito dos organismos de radiodifusão impedirem a transmissão em directo em *site* da internet de eventos desportivos, também não se opõe a que os Estados-Membros consagrem esse direito na sua legislação nacional([269]).

A comunicação ao público de uma obra ou prestação —, seja um programa de televisão([270]), uma música ou uma pintura — poderá constituir uma violação de direitos de autor ou direitos

---

([266]) C-135/10 *SCF v Marco del Corso* (EU:C:2012:140), §75-78.

([267]) Aparentemente em sentido próximo, cf. C-351/12*, OSA* (EU:C:2014:110), §35.

([268]) C-279/13, *CMore Entertainmen* (EU:C:2015:199).

([269]) Logo, a harmonização é mínima e não total, ao contrário do que acontece em relação ao direito de autor. Como afirmado no acórdão C-466/12, *Svensson* (EU:C:2014:76), §37: "…o art. 3.°, n.° 1, da Diretiva 2001/29 não pode ser entendido no sentido de que permite aos Estados-Membros proteger de forma mais lata os titulares de um direito de autor, prevendo que o conceito de comunicação ao público inclui mais operações do que as abrangidas por esta disposição".

([270]) Sobre o acórdão do STJ 15/2013, cf. Nuno Sousa e Silva, 'Communication to the public or "freedom to receive"? — A Portuguese bitter sweet symphony' [2014], JIPLP, pp. 272-273) Com um comentário mais completo *vide* Dias Pereira, 'Direitos de autor e comunicação pública de obra radiodifundida em estabelecimento comercial — anotação ao acórdão de n.º 15/2013 do Supremo Tribunal de Justiça', RLJ 144 (3990) (2015). Mais recentemente e por mero despacho, o TJUE (C-151/15, *SPA* (EU:C:2015:468)) declarou que o sentido do acórdão uniformizador do STJ era incompatível com o direito europeu. Isto parece constituir a machadada final na teoria da liberdade de recepção (defendida por Oliveira Ascensão (*Direitos de Autor*…, *cit.*, p. 301) e seguida por Pedro Cordeiro (*Direito de Autor e Radiodifusão*, *cit.*, pp. 483-484). No entanto, revela-se particularmente importante para testar o alcance desta conclusão o resultado do reenvio pendente C-117/15, *Reha Training*.

conexos. De igual forma, a colocação de obras para *download* num *site* ou a utilização de redes *p2p* integra o conceito de comunicação ao público(271). Trata-se de um direito definido de forma muito ampla(272), instituído com vista a abranger novas realidades trazidas com a informática e a internet(273). Porém, e ao contrário do que se poderia pensar, o direito de comunicação ao público, tal como definido na Directiva 2011/29 para o direito de autor, não abrange a comunicação de uma obra feita quando o público está presente (a chamada **execução pública**)(274). No entanto, em relação aos direitos conexos, o art. 8.º da Directiva 2006/115/CE, parece abranger a execução pública(275).

Definir quando ocorre comunicação ao público é uma operação complexa, como aliás reconhece o TJUE(276): "Para efeitos da referida apreciação, importa ter em conta vários critérios complementares, de natureza não autónoma e interdependentes entre si. Consequentemente, há que os aplicar individualmente assim como na sua interacção recíproca, sendo certo que, em diferentes situações concretas, podem estar presentes com uma intensidade muito variável". Os critérios a que se deve atender é a **existência (indispensável)** de um **público novo** e a ocorrência de um **acto de comunicação**(277). O papel do utilizador da obra ou prestação e o contexto em que esta é utilizada revelam-se factores importantes mas não decisivos.

---

(271) Outra coisa é afirmar a sua ilegalidade, o que só pode ser feito após escrutinar a aplicabilidade de excepções, *máxime* a excepção de cópia privada. Cf. CHRISTOPHE GEIGER, 'Legal or Illegal? That is the Question! Private Copying and Downloading on the Internet' IIC [2008], pp. 597-603. Em 2014, no caso C-435/12 *ACI Adam* (EU:C:2014:254). o TJUE deixou claro que a excepção da cópia privada não se aplica ao *download* de fontes ilegais.

(272) C-607/11, *ITV* (EU:C:2013:147), §20.

(273) Fala-se a este propósito de um "umbrella right" (assim IRINI STAMATOUDI & PAUL TORREMANS, 'The Information Society Directive' in IRINI STAMATOUDI & PAUL TORREMANS (eds), *EU Copyright Law — A Commentary* (EE 2014), p. 408).

(274) Considerando 23 da directiva InfoSoc e C-283/10, *Circul Globus Bucureşti* (EU:C:2011:772), §41.

(275) Nestes termos ALEXANDRE DIAS PEREIRA, 'Da Retransmissão…, *cit.*, p. 1031.

(276) C-135/10 *SCF v Marco del Corso*, §79.

(277) C-466/12, *Svensson*, §16. Também C-325/14, *SBS Belgium* (EU:C:2015:764), §15 e §24 (confirmando o carácter **cumulativo** destes requisitos).

α) Público Novo

Não se revela fácil definir **público**([278]). O TJUE refere que algo é público se abranger um "número indeterminado de telespectadores potenciais"([279]). No fundo, "trata-se de tornar uma obra perceptível, de modo adequado, às pessoas em geral, por oposição a pessoas específicas pertencentes a um grupo privado"([280]). Simultaneamente, o Tribunal já esclareceu que público terá que incluir um número significativo de pessoas (o chamado limiar *de minimis*)([281]), excluindo-se "um conjunto de pessoas demasiado pequeno ou mesmo insignificante"([282]). No entanto, na contagem deste número de pessoas é necessário considerar não só os acessos simultâneos como igualmente os acessos sucessivos([283]). Assim, ainda que uma determinada obra nunca seja apreciada simultaneamente por mais do que uma pessoa, pode ocorrer comunicação ao público. Revela-se aliás irrelevante determinar se ocorreu ou não acesso de um conjunto considerável de pessoas, bastando essa potencialidade([284]).

O essencial, para que se possa falar em comunicação ao público, é que haja um número considerável de pessoas que pode ter acesso à obra ou prestação([285]). Como confirmado recentemente, um processo de comunicação em que um "organismo de radiodifu-

---

([278]) Ansgar Ohly, 'Economic rights' in Estelle Derclaye (ed), *Research Handbook on the Future of EU Copyright* (EE 2009), p. 226.

([279]) C-306/05 *SGAE* (EU:C:2006:764), §37 e 38, citando os casos C-89/04, *Mediakabel* (EU:C:2005:348), §30 (interpretação da Directiva 89/552/CEE sobre audiovisual) e C-192/04, *Lagardère* (EU:C:2005:475), §31.

([280]) C-135/10, *SCF v Marco del Corso*, §85; C-607/11, *ITV*, §32; C-325/14, *SBS Belgium*, §21.

([281]) V.g. C-162/10, *Phonographic Performance (Ireland) Limited*, §33 e C-306/05 *SGAE* §38. Para uma análise aprofundada, cf. Lígia Gutierrez Setúbal, 'Stirring Up 'Communication to the Public'' (2012), *in* <http://ssrn.com/abstract=2248690>, pp. 47 a 75.

([282]) C-135/10 *SCF v Marco del Corso*, §86.

([283]) C-607/11, *ITV*, §33.

([284]) Cláudia Trabuco, 'As ligações em rede são atos de comunicação ao público?' CdP n.º 47 (2014), p. 31.

([285]) C-192/04, *Lagardère*, §31: "…um círculo limitado de pessoas que podem captar os sinais provenientes do satélite unicamente através de um equipamento profissional não pode ser considerado um público".

são (…) transmite os seus sinais portadores de programas aos seus distribuidores identificados e determinados sem que os potenciais telespectadores possam ter acesso aos sinais um organismo de radiodifusão não procede a um ato de comunicação ao público"([286]). Assim, o TJUE já considerou que os pacientes de um consultório de um dentista não constituíam público([287]). Encontra-se por decidir se os clientes de um centro de fisioterapia que usa algumas televisões ligadas nas áreas comuns constituem público([288]), apesar de já ter sido afirmado que os pacientes de um estabelecimento termal integram o conceito de público([289]).

É importante realçar que, para que ocorra comunicação, o público tem que ser um **público novo**, isto é um público que não foi contemplado no acto inicial de comunicação([290]). Este critério foi inicialmente desenvolvido na jurisprudência relativa à radiodifusão([291]), mas estendeu-se igualmente à apreciação de actos como hiperligações([292]) ou *framing*([293]). Está ainda por esclarecer se uma hiperligação para um conteúdo colocado à disposição do público sem autorização do titular de direitos, mas que seja livremente acessível, configura ou não comunicação ao público([294]).

β) O acto de comunicação

Comunicação é definida como "qualquer transmissão de obras protegidas, independentemente do meio ou procedimento técnico utilizados"([295]). Por outro lado, o TJUE também já esclareceu que

---

([286]) C-325/14, *SBS Belgium*, §§24 e 34.

([287]) C-135/10, *SCF v Marco del Corso*,

([288]) C-117/15, *Reha Training* (pendente).

([289]) C-351/12, *OSA*, §32.

([290]) C-607/11, *ITV*, §39; C-351/12, *OSA*, §31; C-466/12, *Svensson,* §27.

([291]) C-306/05, *SGAE,* §40; C-136/09, *Organismos Sillogikis* (EU:C:2010:151), §38.

([292]) C-466/12, *Svensson*, §24-31.

([293]) C-348/13, *BestWater* (EU:C:2014:2315), §§14 e 19. Assim, Cláudia Trabuco, 'As ligações em…, *cit.*, p. 31. Cf. também Mira Burri, 'Permission to Link Making Available via Hyperlinks in the European Union after Svensson' JIPITEC [2014], pp. 245-255.

([294]) É a questão central do reenvio pendente C-160/15, *GS Media.*

([295]) C-403/08 e C-429/08, *Murphy*, §193; C-351/12, *OSA*, §25.

não constitui comunicação "um mero meio técnico para garantir ou melhorar a transmissão de origem na zona de cobertura"([296]).

Na verdade, o Tribunal Europeu parece ter estabelecido uma interpretação finalística de comunicação. Só pode comunicar aquele que quer comunicar. Neste sentindo, e reafirmando jurisprudência anterior, explicou([297]): "Com efeito, o utilizador efectua um acto de comunicação ao intervir, com pleno conhecimento das consequências do seu comportamento, para dar aos seus clientes acesso a uma emissão radiodifundida que contém a obra protegida. Se esta intervenção não se verificasse, estes clientes, embora se encontrem fisicamente no interior da zona de cobertura da referida emissão, não poderiam, em princípio, disfrutar [sic!] da obra difundida." É claro que não se exige conhecimento por parte do utilizador das subtilezas do direito de autor a fim de se poder afirmar que há uma intenção de comunicar e consciência das consequências da sua acção. Aquilo que é relevante é a intervenção do utilizador no sentido de proporcionar comunicação da obra. Assim, distingue-se o caso dos vizinhos que podem ouvir a música tocada muito alto por um deles, do homem que instale colunas viradas para fora a fim de "dar música às pessoas". O primeiro não tem intuito de comunicar, mas o segundo já tem([298]).

χ) A natureza da comunicação

De forma criativa *(praeter legem)* e controversa, o TJUE afirma igualmente que "o carácter lucrativo de uma comunicação ao público (…) não é irrelevante"([299]). O relevante não é a natureza lucrativa da comunicação, mas sim da actividade no âmbito da qual esta ocorre([300]). No fundo, o que importa saber é se a comunicação se dá

([296]) C-607/11, *ITV*, §28; C-403/08 e C-429/08, *Murphy*, §194; C-431/09 e C-432/09, *Airfield* (EU:C:2011:648), §79.

([297]) C-135/10, *SCF v Marco del Corso*, §82; C-162/10, *Phonographic Performance (Ireland) Limited*, §31.

([298]) Lígia Gutierrez Setúbal, *ob. cit.*, p. 44, fala de uma certa predisposição mental para o acto.

([299]) C-306/05, *SGAE,* §44; C-403/08 e C-429/08, *Murphy*, §204; C-607/11, *ITV*, §42.

([300]) Lígia Gutierrez Setúbal, *ob. cit.*, p. 75. Assim, C-403/08 e C-429/08, *Murphy*, §205 e 206; C-151/15, *SPA*, §27. Aparentemente em sentido distinto, cf. C-135/10 *SCF v Marco del Corso*, §98-99.

no contexto da vida privada ou como parte de um negócio (v.g. como música ambiente num restaurante). No primeiro caso, é menos provável tratar-se de uma comunicação ao público. No entanto, em decisões mais recentes este aspecto tem vindo a ser desvalorizado([301]).

δ) Concretizações jurisprudenciais

Em sede de reenvio prejudicial, o TJUE considerou existir comunicação ao público na reprodução de fonogramas, quer nas áreas comuns, quer nos quartos de um hotel, e igualmente na mera disponibilização de cds e leitores aos hóspedes([302]). Afirmou-o também no caso de recepção de obras (por radiodifusão) num hotel([303]), numa estância termal([304]), num *pub*([305]), num café-restaurante([306]) e igualmente a respectiva retransmissão em sites de *streaming*, mesmo sendo a obra de livre recepção([307]). No entanto, negou a existência de comunicação ao público no caso de reprodução de fonogramas como música ambiente no consultório de um dentista([308]), no caso de hiperligações para conteúdos([309]) e *framing* de vídeos([310]) livremente disponíveis na Internet. Também considerou que a emissão por satélite de sinais codificados cuja recepção só é possível com equipamento profissional, não constitui comunicação ao público([311]).

ε) Radiodifusão e remuneração equitativa

Quando se fala de radiodifusão, trata-se do acto de emissão de um sinal. A radiodifusão é abordada, no direito europeu, como uma

---

([301]) C-607/11, *ITV*, §42-44.
([302]) C-162/10, *Phonographic Performance (Ireland) Limited.*
([303]) C-306/05, *SGAE*; C-136/09, *Organismos Sillogikis*, §42-43 (televisões num hotel de luxo com 253 quartos usando uma única antena).
([304]) C-351/12, *OSA*.
([305]) C-403/08 e C-429/08, *Murphy*, §204.
([306]) C-151/15, *SPA*.
([307]) C-607/11, *ITV Catchup*.
([308]) C-135/10, *SCF v Marco del Corso*.
([309]) C-466/12, *Svensson*.
([310]) C-348/13, *Bestwater*.
([311]) C-192/04, *Lagardère*. Em sentido próximo, cf. C-325/14, *SBS Belgium*.

manifestação da comunicação ao público, alvo de consagração autónoma para os direitos conexos e podendo consistir num direito de exclusivo (art. 8.º/1 e/3 da Directiva 2006/115/CE) ou num direito a auferir uma remuneração.

Quanto à radiodifusão de um fonograma publicado com fins comerciais e a respectiva reprodução em emissões radiodifundidas, prevista no art. 8.º/2 da Directiva 2006/115/CE, está consagrada uma remuneração equitativa a repartir pelos artistas-intérpretes e produtores de fonogramas. O cálculo do respectivo montante "deve tomar em consideração todos os aspectos da emissão, tais como, designadamente, a audiência efectiva, a audiência potencial e a versão linguística"([312]). Por isso mesmo, o TJUE já entendeu que([313]): "…o art. 8.°, n.º 2, da Directiva 92/100 não se opõe a um modelo de cálculo da remuneração equitativa dos artistas intérpretes ou executantes e dos produtores de fonogramas que inclua factores variáveis e factores fixos tais como o número de horas de difusão dos fonogramas, a importância da audiência dos organismos de rádio e de televisão representados pelo organismo de difusão, as tarifas convencionalmente fixadas em matéria de direitos de execução e de radiodifusão de obras musicais protegidas pelos direitos de autor, as tarifas praticadas pelos organismos públicos de radiodifusão nos Estados-Membros vizinhos do Estado-Membro em causa e os montantes pagos pelas estações comerciais, desde que esse modelo seja susceptível de permitir atingir um equilíbrio adequado entre o interesse dos artistas intérpretes ou executantes e dos produtores em receber uma remuneração pela radiodifusão de um fonograma determinado e o interesse de terceiros em poder radiodifundir esse fonograma em condições razoáveis e que não seja contrário ao direito comunitário".

Em relação à distribuição por cabo de radiodifusões o TJUE esclareceu que esta não se encontra harmonizada, devendo ser determinada pela lei nacional([314]).

([312]) C-192/04, *Lagardère*, §51.
([313]) C-245/00, *SENA*, §46.
([314]) C-293/98, *Egeda* (EU:C:2000:66), §29.

ζ) Consagração no CDADC

Como vimos, na noção de comunicação ao público, o legislador europeu agrupou várias faculdades, utilizando o termo em sentido amplíssimo. O nosso Código não adopta uma noção tão lata de comunicação ao público. Distingue entre comunicação ao público (feita à distância, mas sem possibilidade de escolha como é o caso do chamado *live streaming*), colocação à disposição do público (dita *on demand*, como acontece com os modernos sistemas de televisão ou com o Youtube), execução pública ("ao vivo") e radiodifusão, tanto em relação aos direitos de autor (art. 68.º CDADC) como quanto aos vários direitos conexos.

***iii*) Direito de distribuição**

Nas palavras de ANSGAR OHLY([315]) "o direito de distribuição é o direito de controlar a comercialização e circulação de exemplares físicos incorporando uma obra". É de realçar que o direito de distribuição só se refere a objectos **físicos**([316]). Neste caso, esta faculdade patrimonial encontra-se prevista no art. 9.º da Directiva 2006/115/CE para os artistas-intérpretes, produtores de fonogramas, produtores de primeira fixação em filme e organismos de radiodifusão em relação às prestações respectivas([317]).

O TJUE já esclareceu que este direito só se aplica quando esteja em causa uma transferência de propriedade desse objecto físico, não sendo abrangida a mera exibição ou utilização desse objecto (no caso uma cadeira desenhada por Le Corbusier) num espaço comercial([318]). No entanto, disse também que tendo em

---

([315]) 'Economic Rights', *cit.*, p. 219.

([316]) AGNÉS LUCAS SCHLOETTER, 'The Acquis Communautaire in the Area of Copyright and Related Rights: Economic Rights' in TATIANA-ELIANA SYNODINOU (ed.), *Codification…*, *cit.*, p. 120. Recentemente o TJUE confirmou-o no caso C-419/13, *Art & Allposters International* (EU:C:2015:27), §40.

([317]) Por isso mesmo, o art. 4.º da Directiva 2001/29 refere-se ao direito de distribuição apenas para titulares de direitos de autor.

([318]) C-456/06, *Cassina* (EU:C:2008:232), §36: "…apenas correspondem ao conceito de distribuição ao público, por qualquer outro meio diferente da venda, do original ou de uma cópia de uma obra, na acepção do art. 4.°, n.° 1, da Directiva 2001/29, os actos que implicam exclusivamente uma transferência de propriedade desse objecto". Este acórdão

conta que "a distribuição ao público se caracteriza por uma série de operações que vão, pelo menos, da celebração de um contrato de venda à sua execução por meio da entrega a um elemento do público"([319]), um comerciante é responsável por qualquer transacção realizada pelo próprio, ou por sua conta, que dê lugar a uma «distribuição ao público» num Estado-Membro onde os bens distribuídos estão protegidos por direitos de exclusivo. Assim, um contrato de compra e venda, celebrado pela Internet (no *Ebay*) para entrega num outro país constitui distribuição no país de destino, imputável ao comerciante([320]). Também lhe pode ser imputada "qualquer operação da mesma natureza efectuada por um terceiro, quando tiver especificamente em vista o público do Estado de destino e não pudesse ignorar os actos desse terceiro"([321]). No caso recente C-516/13 *Dimensione Direct Sales*, o TJUE confirmou que assim era, entendendo que "pode haver infracção ao direito exclusivo de distribuição (…) quando um comerciante, não titular do direito de autor, põe à venda obras protegidas ou cópias destas e dirige uma publicidade, através do seu sítio Internet, por publicação pública ou na imprensa, aos consumidores situados no território do Estado-Membro no qual essas obras estão protegidas a fim de incitar estes últimos a fazer a sua aquisição"([322]).

A despeito da sua amplitude, este direito está sujeito a um importante limite: o esgotamento([323]). Quando ocorra uma primeira transferência de propriedade (através de venda, doação ou qualquer outra forma) de uma cópia legítima dentro do espaço económico europeu, o titular dos direitos conexos já não pode exercer o seu direito de distribuição nessa particular cópia. Esta circunstân-

---

foi duramente criticado v.g. por GERNOT SCHULZE, 'Die Gebrauchsüberlassung von Möbelimitaten — Besprechung zu BGH, *Le Corbusier-Möbel II*' GRUR [2009], pp. 812 e ss.

([319]) C-5/11, *Titus Dönner* (EU:C:2012:370), §26.

([320]) C-98/13, *Blomqvist* (EU:C:2014:55), §29. Confirmado em C-516/13, *Dimensione Direct Sales* (EU:C:2015:315), §27.

([321]) C-5/11, *Titus Dönner*, §27.

([322]) §31.

([323]) Art. 4(2) da Directiva. Já resultava de intervenção jurisprudencial pré-harmonização (C-479/04, *Laserdisken* (EU:C:2006:549)), sendo certo que o esgotamento não afecta os direitos de aluguer e comodato (art. 4.º do DL n.º 332/97, solução confirmada pelo acórdão do TJUE C-200/96, *Metronome Musik* (EU:C:1998:172)).

cia permite que existam mercados de bens protegidos por direitos conexos em segunda mão([324]). Assim, um disco "não pirateado"/ /"original" pode ser revendido porque ocorreu esgotamento do direito de distribuição dos direitos que este incorpora, aquando da primeira venda. Por isso mesmo, é particularmente ilustrativa a expressão de ANDRÉ LUCAS, que descreve o direito de distribuição como "uma arma que dispara um único tiro"([325]).

A nível nacional o legislador define distribuição de forma mais restritiva. De acordo com o art. 176.º/8: "Distribuição é a actividade que tem por objecto a oferta ao público, em quantidade significativa, de fonogramas ou videogramas, directa ou indirectamente, quer para venda quer para aluguer". Esta referência à quantidade significativa constitui uma limitação incompreensível do âmbito desta faculdade patrimonial, que julgo **contrária ao direito europeu**. Além disso, não se consagra no CDADC o direito de distribuição para os artistas-intérpretes ou para os organismos de radiodifusão. O que poderia levar a pensar que, na lei portuguesa, apenas o produtor goza do direito de distribuição (art. 184.º/1 *in fine*)([326]). No entanto, a transposição do art. 9.º da Directiva 2006/ /115/CE ocorreu no art. 7.º do DL 332/97, de 27 de Novembro, ou seja, todos os titulares, à excepção do produtor de videogramas([327]), gozam do direito de distribuição, incluindo o direito de aluguer e comodato. É incompreensível que esta disposição se encontre fora do articulado do CDADC.

([324]) No Estados-Unidos na controversa decisão de 2013 *Kirtsaeng v. John Wiley & Sons, Inc.* o Supremo Tribunal acolheu o esgotamento *(first sale doctrine)* internacional. Assim, nos EUA, o direito de distribuição esgota-se em qualquer cópia legítima em relação à qual tenha havido transferência de propriedade.

([325]) *Droit d'auteur et numérique* (Litec 1998), §277.

([326]) OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito de Autor*..., *cit*, pp. 571-572, pronunciava-se visceralmente contra a atribuição deste direito ao produtor.

([327]) Exclusão que se explica pela condenação do Estado Português no caso C-61/05, *Comissão contra Portugal*, §29: "…esse decreto-lei, na medida em que prevê um direito de aluguer igualmente a favor dos produtores de videogramas, não está conforme com a directiva".

iv) Aluguer e comodato público

O legislador europeu consagrou nos arts. 3.º a 6.º da Directiva 2006/115/CE o direito de aluguer e comodato a favor de autor e titulares de direitos conexos([328]). Em Portugal, o Legislador transpôs esta directiva em diploma autónomo: o DL 332/97 de 27 de Novembro([329]) e considerou, um pouco à semelhança do que acontece em França (onde vale o amplo *droit de destination*), que esta faculdade integrava o direito de distribuição, apesar de (ao contrário do direito de distribuição geral) não estar sujeita a esgotamento (cf. art. 7.º/2 do DL 332/97). Em qualquer caso, é claro que as faculdades de aluguer e comodato apenas se referem a exemplares físicos([330]).

O comodato é um contrato gratuito, correspondente à noção de "empréstimo" de coisa determinada (art. 1129.º do CC)([331]). No entanto, o direito consagrado não abrange o empréstimo "entre amigos" e a título privado. O que está em causa é apenas o direito de **comodato público**, definido como o "acto de colocar à disposi-

---

([328]) A harmonização operada por esta directiva é mínima e foram muitos os modos de transposição utilizados. Para indicações comparativas, cf. Luís Menezes Leitão, A incorrecta transposição da Directiva 92/100/CEE do Conselho, de 19.11.1992, relativamente ao direito de comodato público' CdP n.º 16 (2006), pp. 11-12 e, em mais detalhe, Jörg Reinbothe & Silke Von Lewinski, *The EC Directive on Rental and Lending Rights and on Piracy* (Sweet & Maxwell, 1993).

([329]) A transposição foi sujeita a duas acções de incumprimento: C-53/05, *Comissão contra Portugal* (EU:C:2006:448), em que Portugal foi condenado por adoptar uma exclusão particularmente ampla (o direito não se aplicaria a "bibliotecas públicas, escolares, universitárias, museus, arquivos públicos, fundações públicas e instituições privadas sem fins lucrativos") e C-61/05, *Comissão contra Portugal*, no qual o Estado Português foi condenado pela extensão do direito de aluguer aos produtores de videogramas e pela ambiguidade quanto ao sujeito passivo da obrigação de remuneração equitativa a favor do artista-intérprete. A Comissão intentou outras acções contra os Estados que tinham adoptados exclusões muito amplas: C-36/05, *Comissão contra Espanha* (EU:C:2006:672) e C--175/05, *Comissão contra Irlanda* (EU:C:2007:13).

([330]) Silke von Lewinski, 'Rental Right…, *cit.*, p. 119 ("…material objects only").

([331]) Cf. Júlio Gomes, 'Do contrato de comodato' CdP 17 (2007), pp. 3-31.Como indica Luís Menezes Leitão, 'A incorrecta transposição..cit' p. 12 o comodato só é aplicável a exemplares físicos (o que decorre não só da definição do contrato, como do facto de ser incluído no direito de distribuição). O caso C-117/13, *Ulmer* (EU:C:2014:2196) parece confirmar indirectamente essa conclusão.

ção do público, para utilização, o original ou cópias da obra, durante um período de tempo limitado e sem benefícios económicos ou comerciais directos ou indirectos, quando efectuado através de estabelecimento acessível ao público, à excepção do empréstimo interbibliotecas, da consulta presencial de documentos no estabelecimento e da transmissão de obras em rede." (art. 3.º/*c*) do DL 332/97)([332]). Esta definição é mais restrita do que a do contrato civil, bastando um qualquer benefício comercial, ainda que indirecto, para não se considerar ocorrer comodato público([333]).

Este direito de comodato público traduz-se num direito, por parte titulares de direitos conexos([334]), a auferir uma remuneração pelo "empréstimo" bibliotecário dos suportes de obras e/ou prestações protegidas, estando isentas do pagamento as "bibliotecas públicas da Administração Central, Regional e Local, escolares e universitárias" (art. 6.º do DL 332/97)([335]). Quanto aos autores trata-se de um direito de exclusivo (art. 68.º/2/*f*) do CDADC), apesar de o art. 6.º do DL 332/97 parecer indiciar o contrário([336]).

Aluguer é definido como "o acto de colocar à disposição do público, para utilização, o original ou cópias da obra, durante um período de tempo limitado e com benefícios comerciais directos ou indirectos" (art. 3.º/*b*) do DL 332/97). Trata-se de um contrato oneroso, actualmente em desuso quanto a exemplares físicos, mas popular no tempo dos "clubes de vídeo"([337]). A estrutura é seme-

---

([332]) Apesar de esta definição supostamente valer só para efeitos do art. 68.º/2/*f*) do CDADC estende-se igualmente aos direitos conexos.

([333]) Luís Menezes Leitão, 'A incorrecta transposição…, *cit.*, p. 13, indicando que, por isso, estão excluídas do comodato público "as situações de fornecimento de jornais e revista nos consultórios de médicos, advogados ou cabeleireiros".

([334]) à excepção do produtor de videogramas, neste caso substituído pelo produtor da primeira fixação de um filme (cf. nota 327).

([335]) Como confirmado no caso C-271/10, *VEWA* (EU:C:2011:442), §23: "…é a disponibilidade de bens nas instituições públicas, por forma a tornar possível a realização de comodatos, e não o comodato efectivo de determinados bens pelas pessoas inscritas nessas instituições, que constitui a actividade que dá origem à obrigação de pagar uma remuneração aos autores".

([336]) Luís Menezes Leitão, 'A incorrecta transposição…, *cit.*, p. 14, sugeria a adopção de um direito de remuneração também para os autores.

([337]) Sylvie Nérisson, 'The Rental and…, *cit.*, p. 153.

lhante à do direito de comodato público, consagrando-se um direito de exclusivo a favor dos autores (art. 68.º/2/*f*) CDADC)([338]) e um direito de remuneração a favor dos titulares de direitos conexos (art. 5.º DL 332/97).

Quanto à remuneração equitativa([339]), o TJUE já clarificou que se trata de um conceito definido a nível do Direito da União Europeia([340]) que se deve distinguir o conceito de "compensação equitativa" utilizado no âmbito da cópia privada([341]). Segundo o Tribunal, o valor desta remuneração tem que ser determinado "…à luz do valor [da respectiva] utilização nas trocas económicas"([342]). No entanto, em relação ao comodato público, atendendo à sua natureza gratuita e ao facto de o art. 6.º da Directiva se referir apenas a remuneração, o TJUE entende que se trata de uma noção distinta da de remuneração equitativa([343]). Mesmo assim, a remuneração devida pelo comodato público "não pode ser meramente simbólica"([344]). Apesar de os Estados-Membros terem ampla margem para configurar a forma de cálculo desse valor([345]), este "não pode ser totalmente dissociad[o] dos elementos constitutivos desse prejuízo. Uma vez que o prejuízo resulta do comodato público, isto é, da disponibilização de bens protegidos, por instituições acessíveis ao público, o montante da remuneração deve ter em conta a extensão dessa disponibilização"([346]). Logo, é necessário atender ao "número de bens postos à disposição do público"([347]) e o "número de comodatários inscritos numa instituição"([348]), o que indicia que bibliotecas maiores devam pagar mais. O TJUE já con-

---

([338]) No caso de transmissão deste direito a favor dos titulares de direitos conexos, o direito do autor transforma-se num mero direito de remuneração (art. 5.º/1, DL 332/97).

([339]) Estabelecida para o aluguer e radiodifusão nos arts. 5.º e 8.º da Directiva 2006/115/CE.

([340]) C-245/00, *SENA* (EU:C:2003:68), §24.

([341]) C-271/10, *VEWA,* §28.

([342]) C-245/00, *SENA,* §37; C-192/04, *Lagardère*, §50.

([343]) C-271/10, *VEWA*, §29-33.

([344]) C-271/10, *VEWA*, §34.

([345]) C-245/00, *SENA*, §34 e 40; C-192/04, *Lagardère*, §48.

([346]) C-271/10, *VEWA*, §37.

([347]) C-271/10, *VEWA*, §38.

([348]) C-271/10, *VEWA*, §39.

siderou que um sistema que não tinha em consideração o número de bens disponíveis, mas apenas o número de comodatários inscritos, era contrário à Directiva([349]).

***v*) Direito de fixação**

Um direito especificamente associado aos direitos conexos (apesar de também ser atribuído aos autores)([350]) é o **direito de fixação**. O art. 7.º da Directiva 2006/115/CE prevê este direito para os artistas-intérpretes e para os organismos de radiodifusão. Como vimos, fixação será o primeiro registo de um conteúdo num suporte material; daí que não seja necessário falar de fixação em relação a fonogramas ou videogramas pois a respectiva protecção resulta da fixação. Trata-se do direito de impedir a gravação de uma prestação ou radiodifusão sem autorização do titular do direito conexo respectivo.

4.3.1.2. As disposições do CDADC

***i*) Artistas-intérpretes**

O art. 178.º refere-se às faculdades patrimoniais dos artistas-intérpretes. De acordo com o seu n.º 1, o artista tem o direito de controlar a fixação de prestações ainda não fixadas([351]), a reprodução de fixação das suas prestações([352]), a comunicação ao público,

---

([349]) C-271/10, *VEWA*, §40-42.

([350]) Cláudia Trabuco, *O Direito…*, *cit.*, p. 265. Deve assinalar-se que o direito do autor controlar a fixação é mitgado quando a obra musical e o respectivo texto já foram objecto de fixação fonográfica comercial. Nesses casos (das comummente designadas "covers" ou versões) resta apenas o direito a uma remuneração nos termos do art. 144.º CDADC.

([351]) Cf. também art. 117.º CDADC. Oliveira Ascensão, *Direito de Autor…*, *cit.*, p. 561 considera que este artigo tem o mesmo âmbito de aplicação que o art. 178.º do CDADC.

([352]) Alexandre Dias Pereira, 'Da Retransmissão…, *cit.*, p. 1007, n.41, assinala com razão que a formulação verbal das alíneas *b*) e *c*) do n.º 1 do art. 178.º utilizando a expressão "sem o seu consentimento" já não faz sentido e "é redundante e fonte de eventuais equívocos".

a radiodifusão (incluindo por satélite e por cabo)([353]) e a colocação à disposição do público das suas prestações. Exemplificando: um músico pode impedir que registem imagem e/ou vídeo da sua actuação (fixação), que façam cópias dessa gravação (reprodução), que toquem essa gravação num bar (comunicação ao público), que a transmitam na televisão ou rádio (radiodifusão) ou que a coloquem numa plataforma como o Youtube para *streaming* ou num servidor para *download* (colocação à disposição do público).

No entanto, a faculdade de controlar a comunicação ao público e a radiodifusão é altamente limitada, sendo reduzida a um direito inalienável a uma remuneração equitativa por cada utilização, sempre que o artista-intérprete dê autorização à fixação da sua prestação para fins de radiodifusão([354]). Nesses casos, a lei estabelece uma presunção absoluta de transferência dessas faculdades patrimoniais e a gestão colectiva obrigatória([355]) dessa quantia (art. 178.º/2)([356]). Já o direito de colocação à disposição do público está sujeito apenas a gestão colectiva facultativa (art. 178.º/4)([357]).

Como foi mencionado, a nossa lei consagra em diploma extravagante o direito de distribuição dos artistas-intérpretes, sendo mencionado no 178.º/3 como parte dos actos pelos quais é devida remuneração aos artistas ("a comercialização de fixações obtidas"). Esse direito de distribuição inclui o direito de aluguer e comodato (art. 7.º do DL 332/97, de 27 de Novembro), que em certos casos pode ser transformado num mero direito de remuneração([358]). Os artistas-intérpretes também gozam do direito de radiodifusão por satélite (sujeito a negociação individual ou colectiva) e por cabo (direito de remuneração sujeito a gestão colectiva obrigatória), nos termos dos arts. 6.º a 8.º do DL n.º 333/97, de 27 de Novembro.

([353]) Art. 8.º do DL 333/97.

([354]) Alexandre Dias Pereira, 'Da Retransmissão…, *cit.*, p. 1061.

([355]) Ou seja, incluindo os artistas que não estejam inscritos na sociedade de gestão colectiva considerada "representativa da respectiva categoria". No mesmo sentido Alexandre Dias Pereira, 'Da Retransmissão…, *cit.*, p. 1062.

([356]) Alexandre Dias Pereira, 'Da Retransmissão…, *cit.*, p. 1008.

([357]) O que resultou da supressão do vocábulo "só" na alteração a este artigo efectuada recentemente pela Lei n.º 32/2015, de 24 de Abril.

([358]) Art. 8.º do DL 332/97.

ii) Produtores de fonogramas e videogramas

O art. 184.º do CDADC enumera as faculdades patrimoniais dos produtores de fonogramas e de videogramas, mencionando no seu n.º 1 a reprodução e a distribuição (incluindo exportação e importação) e no seu n.º 2 a difusão, a execução pública, a colocação à disposição do público e a comunicação pública. A fixação não se encontra expressamente mencionada, visto que se considerará inserida na faculdade de reprodução (uma fixação de um fonograma ou videograma será a sua reprodução directa ou indirecta). Por outro lado, apesar de ser expressamente referida, a execução pública, no sentido em que é habitualmente empregue (prestação "ao vivo"), não faz sentido em relação a fonogramas ou videogramas([359]). Caso a gravação (fonograma ou videograma) seja "posta a tocar" estaremos no domínio da comunicação pública.

Tal como sucede com os artistas-intérpretes, também o direito de distribuição dos produtores inclui o direito de aluguer e comodato (art. 7.º do DL 332/97, de 27 de Novembro), e os produtores gozam, igualmente, do direito de radiodifusão por satélite (sujeito a negociação individual ou colectiva) e por cabo (direito de remuneração sujeito a gestão colectiva obrigatória), nos termos dos arts. 6.º a 8.º do DL n.º 333/97, de 27 de Novembro.

O Código prevê ainda que, no caso de edição comercial de fonograma ou videograma, a utilização em qualquer forma de comunicação pública da gravação dará origem a uma remuneração equitativa a favor dos produtores (art. 184.º/3)([360]). Em princípio, esta remuneração é repartida em partes iguais entre os artistas-intérpretes e o produtor, sendo porém possível estipulação contratual em contrário. O art. 184.º/4, através de remissão, confere aos produtores a faculdade de fiscalizar os estabelecimentos de prensagem e duplicação de fonogramas e videogramas e armazenamento

---

([359]) Agradeço a ALEXANDRE OLIVEIRA esta indicação.

([360]) Esta designação "qualquer forma de comunicação pública" parece corresponder ao conceito amplo de comunicação ao público adoptado no Direito da União Europeia, referido *supra* **4.3.1.1. *ii***). A conclusão é corroborada pelo teor do art. 15.º WPPT em que esta norma se baseia.

dos suportes materiais, e ainda daqueles que se dediquem à importação, fabrico ou venda de fonogramas e videogramas.

***iii*) Organismos de radiodifusão**

Quanto aos organismos de radiodifusão, dispõe o art. 187.º do CDADC que estes têm as faculdades patrimoniais de controlar a retransmissão das suas emissões por ondas radioeléctricas([361]); a fixação das emissões([362]); a reprodução dessa fixação, a colocação à disposição do público (incluindo por cabo ou satélite) "on demand" e a comunicação ao público quando esta ocorra em lugar público e com entradas pagas([363]). Assim, à partida, não é devida remuneração aos organismos de radiodifusão pelo facto de uma televisão ou de um rádio estar ligado num café, visto que esse lugar é de acesso livre. A questão poderá ser mais complicada quando o estabelecimento tenha "consumo obrigatório" visto que aí existe um pagamento indirecto da entrada.

4.3.2. Faculdades pessoais

Como é sabido os autores gozam de direitos morais (também ditos direitos pessoais), nomeadamente o direito de paternidade (que permite controlar a atribuição de autoria), o direito de integridade (que confere a possibilidade de controlar a forma de exploração artística da obra e, em Portugal, obstar à sua destruição), o direito de divulgação (permite controlar se, e em que condições, a

---

([361]) A retransmissão é definida como "a emissão simultânea por um organismo de radiodifusão de uma emissão de outro organismo de radiodifusão" (art. 176.º/10). Como bem assinala OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito de autor…*, *cit.*, p. 580 a retransmissão é apenas aquela que ocorro em simultâneo, caso contrário estaremos já no domínio da fixação e radiodifusão.

([362]) OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito de Autor…cit.*, p. 579, n. 1, faz notar a inutilidade da locução "em suporte material", fixação será sempre em suporte material.

([363]) Esta solução corresponde *grosso modo* ao art. 13.º da Convenção de Roma e ao disposto no art. 8.º/3 da Directiva 2006/115. Encontra-se pendente o reenvio C-641/15, *Verwertungsgesellschaft Rundfunk*, em que se procura apurar se um hotel que disponibilize televisões nos quarto satisfaz esta definição.

obra é publicada) e o direito de retirada([364]). No exercício destes direitos, é possível a um autor interferir com os direitos conexos, especialmente com a liberdade de actuação/criação dos artistas-intérpretes. Assim, no conhecido caso *Lindon*([365]) estava em causa uma obra do dramaturgo Samuel Beckett ("À espera de Godot") que iria ser encenada com actrizes a desempenharem papéis de personagens masculinas. Os herdeiros do dramaturgo consideravam que essa prática afectava a integridade da obra e o Tribunal acolheu a sua argumentação, proibindo a respectiva encenação([366]).

Mas o problema aqui em causa é o de saber se os titulares dos direitos conexos gozam de direitos morais. Como vimos, em geral, os direitos conexos têm uma teleologia mais próxima da concorrência desleal do que do direito de autor. Logo, não seria de esperar que os titulares de direitos conexos gozassem de direitos morais na mesma medida que os autores.

([364]) Arts. 56.º a 62.º CDADC. Deve destacar-se que o art. 56.º contem uma cláusula geral, pelo que além destas faculdades existem outras. Além disso, em certos casos estes poderes jurídicos sobrepõem-se. Para uma visão comparativa e detalhada sobre o tema pode ver-se Mira Sundaran Rajan, *Moral Rights: Principles, Practice and New Technology* (OUP 2011); ELizabeth Adeney, *The moral rights of authors and performers* (OUP 2006) e Carine Doutrelepont, *Le droit moral de l'auteur et le droit communautaire* (Bruylant 1997). Entre nós, além dos manuais, cf. Alexandre Sá e Mello, *O Direito Pessoal de Autor no Ordenamento Jurídico Português* (SPA 1989); Orlando de Carvalho, 'Os direitos de personalidade de autor', *in* AAVV, *Num Novo Mundo do Direito de Autor?*, tomo II (Edições Cosmos 1994), pp. 539-550; Alexandre Dias Pereira, *Direitos de Autor e Liberdade de Informação* (Almedina 2008), pp. 463-482; Geraldo da Cruz Almeida, 'O Direito Pessoal de Autor no Código de Direito de Autor e dos Direitos Conexos', *in* AAVV, *Estudos em homenagem ao Professor Doutor Manuel Gomes da Silva* (AAFDUL 2001) pp. 1055-1128.

([365]) De 15 de Outubro de 1992, publicado em RIDA (1993), p. 225.

([366]) Mathilde Pavis, *ob. cit.*, pp. 22-24, aponta este caso como um exemplo do reconhecimento ainda que implícito do impacto e efeito criador da atividade do artista-intérprete. Ao que parece o mesmo caso foi julgado em Itália mas admitiu-se a actividade em causa com base na liberdade de criação. André Lucas, Henri-Jacques Lucas & Agnés Lucas-Schloetter, *ob. cit*., p. 932 referem este caso como um exemplo da prevalência dos interesses dos autores sobre o dos direitos conexos. Dão outro exemplo de uma decisão do mesmo Tribunal de Grand Instance de Paris (de 10 de Janeiro de 1990, publicado em RIDA (1990), p. 368) em que que foi recusada ao violoncelista Rostropovitch a pretensão de impedir a exibição da sua execução num filme visto que, na sua opinião, esta era desvirtuada tal como apresentada.

A nível **internacional**, apenas os artistas-intérpretes estão contemplados. O WPPT consagra, no seu art. 5.°, os direitos à identificação nas suas prestações e de se oporem a qualquer deformação, mutilação ou outra modificação das suas prestações que possa afectar a sua reputação e, de forma mais mitigada, o art. 5.º do tratado de Pequim, contem previsão equivalente. A nível europeu os direitos morais continuam fora das preocupações do legislador([367]).

O legislador português, tal como previsto no WPPT, reconhece direitos pessoais ao artista-intérprete. No entanto, como assinala MENEZES LEITÃO([368]) o conteúdo pessoal do direito do artista-intérprete é muito mais limitado do que o do direito de autor, consubstanciando-se apenas no direito à **menção do nome** do artista (art. 180.º/1), à reivindicação da **paternidade** da prestação (art. 180.º/2) e a assegurar a genuinidade e **integridade** da prestação (art. 182.°)([369]). As outras categorias de titulares de direitos conexos não gozam de direitos morais([370]). A única excepção será o produtor de filmes que goza do direito a ser identificado nos termos do art. 126.º/2 CDADC.

O direito à **menção** encontra limite nos casos em que a "utilização da interpretação ou execução impuser a omissão da menção" (art. 180.º/1), nomeadamente no caso de uma orquestra (não se mencionará o nome de todos os executantes) ou de outro colectivo como uma banda (sendo normalmente designado o grupo e não cada um dos artistas). Além disso, os programas sonoros exclusivamente musicais sem qualquer forma de locução, bem como

---

([367]) Sobre este aspecto veja-se WILLEM GROSHEIDE, 'Moral Rights' in ESTELLE DERCLAYE (ed.), *Research Handbook on the Future of EU Copyright* (EE 2009), pp. 242-266.

([368]) *Direito de Autor…*, *cit.*, pp. 256-257.

([369]) Disposições equivalentes encontram-se na Alemanha (§74 e §75 UhrG) que, porém, como país monista que é sujeita estes direitos ao mesmo prazo de caducidade dos direitos económicos, ou seja, 50 anos (§76UhrG). Sobre esta discussão, cf. *infra* nota 374 e texto que a acompanha.

([370]) OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito de Autor…*, *cit.*, p. 665. Para uma apologia da consagração de direitos conexos em relação a fonogramas partindo do exemplo do virtuoso pianista GLENN GOULD, cf. MIRA SUNDARAN RAJAN, 'Glenn Gould and the case for moral rights in sound recordings', *in* <http://ipkitten.blogspot.pt/2015/10/glenn-gould-and-case-for-moral-rights.html> (4 Outubro 2015).

aqueles "casos, consagrados pelo uso corrente, em que as circunstâncias e necessidades da transmissão levam a omitir as indicações referidas", estão excluídos desta obrigação de menção (art. 154.º *ex vi* art. 180.º/2). Assim, esta obrigação de menção parece ser limitada aos casos em que seja usual e não se revele demasiado onerosa([371]).

O direito à **integridade** da prestação visa assegurar que a prestação de um artista não é deformada de forma a pôr em causa a sua reputação, honra ou propósito artístico. Haverá que fazer um juízo objectivo quanto à verificação e razoabilidade dos motivos do artista que invoca este direito([372]). O direito de integridade pode ter um conteúdo meramente semântico (mais fraco), permitindo a um artista rejeitar a paternidade daquela prestação tal como é apresentada (é esta a solução prevista no art. 60.º/3 CDADC para as obras de arquitectura), ou um conteúdo normativo "forte", admitindo que o artista possa obstar à disseminação da respectiva prestação. O CDADC não contem indicações que imponham qualquer uma destas duas concepções. Parece-me que deverão valer aqui considerações de proporcionalidade a ter em conta no caso concreto. Deverá atender-se nomeadamente ao grau de interferência com os interesses do artista, ao número de artistas e outros titulares envolvidos na prestação em causa, procurando conciliar os interesses em jogo. Assim, creio que será lícito ao tribunal, atendendo a estes factores, em cada caso optar por uma das duas soluções. Um exemplo de uma solução "maximalista" encontra-se na decisão

---

([371]) Aplaudindo esta formulação veja-se OLIVEIRA ASCENSÃO *Direito de Autor…*, *cit.*, p. 563. Pode-se discutir se, sendo o artista-intérprete especialmente conhecido, existirá a necessidade legal de o apresentar.

([372]) Nas palavras de OLIVEIRA ASCENSÃO *Direito de Autor…*, *cit.*, p. 564, "…este direito só pode ser entendido como cobertura duma necessidade ética. A lei é muito expressa em não dar nenhuma abertura a um poder arbitrário de proibir, quando nenhuma incidência da personalidade estiver em causa". No caso *Blier c. Banque Nationale de Paris* (publicado em RIDA [1997], pp. 284 e ss.) o Tribunal de Grande Instance de Paris negou a pretensão dos filhos de um actor de, com base no seu direito moral, impedir a utilização de excertos de gravações das suas actuações em publicidade. O Tribunal teve em conta vários factores, nomeadamente o facto de o actor já ter feito publicidade no passado a uma marca de queijo Camembert e os termos da campanha publicitária, concluindo que não existia razão atendível para proibir a respectiva exibição.

de 1991 do *Oberlandsgericht* de Munique relativa ao grupo musical U2 em que o tribunal admitiu que a banda pudesse obstar à distribuição de um CD na Alemanha de um concerto cuja gravação havia sido particularmente mal feita([373]).

A questão da **duração** dos **direitos morais** do artista-intérprete também não encontra resposta directa no Código. Oliveira Ascensão([374]) defende que "o regime dos direitos pessoais de autor, nomeadamente no que respeita à duração, não é transponível para os direitos pessoais do artista"([375]). O Autor entende que a estrutura dos direitos conexos é monista, logo a duração das faculdades pessoais será a mesma das faculdades patrimoniais([376]). Em França, o entendimento tem sido outro, os direitos morais dos titulares de direitos conexos são considerados eternos([377]). Apesar de se ganhar com uma clarificação, creio que, tratando-se de faculdades pessoais, essas deverão ter o mesmo tratamento que têm em sede de direito de autor, sendo aplicáveis os arts. 56.º e 57.º CDADC.

Deve ainda mencionar-se que, apesar de não configurar propriamente um direito moral, a violação da obrigação de identificação dos produtores de fonogramas ou de videogramas pode implicar uma contra-ordenação nos termos do art. 205.º CDADC.

([373]) Decisão de 18.VII.1991 (29 U 3050/91) publicada em ZUM [1991], p. 540.

([374]) *Direito de Autor…*, *cit.*, pp. 563-564.

([375]) Como é sabido o art. 56.º/2 refere-se ao direito moral do autor como "inalienável, irrenunciável e imprescritível, perpetuando-se, após a morte do autor". Dias Pereira, *Direitos de Autor e Liberdade…*, *cit.*, pp. 478-480, manifesta algum cepticismo quanto ao efeito desta disposição e defende que, na realidade, a parte dos direitos morais relativa à protecção da personalidade do autor se extingue com a caducidade dos direitos económicos.

([376]) *Direito de Autor…*, *cit.*, pp. 665-666, Invocando a semelhança com as patentes onde também se consagra um direito "moral" à menção do inventor (art. 60.º CPI).

([377]) Yves Gaubiac, Brigitte Lindner & John N. Adams, 'Duration of copyright' in Estelle Derclaye (ed.), *Research Handbook on the Future of EU Copyright* (EE 2009), p. 154; Elizabeth Adeney, *ob. cit.*, p. 215.

4.4. Limites e excepções([378])

Como escreve PIERRE SIRINELLI([379]): "Examinar as excepções aos direitos de autor e direitos conexos significa, por forma negativa, determinar os contornos da propriedade literária e artística e, indirectamente, definir o seu fundamento e filosofia". Em bom rigor, para compreender os direitos de autor (ou os direitos conexos) e sobretudo o seu carácter (mais ou menos) justo, é indispensável olhar para os limites e excepções, determinar aquele conjunto de actos que, apesar de caírem no âmbito de um direito de exclusivo, são admitidos pela ordem jurídica([380]).

4.4.1. Utilizações livres

Apesar de ser um dos pontos mais relevantes na estrutura de um sistema jusautoral, a **intervenção europeia** em relação às excepções é altamente incompleta e sujeita a muitas críticas([381]). Tirando a excepção obrigatória, relativa a cópias transitó-

---

([378]) Limites e excepções não são exactamente a mesma coisa. Os primeiros referem-se a usos não abrangidos e os segundos a derrogações de uma regra ou princípio (neste sentido CHRISTOPHE GEIGER & FRANCISKA SCHÖNHERR, 'Defining the Scope of Protection of Copyright in the EU', *in* TATIANA-ELIANA SYNODINOU(ed), *Codification of European Copyright Law — Challenges and Perspectives* (Kluwer Law 2012), p. 135). Nesta perspectiva constituiriam limites a dicotomia ideia-expressão e a duração (com uma abordagem semelhante cf. ANDREAS RAHMATIAN, *Copyright and Creativity* (EE 2011), pp. 123-148). Porém, o TJUE no caso C-521/11, *Amazon.com* (EU:C:2013:515) §§33-40 parece adoptar uma distinção diferente. THOMAS DREIER, 'Überlegungen zur Revision des Schrankenkatalogs der Richtlinie 2001/29/EG' GRUR-Int [2015], pp. 649-650, discute a terminologia apontando que esta pode ter consequências reais e que o TJUE faz um uso pouco preciso da diferenciação.

([379]) 'Exception and Limits to Copyright and Neighboring Rights' [1999], WCT-WPPT/IMP/1 <http://www.wipo.int/edocs/mdocs/copyright/en/wct_wppt_imp/wct_wppt_imp_1.pdf>.

([380]) Com uma abordagem semelhante, começando por traçar o paralelo com as limitações ao direito de propriedade, cf. ANDREAS RAHMATIAN, *Copyright and Creativity…*, *cit.*, pp. 123-148. No considerando 31 da directiva Infosoc pode ler-se "Deve ser salvaguardado um justo equilíbrio de direitos e interesses entre as diferentes categorias de titulares de direitos, bem como entre as diferentes categorias de titulares de direitos e utilizadores de material protegido".

([381]) MARIE-CHRISTINE JANSSENS, 'The issue of exceptions: reshaping the keys to

rias necessárias num dado processo tecnológico (art. 5(1)([382]), a Directiva InfoSoc lista cinco excepções e limitações possíveis ao direito de reprodução (art. 5(2) e quinze excepções e limitações possíveis ao direito de reprodução e de comunicação ao público (art. 5(3), num total de vinte([383]). Admite ainda a criação de excepções ou limitações ao direito de distribuição, quando necessárias para garantir a efectividade das mencionadas excepções (art. 5(4). Por último, esclarece que a criação de qualquer excepção está sujeita ao chamado "teste dos três passos" (art. 5(5)([384]).

Algumas das excepções ao direito de reprodução estão dependentes da existência de "uma compensação equitativa". É assim com o caso da reprografia (5(1)(*b*), da cópia privada (5(2)(*b*) e dos hospitais ou prisões (5(2)(*e*)([385]). Trata-se de um direito remunera-

---

the gates in the territory of literary, musical and artistic creation', *in* Estelle Derclaye (ed.), *Research Handbook on the Future of EU Copyright* (EE 2009) pp. 317-348; Lucie Guibault, 'Why Cherry-Picking Never Leads to Harmonisation' [2010] JIPITEC pp. 55--66 e, mais recentemente, Thomas Dreier, 'Überlegungen…, *cit*., pp. 648-657.

([382]) No caso C-302/10 *Infopaq II* o TJUE elaborou esta noção, interpretando a excepção em termos exigentes. O Tribunal já havia deixado claro que esta excepção cobria a "criação de fragmentos transitórios das obras, que se sucedem e são imediatamente substituídos por outros, na memória de um descodificador de satélite num ecrã de televisão" (C-403/08 e C-429/08, *Murphy*). Recentemente, no caso C-360/13, *Public Relations Consultants* (EU:C:2014:1195) esclareceu ainda que a excepção também abrange "as cópias no ecrã de um computador do utilizador e as cópias na memória de armazenamento temporária (memória «cache») do disco rígido desse computador, efetuadas por um utilizador final durante a consulta de um sítio Internet".

([383]) Esta lista é exaustiva (cf. considerando 32). Thomas Dreier, 'Überlegungen…, *cit*., p. 657 propõe uma alteração à lista e a adopção de algumas flexibilidades mas não a "importação" do *fair use* norte-americano que considera inadequado para o actual direito europeu. Tito Rendas, 'Fair use na União Europeia (ou os estereótipos das Copyright Wars)' Propriedades Intelectuais n.º 3 (2015), pp. 26-39, demonstra que o principal problema do actual sistema de limites e excepções não reside na falta de flexibilidade interpretativa (que na realidade não se tem verificado) mas sim na dificuldade de adaptação. Sugere algumas soluções no sentido de reforçar a legitimidade e previsibilidade das decisões jurisprudenciais nesta matéria.

([384]) Trata-se de um teste de direito internacional que visa garantir que os limites e excepções estabelecidos no direito interno são proporcionais e razoáveis. Há Estados, como Portugal, que transpuseram este teste para o direito interno. Sobre a interpretação deste teste veja-se, em profundidade, Martin Senftleben, *Copyright, Limitations and the Three-step Test* (Kluwer Law International 2004).

([385]) Nesta última disposição menciona-se "compensação justa" na versão portuguesa, pese embora as versões inglesa ("fair compensation"), alemã ("gerechten Aus-

tório, de uma taxa *(levy)* estabelecido a favor dos autores([386]). O TJUE afirmou já, no contexto da cópia privada, que esta "compensação equitativa deve necessariamente ser calculada com base no critério do prejuízo causado aos autores de obras protegidas pela introdução da excepção de cópia privada"([387]), sendo que os devedores desta taxa poderão ser as empresas que intervém na disponibilização desses aparelhos, "Por conseguinte, uma vez que o referido sistema [espanhol] permite aos devedores repercutir o custo da taxa sobre os utilizadores privados e que, assim sendo, estes últimos assumem o encargo da taxa por cópia privada, deve ser considerado conforme com o «justo equilíbrio» a encontrar entre os interesses dos autores e os dos utilizadores de objectos protegidos"([388]). Existe um acervo considerável de decisões sobre esta matéria([389]).

Na Directiva 2006/115, o art. 10.º prevê igualmente limites à protecção dos direitos de fixação, radiodifusão e comunicação ao público e distribuição, inspirados no art. 15.º da Convenção de Roma. Este artigo faz também uma remissão geral para os limites dos direitos de autor. Todos estes limites estão sujeitos à "regra dos três passos" (art. 10.º/3).

O Tribunal tem, de um modo geral, afirmado que os limites e excepções devem ser interpretados restritivamente([390]). Esta abordagem é típica do *droit d'auteur* mas é criticada como retrógrada([391]). Recentemente o TJUE deixou claro que o significado de

---

gleich"), francesa ("compensation equitable"), italiana ("equo compenso") e holandesa ("billijke compensatie") utilizem sempre a mesma expressão.

([386]) Sobre este assunto tem havido um considerável debate; veja-se Stavroula Karapapa, *Private Copying* (Routledge 2012); Joost Poort & João Pedro Quintais, 'The Levy Runs Dry: A Legal and Economic Analysis of EU Private Copying Levies' JIPITEC [2013], pp. 205-224 e João Pedro Quintais, 'Private Copying and Downloading from Unlawful Sources' IIC [2015], pp. 66-93.

([387]) C-467/08, *Padawan* (EU:C:2010:620), §42.

([388]) *Ibid.*, §§48 e 49.

([389]) Sendo os mais recentes C-521/11, *Amazon.com* (EU:C:2013:515), C-435/12, *ACI Adam* (EU:C:2014:254), C-463/12, *Copydan Båndkopi* (EU:C:2015:144) e C-572/13, *HP* (EU:C:2015:750).

([390]) C-5/08, *Infopaq* §56-57 e C-403/08 e C-429/08, *Murphy*, §162.

([391]) Assim, Annette Kur & Thomas Dreier, *ob. cit.*, p. 302.

cada excepção consagrada não pode ser modulado pelos Estados-Membros([392]). Nas palavras de THOMAS DREIER([393]): "os Estados-Membros apenas podem escolher *se* mas já não *como* implementam os limites opcionais consagrados na directiva".

Em **Portugal**, as **excepções** ao direito de autor encontram-se essencialmente no art. 75.º (utilizações livres). As excepções aplicáveis aos direitos conexos estão previstas no art. 189.º, sendo complementadas por duas remissões. A primeira, prevista no art. 189.º/1/*f*) para "os demais casos em que a utilização da obra é lícita sem o consentimento do autor" e a segunda, aparentemente mais restritiva, no art. 189.º/3, dispõe que: "Os limites e excepções que recaem sobre o direito de autor são aplicáveis aos direitos conexos, em tudo o que for compatível com a natureza destes direitos". À primeira vista, revela-se difícil compatibilizar esta duas disposições. Será que o n.º1/*f*) quer dizer que, se a obra for de utilização lícita, então os titulares de direitos conexos não a podem impedir? Não parece ser esse o caso, pelo que estas disposições serão simplesmente redundantes, devendo ser fundidas.

As excepções especificamente mencionadas para os direitos conexos referem-se ao uso privado, à utilização de excertos nos mesmos termos em que é admitida a citação no direito de autor, à utilização para fins exclusivamente científicos ou pedagógicos, à fixação efémera feita por organismos de radiodifusão e às fixações ou reproduções realizadas por entes públicos ou concessionários de serviços públicos por algum interesse excepcional de documentação ou para arquivo (art. 189.º/1). A estas acrescem, por remissão, todas as utilizações livres previstas para os direitos de autor

Nos termos do art. 2.º da Lei 62/98, de 1 de Setembro (Lei da Cópia Privada) são beneficiários da taxa de cópia privada os autores, os artistas intérpretes, os editores e os produtores fonográficos e videográficos.

([392]) C-510/10*, DR and TV2 Danmark* (EU:C:2012:244) §36.

([393]) 'Überlegungen…, *cit.*, p. 648.

4.4.2. Duração

Como escreve VITTORIO M. DE SANCTIS(394), "A duração dos direitos patrimoniais do direito de autor e dos direitos conexos é sem dúvida a [sua] mais importante limitação…". Em Portugal, a duração dos direitos conexos estava inicialmente regulada no nosso Código em relação a cada direito(395). Em 1991 (Lei n.º 114/91, de 3 de Setembro), foi estabelecida a duração uniforme de 50 anos para os três direitos conexos clássico e, em 2008 (Lei n.º 16/2008, de 01 de Abril) as disposições relativas à duração foram agrupadas no art. 183.º. A Lei n.º 82/2013, de 6 de Dezembro, transpôs a última e controversa directiva relativa à duração (conhecida como directiva da extensão)(396), introduzindo o art. 183.º-A com um mecanismo complexo de repartição de benefícios. Para compreensão da solução do CDADC revela-se especialmente útil consultar a última versão do art. 3.º da Directiva relativa à duração(397).

O ponto de partida é que a duração dos **direitos conexos "clássicos"**, à excepção do outorgado ao produtor de fonogramas, se cifra em **50 anos**. Este prazo de caducidade conta-se da actuação

---

(394) *Ob. cit*., p. 329.

(395) Para o artista-intérprete, inicialmente 25 anos (art. 189.º da primeira versão de 1985) e depois 40 anos (art. 183.º da segunda versão de 1985) "contados do primeiro dia do ano subsequente àquele em que ocorreu o facto gerador da protecção". Para o produtor, inicialmente 10 anos (art. 192.º da primeira versão) e depois 25 anos (art. 186.º da segunda versão) contados do primeiro dia do ano subsequente àquele em que ocorreu a fixação. Para a emissão de radiodifusão inicialmente 10 anos (art. 194.º da primeira versão) e depois 20 anos (art. 188.º da segunda versão) contados da mesma forma. Para uma interessante panorâmica comparativa em termos de duração, além de SILKE VON LEWINSKI, "The EC Duration Directive…, *cit.*, veja-se também YVES GAUBIAC, BRIGITTE LINDNER & JOHN N. ADAMS, *ob. cit.*, pp. 148-192. Sobre o tema, entre nós, além dos manuais, veja-se, DIAS PEREIRA, 'Duração dos direitos de autor e conexos', *Direito & Justiça — Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Luís Carvalho Fernandes*, Vol. I (UCE 2012), pp. 109-135.

(396) Directiva n.º 2011/77/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 27 de Setembro. Sobre a controvérsia, cf., por todos, NATALI HELBERGER, *et al*, 'Never forever: Why extending the term of protection for sound recordings is a bad idea' EIPR [2008], pp. 174-181 e BENJAMIN FARRAND, 'Too much is never enough: the 2011 Copyright in Sound Recordings Extension Directive' EIPR [2011], pp. 297-304.

(397) Directiva n.º 93/98/CE, codificada na Directiva n.º 2006/116/CE e alterada pela mencionada Directiva n.º 2011/77/UE.

do artista-intérprete, da primeira fixação pelo produtor de videogramas ou da primeira emissão pelo organismo de radiodifusão (art. 183.º/1)([398]). Se, porém, no decurso deste prazo, o **videograma** for licitamente publicado ou comunicado ao público, a contagem do prazo de 50 anos reinicia-se, contando do primeiro destes dois eventos (art. 183.º/2).

Apesar de a lei não ser clara, encontra-se previsto um mecanismo de extensão semelhante, mas agora de 50 para 70 anos, tanto para os **artistas-intérpretes** cuja **prestação** esteja **fixada num fonograma** (ou seja, para os **músicos**)([399]), como para os **produtores** de **fonogramas**. Assim, ocorrendo lícita publicação ou comunicação ao público do fonograma dentro do prazo de 50 anos, os direitos dos artistas-intérepretes que tenham gravado fonogramas e dos produtores de fonogramas durarão 70 anos a contar do primeiro destes dois eventos([400]).

Para compreender o art. 183.º/3 é útil consultar a Directiva que o legislador tentou transpor. Isto porque, através da leitura do texto dessa norma do CDADC, ficamos sem saber se o direito a que a disposição se refere é o do produtor de fonogramas ou o direito do artista-intérprete. Sendo certo que a referência ao n.º 1 indica ser o direito deste último. Assim, o art. 183.º/3 transpõe o art. 3.º/1 2.ª parte da Directiva 2006/116/CE. Ficamos sem indicação quanto à duração do direito do produtor de fonogramas. Quer isso dizer que ele é eterno? Não, nunca poderia ser assim.

Dispõe o art. 3.º da Directiva 2006/116/CE: "Os direitos dos produtores de fonogramas caducam cinquenta anos após a fixação. No entanto, se o fonograma for legalmente publicado durante este período, os direitos caducam setenta anos após a data da primeira publicação. Se o fonograma não for legalmente publicado durante o período acima referido e se o fonograma tiver sido legalmente

---

([398]) Em relação ao organismo de radiodifusão, uma vez que o conteúdo emissão é irrelevante, cada emissão (ainda que do mesmo conteúdo) atrai protecção autónoma (LUCIE GUIBAULT & ROY MELZER, *ob. cit*, p. 3).

([399]) Em bom rigor, como visto, o fonograma não precisa de conter música. Assim, também um artista cuja declamação de um poema seja gravada pode gozar desta extensão.

([400]) Salvo no caso de se verificar a série de eventos descritos nos n.os 1 e 2 do art. 183.º-A.

comunicado ao público durante o mesmo período, os direitos caducam setenta anos após a data da primeira comunicação legal ao público".

O **art. 183.º-A** é uma transposição do mecanismo complexo de **repartição de benefícios** resultantes da **extensão** do prazo de protecção dos produtores de fonogramas e dos artistas-intérpretes cuja prestação se encontre registada nos fonogramas (normalmente músicos). Assim, os números 1 e 2 desta disposição consagram a chamada solução "use it or lose it"([401]).Se, ao fim de 50 anos, não existirem "cópias do fonograma à venda no mercado em quantidade suficiente" ou o mesmo não estiver à disposição do público, o artista-intérprete tem o direito, potestativo-extintivo e inalienável, de resolver o contrato que tenha celebrado com o produtor de fonogramas na parte relativa a esses fonogramas([402]). Para o efeito, deve notificar o produtor de fonogramas da sua intenção e esta só produzirá efeitos se, no prazo de um ano a contar dessa notificação, o produtor dos fonogramas não colocar essas cópias no mercado ou proceder à respectiva comunicação ao público. Com a resolução do contrato caduca igualmente o direito do produtor de fonogramas([403]). Este será o caso para os fonogramas com pouco interesse comercial.

Já quanto aos mais atraentes do ponto de vista comercial (não por acaso a extensão coincidiu com o aproximar do fim do prazo de protecção de artistas como os Beatles)([404]) o mecanismo é diferente. Se o contrato celebrado entre o(s) artista(s)-intérprete(s) e o produtor de fonogramas não previr "pagamentos recorrentes", isto é, *royalties* pagos com base no sucesso comercial do fonograma, o

---

([401]) Gemma Minero, 'The Term Directive' in Irini Stamatoudi & Paul Torremans (eds), *EU Copyright Law — A Commentary* (EE 2014), pp. 269-270, dando conta que a solução da Directiva se inspira no direito tudesco.

([402]) No caso de vários artistas-intérpretes o art. 183.º-A/3 remete para a solução da obra em colaboração (art. 17.º), este artigo, por sua vez, manda aplicar as regras da compropriedade (arts. 1403.º a 1407.º do CC), que muitas vezes redundam numa decisão de acordo com a equidade.

([403]) Esta disposição, a meu ver, não diminui a necessidade de clarificar a sua duração no artigo anterior.

([404]) Como assinala Christina Angelopoulos, 'Amended Directive Extends the Term of Protection for Performers and Sound Recordings' GRUR Int. [2011], p. 987.

art. 183.º-A/4 assegura que não será apenas o produtor de fonogramas a lucrar com a extensão do prazo. Para que o(s) artista(s)-intérprete(s) que alienaram definitivamente os seus direitos possam beneficiar da extensão de prazo, esta disposição atribui-lhes um "direito irrenunciável de obter uma remuneração suplementar anual". Este valor "deve corresponder a 20% das receitas" obtidas através da exploração do fonograma no ano anterior (art. 183.º-A/5). A cobrança deste valor está sujeita a gestão colectiva obrigatória (art. 183.º-A/7), o que significa que em Portugal a entidade responsável pela gestão desta remuneração suplementar será a GDA.

Quanto à **forma de contagem**, nem relativamente aos direitos de autor nem quanto aos direitos conexos se encontra consagrada no código a regra do art. 8.º da Directiva 2006/115, segundo a qual: "Os prazos previstos na presente directiva são calculados a partir do primeiro dia do ano subsequente ao respectivo facto gerador"([405]). De acordo com essa regra, as obras e as prestações protegidas entram no domínio público "em bloco" no dia 1 de Janeiro do ano seguinte ao do término do prazo. Na ausência desta regra no CDADC, poder-se-ia pensar que valem as regras gerais do Código Civil (arts. 296.º e 279.º). Mas não. De forma inexplicável, o legislador dispôs sobre o assunto no art. 3.º do DL n.º 334/97, de 27 de Novembro([406]). Revela-se imperioso transferir essa norma — a regra base relativa à contagem dos prazos de duração — para o CDADC aproveitando para lhe dar uma melhor formulação.

Em termos de duração é aplicável aos **titulares estrangeiros** (excepto da União Europeia) de direitos conexos a regra de **reciprocidade material**, também dita de comparação de termos (art. 37.º *ex vi* art. 183.º/6)([407]). Apesar de a remissão do art. 183.º/6

([405]) Encontra-se norma semelhante no art. 14.º da Convenção de Roma e no art. 17.º WPPT.

([406]) Sobre este diploma, cf. ALEXANDRE DIAS PEREIRA, 'O Tempo e O Direito de Autor' Temas de Propriedade Intelectual, n.º 1 (1999), pp. 75-85.

([407]) Sobre o impacto do princípio da não discriminação (art. 18.º TFUE) neste domínio, cf., com adicionais referências, NUNO SOUSA E SILVA, 'Cidadania Europeia e Propriedade Intelectual — os Estados e as pessoas', *in* SOFIA OLIVEIRA PAIS (coord.), *Cidadania europeia: valores, direitos e oportunidades* (UCE Porto 2015), pp. 419-424.

aparentemente omitir os produtores de fonogramas, creio que se deverá entender, na mesma linha da inclusão do produtor de fonogramas no art. 183.º/1/*b*), que esta regra também lhes é aplicável.

4.5. Meios de tutela (menção)

Face aos direitos de autor, as medidas de tutela dos direitos conexos não revelam grandes especificidades. Os direitos conexos gozam igualmente de tutela penal, contra-ordenacional, civil e administrativa. Por isso, esta secção limita-se a fazer uma breve menção aos meios de tutela actualmente existentes e às respectivas particularidades em sede de direitos conexos.

Fruto de **intervenção europeia**, toda a propriedade intelectual, incluindo os direitos conexos, goza dos meios de tutela previstos na Directiva 2004/48/CE([408]). Apesar de ter existido uma proposta, até hoje não há instrumento europeu que preveja medidas de tutela penal para a propriedade intelectual([409]). Em matéria de tutela (comummente designado *enforcement*) importante atender às numerosas disposições no acordo TRIPS (arts. 41.º a 61.º), ainda que nem todas sejam aplicáveis aos direitos conexos([410]).

Nos termos do art. 2.º/1/*c*) do Regulamento (UE) n.º 608/2013 de 12 de Junho de 2013, os titulares de direitos conexos podem recorrer às **medidas aduaneiras** de apreensão e eventual destruição de mercadorias que infrinjam os seus direitos([411]).

([408]) Sobre a transposição em Portugal veja-se ADELAIDE MENEZES LEITÃO, 'A tutela dos direitos de Propriedade Intelectual na Directiva 2004/48/CE', *in* AAVV, *Direito da Sociedade de Informação*, vol. VII (Coimbra Editora, 2008), pp. 173-205.

([409]) Para uma discussão ampla e com adicionais referências *vide* CHRISTOPHE GEIGER (ed), *Criminal Enforcement of Intellectual Property: A Handbook of Contemporary Research* (EE 2012).

([410]) Para uma avaliação e adicionais referências veja-se PETER K. YU, 'Why Are The TRIPS Enforcement Provisions Ineffective?', *in* PAUL TORREMANS (ed.), *Research Handbook on Cross-border Enforcement of Intellectual Property* (EE 2014), pp. 770-788.

([411]) Sobre o sistema em maior detalhe, cf. OLIVIER VRINS & MARIUS SCHNEIDER (eds.), *Enforcement of Intellectual Property Rights through Border Measures* (OUP 2012).

No plano da **tutela civil**, estão previstas medidas para obtenção e conservação de prova, providências cautelares, incluindo arresto, medidas inibitórias, também contra intermediários inocentes(412) indemnizações calculadas de forma a privar o infractor dos lucros que obtenha(413), sanções acessórias, tais como a destruição de mercadoria ou a publicação de decisões às custas do infractor (arts. 210.º-A a 211.º-A do CDADC).

Como é habitualmente sistematizado(414) no quadro **jurídico-penal** previsto no CDADC, existem quatro tipos de crime: a usurpação (art. 195.º), a contrafacção (art. 196.º), a violação do direito moral (art. 198.º) e o aproveitamento de obra contrafeita ou usurpada (art. 199.º)(415). Estes crimes, à excepção do crime de violação de direito moral — que só se poderá verificar em relação aos artista-intérpretes — são aplicáveis sensivelmente nos mesmos termos aos direitos conexos(416). Apesar de o art. 202.º — que prevê um regime especial de tutela penal dos direitos morais — apenas se referir ao autor, este poderia estender-se igualmente aos artistas-intérpretes(417). No entanto, tendo em conta o princípio da legali-

---

(412) Sobre isso, veja-se Nuno Sousa e Silva, 'A perspectiva do equilíbrio entre a Propriedade Intelectual e (outros) Direitos Fundamentais' Revista de Direito Intelectual, n.º 1 (2015), pp. 209-223.

(413) Para uma reflexão acerca das especificidades desta indemnização veja-se Maria da Graça Trigo, 'Responsabilidade Civil por violação de Direito Intelectual' RDES LII n.os 3-4 (2012), pp. 149-172.

(414) V.g. David Silva Ramalho, 'A Tutela Penal dos Direitos de Autor e dos Direitos Conexos Na Sociedade Da Informação' ROA [2012], p. 219.

(415) Oliveira Ascensão, *Direito Penal de Autor* (Lex 1993), p. 21, entende que o art. 195.º/3 contempla um quinto tipo mas que não é aplicável aos titulares de direitos conexos.

(416) Sobre a tutela penal dos direitos de autor, cf. Oliveira Ascensão, *Direito Penal de Autor…*, *cit.*; José Branco, 'DL 63/85', *in* Paulo Pinto de Albuquerque & José Branco (org.), *Comentário das Leis Penais Extravagantes*, vol. II (UCE 2011), pp. 247-283; David Silva Ramalho, *ob. cit.*, *passim*, esp., pp. 219-246; Valter da Silva Alves, *O Crime de Usurpação de Direitos de Autor* (Almedina, 2014). Deve frisar-se que Oliveira Ascensão, *Direito Penal de Autor…*, *cit.*, conclui em geral que os direitos conexos não gozam de tutela penal (pp. 25-26, 45-46, 59).

(417) Crítico da equiparação no direito penal entre direito de autor e direitos conexos, cf. Oliveira Ascensão, *Direito Penal de Autor…*, *cit.*, pp. 16-17 e, novamente, pp. 62-63 ("…sistema penal anómalo, havendo que o repensar de alto a baixo").

dade em direito penal esta conclusão valerá apenas *de iure condendo*([418]).

O crime de usurpação (art. 195.º) é um crime definido essencialmente por remissão para as faculdades patrimoniais dos titulares de direitos conexos([419]), sendo que o art. 195.º/2/*c*) se refere especificamente à tutela das suas prestações quando utilizadas para além do autorizado([420]). Por outro lado, as alíneas *a*) e *b*) do art. 195.º/2 têm relação com a protecção dos direitos conexos mencionados no art. 39.º do CDADC([421]), mas como indica DAVID SILVA RAMALHO([422]): "as referidas alíneas apenas se referem ao autor e nunca aos titulares de direitos conexos, pelo que, face ao princípio da proibição da analogia, apenas se deve dar por tutelado o direito daquele e não destes". Por outro lado, o crime de contrafacção caracteriza-se pela apresentação como própria de prestação alheia (art. 196.º)([423]). Assinalamos já que não consideramos existir um ilícito de plágio de prestação([424]), sendo que seria conveniente clarificar este aspecto através de intervenção legislativa.

Em matéria de contra-ordenações, o art. 205.º estabelece no n.º 1 uma coima entre €249,40 e €2493,99 para a infracção das obrigações de comunicação previstas no art. 143.º. Por sua vez, o art. 205.º/2 prevê coimas entre €99,76 e €997,60 pela violação de obrigações de identificação dos autores, dos artistas e dos produtores de fonogramas ou videogramas.

([418]) OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito Penal de Autor…*, *cit.*, p. 59.

([419]) Sobre a questão da eventual inconstitucionalidade da norma, cf. VALTER DA SILVA ALVES, *ob. cit.*, pp. 33-53 e JORGE MIRANDA & MIGUEL PEDROSA MACHADO, *Constitucionalidade da Protecção Penal dos Direitos de Autor e da Propriedade Industrial* (Dom Quixote, 1995).

([420]) OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito Penal de Autor…*, *cit.*, p. 25.

([421]) Cf. *supra* **4.1.4.**

([422]) *Ob. cit.*, p. 222.

([423]) Poderá criticar-se o legislador por utilizar designações contrárias ao que a "linguagem comum" faz supor. Afinal de contas a definição "de dicionário" de usurpação é: "Apoderar-se violentamente ou fraudulentamente do que pertence a outrem." <http://goo.gl/NeSgH7>.

([424]) Cf. *supra* nota 32 e texto que a acompanha.

5. Conclusão: propostas de alteração legislativa

Neste artigo procurei descrever de forma crítica o regime vigente em Portugal para os direitos conexos ao direito de autor. O seu impacto prático é evidente, tal como tem sido a ineptidão do legislador neste domínio.

O CDADC precisa com alguma urgência de ser revisto e melhor organizado e não apenas no domínio dos direitos conexos([425]). Como vimos, existem algumas normas que levantam problemas desnecessários e que se revelam incompatíveis com o acervo internacional vigente em Portugal. De igual modo, existem normas importantes para a compreensão do regime que se encontram em legislação extravagante, frustrando a própria razão de ser de um Código([426]).

Sugere-se, assim:

— a eliminação da exigência de formalidades do art. 185.º/1;

— independentemente da manutenção do actual art. 185.º, remover a referência a esse artigo na enumeração do art. 205.º/2;

— alterar a inserção sistemática do actual art. 39.º, colocando-o na secção relativa aos direitos conexos;

— clarificar o conteúdo da protecção dos dois direitos conexos previstos no art. 39.º;

— resolver a contradição entre os arts. 39.º e 78.º do CDADC, possivelmente revogando ou reduzindo o âmbito deste último;

([425]) Só para mencionar alguns exemplos: a epígrafe do art. 3.º CDADC deveria ser "obras derivadas" e não "obras equiparadas a originais"; deveria suprimir-se a exigência de escritura pública para a transmissão (art. 44.º CDADC) visto que já nem para a transmissão de um imóvel (art. 875.º CC) é necessária uma formalidade tão exigente e os crimes previstos nos arts. 195.º e 196.º deveriam deixar de ser crimes públicos, alterando-se o art. 197.º CDADC.

([426]) Batista Machado, *ob. cit.*, p. 99: "Um código pressupõe (…) um plano sistemático (…) ao mesmo tempo que (…) facilita a construção cientifica do Direito (…)".

— a consagração legal com contornos claros ou, alternativa que prefiro, a rejeição de um "direito ao espectáculo" através de norma que adopte expressamente o princípio do *numerus clausus* de direitos conexos;

— a supressão do art. 189.º/2 ou, caso se sustente uma interpretação que lhe dê significado operativo, a sua autonomização num artigo e a explicitação desse significado;

— transformar o art. 193.º num n.º 4 do actual art. 190.º;

— consagrar no CDADC o direito de distribuição para os artistas-intérpretes e para os organismos de radiodifusão, ou seja, mover o conteúdo do art. 7.º do DL n.º 332/97, de 27 de Novembro para o CDADC;

— alterar a definição de "distribuição" do art. 176.º/8 removendo a referência a "quantidade significativa", adoptando em alternativa a definição constante do art. 4.º da Directiva 2001/29;

— incluir na definição de organismo de radiodifusão do art. 176.º/9 a referência, que consta actualmente do art. 187.º/2, à exclusão dos distribuidores de cabo que se limitem a efectuar a retransmissão;

— harmonizar o art. 68.º/2/*f*) do CDADC com o art. 6.º do DL 332/97, de forma a esclarecer se o direito de comodato público dos autores é um direito de exclusivo ou de remuneração;

— retirar das alíneas *b*) e *c*) do n.º 1 do art. 178.º do CDADC a expressão "sem o seu consentimento"([427]);

— remover a expressão "em suporte material" da alínea *b*) do n.º 1 do art. 178.º([428]);

— remover a referência à execução pública de fonogramas do art. 184.º, n.º 2;

([427]) Cf. Alexandre Dias Pereira, 'Da Retransmissão…, *cit.*, p. 1007, n. 41.
([428]) Cf. Oliveira Ascensão, *Direito de Autor…*, *cit.*, p. 579, n. 1.

— fundir o art. 189.º/1/*f*) com o art. 189.º/3;

— acrescentar ao art. 183.º/1 uma nova alínea que mencione expressamente a duração do direito do produtor de fonogramas: 50 anos, com possibilidade extensão para 70 anos no caso de lícita publicação ou comunicação ao público (tal como consta do art. 3.º/2 da Directiva 2006/115/CE);

— como consequência deste acrescento, tornar inequívoca a aplicabilidade da regra da reciprocidade material do art. 37.º (*ex vi* art. 183.º/6) aos direitos conexos dos produtores de fonogramas;

— acrescentar ao CDADC uma norma quanto à forma de contagem do prazo de duração tanto de dos direitos conexos como do direito de autor, em conformidade com o art. 8.º da Directiva 2006/115;

— esclarecer qual é a duração das faculdades pessoais atribuídas aos artistas-intérpretes;

— excluir expressamente a figura do plágio de prestação, acrescentando uma alínea *c*) ao art. 196.º/4 do CDADC;

— acrescentar uma referência aos artistas-intérpretes no art. 202.º do CDADC.

Estas transformações, algumas das quais urgentes, devem tentar manter, dentro do possível, o arranjo em termos de numeração do CDADC, aproveitando os "espaços vazios" que a revogação de normas cria. Algumas das propostas são, seguramente, mais discutíveis do que outras. Mas espero que este texto contribua para a compreensão, estudo e debate de uma matéria importante que, até agora, não recebeu a devida atenção por parte da doutrina.

6. Quadro-síntese da posição de cada titular

Este quadro-síntese abstrai de algumas conclusões a que cheguei na interacção entre os vários instrumentos internacionais, europeus e nacionais. Visa ser uma síntese mais próxima do disposto na actual legislação nacional.

	Artistas--intérpretes	**Produtores fonogramas**	**Produtores videogramas**	**Organismos de radiodifusão**
Requisitos	Interpretação (actividade artística) de obra literária ou artística Critérios de conexão (190.º/1) ou extensão (193.º)	Gravação símbolo Ⓟ Critérios de conexão (190.º/2) ou extensão (193.º)	= Produtor de fonogramas	Emissão Critérios de conexão (190.º/3) ou extensão (193.º)
Titularidade	Quem interpreta Presunção (180.º/3)	Quem organiza a gravação Presunção (185.º/3)	= Produtor de fonogramas	Quem emite Presunção (187.º/3)
Faculdades Patrimoniais	Comunicação ao público Radiodifusão Fixação Reprodução Colocação à disposição do público [178.º] Distribuição, incluindo aluguer e comodato Art. 7.º DL 332/97 radiodifusão por satélite e por cabo arts. 6.º-8.º DL 333/97	Reprodução Distribuição Difusão Execução pública Colocação à disposição do público Comunicação pública [184.º] Distribuição, incluindo aluguer e comodato Art. 7.º DL 332/97 radiodifusão por satélite por cabo arts. 6.º-8.º DL 333/97	= Produtor de fonogramas **excepto** direito de aluguer e comodato (atribuído ao produtor da primeira fixação em filme) Art. 7.º DL 332/97	Retransmissão Fixação Reprodução Colocação à disposição do público Comunicação ao público em lugar público com entradas pagas [187.º] radiodifusão por satélite por cabo arts.6.º-8.º DL 333/97
Faculdades Morais	Paternidade (180.º) Integridade (182.º)	Não há	Direito à menção do produtor do filme (126.º/2)	Não há
Duração	em geral 50 anos (183.º/1/*a*) mas 70 anos para algumas interpretações registadas em fonogramas (183.º/3)	50 anos com possibilidade de extensão até 70 anos (183.º-A)	50 anos com possibilidade de reiniciar a contagem (183.º/2)	50 anos a contar da primeira emissão (183.º/1/*c*)

Vila Nova de Gaia, 31 de Janeiro de 2016

O SENTIDO DOS "DEVERES DE CUIDADO" (art. 64.º CSC): *«ONCE MORE UNTO THE BREACH, MY FRIENDS, ONCE MORE»*

Pelo Prof. Doutor José Ferreira Gomes

Sumário:

1. Introdução. 2. Enquadramento no Direito britânico. 3. Enquadramento no Direito norte-americano. 4. O sentido no Direito português: concretizações das obrigações de diligente administração e de diligente fiscalização. 5. O dever de aquisição de competência técnica adequada às suas funções [art. 64.º/1, *a*) e 2]. 6. O dever de obtenção do conhecimento sobre a atividade da sociedade [art. 64.º/1, *a*) e 2]. 7. O dever de disponibilidade [art. 64.º/1, *a*) e 2]. 8. O dever de atuar em termos informados (art. 72.º/2). 9. O dever de atuar segundo critérios de racionalidade empresarial (art. 72.º/2). 10. Os deveres de cuidado como "novidades" da reforma de 2006?

1. Introdução

I. No passado dia 29 de março celebrou-se o 10.º aniversário da reforma de 2006 do Código das Sociedades Comerciais que, para o que ora releva, alterou o art. 64.º e "introduziu" os famosos "deveres de cuidado" dos administradores e fiscalizadores. Decor-

ridos dez anos, não existe ainda um consenso sobre o sentido e o enquadramento destes deveres no nosso sistema jus-societário(1), não obstante a multiplicação de escritos sobre os mesmos. Na verdade, dizer que *«não existe ainda um consenso»* é pouco: o cenário assemelha-se a um pântano, onde faltam sólidos pontos de apoio ao intérprete-aplicador e, em especial, aos tribunais. Por isso, justifica-se hoje, mais do que nunca, o desafio de voltar ao tema. Nas palavras de Shakespeare: *«Once more unto the breach, my friends, once more»*(2).

Sinteticamente, a questão que se coloca é: qual o sentido da referência a "deveres de cuidado" no art. 64.º/1, *a*) e 2?

Ou, por outras palavras, como se articulam as referências normativas a "deveres de cuidado" e ao "dever de empregar a diligência de um gestor criterioso e ordenado" [no art. 61.º/1 *a*)] e ao dever de empregar "elevados padrões de diligência profissional" (no art. 61.º/2)?

II. Face à redação destes preceitos, muito criticada pela doutrina(3), cabe ao intérprete-aplicador a difícil tarefa de encontrar um sentido útil para os mesmos, tendo em conta a presunção do art. 9.º/3 CC, de que o legislador consagrou as soluções mais acertadas e soube exprimir o seu pensamento em termos adequados.

De acordo com a CMVM, responsável indireta pela reforma de 2006(4), os "deveres de cuidado" correspondem aos chamados

---

(1) Em particular, no próprio art. 64.º.

(2) William Shakespeare, *The life of Henry the Fifth,* Harmondsworth: Penguin Books (1959), Ato 3, Cena 1.

(3) Cf., *v.g.*, Jorge Coutinho de Abreu, *Deveres de cuidado e de lealdade dos administradores e interesse social*, in Jorge Coutinho de Abreu *et al.*, *Reformas do Código das Sociedades* (2007), 20, António Menezes Cordeiro, Os deveres fundamentais dos administradores de sociedades, *ROA*, 66:2 (2006), 443-488 (479-480). Manuel Carneiro da Frada, "A *business judgment rule* no quadro dos deveres gerais dos administradores", in *A Reforma do Código das Sociedades Comerciais: Jornadas em Homenagem ao Professor Doutor Raúl Ventura* (2007), 61-102 (66-68).

(4) Na expressão de António Barreto Menezes Cordeiro, Deveres fiduciários de cuidado: imprecisão linguística, histórica e cultural, *RDS* 7:3/4 (2015) 617-640 (618). Cf. também as críticas de António Menezes Cordeiro: A grande reforma das sociedades comerciais, *O Direito*, 138:3 (2006), 445-453, e Os deveres fundamentais dos administradores das sociedades (art. 64.º/1 do CSC), *ROA* 66:2 (2006), 443-488, 486 ss.

duties of care de origem anglo-saxónica(5). Infelizmente esta afirmação não foi mais desenvolvida nos muito insuficientes trabalhos preparatórios(6), cabendo ao intérprete-aplicador encontrar, a partir da mesma, as demais peças do *puzzle*.

Num estudo anterior(7) expusemos o enquadramento destes deveres tanto no Direito britânico, como no Direito norte-americano, apresentando a nossa visão sobre o sentido da sua expressa positivação no nosso sistema. Retomamos e desenvolvemos aqui esse estudo, procurando responder à questão já enunciada: qual o sentido da referência a "deveres de cuidado" no art. 64.º/1, *a*) e 2 do CSC?

2. Enquadramento no Direito britânico

I. No quadro geral do sistema britânico que, como veremos, não se confunde com o quadro societário, os *duties of skill, care and diligence* são baseados na *law of negligence*(8), nos termos da qual a mera causação de um dano não era, nem é, por si, fundamento suficiente de responsabilidade civil. Deve verificar-se a existência prévia de um *duty to act with care*, sendo a violação deste dever — o ato ou omissão negligente(9) — que fundamenta *tort liability*(10).

---

(5) CMVM, *Governo das sociedades anónimas: Proposta de articulado modificativo do código das sociedades comerciais (complemento ao processo de consulta pública n.º 1/2006)* (2006), 16.

(6) Sublinhando esta insuficiência e as suas consequências negativas no processo de aperfeiçoamento jurídico-científico, cf. novamente Barreto Menezes Cordeiro, *Deveres fiduciários de cuidado*, 618.

(7) Dissertação entregue em 2013, defendida em 2014 e publicada em 2015: *Da Administração à Fiscalização das Sociedades: A obrigação de vigilância dos órgãos da sociedade anónima* (2015), n.os de margem 1928-1929.

(8) Paul L. Davies e Sarah Worthington, *Principles of modern company law*, 9.ª ed. (2012), 517-518.

(9) Num dos sentidos possíveis de "negligência". C.T. Walton *et al.*, *Charlesworth & Percy on negligence*, 13.ª ed. (2014), 10.

(10) Edwin Peel e James Goudkamp, *Windfield and Jolowicz on tort*, 19.ª ed., 2014, 80, C.T. Walton *et al.*, *Charlesworth & Percy on negligence*, 13.ª ed. (2014), 10. Sobre a qualificação da *tort liability* como homóloga da "nossa" responsabilidade civil

Enquanto *tort* autónomo, a negligência constitui um conceito jurídico comparativamente recente, datando de *circa* 1824, tendo evoluído rapidamente(11). Não se confunde com o *breach of contract*, mesmo nos casos em que o contrato contenha uma *obligation to take care* no cumprimento dos seus termos: esta *obligation* nasce do acordo das partes, enquanto o *duty of care* decorre de uma visão objetiva dos factos. Assim, quando um contrato importa um *duty to take reasonable care in performance*, passa este a coexistir com o *tort*(12).

Neste quadro geral da *law of negligence*, o *duty of care* aproxima-se dos deveres de proteção da dogmática continental(13), tendo uma finalidade eminentemente *negativa*: visam proteger o titular ativo dos riscos de danos na sua pessoa e património(14).

---

delitual, cf. Eduardo Santos Júnior, *Da responsabilidade civil de terceiro por lesão do direito de crédito* (2003), 194, Manuel Carneiro da Frada, *Teoria da confiança e responsabilidade civil* (2004), 115.

(11) Cf. Walton *et al.*, *Charlesworth & Percy on negligence*, 10-11. Entre nós: António Barreto Menezes Cordeiro, *Do Trust no Direito Civil*, 2014, 484 ss.

(12) Walton *et al.*, *Charlesworth & Percy on negligence*, 10-11. Barreto Menezes Cordeiro, *Deveres fiduciários de cuidado*, 632-633, explica o enquadramento histórico desta solução na responsabilidade civil extracontratual e a anterioridade do *duty of care* relativamente à sistematização dos dois ramos obrigacionais de responsabilidade civil. Sobre a sistematização da responsabilidade civil extracontratual britânica, cf., do mesmo autor, *Do Trust*, 482.

(13) Cf. n. 59 *infra*.

(14) Peel e Goudkamp, *Windfield and Jolowicz on tort*, Samuel, *Law of obligations*, 197-201.

Este sentido está patente logo na primeira formulação *geral* deste dever, em *Heaven v Pender*, (1883) 11 Q.B.D. 504 CA., no qual foi discutido o caso de um pintor de navios que sofreu danos quando os andaimes fornecidos pelo dono da doca colapsaram. O tribunal decidiu a favor do autor, estabelecendo regras relativas ao dever de imputado cuidado àquele que ocupa determinadas instalações para com os seus convidados.

O tema seria retomado cinquenta anos mais tarde na histórica decisão *Donoghue v Stevenson*, [1932] A.C. 562., num caso em que a autora adoeceu após consumir cerveja de gengibre, produzida pelo réu, que tinha resquícios de um caracol. Discutiu-se então se o produtor de cerveja tinha um *duty of care* para com o consumidor do seu produto.

Atualmente, a decisão de referência é *Caparo Industries Plc v Dickman*, [1990] 2 A.C. 605, na qual Lord Bridge negou a possibilidade de formular um único princípio geral que pudesse ser aplicado para determinar a existência de um *duty of care* em qualquer situação e qual o seu alcance. Cf. Peel e Goudkamp, *Windfield and Jolowicz on tort*, 89 ss. O reconhecimento da existência de um dever depende de três critérios: previsibilidade de um dano, proximidade da relação entre as partes e considerações de justeza *(fairness)* ou razoabilidade. Nas palavras de Lord Bridge, [1990] 2 A.C. 605, 617-618:

II. Em domínios específicos, porém, o *duty of care* assumiu contornos distintos. No contexto societário, tal como na *law of negligence*, o *duty of care* é formulado como um *duty to take care* ou *duty to act with care*(15). Porém, afasta-se dos deveres de proteção continentais: *apresenta-se como um modo de conduta*, como a nossa bitola de diligência, permitindo concretizar os deveres dos administradores em cada caso. Neste sentido, Romer J. afirmou na decisão proferida em *Re City Equitable Fire Insurance Co*(16):

> *«one cannot say whether a man has been guilty of negligence, gross or otherwise, unless one can determine what is the extent of the duty which he is alleged to have neglected».*

Como "modo de conduta", o *duty to act with care* conforma o cumprimento dos deveres dos administradores. Estes devem ser cumpridos com *reasonable care and skill*(17).

Porém, no seu desenvolvimento doutrinário e na sua aplicação pelos tribunais, verifica-se um fenómeno de compressão linguística: o "dever de atuar com cuidado no exercício das funções de administração" ou "dever de administrar com cuidado" é frequentemente referido simplesmente como "dever de cuidado".

Este fenómeno linguístico não deve, porém, iludir o intérprete-aplicador quanto ao seu verdadeiro conteúdo e alcance: trata-se de um sinónimo da "obrigação de diligente administração", traduzindo não só a medida de diligência, mas também o comportamento devido(18). Traduziria, se essa dissociação fosse conhecida no sistema

---

«What emerges is that, in addition to the foreseeability of damage, necessary ingredients in any situation giving rise to a duty of care are that there should exist between the party owing the duty and the party to whom it is owed a relationship characterised by the law as one of 'proximity' or 'neighbourhood' and that the situation should be one in which the court considers it fair, just and reasonable that the law should impose a duty of a given scope upon the one party for the benefit of the other»

Cf. Walton *et al.*, *Charlesworth & Percy on negligence*, 26-27.

(15) Samuel, *Law of obligations*, 194.

(16) [1925] Ch 407. O essencial desta decisão pode ser consultado em Harry Rajak, *Sourcebook of Company Law*, 2.ª ed. (1995), 450-454.

(17) Brenda Hannigan, *Company Law*, 4.ª ed., 2012, 236.

(18) Terence Prime e Gary Scanlan, *The law of private limited companies* (1996), 113-116.

britânico de responsabilidade civil, tanto um critério de culpa, como de licitude. Este pormenor passa frequentemente despercebido.

III. O *duty of care* está atualmente positivado na secção 174 do *Companies Act 2006*, com epígrafe *"duty to exercise reasonable care, skill and diligence"*([19]), no qual se pode ler:

> *«*(*1*) *A director of a company must exercise reasonable care, skill and diligence.*
> (*2*) *This means the care, skill and diligence that would be exercised by a reasonably diligent person with —*
> (*a*) *the general knowledge, skill and experience that may reasonably be expected of a person carrying out the functions carried out by the director in relation to the company, and*
> (*b*) *the general knowledge, skill and experience that the director has».*

Contrariamente ao que resulta, entre nós, do art. 64.º/1, *a*) e 2 CSC, esta disposição do *Companies Act 2006* cumula um padrão objetivo [s. 174(2)(*a*)] com um padrão subjetivo [s. 174(2)(*b*)]([20]) de diligência. O padrão objetivo traduz o critério mínimo de atuação que pode ser agravado, mas não reduzido, perante as específicas circunstâncias do administrador em causa([21]). Assim, *v.g.*: se o administrador é um contabilista certificado, essa circunstância é

([19]) Como resulta da secção 178(2) do *Companies Act 2006*, este não é um dever fiduciário, mas sim um dever de *common law* (enunciado na lei) e, como tal, sujeito às correspondentes normas de responsabilidade por negligência. Brenda Hannigan, *Company Law*, 236. Para um desenvolvimento da questão entre nós, cf. Barreto Menezes Cordeiro, *Deveres fiduciários de cuidado*, 621.

([20]) No final do séc. XIX e princípios do séc. XX vigorava um padrão puramente subjetivo. Em *In Re City Equitable Fire Insurance Company, Ltd.*, [1925] Ch. 407, 428, declarou Romer J:

> *«A director need not exhibit in the performance of his duties a greater degree of skill than may reasonably be expected from a person of his knowledge and experience».*

No final do séc. XX, os tribunais compreenderam que este critério não era suficientemente exigente e adotaram o duplo critério hoje positivado na s. 174 *Companies Act 2006*. Cf. Derek French, Stephen W. Mayson e Christopher L. Ryan, *Mayson, French & Ryan on Company Law*, 32.ª ed. (2015), 498-499.

([21]) Brenda Hannigan, *Company Law*, 242.

tida em consideração na avaliação da sua conduta perante questões contabilísticas; se é jurista, os seus conhecimentos são tidos em consideração na ponderação de questões legais([22]).

A concretização destes padrões pela jurisprudência traduz uma evolução de progressiva intensificação do seu nível de exigência, longe da perspetiva dos *Courts of Chancery* do séc. XIX, nos termos da qual os administradores eram tratados como *"trustees"* ou *"quasi-trustees"* e *«(hopefully) well meaning amateurs»*([23]).

3. Enquadramento no Direito norte-americano

I. Também no sistema norte-americano se realça a origem histórica do *duty of care* como *tort of negligence*([24]) e a sua reconfiguração pela jurisprudência em regras de diferente conteúdo([25]). No quadro societário, desde cedo se destacou com um sentido próprio([26]), correspondendo a um modo de conduta similar à "nossa"

([22]) Cf., *v.g.*, *Weavering Capital (UK) Ltd v Dabhia*, [2012] EWHC 1480 (Ch), *Roberts v Frohlich,* [2011] EWHC 257 (Ch).

([23]) Vanessa Finch, Company directors: Who cares about skill and care?, *The Modern Law Review*, 55:2 (1992), 179-214 (200-202), C.A. Riley, The company director's duty of care and skill: The case for an onerous but subjective standard, *Modern Law Review*, 62 (1999), 697-724 (697-698).

Face à evolução dramática do papel dos administradores nos últimos cem anos, discute-se a possibilidade da configuração do *duty of care* como mecanismo efetivo de eliminação da incompetência dos administradores. Finch, *Company directors*, 200-202, Riley, *The company director's duty of care and skill*, 697-698, Sarah Worthington, Reforming directors' duties, *Modern Law Review*, 64:3 (2001), 439-458 (449-450).

([24]) A qual leva subjacente a ideia de que qualquer pessoa que adote uma conduta que cria risco de dano para outrem está sujeito, como proposição geral, a um dever de atuar como uma pessoa razoavelmente prudente atuaria, nas mesmas circunstâncias, para evitar tal dano. Franklin A. Gevurtz, *Corporation law*, 2.ª ed. (2010), 278.

([25]) Gevurtz, *Corporation law*2, 278-279.

([26]) James D. Cox e Thomas L. Hazen, *Cox & Hazen on corporations: Including unincorporated forms of doing business*, 2.ª ed. (2003), 476 ss. Já em 1931, explicava I. Maurice Wormser, *Frankenstein, Incorporated* (1931), 125-130:

«Directors owe a three-fold duty to the corporation. First, they must be obedient. Second, they must be diligent. Third, they must be loyal. As to obedience, they of course owe a duty to keep within the powers of the corporation as well as within those of the

diligência normativa. Nas palavras do *Supreme Court of Delaware*, no caso *Graham v Allis-Chalmers Mfg. Co.*(27), de 1963:

> *«directors of a corporation in managing the corporate affairs are bound to use that amount of care which ordinarily careful and prudent men would use in similar circumstances»*(28).

II. Fruto de uma progressiva evolução jurisprudencial, este dever encontra-se hoje positivado. Sendo o direito das sociedades de natureza eminentemente estadual, e não federal, variam as suas formulações de Estado para Estado(29). Para além disso, são particularmente relevantes o § 4.01(*a*) dos *ALI Principles of Corporate Governance*(30) e o § 8.30(*b*) do MBCA(31).

---

board of directors (....). With regard to diligence, the directors owe a duty to exercise reasonable care and prudence (....). In no event is the idea to be tolerated that directors serve merely as brightly gilded ornaments of the corporate institution (....). The third duty owing by directors is that of undivided loyalty».

Em todo o caso, alguns autores continuam a apresentar formulações do *duty of care* que de alguma forma os aproximam aos nossos deveres de proteção. Assim, *v.g.*, MELVIN A. EISENBERG sustenta que o *duty of care* dos administradores e *officers* constitui um dever especial imposto pela *law of negligence* que radica na proposição moral de que se uma pessoa assume uma função que envolve risco de dano para outrem, está sujeito ao dever moral de a desempenhar cuidadosamente (*carefully*). MELVIN A. EISENBERG, The duty of care of corporate directors and officers, *University of Pittsburgh Law Review*, 51 (1990), 945-972 (945).

(27) 41 Del.Ch. 78, 80.

(28) Invocando precedentes: *Bowerman v Hamner*, 250 U.S. 504 (do *Supreme Court of the United States*); *Gamble v Brown*, 4 Cir., 29 F.2d 366 (do *Circuit Court of Appeals, Fourth Circuit*), e *Atherton v Anderson*, 6 Cir., 99 F.2d 883 (do *Circuit Court of Appeals, Sixth Circuit*).

(29) FERREIRA GOMES, *Da Administração à Fiscalização das Sociedades*, n.os de margem 1930-1931. Cf., *v.g.*, WILLIAM A. KLEIN, JOHN C. COFFEE JR. e FRANK PARTNOY, *Business organizations and finance: legal and economic principles*, 11.ª ed. (2010), 156-162, WILLIAM T. ALLEN, REINIER KRAAKMAN e GUHAN SUBRAMANIAN, *Commentaries and Cases on the Law of Business Organizations*, 4.ª ed. (2012), 217-268. Segundo JAMES D. COX, THOMAS L. HAZEN e F. HODGE O'NEAL, *Corporations*, 1 (2000), 10.12, estas diferença, já referidas como "semânticas", nem sempre se traduzem em diferenças práticas.

(30) De acordo com o qual:

«a director or officer has a duty to the corporation to perform the director's or officer's functions (...) with the care that an ordinarily prudent person would reasonably be expected to exercise in a like position and under similar circumstances».

(31) Segundo o qual:

> *«The members of the board of directors or a committee of the board, when becoming informed in connection with their decision-making function or devoting*

Para o que ora importa: também nos EUA o *duty of care* é formulado como um modo de conduta e não como um dever de prestar(32). Assim, os administradores devem desempenhar as suas funções e cumprir os seus deveres de prestar *with care*(33). Nas palavras de BAYLESS MANNING(34), a propósito do § 4.01(*a*) *ALI Principles*:

> *«the sentence describes the manner in which the director should perform his duties and says nothing of what those duties are».*

Não obstante, também nos EUA se verifica um fenómeno de compressão linguística, próprio da fluidez do discurso(35) que caracteriza a sua jurisprudência e doutrina, de tal forma que o *duty of care* acaba por ser habitualmente referido como sinónimo da "obrigação de diligente administração"(36). Acaba, portanto, por ser trabalhado não só como um modo de conduta, mas também como um dever de prestar(37).

---

attention to their oversight function, shall discharge their duties with the care that a person in a like position would reasonably believe appropriate under similar circumstances».

(32) Assumimos aqui a distinção entre "dever de prestar" e "dever de comportamento", estranha ao sistema norte-americano, guardando o primeiro conceito para as obrigações em sentido técnico (de acordo com o art. 397.º: o vínculo pelo qual alguém está adstrito para com outrem à realização de uma prestação) — que atribuem ao credor um novo bem jurídico, suplementar face aos que integravam já a sua esfera e independente deles —, cobrindo a segunda os comportamentos que se não identificam com prestações. Cf. CARNEIRO DA FRADA, *Teoria da confiança,* 272-273 (n. 251).

(33) Assim, *v.g.*, WILLIAM MEADE FLETCHER, *Fletcher Cyclopedia of the law of corporations*, 3A (2011), 12, refere-se ao cumprimento das suas obrigações *«in accordance with a minimum standard of care».*

(34) BAYLESS MANNING, The business judgment rule and the director's duty of attention: Time for reality, *Business Lawyer*, 39 (1984), 1478-1479.

(35) Esta fluidez poderia ser apresentada como falta de rigor conceptual, mas uma tal afirmação teria necessariamente um pendor pejorativo que recusamos.

(36) Nas palavras de LUCA ENRIQUES, HENRY HANSMANN e REINIER KRAAKMAN, The basic governance structure: The interests of shareholders as a class, in *The Anatomy of Corporate Law: A Comparative and Functional Approach*, 2.ª ed. (2009), 52, o *duty of care* visa por si só garantir uma qualidade mínima na administração da sociedade.

(37) Sobre o conceito de dever de prestar, cf. n. 32 *supra*.

Entre nós, sustenta PAULO CÂMARA, O governo das sociedades e a reforma do código das sociedades comerciais, in AA.VV., *Código das Sociedades Comerciais e Governo das Sociedades* (2008), 30, que a locução "deveres de cuidado" engloba a universalidade dos deveres de comportamento profissional ínsitos na posição orgânico-funcional

IV. É nesse sentido que nos *ALI Corporate Governance Principles* se afirma que o *duty of care* conhece algumas concretizações legais, mas é, em geral, indeterminado([38]), cabendo à jurisprudência o seu desenvolvimento e concretização([39]).

As concretizações assim operadas centram-se na dimensão procedimental da obrigação de diligente administração (*e.g.*, dever de estar informado e de devotar atenção à atividade da sociedade)([40]). Como não poderia deixar de ser, tais concretizações não

---

do titular do órgão social e decorrentes do investimento de confiança que lhes esteja associado (excluindo os imperativos de lealdade). Noutro ponto (*ibidem*, 34), porém, o autor defende uma diferenciação entre os deveres de cuidado e o grau de diligência empregue no seu cumprimento: os primeiros exprimiriam deveres jurídicos autónomos (critério de ilicitude); a segunda relevaria na avaliação da intensidade do esforço empregue no acatamento dos deveres legais (critério de culpa).

Perante o desenvolvido em Ferreira Gomes, *Da Administração à Fiscalização das Sociedades*, 713-763, não podemos acompanhar o autor nesta construção. A obrigação de diligente administração — ou "deveres de cuidado", na locução preferida pelo autor — é concretizável de acordo com o padrão de diligência normativa, pelo que, em regra, não é possível dissociar os deveres jurídicos da intensidade do esforço devido no seu cumprimento. Só assim não será perante deveres específicos, concretizações daquela obrigação expressamente positivadas: nestes casos, verificado o incumprimento ilícito, deverá apurar-se a existência de culpa, para efeitos de responsabilidade civil. Cf. também o nosso *Reliance*: Exclusão da responsabilidade civil dos membros dos órgãos sociais com base na confiança depositada na informação recebida, *RDS*, 8:1 (2016), 49-81 (76-81).

Também não podemos acompanhar Bruno Ferreira, Os deveres de cuidado dos administradores e gerentes (Análise dos deveres de cuidado em Portugal e nos Estados Unidos da América fora das situações de disputa sobre o controlo societário), *RDS*, 1:3 (2009), 681-737 (726-727), que dissocia os "deveres de cuidado" do "dever de gestão", classificando os primeiros como instrumentais face ao segundo. Segundo o autor, o cumprimento dos deveres de cuidado é essencial ao cumprimento do dever de tomar decisões de gestão "razoáveis".

([38]) Segundo os *ALI Principles*, comentário ao § 4.01(*a*), 1.º §, o seu conteúdo pode ainda ser concretizado pelo ato constitutivo *(certificate of incorporation)* ou pelos estatutos *(by-laws)* da sociedade, por deliberações dos acionistas ou do *board*, ou por prática aceite pela própria sociedade.

([39]) *Vide*, *e.g.*, as concretizações operadas nos recentes casos *Wayport, Inc. Litigation*, julgado pelo *Chancery Court of Delaware* em 2013 (76 A.3d 296), reconduzindo o *duty of disclosure* aos *duties of care and loyalty*; *Feliciano v. Geneva Terrace Estates Homeowners Association*, pelo *Appellate Court of Illinois* em 2014 (14 N.E.3d 540), reconhecendo que o dever de os administradores se informarem sobre factos relevantes para o seu juízo empresarial *(business judgment)* é parte do *due care* e, não se informando, não podem ser protegidos pela BJR.

([40]) Note-se porém que, como alguma da nossa doutrina tem referido, identifica-se no sistema norte-americano um "dever de tomar decisões razoáveis" como concretização

envolvem qualquer predeterminação das opções substantivas da administração. Ou seja, não vincula a administração ao desenvolvimento desta ou daquela estratégia, à produção e comercialização deste ou daquele produto, etc.([41]).

O cariz procedimental de tais *concretizações*, porém, não significa que o *duty of directors and officers to perform their duties with care*, na sua formulação geral, se restrinja a uma dimensão procedimental([42]). Pode até suceder que a aplicação da *business*

---

do *duty of care.* Este, porém, é tipicamente esvaziado de conteúdo perante a aplicação da *business judgment rule* e a relutância dos tribunais norte-americanos em sindicar o mérito da conduta dos administradores, em termos que não podem ser transpostos para o nosso sistema, como tivemos oportunidade de defender noutra sede. Cf. Ferreira Gomes, *Da Administração à Fiscalização das Sociedades*, 763 ss., 883 ss.

Sobre a concretização dos deveres de cuidado no sentido de neles reconhecer um dever de tomar decisões substancialmente razoáveis, cf. Jorge Coutinho de Abreu, *Responsabilidade civil dos administradores de sociedades*, 2.ª ed. (2010), 18-19, 22-24, Hugo Moredo Santos e Orlando Vogler Guiné, Deveres fiduciários dos administradores: algumas considerações (passado, presente e futuro), *RDS*, 5:4 (2013), 691-711 (696). Referindo-se a este dever e à sua substituição pelo padrão menos exigente do "dever de decidir segundo critérios de racionalidade empresarial", cf., *v.g.*, Jorge Coutinho de Abreu e Elisabete Gomes Ramos, in *CSC em comentário*, 1 (2010), art. 72.º, 846, Ricardo Costa, "Responsabilidade dos administradores e business judgment rule", in *Reformas do Código das Sociedades*, (2007), 49-86 (75). Cf. também, sobre este ponto, Pedro Caetano Nunes, *Dever de gestão dos administradores de sociedades anónimas* (2012), 277, 307.

([41]) Nas palavras do § 8.30 do MBCA, o *duty of care*

«sets forth the standards of conduct for directors by focusing on the manner in which directors perform their duties, not the correctness of the decisions made»

Este labor jurisprudencial de concretização do *duty of care* não pode ser separado do desenvolvimento da *business judgment rule (BJR).* Independentemente de não existir uma formulação única para esta regra (como vimos no nosso *Da Administração à Fiscalização das Sociedades*, 831-841), a mesma ou delimita o conteúdo do *duty of care* ou as condições da sindicabilidade do seu cumprimento pelos administradores da sociedade (*ibidem*, 828-831). O tema é inesgotável e continua a ocupar a jurisprudência nos dias que correm, como se pode ver em casos recentes (que porém não alteram as coordenadas anteriores) como *Federal Deposit Insurance Corporation v. Loudermilk*, julgado pelo *Supreme Court of Georgia* em 2014 (761 S.E.2d 332); *Feliciano v. Geneva Terrace Estates Homeowners Association*, julgado pelo *Appellate Court of Illinois* em 2014 (14 N.E.3d 540); *TP Orthodontics, Inc. v. Kesling*, julgado pelo *Supreme Court of Indiana* em 2014 (15 N.E.3*d* 98) e *Rapkin Group, Inc. v. Cardinal Ventures, Inc.*, julgado pelo *Court of Appeals of Indiana* em 2015 (29 N.E.3d 752).

([42]) Sem prejuízo das flutuações da jurisprudência, cf., neste sentido, *v.g.*, Stephen M. Bainbridge, The business judgment rule as abstention doctrine, *Vanderbilt Law Review*,

judgment rule, numa das suas várias formulações *("the process--versus-substance distinction")*([43]), restrinja a responsabilidade dos administradores aos casos de violação de deveres procedimentais. Isto não significa, porém, que a concretização da proposição *performance of duties with due care* não permita identificar resultados de mérito vinculativos para os administradores. Essa vinculatividade não é prejudicada pela ausência de consequências ao nível da responsabilidade civil.

4. O sentido no Direito português: concretizações das obrigações de diligente administração e de diligente fiscalização

I. No nosso sistema jurídico, as obrigações de administração e de fiscalização encontram o seu fundamento nas normas de competência dos respetivos órgãos: *e.g.*, arts. 252.º/1 e 259.º para os gerentes das Ls., 405.º e 420.º para o conselho de administração e conselho fiscal das SA no modelo tradicional (e não no art. 64.º)([44]). Estas refletem-se depois na esfera dos seus membros através das respetivas regras de funcionamento.

Sem prejuízo das concretizações legais, em geral, não é possível conhecer *ab initio* a conduta devida pelos administradores e fiscalizadores. Contudo, nos termos gerais dos nossos quadros jus-obrigacionais, esta é determinável perante as específicas circunstâncias do caso

---

57 (2004), 83-130 (101-102), Stephen J. Lubben e Alana J. Darnell, Delaware's Duty of Care, *Delaware Journal of Corporate Law*, 31:2 (2006), 589-630 (628-630). Entre nós, em sentido aparentemente contrário, cf. Susana Morais Neves, Os deveres de cuidado dos administradores nos grupos verticais de sociedades, *RDS* 7:4 (2014), 21-277 (222).

([43]) Sobre as diferentes formulações, cf. Ferreira Gomes, *Da Administração à Fiscalização das Sociedades*, 831-841.

([44]) Sobre a fundamentação destas obrigações nas normas de competência, cf. Ferreira Gomes, *Da Administração à Fiscalização das Sociedades*, 703-713. Em sentido aparentemente idêntico, Menezes Cordeiro, *CSC Clássica*2, art. 64.º, 252, sustenta que o art. 64.º se reporta ao modo de concretização dos deveres de gestão e de representação.

concreto, tanto *ex ante* como *ex post*, de acordo com o padrão de "diligência normativa"([45]), *i.e.*, o grau de esforço fixado em abstrato([46]) e requerido pelo Direito para a execução da conduta devida([47]). A determinação casuística traduz a formulação de normas de conduta que podem admitir uma ou mais alternativas de ação, deixando uma maior ou menor margem de discricionariedade *(Ermessensraum)* ao administrador/fiscalizador([48]).

Diferentemente, perante deveres específicos, sendo a conduta devida determinada, a diligência opera já não ao nível da delimitação do espaço de *ilicitude* (como bitola de concretização da prestação), mas sim como critério de *culpa*. Ou seja, demonstrado o preenchimento da previsão normativa, segue-se o juízo de censurabilidade do sujeito([49]).

Recorde-se, porém, que a distinção entre ilicitude e culpa só releva na medida em que os critérios para aferição de uma e outra não sejam os mesmos([50]).

II. No domínio societário, o art. 64.º distingue, aparentemente, duas bitolas de diligência: no caso dos gerentes e administradores remete para o critério do "gestor criterioso e ordenado";

([45]) Cf., *v.g.*, STJ 17-set.-2009 (Fonseca Ramos), Proc. 94/07.8TYLSB.L1.S1.

([46]) Corresponde à diligência psicológica típica ou diligência dum tipo abstrato de homem e não por referência à diligência psicológica de que o agente é capaz *(diligência máxima)*, à diligência psicológica que ele põe normalmente nos próprios negócios *(diligência média)* ou à sua diligência psicológica normal *(diligência média)*. Fernando Pessoa Jorge, *Ensaio sobre os pressupostos de responsabilidade civil*, 1967, 89-92.

([47]) Pessoa Jorge, *Ensaio*, 76-77, Ferreira Gomes, *Da Administração à Fiscalização das Sociedades*, 722-733.

([48]) A discricionariedade é um resultado normativo: resulta unicamente do ordenamento jurídico e não de quaisquer considerações da ciência económica relativas à importância do empreendedorismo empresarial. Cf. Ferreira Gomes, *Da Administração à Fiscalização das Sociedades*, 802-821. Deve evitar-se a inversão metodológica, partindo de apriorismos que condicionam a interpretação jurídica, nos termos sugeridos, *v.g.*, por Gabriel Freire da Silva Ramos, A business judgement rule e a diligência do gestor criterioso e ordenado, *RDS* 4:4 (2013), 837-858 (850).

([49]) Esta posição foi desenvolvida recentemente no nosso *Reliance*: *Exclusão da responsabilidade civil*, cit.

([50]) António Menezes Cordeiro, *Da responsabilidade civil dos admininistradores das sociedades comerciais* (1997), 459.

no caso dos órgãos sociais com funções de fiscalização exige o emprego de "elevados padrões de diligência profissional".

Apesar do seu "copioso verbalismo"([51]), estas bitolas têm o mesmo sentido([52]), impondo ao intérprete-aplicador a questão: qual a conduta que, no caso concreto, o gestor criterioso e ordenado (ou o fiscalizador com elevados padrões de diligência profissional) adotaria com vista à promoção do interesse da sociedade? Ou, por outras palavras, com vista à "multiplicação dos pães e dos peixes"([53]), no quadro da assunção do risco empresarial que caracteriza a atividade desenvolvida pelos órgãos sociais em nome da sociedade([54]).

A diligência assim enunciada constitui um paralelo da *Sorgfalt* alemã que, historicamente, não se confundia com o *care* anglo-saxónico, mas que hoje apresenta aproximações notórias([55]). Este último traduzia, na *law of negligence*, vetores de proteção da pessoa e do património, mas evoluiu entretanto, no específico contexto jus-societário, para um modo de conduta e, fruto da sua compressão linguística com a obrigação de administrar, como um misto de ilicitude e culpa.

III. Se assim é, qual o sentido da referência a "deveres de cuidado" (no plural, note-se) no art. 64.º/1, *a*) e 2 do CSC?

Perante o disposto no art. 9.º/3 do CC, seguramente não podemos assumir que o legislador pretendeu, neste contexto, reescrever todo o sistema jus-obrigacional. *«Há que manter os quadros*

([51]) Nas palavras de João Calvão da Silva, A responsabilidade civil dos administradores não executivos, da comissão de auditoria e do conselho geral e de supervisão, *ROA*, 67:1 (2007), 103-158 (145).

([52]) Trata-se de uma bitola mais exigente do que a comum do *bonus pater famílias* por se dirigir a especialistas fiduciários encarregues, consoante o caso, da gestão de bens alheios ou da vigilância desta. Ferreira Gomes, *Da Administração à Fiscalização das Sociedades*, n.os de margem 1859-1863.

([53]) Ferreira Gomes, *Da Administração à Fiscalização das Sociedades*, 9.

([54]) Longe dos paralelos com a posição do *trustee*, averso ao risco, em tempos sustentados nos sistemas anglo-saxónicos.

([55]) No sentido do paralelo com a *Sorgfalt* alemã, mas sustentando a contraposição ao *care* anglo-saxónico, cf. Menezes Cordeiro, *Os deveres fundamentais*, 448-450.

civis»([56]). Estes "deveres de cuidado" não visam portanto substituir a "diligência normativa", seja enquanto bitola de concretização da prestação, seja enquanto critério de culpa. A jurisprudência parece confirmar esta perspetiva, mas com flutuações terminológicas.

Certamente, também não visam substituir a "obrigação de administração" ou a "obrigação de vigilância", enquanto conceitos-síntese *(Inbegriff)* dos complexos normativos a que estão sujeitos os órgãos de administração e de fiscalização([57]), fundamentadas nas correspondentes normas de competência (e não no art. 64.º). Não reconhecemos assim a existência de um "dever geral de cuidado"([58]).

O seu sentido é outro: os deveres positivados no art. 64.º/1, *a*) e 2, sob a infeliz designação "deveres de cuidado"([59]) (no plural, sublinha-

---

([56]) Recordamos aqui as sábias palavras de Menezes Cordeiro, *Direito das sociedades*, 13, 860, sobre a responsabilidade civil dos administradores: *«Perante a realidade jurídica nacional e considerando as comuns e elementares aspirações de coerência jurídico-científica, não vemos qualquer utilidade em duplicar (ou multiplicar) os sistemas de responsabilidade civil. Haverá assim que manter os quadros civis. E em qualquer caso: será um grave erro de método pretender, sem justificação e sem atentar no que se faz, reescrever, a propósito da responsabilidade dos administradores, todo o sistema de responsabilidade civil»*.

([57]) Carneiro da Frada, *A business judgment rule*, 66, Ferreira Gomes, *Da Administração à Fiscalização das Sociedades*, n.os de margem 323, 525, 632, 838, 1367, 1714, 1753, 1795, 1830, 1942-1957.

([58]) Nos termos sugeridos, *v.g.*, por Coutinho de Abreu, *Responsabilidade Civil*2, 16 ss. — citado, *v.g.*, por STJ 28-fev.-2013 (Granja da Fonseca), Proc. 189/11.3TBCBR.C1.S1 —, Pedro Pais de Vasconcelos, Responsabilidade Civil dos Gestores das Sociedades Comerciais*, DSR* 1:1 (2009), 11-32, *Id.,* Business judgment rule, deveres de cuidado e de lealdade, ilicitude e culpa e o art. 64.º do Código das Sociedades Comerciais, *DSR*, 1:2 (2009), 41-79 (51), Ricardo Costa e Gabriela Figueiredo Dias, *CSC em comentário*, 1 (2010), art. 64.º, 728 ss., Manuel Fragoso Mendes, Entre o temerário e o diligente — A business judgement rule, *RDS* 6:3-4 (2014), 809-832 (819-825), Hugo Luz dos Santos, Os deveres fiduciários dos gerentes das sociedades comerciais, *RDS* 7:1 (2015), 109-157 (129).

([59]) A opção terminológica é infeliz. Em primeiro lugar, estes "deveres de cuidado" não se confundem com os deveres de cuidado ou segurança, enquanto deveres acessórios ou laterais de conduta (*Nebenpflichten*) (cf., *v.g.*, Carlos Alberto da Mota Pinto, *Cessão da posição contratual* (1970), 342-345 (n. 2), António Menezes Cordeiro, *Da boa fé no Direito civil* (1984), 603-604 e *Tratado de Direito civil*, 6, 2.ª ed., 2012, 498-518, em especial, 517), nem com os deveres de cuidado delituais (deveres no tráfico ou deveres de prevenção de perigo) (cf., *v.g.*, Manuel Carneiro da Frada, *Contrato e deveres de protecção* (1994), 163 ss. e *Teoria da confiança*, 153 (n. 111), 235-238, 251-270, Menezes Cordeiro, *Tratado*, 62, 393-397, 514). Tanto uns como outros têm uma finalidade *negativa*, visam proteger o seu titular ativo dos riscos de danos na sua pessoa e património. Pelo

mos novamente) não são mais do que concretizações da obrigação de administração ou da obrigação de vigilância (consoante o caso), modeladas pela correspondente bitola de diligência normativa(60).

São, na verdade, concretizações em *tipos intermédios* entre a proposição mais geral, *i.e.*, a obrigação de diligente administração/fiscalização, e a norma de conduta no caso concreto. Isto porque a simples enunciação destes deveres não esclarece o intérprete-aplicador sobre o concreto comportamento devido em cada caso, como veremos de seguida.

IV. Estas concretizações foram alcançadas, como vimos, pelo desenvolvimento jurisprudencial nos sistemas anglo-saxónicos, permitindo identificar deveres (mais) específicos dos administradores e fiscalizadores(61).

Alguns destes deveres foram positivados entre nós, pelo legislador de 2006, no art. 64.º/1, *a*) e 2: são os deveres de disponibilidade, de aquisição da competência técnica e de obtenção do conhecimento da atividade da sociedade adequados às suas funções (dever estrutural de obtenção de informação)(62).

---

contrário, os "deveres de cuidado" referidos no art. 64.º/1, *a*), enquanto concretizações da mais ampla obrigação de diligente administração, são teleologicamente ordenados à prossecução e desenvolvimento dos melhores interesses da sociedade. Por outro lado, enquanto tal, não se confundem com "modos de conduta" que caracterizam o dever de diligência (ou dever de cuidado, neste outro sentido). Cf. Carneiro da Frada, *A business judgment rule,* 67.

(60) No mesmo sentido, Menezes Cordeiro, *CSC Clássica*2, art. 64.º, anot. 4, citado, *v.g.*, por RPt 12-abr.-2012 (Leonel Serôdio), Proc. 9836-09, refere que a atual redação do art. 64.º visou fixar um núcleo mínimo de deveres dos administradores e densificá-los. Este parece ser também o sentido subjacente à afirmação de Menezes Cordeiro, *Os deveres fundamentais*, 478-480, de que se deve interpretar a al. *a*) do art. 64.º/1 no seu conjunto, *«exprimindo a boa velha (e sempre útil) bitola de diligência, acompanhada por algumas precisões»*.

Referindo-se a uma densificação dos "deveres gerais de gestão", cf. STJ 17-set.-2009 (Fonseca Ramos), Proc. 94/07. Cf. tb., com a mesma referência, STJ 1-abr.-2014 (Fonseca Ramos), Proc. 8717/06, STJ 30-set.-2014 (Fonseca Ramos) Proc. 1195/08, mas com algumas imprecisões que merecem os reparos enunciados no último ponto deste artigo.

(61) Cf. o nosso *Da Administração à Fiscalização das Sociedades*, 588-614 e 626-649, onde analisamos a evolução jurisprudencial e doutrinária do papel normativamente reservado aos administradores nos sistemas societários britânico e norte-americano.

(62) Para uma análise destes deveres, remetemos para Ferreira Gomes, *Da Administração à Fiscalização das Sociedades*, 769-770 (n. 2749), bem como para ABA, *MBCA*

A estes somam-se os deveres de atuar em termos informados (dever conjuntural de obtenção de informação) e segundo critérios de racionalidade empresarial([63]) que, a nosso ver, decorrem do art. 72.º/2([64]).

---

annotated, 2005, 373-375 (8-47 a 8-49), e, entre nós, para PAULO CÂMARA, *O governo das sociedades e a reforma*, 30-33, VÂNIA MAGALHÃES, A conduta dos administradores das sociedades anónimas: deveres gerais e interesse social, *RDS*, 1:2 (2009), 379-414 (387--388) (mas note-se não ser correta a afirmação da autora de que a bitola de diligência é consumida pelos deveres de cuidado, a pp. 391-392), e BRUNO FERREIRA, *Os deveres*, *passim*, com um apanhado da bibliografia sobre o tema.

([63]) Entre nós, alguma doutrina tem identificado outros deveres de cuidado não expressamente referidos nestas duas normas. Cf., *v.g.*, MOREDO SANTOS e VOGLER GUINÉ, *Deveres fiduciários*, 696-698. Referindo-se à conhecida repartição de EISENBERG, há muito refletida nos *Principles of Corporate Governance* do *American Law Institute*, cf., *v.g.*, JOÃO SOARES DA SILVA, *A responsabilidade civil dos administradores de sociedades: os deveres gerais e os princípios da corporate governance*, *ROA* 57 (1997), 605-628 (620--624), PEDRO CAETANO NUNES, *Corporate governance* (2006), 22. Cf. tb. a posição de COUTINHO DE ABREU, na n. 67 *infra*.

([64]) Esta qualificação resulta da exposição da própria CMVM, nos trabalhos preparatórios da reforma de 2006 (*Governo das sociedades anónimas: Propostas de alteração ao código das sociedades comerciais: Processo de consulta pública n.º 1/2006*, 2006, 16), nos quais afirma:

> *«os deveres de diligência (duties of care) — que se reportam, genericamente, ao desenvolvimento de um esforço adequado (designadamente informativo) e a uma correcção técnica da actuação dos administradores, segundo critérios de racionalidade económica — devem ser complementados pela explícita alusão aos deveres de lealdade dos administradores»*.

Cf., no mesmo sentido, BRUNO FERREIRA, *Os deveres*, 711. Recorde-se que o art. 72.º/2 é aplicável aos membros dos órgãos de fiscalização *ex vi* art. 81.º. Cf. FERREIRA GOMES, *Da Administração à Fiscalização das Sociedades*, 915 ss.

Nos termos por nós sustentados em *Da Administração à Fiscalização das Sociedades*, 913-915, entre nós, a *BJR* corresponde — e que parecem confirmados perante o sugerido pela CMVM na sua proposta de alteração do CSC — a uma concretização ou densificação da obrigação de prestar, na sua dimensão procedimental, que não exclui a necessidade de determinação dos resultados subalternos (que se podem dizer de "mérito") que se imponham (pela aplicação da bitola de diligência normativa) e da atuação em conformidade com os mesmos. Se os deveres legais, devidamente concretizados, impuserem um resultado subalterno — ou, por outras palavras, uma conduta de tal forma determinada que não oferece margem de ponderação ou discricionariedade ao devedor — será *ilícita* a conduta desconforme, sem prejuízo da possibilidade de existência de uma qualquer causa de justificação que, num momento logicamente posterior, afaste o juízo de antijuridicidade. Se a obrigação de prestar, devidamente determinada, admitir várias alternativas de ação, será *ilícita* a conduta que não caiba nas alternativas normativamente admissíveis.

Estes são desenvolvimentos do mais amplo quadro dogmático jus-obrigacional que não se pode pretender reescrever para este efeito. Em conjunto, correspondem ao mínimo denominador comum(65) do complexo de deveres imputáveis aos *administradores* e *fiscalizadores*(66) em qualquer sociedade comercial(67). São deveres de cariz *procedimental*, nos termos desenvolvidos nos sistemas anglo-saxónicos face à relutância da jurisprudência em sindicar decisões empresariais(68).

V. A sua positivação não preclude a identificação de outros "deveres de cuidado" pela jurisprudência e pela doutrina, através da concretização das obrigações de diligente administração e de diligente vigilância(69).

Não preclude também a concretização adicional das suas proposições perante as específicas circunstâncias de cada caso. Tais proposições são, como referimos antes, concretizações em *tipos intermédios* entre a obrigação de diligente administração/fiscalização e a norma de conduta formulada perante o caso concreto.

---

(65) Em sentido idêntico, também Bruno Ferreira, *Os deveres,* 711.

(66) O art. 64.º/1, *a*) refere-se apenas aos gerentes e administradores de sociedades, mas o n.º 2 imputa aos titulares de órgãos sociais com funções de fiscalização idênticos "deveres de cuidado".

(67) De acordo com James D. Cox e Thomas L. Hazen, *Cox & Hazen on corporations: Including unincorporated forms of doing business*, 2.ª ed., 2003, 492-493, também citado por Coutinho de Abreu, *Responsabilidade civil*2, 18-24, o *duty of care* pode ser dividido em três segmentos: (*i*) o dever de controlo ou vigilância organizativo-funcional; (*ii*) o dever de atuação procedimentalmente correta (para a tomada de decisões) e (*iii*) o dever de tomar decisões (substancialmente) razoáveis (tradução do Prof. Coutinho de Abreu). Cf., no mesmo sentido, Eisenberg, *The duty of care*, *passim*.

(68) Em particular, no espaço norte-americano, os tribunais tendem a só desenvolver o conteúdo substantivo do *duty of care* quando não é aplicável a *business judgment rule.* Gevurtz, *Corporation law*2, 286 ss., Charles Hansen, The duty of care, the business judgment rule, and the American Law Institute corporate governance project, *Business Lawyer*, 48, 1993, 1356, Ferreira Gomes, *Da Administração à Fiscalização das Sociedades*, 821 ss.

(69) No mesmo sentido da não taxatividade dos "deveres de cuidado" previstos no art. 64.º/1, *a*), cf., *v.g.*, Menezes Cordeiro, *Os deveres fundamentais*, 485, Paulo Câmara, *O governo das sociedades e a reforma*, 30, Susana Morais Neves, *Os deveres de cuidado*, 234-235.

Assim, só perante as específicas circunstâncias da sociedade num determinado momento histórico (a sua dimensão, a complexidade da sua atividade, o tipo de mercado em que atua, o tipo de produtos que comercializa, etc.) é possível responder à questão sobre qual a disponibilidade, a competência técnica e o conhecimento da atividade societária adequados às suas funções [art. 64.º/1, *a*)].

Da mesma forma, só perante a concreta decisão a tomar pelo administrador/fiscalizador (incluindo as condicionantes do processo decisório da qual resultam pressões de tempo e de custos) se poderá completar a concretização da obrigação de administração/ /fiscalização para determinar a informação que o mesmo deve obter para atuar conscienciosamente no caso concreto, bem como para identificar os critérios de racionalidade empresarial que devem nortear a sua ponderação(70).

VI. Estamos já não perante uma bitola de diligência, mas perante verdadeiras normas de conduta que modelam a conduta dos sujeitos e constituem critérios de ilicitude(71). Impõem ao administrador/fiscalizador que revele determinada disponibilidade, obtenha certa informação e ordene o seu processo de decisão segundo determinados critérios de racionalidade empresarial.

Contrariamente ao sustentado por MENEZES CORDEIRO(72), não são *deveres incompletos*: são deveres mais específicos que resul-

---

(70) Cf. M.ª ELISABETE GOMES RAMOS, *Responsabilidade civil dos administradores e diretores de sociedades anónimas perante os credores sociais*, 2002, 89, MANUEL CARNEIRO DA FRADA, *Direito civil — Responsabilidade civil — O método do caso*, 2006, 119-120, NUNO TRIGO DOS REIS, "Os deveres de lealdade dos administradores de sociedades comerciais, in *Temas de Direito Comercial*, Cadernos o Direito, 4, 2009, 333-334, FERREIRA GOMES, A discricionariedade empresarial, a *business judgment rule* e a celebração de contratos de *swap* (e outros derivados), in *CdMVM: Ensaios de Homenagem a Amadeu Ferreira*, 2, 57-98 (62-63), *Id.*, *Da Administração à Fiscalização das Sociedade*s, n.º de margem 1858.

(71) No sentido da recondução dos "deveres de cuidado" a critérios de ilicitude, cf., *v.g.*, PAULO CÂMARA, *O governo das sociedades e a reforma*, 171. Aparentemente em sentido divergente, COUTINHO DE ABREU, *Responsabilidade civil*[2], 24, parece concluir que os deveres de cuidado previstos no art. 64.º/1, *a*) podem relevar, por si sós, em sede de ilicitude e de culpa.

(72) *Direito das sociedades*, 1, 3.ª ed., 2011, 987-988.

tam da concretização da obrigação de administração/fiscalização, de acordo com a bitola de diligência normativa, mas que não esgotam essa mesma concretização, como referimos já.

É verdade que, tipicamente, ninguém pode ser responsabilizado por, em abstrato, não ter disponibilidade, competência técnica ou conhecimento da atividade da sociedade. Isso não significa, porém, que o comando normativo seja incompleto, mas tão somente que a sua violação, só por si, normalmente não é suscetível de causar danos à sociedade(73). Faltando este pressuposto, não haverá responsabilidade civil, mas poderá haver outras consequências, *maxime*, destituição com justa causa.

Seguidamente, analisamos sinteticamente cada um destes deveres, atendendo, em particular, à rica experiência jurisprudencial anglo-saxónica (e à doutrina sobre ela assente) que, nesta matéria, não pode ser ignorada(74). Sem prejuízo, naturalmente, das adaptações que se imponham face aos nossos quadros dogmáticos.

5. O dever de aquisição de competência técnica adequada às suas funções [art. 64.º/1, *a*) e 2]

I. Para compreensão deste dever no sistema norte-americano, partimos da sentença proferida no caso *Francis v. United Jersey Bank,* de 1981(75), na qual o *Supreme Court of New Jersey* declarou:

---

(73) Os danos tipicamente resultam da não adoção de uma conduta subsumível à mais geral obrigação de diligente administração/fiscalização: *e.g.*, o administrador que, pelo facto de não ter organizado a sua vida, assegurando disponibilidade para o exercício do seu cargo, não se apercebeu dos atos de outro administrador de delapidação do património social, incumpriu a sua obrigação de vigilância, causando danos à sociedade.

(74) Lançando idêntico apelo, cf., *v.g.*, Pedro Pais de Vasconcelos, Business judgment rule, deveres de cuidado e de lealdade, ilicitude e culpa e o art. 64.º do Código das Sociedades Comerciais, *DSR*, 1:2 (2009), 41-79 (50-52), e Bruno Ferreira, *Os deveres,* 735.

(75) 87 N.J. 15, 432 A.2d 814, 821-822.

«As a general rule, a director should acquire at least a rudimentary understanding of the business of the corporation. Accordingly, a director should become familiar with the fundamentals of the business in which the corporation is engaged (...). If one "feels that he has not had sufficient business experience to qualify him to perform the duties of a director, he should either acquire the knowledge by inquiry, or refuse to act».

Porém, como explica EISENBERG(76), os administradores executivos, sendo *officers of the corporation,* devem ter uma especial competência — a competência de *managers.* Para além disso, na medida em que ocupem um cargo especializado (*chief financial officer*, *chief legal officer*, etc.), devem ter a competência necessária para o exercício desse cargo.

II. Entre nós, do art. 64.º/1 *a*) e 2 resulta um dever de recusa de cargo social para o qual não se tenha a necessária competência técnica(77), salvo quando essa lacuna seja suscetível de ser preenchida em tempo útil, sem prejuízo para a sociedade.

Quando a falta dessa competência seja superveniente — fruto da evolução da atividade da sociedade ou de outras circunstâncias — deve o administrador ou fiscalizador tomar as medidas necessárias ao preenchimento dessa lacuna. Não o fazendo, deverá renunciar ao cargo(78).

---

(76) EISENBERG, *The duty of care*, 951.

(77) Neste sentido, *v.g.*, NUNO TRIGO REIS, Os deveres de lealdade dos administradores de sociedades comerciais, in *Cadernos O Direito: Temas de Direito Comercial* (2009), 279-419 (315), MANUEL CARNEIRO DA FRADA, Direito civil — Responsabilidade civil — O método do caso (2006), 120, COUTINHO DE ABREU, *Responsabilidade civil*2, 24.

(78) Cf. NUNO TRIGO REIS, *Os deveres de lealdade,* 315, COUTINHO DE ABREU, *Responsabilidade civil*2*,* 24. Sobre esta questão, no contexto da contratação de derivados, cf. JOSÉ FERREIRA GOMES, A discricionariedade empresarial, a *business judgment rule* e a celebração de contratos de swap (e outros derivados), in *CdMVM*: *Ensaios de Homenagem a Amadeu Ferreira*, 2015, 89. Sobre a existência de um dever mínimo de perícia, cf. NUNO TRIGO REIS, *Os deveres de lealdade*, 315 (n. 111), e ELISABETE GOMES RAMOS, *Responsabilidade civil dos administradores e directores das sociedades anónimas perante os credores sociais* (2002), 92-93 (n. 192).

6. O dever de obtenção do conhecimento sobre a atividade da sociedade [art. 64.º/1, *a*) e 2]

I. O dever de obtenção de conhecimento sobre a atividade da sociedade tem correspondência, no Direito norte-americano, tanto no *duty to monitor* como no *duty of inquiry*([79]).

O *duty to monitor* compreende a adstrição a uma análise crítica da informação prestada aos membros do *board* ou que para estes flui através de sistemas de informação (incluindo os sistemas de gestão de riscos, os sistemas de controlo interno e os sistemas de auditoria interna), bem como aqueloutra de assegurar a criação e manutenção de adequados sistemas de informação([80]).

Para a sua compreensão, no sistema norte-americano, podemos partir novamente da sentença proferida pelo *Supreme Court of New Jersey* no caso *Francis v. United Jersey Bank*, de 1981([81]), cuja exposição é particularmente esclarecedora:

> *«Directors are under a continuing obligation to keep informed about the activities of the corporation. Otherwise, they may not be able to participate in the overall management of corporate affairs. (...) Directors may not shut their eyes to corporate misconduct and then claim that because they did not see the misconduct, they did not have a*

([79]) Perante o nosso sistema, propusemos a estruturação das obrigações de administração e de vigilância em poderes-deveres de obtenção de informação e inspeção, dever de avaliação e poderes-deveres de reação, cf. Ferreira Gomes, *Da Administração à Fiscalização das Sociedades,* 771 ss. Nesse contexto, o "dever de obtenção do conhecimento sobre a atividade da sociedade" traduz um poder-dever *estrutural* de obtenção de informação (por contraposição ao *conjuntural*, inerente a cada concreto processo de decisão) do qual decorre a adstrição a uma atividade *cognitiva*. Não inclui no seu conteúdo, portanto, as dimensões *valorativa* e *reativa*. Diferentemente, no sistema norte-americano, o *duty to monitor* e o *duty to inquiry n*ão se limitam a uma dimensão *cognitiva*, incluindo também as dimensões *valorativa* e *reativa* próprias da obrigação de vigilância.

Entre nós, na análise percursora de João Soares da Silva, *A responsabilidade civil*, 623, datada de 1997, o *duty of inquiry* é sistematicamente apresentado não no contexto de um dever *estrutural* de obtenção de informação, próprio do acompanhamento da atividade da sociedade, mas como um dever *conjuntural*, inserido num concreto processo de decisão. Com a devida vénia, não podemos acompanhar esta visão.

([80]) Cf. Eisenberg, *The duty of care*, 951-952, Manning, *The business judgment rule,* 1484.

([81]) 432 A.2d 814, 822-823.

duty to look. The sentinel asleep at his post contributes nothing to the enterprise he is charged to protect.

Directorial management does not require a detailed inspection of day-to-day activities, but rather a general monitoring of corporate affairs and policies. (...) Accordingly, a director is well advised to attend board meetings regularly.

While directors are not required to audit corporate books, they should maintain familiarity with the financial status of the corporation by a regular review of financial statements. (...) The review of financial statements, however, may give rise to a duty to inquire further into matters revealed by those statements. (...) Upon discovery of an illegal course of action, a director has a duty to object and, if the corporation does not correct the conduct, to resign. (...)

In certain circumstances, the fulfillment of the duty of a director may call for more than mere objection and resignation. Sometimes a director may be required to seek the advice of counsel. (...) Sometimes the duty of a director may require more than consulting with outside counsel. A director may have a duty to take reasonable means to prevent illegal conduct by co-directors; in any appropriate case, this may include threat of suit.

A director is not an ornament, but an essential component of corporate governance. Consequently, a director cannot protect himself behind a paper shield bearing the motto, "dummy director"».

Há vários aspetos desta passagem que são criticáveis à luz dos desenvolvimentos entretanto verificados nos últimos 35 anos, incluindo a extensão da informação que os administradores devem acompanhar com regularidade e a intensidade da sua intervenção sobre a mesma. Em todo o caso, continua a servir de referência no reconhecimento do papel central dos administradores no governo da sociedade, coerente com a afirmação de que o conselho de administração é o primeiro fiscalizador da atividade empresarial([82]).

Neste contexto, afirma-se frequentemente nos EUA que a *business judgment rule* protege de responsabilidade civil apenas os administradores que *tomam decisões* e não aqueles que *não atuam*

([82]) Neste sentido, Ferreira Gomes, *Da Administração à Fiscalização das Sociedades*, n.os de margem 333, 2324.

quando deveriam para salvaguardar o interesse da sociedade([83]). É portanto mais provável que os administradores sejam responsabilizados por não fiscalizarem ou por não detetarem uma fraude do que por tomarem uma decisão empresarial que acabou por acarretar prejuízos para a sociedade([84]).

II. O *duty of inquiry* vincula o administrador a reagir aos indícios de irregularidades de que tome conhecimento, procurando as informações necessárias ao conhecimento da real situação da sociedade. Como explica BAYLESS MANNING([85]):

> *«[N]o director or group of directors may choose to ignore credible signals of serious trouble in the company. If a director is informed through a credible source that there is reason to believe that the chief financial officer is a compulsive gambler, the director must take an initiative; he may not sit back and wait for the management to bring the matter to the board's attention. There will usually be a wide range of possible actions which a director could reasonably take to pursue such a matter and thereby fulfill his obligation as a director; but he cannot simply do nothing. Execution of this responsibility of a director will be episodic and, typically, infrequent, but the responsibility itself is ongoing and present every day».*

A este propósito, veja-se a sentença proferida pelo *Supreme Court of the United States* no caso *Bates v. Dresser*, de 1920([86]), sobre a ausência de reação do presidente (Dresser) e demais administradores de um pequeno banco perante indícios de apropriação indevida de fundos por um funcionário (Coleman). Num momento

---

([83]) Cf. também, *v.g.*, os acórdãos proferidos, em 1986 pelo *US Court of Appeals, 10th Circuit*, no caso *Hoye v. Meek* (795 F.2d 893), em 1963 pelo *Supreme Court of Delaware*, no caso *Graham v. Allis-Chalmers Manufacturing Company* (188 A.2d 125, 130), em 1996 pelo *Court of Chancery of Delaware*, no caso *In re Caremark International Inc. Derivative Litigation* (698 A.2d 959), e em 2009 novamente pelo *Court of Chancery of Delaware*, no caso *In re Citigroup Inc. Shareholder Derivative Litigation*, 2009 WL 481906. Para uma análise destes últimos, cf., *v.g.,* ALLEN, KRAAKMAN e SUBRAMANIAN, *Commentaries*4, 252-259.

([84]) ALLEN, KRAAKMAN e SUBRAMANIAN, *Commentaries*4, 236.

([85]) MANNING, *The business judgment rule*, 1484-1485.

([86]) 251 U.S. 524, 40 S.Ct. 247.

inicial, o presidente tomou conhecimento de que havia montantes em falta e, não tendo sido identificados os responsáveis diretos, exigiu a renúncia do caixa (Cutting). Este, antes de sair, avisou o presidente de que alguém estava a furtar dinheiro. O presidente não reagiu. Coleman, que iniciou a sua colaboração com o banco como mensageiro, passando rapidamente a contabilista, foi então promovido a caixa, usando esta sua posição para, de forma sucessiva, se apropriar de fundos do banco. O caso foi tão grave que terminou com a insolvência deste pequeno banco.

O *Supreme Court* considerou que os administradores não executivos não violaram o seu *duty of care*, porque não tinham violado o seu *duty to monitor* e porque não tinham tido conhecimento de factos que pudessem fundamentar a imputação de um *duty of inquiry*. Segundo o tribunal:

> *«[The directors'] confidence seemed warranted by the semi--annual examinations by the government examiner, and they were encouraged in their belief that all was well by the president, whose responsibility, as executive officer; interest, as large shareholder and depositor; and knowledge, from long daily presence in the bank, were greater than theirs»*([87]).

Ainda segundo o tribunal, a posição do presidente, Dresser, era diferente porque, na prática, este era *master of the situation*([88]). Dresser tinha acesso aos registos de depósitos, tomou conhecimento de indícios e foi avisado de factos que não podia ter ignorado. Estes factos não eram em si conclusivos, mas se não tivessem sido ignorados, se Dresser tivesse examinado os registos de depósitos, a situação passada teria sido exposta e futuros furtos prevenidos. Assim, concluiu o tribunal que o mesmo não cumpriu o seu *duty to monitor* e, tendo tomado conhecimento de indícios de irregularidades, também não cumpriu o seu *duty to inquiry*.

O enquadramento normativo da conduta dos administradores não executivos neste caso está completamente ultrapassado — sendo particularmente criticável a afirmação de que era legítima a confiança

---

([87]) 251 U.S. 524, 530.
([88]) 251 U.S. 524, 530.

nas avaliações dos revisores públicos, numa clara subversão de papéis na articulação entre o governo interno e a supervisão pública(89) —, mas continua a valer a síntese de EINSEBERG, segundo o qual:

> *«In short, directors and officers are under a duty to use reasonable care in following up on information that has been acquired either through the performance of the monitoring function or otherwise, and which should raise cause for concern»*(90).

III. A discussão em torno do conteúdo dos deveres enunciados não pode hoje ser dissociada daqueloutra relativa à criação e manutenção de adequados sistemas destinados a assegurar fluxos de informação intrasocietários. Neste sentido, começamos por recordar a histórica afirmação do *Supreme Court of Delaware* no caso *Graham v. Allis-Chalmers Manufacturing Company*, de 1963(91):

> *«The precise charge made against these director defendants is that, even though they had no knowledge of any suspicion of wrongdoing on the part of the company's employees, they still should have put into effect a system of watchfulness which would have brought such misconduct to their attention in ample time to have brought it to an end. However, the Briggs case expressly rejects such an idea. On the contrary, it appears that directors are entitled to rely on the honesty and integrity of their subordinates until something occurs to put them on suspicion that something is wrong. If such occurs and goes unheeded, then liability of the directors might well follow, but* ***absent cause for suspicion there is no duty upon the directors to install and operate a corporate system of espionage*** *to ferret out wrongdoing which they have no reason to suspect exists»*(92).

Esta decisão histórica é restritiva na delimitação do conteúdo de dever de criação de sistemas de informação intrasocietários: nos

---

(89) Sobre este tema, cf. JOSÉ FERREIRA GOMES, Novas regras sobre o governo das instituições de crédito: primeiras impressões e densificação da obrigação de administração de acordo com o "princípio da responsabilidade global", *RDS*, 7:1, 2015.

(90) EISENBERG, *The duty of care,* 958.

(91) (parcialmente) citado entre nós, em 1997, por SOARES DA SILVA, *A responsabilidade civil*, 623.

(92) 188 A.2d 125, 130 (sublinhado nosso).

termos sublinhados, os administradores só estariam obrigados à criação de um tal sistema quando confrontados com indícios de irregularidades. Teriam um papel puramente *reativo*, e não *preventivo*, de gestão de riscos com vista a minorar a probabilidade de ocorrência de danos para a sociedade.

Decorridos 53 anos, esta perspetiva encontra-se ultrapassada: não basta que os administradores se limitem a reagir a irregularidades de que tomem conhecimento, não só no sistema norte-americano([93]), mas também entre nós e nos sistemas europeus que habitualmente nos servem de referência.

Nos EUA, é hoje pacífica a perspetiva de que a afirmação expressa em *Graham v. Allis-Chalmers Manufacturing Company* desvalorizou o dever dos administradores de se informarem e de fiscalizarem a conduta dos seus subordinados([94]). O próprio *Supreme Court of Delaware* qualificou este aresto como *«quite confusing and unhelpful»*, no caso *Cede & Co. V. Technicolor, Inc*., de 1993([95]). Vários autores sustentam que as sociedades devem ser obrigadas a manter programas destinados a assegurar o cumprimento da lei e a prevenir condutas indevidas pelos seus colaboradores, posição que é secundada pelos *ALI Principles of corporate governance*([96]).

Particularmente decisiva foi a proposta percursora de Eisenberg de reconstrução do modelo normativo do *board of directors*

([93]) Segundo Gevurtz, a posição do tribunal não pode ser entendida num sentido amplo, sob pena de se admitir que os administradores de um banco não têm de implementar sistemas de controlo que impeçam os caixas de se apropriarem de fundos, a menos que haja motivos de suspeita relativamente à honestidade de um caixa em particular. Nenhum tribunal aceitaria uma tal conduta como razoável. O que o tribunal pretendia, explica o autor, era afastar a presunção de que todos os trabalhadores do banco são criminosos; nenhuma grande sociedade pode operar sem um nível substancial de confiança nos seus colaboradores. A jurisprudência mais recente de Delaware sustenta esta leitura. Cf. Gevurtz, *Corporation law*2, 282.

([94]) Como sublinha Jeffrey N. Gordon, The rise of independent directors in the United States, 1950-2005: Of shareholder value and stock market prices, *Standford Law Review*, 59:6 (2007), 1465-1568 (1516-1517).

([95]) 634 A.2d 345.

([96]) ALI, *Principles of corporate governance: Analysis and recommendations*, 1994, § 4.01(a), comentário *d.* Cf. também, sobre este ponto, Stephen M. Bainbridge, Star Lopez e Benjamin Oklan, The convergence of good faith and oversight, *UCLA Law Review*, 55 (2008), 559-605 (577).

— de um *advisory model* para um *monitoring model*([97]) — que teve um forte impacto na evolução da jurisprudência e da doutrina norte-americana nas décadas seguintes, bem como nas posições públicas da *Securities and Exchange Commission* (SEC), da *American Bar Association* (ABA) e até da *Business Roundtable*([98]). Esta reconstrução determinou a ascensão dos administradores independentes e do *audit committee*([99]) que analisámos noutro estudo([100]).

IV. Esta evolução está patente na famosa decisão do *Court of Chancery of Delaware*, de 1996, no caso *In Re Caremark*([101]). Nesta afirmou: mesmo que se entendesse que, face àquela decisão de 1963, o *board of directors* não estava adstrito a um *monitoring duty*, essa interpretação não seria aceitável em 1996. Pelo seu relevo histórico, sublinhamos a seguinte passagem do acórdão:

> *«How does one generalize this holding [Graham v. Allis-Chalmers Mfg. Co.] today? Can it be said today that, absent some ground giving rise to suspicion of violation of law, that corporate directors have no duty to assure that a corporate information gathering and reporting systems exists which represents a good faith attempt to provide senior management and the Board with information respecting material acts, events or conditions within the corporation, including compliance with applicable statutes and regulations? I certainly do not believe so. I doubt that such a broad generalization of the Graham holding would have been accepted by the Supreme Court in 1963. The case can be more narrowly interpreted as standing for the proposition that, absent grounds to suspect deception, neither corporate boards nor senior officers can be charged with wrongdoing simply for assuming the integrity of employees and the honesty of their dealings on the company's behalf. (...)*

([97]) Segundo FISCHEL, o termo é da autoria de EISENBERG. Cf. DANIEL R. FISCHEL, The corporate governance movement, *Vanderbilt Law Review*, 35:6 (1982), 1259-1292 (1281, n. 78).

([98]) GORDON, *The rise*, 1518.

([99]) GORDON, *The rise*, 1518-1519.

([100]) Cf. FERREIRA GOMES, *Da Administração à Fiscalização das Sociedades*, 597-612.

([101]) 698 A.2d 959.

> *A broader interpretation of Graham v. Allis-Chalmers — that it means that a corporate board has no responsibility to assure that appropriate information and reporting systems are established by management — would not, in any event, be accepted by the Delaware Supreme Court in 1996, in my opinion».*

O tribunal entendeu então, como *obiter dictum*, que o *board* devia tomar as medidas necessárias para assegurar a existência de adequados sistemas de informação *(information and reporting systems)* para conferir ao *senior management* e ao *board* informação atual e precisa, permitindo que estes tomem decisões informadas sobre a observância da lei e sobre o desempenho empresarial. O tribunal acrescentou ainda:

> *«it is important that the board exercise a good faith judgment that the corporation's information and reporting system is in concept and design adequate to assure the board that appropriate information will come to its attention in a timely manner as a matter of ordinary operations, so that it may satisfy its responsibility»*([102]).

Como o próprio tribunal então reconheceu, isto não significa que o *board* deva ter informação detalhada sobre todos os aspetos da atividade da empresa.

V. Este entendimento viria a ser confirmado no caso *Stone ex rel. AmSouth Bancorporation v. Ritter*, de 2006([103]), no qual o *Supreme Court of Delaware* considerou que

> *«Caremark articulates the necessary conditions predicate for director oversight liability: (*a*) the directors utterly failed to implement any reporting or information system or controls; or (*b*) having implemented such a system or controls, consciously failed to monitor or oversee its operations thus disabling themselves from being informed of risks or problems requiring their attention. In either case, imposition of liability requires a showing that the directors knew that they were not discharging their fiduciary obligations. Where directors fail to act in*

([102]) 698 A.2d 959, 970.
([103]) 911 A.2d 362, em especial, 370.

the face of a known duty to act, thereby demonstrating a conscious disregard for their responsibilities, they breach their duty of loyalty by failing to discharge that fiduciary obligation in good faith»([104]).

Mais recentemente, foi desenvolvido no caso *In re Citigroup Inc. Shareholder Derivative Litigation*, de 2009([105]), no qual se discutiu, para o que ora releva, a responsabilidade dos administradores por violação dos seus deveres de vigilância e de gestão de risco, perante a exposição da sociedade ao risco de crédito hipotecário *subprime*([106]).

([104]) O tribunal alterou o enquadramento da função de vigilância que passou a ser reconduzida já não ao *duty of care (*como em *Caremark*), mas sim aos *duties of good faith and loyalty*, assim contornando as disposições estatutárias que excluem a responsabilidade dos administradores por violação do seu *duty of care* [cf. BAINBRIDGE, LOPEZ e OKLAN, *The convergence*, 594-604, REGINA F. BURCH, "Unfit To Serve" Post-Enron, *Valparaiso University Law Review*, 42 (2008) 1081-1127 (1094)]. Para além disso, tal como em *Guttman v. Huang*, 823 A.2d 492 (Del. Ch. 2003), estabeleceu como pressuposto da responsabilidade a verificação de um *consciente* incumprimento de deveres.

Este novo enquadramento teve consequências nos casos que se seguiram. Em particular, refletiu-se nas decisões proferidas pelos tribunais do Estado do Delaware, no quadro das reações à crise do mercado *subprime* norte-americano e às perdas sofridas (em especial) pelos grandes bancos. Destaca-se o caso *In re Citigroup Inc. Shareholder Derivative Litigation*, 2009 WL 481906 (Del. Ch. 2009), referido no texto.

([105]) 2009 WL 481906 (Del. Ch. 2009).

([106]) Segundo os autores, haveria, desde maio de 2005, extensos sinais de risco (*red flags*) que deveriam ter alertado os administradores para os problemas que então se desenvolviam neste mercado. Porém, tais sinais teriam sido ignorados, pondo em causa os interesses de longo prazo da sociedade. Diferentemente, o *Court of Chancery* entendeu, na linha de *Stone v. Ritter*, que:

> *«to establish oversight liability a plaintiff must show that the directors knew they were not discharging their fiduciary obligations or that the directors demonstrated a conscious disregard for their responsibilities such as by failing to act in the face of a known duty to act. The test is rooted in concepts of bad faith; indeed, a showing of bad faith is a necessary condition to director oversight liability».*

Segundo o tribunal, a posição dos autores pode ser resumida à alegação de que os administradores deveriam ser responsabilizados por não terem reconhecido o risco inerente aos instrumentos financeiros usados no mercado *subprime.* Tratar-se-ia, portanto, de sindicar decisões de gestão que, em retrospetiva, foram prejudiciais para a sociedade. Tal estaria vedado ao tribunal pela *business judgment rule*. Para além disso, os estatutos excluíam a responsabilidade dos administradores por violação do seu *duty of care*, nos termos do polémico § 102 (*b*) (7) da General Corporation Law do Estado de Delaware; cf. FERREIRA GOMES, *Da Administração à Fiscalização das Sociedades*, n.º de margem 2116-2119).

Para o *Chancery Court*, o reconhecimento de um dever de criação de sistemas de informação não precludia a proteção da *business judgment rule.* Para além disso, os auto-

VI. No sistema alemão, consolidaram-se há muito exigências mais intensas de vigilância e de organização interna (do pró-

---

res não demonstraram a "má fé" dos administradores relativamente ao cumprimento de tal dever, especificando porque é que os mecanismos de fiscalização eram inadequados e como é que os administradores tinham conhecimento dessa inadequação e a ignoraram conscientemente. Segundo o tribunal, a posição dos autores assentava apenas na proposição de que, porque a sociedade sofreu perdas avultadas e porque um adequado sistema de gestão de riscos teria permitido evitar essas perdas, os administradores violaram os seus deveres fiduciários. A posição do tribunal parece ser determinada, em grande medida, pelas deficiências apontadas na exposição dos factos pelos autores. Isso está patente na comparação com o caso *American International Group, Inc. Consolidated Derivative Litigation*, 2009 WL 366613 (Del. Ch. 2009), que incluía *«well-pled allegations of pervasive, diverse, and substantial financial fraud involving managers at the highest levels of AIG»*, ao ponto de o tribunal concluir que os *top officials* da AIG dirigiam uma "organização criminosa" e que *«[t]he diversity, pervasiveness, and materiality of the alleged financial wrongdoing at AIG is extraordinary»*.

Condicionado pelos factos apresentados, o tribunal apresentou um enquadramento normativo criticável, segundo o qual o dever de criação de sistemas de informação modelado por *Caremark* é dirigido ao conhecimento atempado de condutas "fraudulentas ou criminais", mas não à avaliação dos riscos empresariais "excessivos". Segundo o tribunal:

> *«To impose oversight liability on directors for failure to monitor "excessive" risk would involve courts in conducting hindsight evaluations of decisions at the heart of the business judgment of directors. Oversight duties under Delaware law are not designed to subject directors, even expert directors, to personal liability for failure to predict the future and to properly evaluate business risk»*.

Esta posição tem sido criticada. Em primeiro lugar, não existe fundamento em *Caremark* para restringir o dever de criação de sistemas de informação a matérias de *compliance* legal e contabilístico. A preocupação do *Chancellor* Allen em *Caremark* era assegurar que o conselho de administração tinha informação suficiente para desempenhar o seu papel, pelo que o alcance daquele dever ia muito além do *compliance*, incluindo matérias como a gestão dos riscos empresariais. Em segundo lugar, nas discussões de *corporate governance*, é atualmente pacífica a equiparação da função do conselho relativamente ao controlo de legalidade àqueloutra da gestão de riscos. Em terceiro lugar, a função de gestão de risco reconhecida ao conselho traduz-se precisamente na criação de adequados sistemas de informação dirigidos à identificação, avaliação e gestão de todo o tipo de riscos (Ferreira Gomes, *Da Administração à Fiscalização das Sociedades*, n.os de margem 529-540, em especial, 532), incluindo riscos empresariais, operacionais, de mercado, de liquidez e de crédito. Em quarto lugar, na generalidade dos casos, as preocupações associadas ao controlo de legalidade não são dissociáveis dos riscos operacionais a considerar pelo conselho. Stephen M. Bainbridge, Caremark and enterprise risk management, *Journal of Corporation Law*, 34 (2009), 967-990 (979-981).

Mas, mais do que isso: o tribunal parece confundir o dever de criação de adequados sistemas de informação (que permitam ao conselho compreender efetivamente os riscos associados à atividade empresarial) com as opções de gestão tomadas pelo mesmo com

prio *Vorstand*) e externa (da estrutura administrativa ao mesmo subordinada). Atualmente resulta expressamente do § 91(2) AktG o dever do *Vorstand* de tomar "medidas apropriadas", incluindo a criação de um sistema de vigilância, para assegurar a identificação antecipada de riscos que possam colocar em causa a continuidade da sociedade([107]).

VII. Entre nós, o dever de *cada administrador e de cada fiscalizador* de obtenção do conhecimento sobre a atividade da sociedade, previsto no art. 64.º/1, *a*) e 2, enquanto concretização das

---

base na informação recolhida (*v.g.*, investir ou não nos instrumentos financeiros "A" ou "B"; cobrir o risco inerente contratando os instrumentos financeiros "C" ou "D"...).

Em todo o caso, esta posição deve ser analisada com muita cautela, não se podendo dela retirar paralelos apressados para o nosso sistema jurídico, porquanto a mesma só é compreensível à luz da polémica evolução do sistema norte-americano relativamente à sindicância da conduta dos administradores por violação do seu *duty of care* (cf. FERREIRA GOMES, *Da Administração à Fiscalização das Sociedades*, 828-853, em especial, 841-853), e das falhas dos autores na exposição dos factos, perante a qual o tribunal sentiu que corria o risco de se imiscuir indevidamente em decisões de gestão. Isso mesmo resulta da afirmação imediatamente subsequente à anteriormente citada:

> *«Instead of alleging facts that could demonstrate bad faith on the part of the directors, by presenting the Court with the so called "red flags," plaintiffs are inviting the Court to engage in the exact kind of judicial second guessing that is proscribed by the business judgment rule. In any business decision that turns out poorly there will likely be signs that one could point to and argue are evidence that the decision was wrong».*

Com base neste enquadramento, concluiu o tribunal que os administradores do Citigroup não violaram os seus deveres fiduciários ao não vigiar adequadamente a exposição da sociedade ao risco do mercado hipotecário *subprime.*

([107]) Estas medidas estão sujeitas à vigilância do *Aufsichtsrat*. Nas sociedades cotadas, este é auxiliado pelo *Abschlussprüfer* na vigilância do cumprimento deste dever pelo *Vorstand*, na medida em que deve abranger no seu exame os sistemas de "conhecimento antecipado" e de vigilância estabelecidos pelo *Vorstand* (§ 317(4)HGB) e deve informar separadamente o *Aufsichtsrat* sobre o seu parecer (§ 321(4) HGB). MARCUS LUTTER e GERD KRIEGER, *Rechte und Pflichten des Aufsichtsrats*, 5.ª ed. (2008), 34, n.º 81.

Sobre o dever de organização no Direito alemão, *vide*, *v.g.*, a muito sintética introdução de GUNTHER TEUBNER sobre o seu reconhecimento e sobre o papel pelo mesmo desempenhado no quadro jus-societário da responsabilidade civil dos administradores, em "Corporate fiduciary duties and their beneficiaries: A functional approach to the legal institutionalization of corporate responsibility", in KLAUS J. HOPT e GUNTHER TEUBNER (eds.), *Corporate governance and directors' liabilities*, 1985, 149-177 (171-172), e para maiores desenvolvimentos, a obra de GERALD SPINDLER, *Unternehmensorganisationspflichten: Zivilrechtliche und öffentlich-rechtliche Regelungskonzepte*, 2.ª ed. (2011).

suas obrigações de administração e de vigilância, segundo o padrão de diligência normativa, deve ser articulado, por um lado, com o dever de criação de adequados sistemas de informação, imputado ao conselho de administração (enquanto órgão coletivo) e, por outro, com a obrigação de vigilância do conselho fiscal (enquanto órgão coletivo) incluindo, em particular, o dever de fiscalizar a eficácia desses sistemas de informação([108]).

Não existe, no nosso sistema, uma norma expressa como a do § 91(2) AktG, nem um desenvolvimento jurisprudencial como o norte-americano. Não obstante, deve entender-se que do dever de diligente administração pode decorrer um dever de criação e gestão de adequados sistemas de informação, se as específicas características da sociedade (incluindo a sua dimensão, a complexidade da sua atividade e os riscos a que está exposta) assim o exigirem([109]). Assim, em primeira linha, cabe ao conselho de administração avaliar a necessidade de criação de tais sistemas e, em segunda linha, cabe ao conselho fiscal avaliar essa decisão([110]), beneficiando para o efeito da posição tomada pelo revisor oficial de contas([111]).

Este dever está intimamente relacionado com o dever de organização imputado ao conselho de administração([112]) e visa assegurar o conhecimento atempado([113]) do desempenho de cada unidade

---

([108]) Para facilitar a exposição, tomamos aqui por base o modelo tradicional português (art. 420.º/1, *a*) e *i*) CSC), mas o exposto vale, com as necessárias adaptações, para os demais modelos de governo (arts. 423.º-F/1, *a*) e *i*) e 441.º/1, *d*) e *i*) CSC).

([109]) No mesmo sentido, Paulo Câmara, *A auditoria interna e o governo das sociedades*, in *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Paulo de Pitta e Cunha*, 3 (2010), 311-312.

([110]) Ferreira Gomes, *Da Administração à Fiscalização das Sociedades*, 315-326.

([111]) Ferreira Gomes, *Da Administração à Fiscalização das Sociedades*, 423-429.

([112]) Ferreira Gomes, *Da Administração à Fiscalização das Sociedades*, n.os de margem 526-528.

([113]) No mesmo sentido, no sistema alemão, face ao disposto no § 91(2) AktG, entende-se que o órgão de administração está obrigado à criação de um sistema de difusão de informação, através do qual possam ser conhecidos os riscos que possam pôr em causa a continuidade da sociedade, num momento em que ainda possam ser neutralizados. Não é suficiente a aquisição de conhecimento "empírico" pelo *Vorstand*, devendo a adequada avaliação do risco e o encaminhamento das informações para o *Vorstand* ser assegurados através de procedimentos planeados, vigiados e documentados internamente, através de um sistema de controlo *(controlling)*. Este "pacote" de detecção de riscos, encaminha-

empresarial e de quaisquer irregularidades que possam pôr em causa a prossecução dos melhores interesses da sociedade, permitindo ao conselho — e aos demais órgãos com funções de fiscalização — controlar a situação patrimonial, a solvabilidade e a rentabilidade das diferentes unidades em que se decompõe a empresa. Um tal sistema deve envolver todos os membros da administração, assegurando não só o autocontrolo (interno) do órgão coletivo de administração, mas também o controlo das diferentes estruturas administrativas que lhe estão subordinadas, e incluir os sistemas de gestão de riscos, de controlo interno e de auditoria interna [cuja eficácia deverá ser fiscalizada também pelo conselho fiscal, art. 420.º/2, *i*)].

A configuração destes sistemas varia de caso para caso, de acordo com as concretas características da empresa em causa. As suas fronteiras são fluidas, podendo identificar-se áreas de sobreposição na sua integração num mais vasto sistema de *enterprise risk management* (ERM)([114]).

VIII. A evolução da jurisprudência permite ainda identificar um outro ponto hoje fundamental: na ponderação do dever de obtenção do conhecimento sobre a atividade da sociedade deve atender-se à *variável intensidade da obrigação de vigilância do órgão de administração* (e dos órgãos de fiscalização) e de cada um dos seus membros([115]).

---

mento, controlo e documentação deve, por sua vez, ser vigiado pelo *Aufsichtsrat*. Uwe Hüffer e Jens Koch, *Aktiengesetz*, 12.ª ed., 2016, § 91, n.os 4-10, Wolfgang Ballwieser, "Controlling und Risikomanagement: Aufgaben des Vorstands", in *Handbuch Corporate Governance: Leitung und Überwachung börsennotierter Unternehmen in der Rechts-und Wirtschaftspraxis*, 2.ª ed. (2009), 447-462, Lutter e Krieger, *Rechte*5, 31-35, em especial, 34-35.

([114]) Cf. Oliver Bungartz, *Handbuch Interne Kontrollsysteme (IKS): Steuerung und Überwachung von Unternehmen*, 3.ª ed., 2011, 457-502. Neste sentido, sustenta Lück que são instrumentos de gestão de risco os sistemas de auditoria interna *(internes Überwachungssystem)*, de controlo interno *(Controlling)* e de deteção antecipada de riscos *(Frühwarnsystem)*. Wolfgang Lück, Elemente einer Risiko- Managementsystems. Die Notwendigkeit eines Risiko-Managementsystems durch den Entwurf eines Gesetzes zur Kontrolle und Transparenz im Unternehmensbereich (KonTraG), *Der Betrieb*, 51:1-2 (1998), 8-14 (9-11).

([115]) Ferreira Gomes, *Da Administração à Fiscalização das Sociedades*, n.os de margem 499-524.

Hoje claramente não é suficiente uma vigilância "sintética" (ou geral), no sentido de um mero acompanhamento do andamento geral da gestão, nos termos em tempos sustentados na decisão de *Francis v. United Jersey Bank* (1981)([116]).

Porém, também não se pode afirmar, no pólo oposto, que os administradores e fiscalizadores estão vinculados a uma vigilância "analítica" (ou específica), sobre todos os atos singulares de administração. Como refere SOVERAL MARTINS, a vigilância de todos e cada um dos atos praticados seria contraproducente, atrasaria a prática dos mesmos, tornaria a gestão mais pesada, contrariando o resultado pretendido com a delegação de poderes de gestão([117]). A mera contraposição entre uma vigilância "sintética" (ou geral) e um vigilância "analítica" (ou específica) não é esclarecedora. Um tal binómio não satisfaz.

Aquilo que se exige dos administradores, em primeiro lugar, é que implementem os mecanismos que, no caso, se mostrem necessários ou convenientes à criação e manutenção de um fluxo de informação que permita um adequado conhecimento do andamento da atividade social e dos riscos empresariais em cada momento([118]). Aos fiscalizadores exige-se uma análise da eficácia dos sistemas de informação e uma participação ativa na sua concreta modelação, através do exercício dos seus poderes-deveres de obtenção de informação([119]). Em segundo lugar, administradores e

---

([116]) 432 A.2d 814, 822-823. Entre nós defenderam uma vigilância meramente sintética pelos administradores não-delegados, *v.g.*, PEDRO MAIA, *Função e funcionamento do conselho de administração da sociedade anónima* (2002), 251, ALEXANDRE DE SOVERAL MARTINS, A responsabilidade dos membros do conselho de administração por actos ou omissões dos administradores delegados ou dos membros da comissão executiva, *BFDUC*, 78 (2002), 365-380 (376-377), com base no disposto no art. 407.º/8 e influenciados por doutrina italiana entretanto ultrapassada, em particular, ALESSANDRO BORGIOLI, *L'Amministrazione delegata* (1982), 264-267.

([117]) ALEXANDRE DE SOVERAL MARTINS, A responsabilidade dos membros do conselho de administração por actos ou omissões dos administradores delegados ou dos membros da comissão executiva, *BFDUC*, 78 (2002), 365-380 (376-377).

([118]) FERREIRA GOMES, *Da Administração à Fiscalização das Sociedades*, n.os de margem 499-500.

([119]) FERREIRA GOMES, *Da Administração à Fiscalização das Sociedades*, n.os de margem 667, 775, 834, 1992, 2358.

fiscalizadores devem avaliar a informação recebida, solicitando os esclarecimentos e realizando as inspeções que se mostrem necessárias ou convenientes em cada caso. Em terceiro lugar, devem reagir em função da sua avaliação e de acordo com o princípio da proporcionalidade. Em todos os passos, sempre com a diligência legalmente exigida.

Assim, *em circunstâncias normais*, a vigilância tem um carácter mais genérico, baseada na informação disponibilizada pelos administradores delegados, pelo sistema de informação implementado e pelos demais órgãos sociais, com destaque para o revisor oficial de contas.

No entanto, *verificados (objetivamente) determinados sinais de risco* para a sociedade (comummente referidos na prática empresarial como *red flags*), intensificam-se os poderes e os deveres dos órgãos de administração e de fiscalização (e dos seus membros): (*i*) devem questionar as habituais fontes de informação, realizando as inspeções que se mostrem necessárias para o efeito (com meios internos ou externos) e obtendo informação de fontes independentes; (*ii*) devem avaliar a informação com um acrescido sentido crítico; e, finalmente, (*iii*) devem tomar as medidas de reação que se justifiquem face às circunstâncias do caso concreto([120]).

A intensificação da vigilância pode ser exigida não apenas pela identificação de sinais de risco, mas ainda por uma *adequada construção da vigilância preventiva*([121]). Os atos de fiscalização aleatórios ou periódicos, destinados a assegurar adequados fluxos de informação *neutra*, necessária ou conveniente à confirmação da veracidade e da completude da prestada por administradores e estruturas administrativas aos mesmos subordinadas (independentemente de sinais de risco), cumprem imperativos de fiscalização

---

([120]) A identificação de sinais de risco não deve limitar-se ao conhecimento da iminência de atos danosos. O administrador/fiscalizador pode desconhecer a iminência de atos danosos e, no entanto, ter o dever de perceber que determinado tipo de situações acarretam riscos acrescidos (e sobretudo não acautelados) para a sociedade que devem ser adequadamente geridos. Ferreira Gomes, *Da Administração à Fiscalização das Sociedades*, n.os de margem 501-503.

([121]) Ferreira Gomes, *Da Administração à Fiscalização das Sociedades*, n.os de margem 504-507.

preventiva. Quando realizados em cumprimento de políticas e procedimento previamente aprovados, permitem igualmente afastar a sua percepção como manifestações de desconfiança(122).

IX. Estas coordenadas são particularmente importantes para efeitos de avaliação da conduta dos administradores e fiscalizadores, quando se pretenda determinar se os sujeitos *conheciam ou deviam conhecer* determinado facto: o *risco da ignorância* dos factos de que teriam conhecimento, (*i*) seja através dos referidos sistemas de informação, (*ii*) seja através da reação a irregularidades de que tiveram conhecimento, (*iii*) seja ainda através de pedidos de informação e atos de inspeção coerentes com uma adequada construção da vigilância preventiva, corre por conta tanto do órgão de administração, como do órgão de fiscalização global.

Somente aquele que atua diligentemente pode prevalecer-se da ignorância(123).

7. O dever de disponibilidade [art. 64.º/1, *a*) e 2]

I. O dever de disponibilidade foi já abordado na citação da sentença proferida no caso *Francis v. United Jersey Bank*, a propó-

---

(122) Assim ultrapassando o argumento de que a fiscalização deve ser restringida por pôr em causa a confiança entre fiscalizados e fiscalizadores, necessária a uma eficiente cooperação no desenvolvimento da atividade empresarial. Como refere o RLx 22-jun.-2010 (Maria Amélia Ribeiro), Proc. 34/2000, o valor da confiança que é indispensável ao funcionamento de qualquer grupo ou instituição não pode ilidir os deveres de vigilância que se repercutem no plano das relações externas da mesma. Neste caso ficou demonstrado que um membro de uma cooperativa de construção reteve cheques que lhe foram entregues em pagamento de andares construídos, e que o presidente e o tesoureiro da cooperativa violaram os seus deveres de vigilância: *«Se os (...) RR. tivessem dado atenção aos extratos bancários teriam facilmente constatado (...) que algo de anormal se passava»*, não podendo justificar a sua conduta pela confiança depositada no seu cooperante faltoso.

Sobre a questão da confiança depositada pelos órgãos sociais na informação recebida, cf. o nosso *Reliance*: *exclusão da responsabilidade civil,* cit.

(123) Ferreira Gomes, *Da Administração à Fiscalização das Sociedades*, n.os de margem 1991-1992.

sito do *duty to monitor*. Ficou então patente a necessidade de os administradores participarem nas reuniões do conselho de administração e de praticarem os atos necessários ao acompanhamento da atividade societária, não podendo ser meros figurantes (ou *"dummy directors"*, nas palavras do tribunal).

Entre nós, este dever traduz a adstrição do devedor à orientação do seu tempo e energia à promoção do fim ou interesse da sociedade e, negativamente, à não assunção de promessas que inviabilizem o cumprimento desse propósito([124]). Só o administrador que encontra disponibilidade para a sociedade atua diligentemente.

II. A positivação deste dever constitui uma técnica legislativa alternativa — mais flexível — à definição de um limite rígido de pluriocupação, como aquele que consta dos art. 414.º-A/1, *h*) para os membros do conselho fiscal, da comissão de auditoria (*ex vi* art. 423.º-B/2, II parte), do conselho geral e de supervisão (*ex vi* art. 434.º/4), da comissão para as matérias financeiras (*ex vi* art. 444.º/3), e da mesa da assembleia geral das sociedades emitentes de valores mobiliários admitidos à negociação em mercado regulamentado e das sociedades que cumpram os critérios referidos no art. 413.º/2, *a*) (*ex vi* art. 374.º-A)([125]).

8. O dever de atuar em termos informados (art. 72.º/2)

I. A *business judgment rule* corresponde a uma concretização ou densificação da obrigação de prestar, na sua dimensão procedimental, que não exclui a necessidade de determinação dos resultados subalternos (que se podem dizer de "mérito") que se

---

([124]) Acompanhamos, no essencial, Nuno Trigo Reis, *Os deveres de lealdade*, 315.

([125]) Sobre este tema, cf. Pedro de Albuquerque, *Os limites à pluriocupação dos membros do conselho geral e de supervisão e do conselho fiscal*, 2007, bem como, perante a redação do art. 428.º anterior à reforma de 2006, Manuel Nogueira Serens e Pedro Maia. O art. 428.º, n.os 1 e 2 do Código das Sociedades Comerciais — Análise da sua natureza jurídica, *Revista da Banca*, 38 (1996), 27-73.

imponham (pela aplicação da bitola de diligência normativa) e da atuação em conformidade com os mesmos([126]).

O devedor deve portanto atender aos critérios procedimentais de decisão de um gestor criterioso e ordenado, nomeadamente: (*i*) em termos *estruturais*, deve revelar a disponibilidade, a competência técnica e o conhecimento da atividade da sociedade adequados às suas funções (deveres já analisados em cima); e (*ii*) em termos *conjunturais*, relativamente à concreta decisão em causa, deve demonstrar ter atuado em termos informados, livre de quaisquer interesses pessoais e segundo critérios de racionalidade empresarial([127]).

Com exceção do dever de atuar livre de quaisquer interesses pessoais, reconduzível ao dever de lealdade hoje positivado no art. 64.º/*1, b*)([128]), estamos perante deveres de cuidado([129]).

([126]) Se os deveres legais, devidamente concretizados, impuserem um resultado subalterno — ou, por outras palavras, uma conduta de tal forma determinada que não oferece margem de ponderação ou discricionariedade ao devedor — será *ilícita* a conduta desconforme, sem prejuízo da possibilidade de existência de uma qualquer causa de justificação que, num momento logicamente posterior, afaste o juízo de antijuridicidade. Se a obrigação de prestar, devidamente determinada, admitir várias alternativas de ação, será *ilícita* a conduta que não caiba nas alternativas normativamente admissíveis. FERREIRA GOMES, *Da Administração à Fiscalização das Sociedades*, 913-915.

([127]) Como desenvolvemos adiante, afasta-se a construção do pressuposto "decisão segundo critérios de racionalidade empresarial" como fundamento de uma sindicabilidade de último recurso do *mérito* das decisões empresariais, nos termos sustentados, *v.g.*, por RICARDO COSTA, *Responsabilidade dos administradores e BJR*, 69-72, COUTINHO DE ABREU e ELISABETE GOMES RAMOS, *CSC em comentário*, art. 72.º, 847-848, PEDRO CAETANO NUNES, *Dever de gestão*, 517-518.

([128]) Traduz a dimensão negativa do dever de lealdade que subordina a prossecução de outros interesses à satisfação do interesse social. Neste sentido, cf., *v.g.*, THOMAS M.J. MÖLLERS, *Treuepflichten und Interessenkonflikte bei Vorstands und Aufsichtsratsmitgliedern*, in *Handbuch Corporate Governance*2, 427-428, 431 e, entre nós, CARNEIRO DA FRADA, *A business judgment rule*, 70.

Está em causa a exigência sistemática de uma adequada gestão de conflitos de interesses. O conceito de "qualquer interesse pessoal", constante do art. 72.º/2, deve, por isso, ser objeto de interpretação extensiva, de forma a abranger todas as situações em que, de forma direta ou indireta, o sujeito possa ter um qualquer interesse que afete a sua capacidade para decidir de forma isenta sobre a melhor opção face aos interesses da sociedade. Neste sentido, também CARNEIRO DA FRADA, *A business judgment rule*, 94, afirmando que o legislador foi curto neste ponto, devendo interpretar-se extensivamente esta norma por forma a abranger a prossecução dos interesses de terceiros em detrimento do da sociedade.

Assim o impõe a coerência interna do sistema que, no n.º 6 do art. 410.º (aplicável às deliberações do conselho de administração executivo, *ex vi art.* 433.º/1, e do conselho

II. O dever de obtenção da informação adequada às circunstâncias do caso é habitualmente caracterizado como estando funcionalmente orientado à habilitação do órgão social para atuar de forma adequada, exercendo outras situações jurídicas com as quais se não confundiria. Nesta perspetiva, surge hierarquicamente inferior, secundário e instrumental face às situações jurídicas cujo exercício visa possibilitar. Não podemos aceitar esta caracterização no contexto das obrigações de administração e de vigilância([130]).

O dever de obtenção de informação é um *dever principal* que integra tanto a obrigação de administração como a obrigação

---

geral e de supervisão, *ex vi art.* 445.º/2), veda a participação do administrador em deliberações do conselho de administração nas quais tenha, "por conta própria ou de terceiro", um interesse conflituante com o da sociedade.

No preenchimento da proposição "por conta de terceiro" deve atender-se aos avanços dogmáticos registados na periferia, a propósito dos "negócios com partes relacionadas", que constituem o mecanismo mais frequentemente usado na extração de benefícios especiais *(private benefits of control)*, em prejuízo da sociedade. FERREIRA GOMES, *Da Administração à Fiscalização das Sociedades*, n.os de margem 105-106.

Sempre que exista, no caso concreto, um interesse de uma "parte relacionada", faltará ao sujeito a isenção necessária para que se possa assumir que a sua conduta visa a prossecução dos melhores interesses da sociedade. Logo, na aferição da isenção do sujeito face a um "interesse pessoal", nos termos do art. 72.º, n. º 2, deve atender-se às relações estabelecidas com "partes relacionadas", tal como definidas, em cada momento, nas normas internacionais de contabilidade (nomeadamente na IAS 24, intitulada "divulgações de partes relacionadas") adoptadas e utilizadas na União Europeia nos termos do Regulamento n.º 1606/2002/CE [arts. 66.º-A/3, *a*) e 508.º-F/3, *a*)].

Concluindo, também este elemento da previsão normativa do art. 72.º/2 não introduz nenhum outro dado para além daqueles que resultavam já da adequada concretização e densificação do dever de lealdade dos membros dos órgãos sociais. Como se sabe, este dever, tendo várias concretizações no CSC antes da sua reforma de 2006, foi positivado como dever geral na alínea *b*) do n.º 1 e no n.º 2 do art. 64.º. Cf. os nossos *Da Administração à Fiscalização das Sociedades*, n.os de margem 2256-2259, e Conflitos de interesses entre accionistas nos negócios celebrados entre a sociedade anónima e o seu accionista controlador, in AA.VV., *Conflito de interesses no direito societário e financeiro: Um balanço a partir da crise financeira* (2010), 167 ss. e as indicações bibliográficas aí apresentadas.

([129]) Neste ponto específico andou bem FRAGOSO MENDES, *Entre o temerário e o diligente*, 822-823, ao qualificar como "dever de cuidado" o "dever de preparar adequadamente as decisões de gestão".

([130]) No caso do órgão de administração, a obrigação de vigilância integra a própria obrigação de administração. FERREIRA GOMES, *Da Administração à Fiscalização das Sociedades*, 148-164.

de vigilância. Em qualquer decomposição analítica destas obrigações sempre se conclui pela identificação de um dever de obtenção de informação adequado às circunstâncias do caso(131). A configuração da obtenção de informação — enquanto objeto de poderes-deveres de informação e inspeção — como prestação principal e não secundária não é, como se sabe, dogmaticamente inócua(132).

III. Não é expectável nem exigível que o administrador/fiscalizador obtenha e analise *toda a informação disponível*, mas apenas *a informação que seja adequada ao caso*. A determinação do nível adequado de informação depende de um sem número de variáveis, incluindo o tipo e a importância da decisão em causa, o tempo disponível para decidir, os custos envolvidos (incluindo tantos os *custos de obtenção* e análise da informação, como os custos previsíveis da sua *não obtenção*), e a confiança que o administrador (ou fiscalizador) tem nas análises e nas recomendações dos seus colaboradores (ou outros)(133).

Neste contexto importa atender ao risco de *hindsight bias*(134): quem seja chamado a avaliar se a informação obtida pelo administrador/fiscalizador foi adequada (ou não) deve ter presente que tal

---

(131) Quanto à prestação de vigilância, uma análise rigorosa permite concluir que a realidade subjacente e linguisticamente figurada no conceito corresponde, antes de mais, a uma atividade de obtenção de informação. Donde, semanticamente, se define "vigiar" como *«observar atentamente, espiar; espreitar (...)»*. Cf. dicionário *online* da Porto Editora, ou Rui Guedes (ed.), *Cândido de Figueiredo: Grande Dicionário da Língua Portuguesa*, 4, 25.ª ed. (1996).

(132) Como explica Menezes Cordeiro, *Tratado*, 62, 489, a prestação principal tem um papel decisivo, podendo: apelar às normas supletivas aplicáveis; ser tida em vista pelas partes, monopolizando, frequentemente, a atenção dos contraentes normais pela sua mera designação; infletir a concreta configuração dos deveres acessórios; e reportar o sentido teleológico da própria obrigação.

(133) Eisenberg, *The duty of care,* 951.

(134) Não pode ignorar-se o risco de inadequada interpretação dos factos pelo tribunal, dada a tendência para exagerar *ex post* a probabilidade *ex ante* de um evento, demonstrada inequivocamente pelos estudos de psicologia cognitiva. Cf. Richard A. Posner, *Economic analysis of law* (2007), 19. Sobre este risco na avaliação da conduta dos administradores e fiscalizadores, cf. Ferreira Gomes, *Da Administração à Fiscalização das Sociedades,* n.os de margem 2071, 2077, 2140, 2366-2370.

juízo deve ter sempre por referência o momento histórico da atuação (ou omissão) do devedor, não podendo tomar em consideração factos posteriores que não puderam ser atendidos pelo próprio devedor aquando da determinação da prestação orientada à prossecução dos melhores interesses da sociedade. Só poderá considerar os factos que o devedor conhecia ou devia conhecer naquele momento e não quaisquer outros posteriores([135]).

Na determinação dos factos que o administrador/fiscalizador conhecia ou devia conhecer, deve ter-se em conta que a decisão deste sobre a relevância ou irrelevância de determinada informação é formulada em condições de incerteza, com restrições de tempo e sob pressão. Com efeito, cabe ao órgão em causa, em cada caso concreto, selecionar, compilar e sistematizar a informação já disponível, ajuizando sobre a necessidade de obtenção de informações adicionais, tendo em consideração os custos e os benefícios associados a esse processo face aos constrangimentos referidos. Estas considerações não podem deixar de se refletir na delimitação da conduta devida e no consequente juízo de cumprimento ou incumprimento da obrigação administração ou de vigilância([136]).

IV. A confiança depositada pelos administradores/fiscalizadores nas informações, conselhos ou opiniões de colegas seus, de membros de outros órgãos, de trabalhadores e colaboradores da sociedade e de terceiros que a esta prestam serviços (consultores, contabilistas, revisores de contas, advogados, jurisconsultos, etc.) é frequentemente sobrevalorizada no processo de determinação da conduta devida e de apreciação da conduta adotada. Naturalmente, não pode aceitar-se sem mais a afirmação de um administrador/fiscalizador de que confiou na informação errada que lhe foi prestada e que, como tal, não pode ser responsabilizado.

([135]) Neste sentido, é interessante notar o tratamento dado à questão, há muitas décadas, pela jurisprudência norte-americana. *Vide, v.g.*, o acórdão *Otis & Co. v. Pennsylvania R. Co.*, de 1945 (61 F.Sup 905), relativo ao desenvolvimento jurisprudencial da *BJR* nos EUA. Cf. Ferreira Gomes, *Da Administração à Fiscalização das Sociedades,* 826-827 (n. 2918).

([136]) Peter Hommelhoff, *Die Konzernleitungspflicht: zentrale Aspekte eines Konzernverfassungsrechts*, 1982, 173-174.

Está aqui em causa o princípio jus-societário da confiança *(reliance)*, desenvolvido no sistema norte-americano(137) e transposto para os nossos quadros dogmáticos(138), nos termos do qual a exclusão da responsabilidade civil com base na confiança depositada na informação (errada ou incompleta) recebida depende da verificação dos seguintes requisitos: (*i*) a *razoável* convicção do sujeito de que aquele que presta informações, conselhos ou opiniões era fiável e competente; (*ii*) a comunicação, pelo sujeito àquele que prestou informações, conselhos ou opiniões, de todos os factos de que este necessitava para o efeito e aos quais não tinha acesso direto; (*iii*) a obtenção, pelo sujeito, de informações, conselhos ou opiniões errados; (*iv*) a não detecção do erro pelo sujeito na sua análise crítica (controlo de plausibilidade) das informações, conselhos ou opiniões recebidos; e (*v*) a atuação do sujeito de acordo com tais informações, conselhos ou opiniões.

Este tema foi por nós recentemente tratado noutro estudo, para o qual remetemos(139).

9. O dever de atuar segundo critérios de racionalidade empresarial (art. 72.º/2)

I. A questão da "atuação de acordo com critérios de racionalidade empresarial" (art. 72.º/2) é particularmente complexa, impondo uma análise cuidadosa.

Tem sido afirmado que a "racionalidade empresarial" corresponde à racionalidade económica, especificada quanto ao "fim" da

---

(137) *Vide*, em particular, a sistematização de Douglas W. Hawes e Thomas J. Sherrard, Reliance on advice of counsel as a defense in corporate and securities cases, *Virginia Law Review*, 62:1 (1976), 1-148.

(138) Cf. Ferreira Gomes, *Reliance*: *Exclusão da responsabilidade civil*, Id., *Da Administração à Fiscalização das Sociedades*, 779-802, Holger Fleischer, Vertrauen von Geschäftsleitern und Aufsichtsratsmitgliedem auf Informationen Dritter: Konturen eines kapitalgesellschaftsrechtlichen Vertrauensgrundsatzes*, Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, 30:30 (2009), 1397-1406.

(139) Ferreira Gomes, *Reliance*: *Exclusão da responsabilidade civil,* cit.

sociedade (a consecução de lucros), ou seja, a consecução de lucros com o mínimo de dispêndio de meios (princípio da economia de meios) ou a consecução, com dados meios, do máximo grau de realização do fim (princípio do máximo resultado)([140]). O dever de tomar decisões *não irracionais* corresponderia então ao "dever jurídico *mínimo* do administrador", sucedâneo do dever de tomar decisões razoáveis([141]).

Estas coordenadas, sendo úteis, não são determinantes para a densificação do conceito, que depende da identificação do seu papel no sistema de responsabilidade civil dos administradores e fiscalizadores.

Quanto a este aspeto, não nos parece de acolher a elevação deste elemento da previsão normativa do art. 72.º/2 a bitola de apreciação do mérito das decisões empresariais, no sentido pretendido, *v.g.*, por Ricardo Costa([142]) ou Coutinho de Abreu / Elisabete Gomes Ramos([143]), muito influenciados por alguma doutrina norte-americana. De acordo com estes autores, o mérito das decisões dos administradores não seria julgado com base em critérios de "razoabilidade", mas segundo "um critério de avaliação excecionalmente limitado": o administrador seria civilmente responsável apenas quando a sua decisão fosse considerada "irracional", nos termos da formulação dominante.

Não podemos aceitar a construção do n.º 2 do art. 72.º como padrão de revisão judicial, nos termos do qual se esvaziariam de conteúdo útil as obrigações de administração e de vigilância, substituindo os seus padrões de conduta pelos (mais leves) decorrentes desta norma. A letra da lei, a adequada ponderação sistemática desta

---

([140]) Coutinho de Abreu e Elisabete Gomes Ramos, *CSC em comentário*, 1 (2010), art. 72.º, 847, Coutinho de Abreu, *Responsabilidade civil*[2], 37-38. Esta ideia tinha sido já defendida pelo autor noutro estudo, a propósito dos deveres de cuidado: *Definição de empresa pública*, Suplemento ao BFDUC, 24 (1990), 153 ss.

([141]) Ricardo Costa, *Responsabilidade dos administradores*, 75.

([142]) Ricardo Costa, *Responsabilidade dos administradores*, 75.

([143]) Coutinho de Abreu e Elisabete Gomes Ramos, *CSC em comentário*, art. 72.º, 845 (=Coutinho de Abreu, *Responsabilidade civil*2, 37-38), aplicando os ensinamentos de Melvin Aron Eisenberg, Obblighi e responsabilità degli amministratori e dei funzionari delle società nel diritto americano, *Giurisprudenza Commerciale*, 19:1 (1992), 617-636.

norma, bem como a compreensão da sua *ratio*, tal como indiciada pela proposta da CMVM de alteração do CSC em 2006, implica uma outra perspetiva: o requisito de atuação de acordo com critérios de racionalidade empresarial traduz uma concretização ou densificação das obrigações de administração e de vigilância, de tal forma que o seu teor normativo decorria já das proposições gerais.

II. Não podendo esvaziar de conteúdo a dimensão substantiva de tais proposições e não podendo valer como *«expressão-síntese de todos os deveres em que se desdobra a conduta a que funcionalmente estão adstritos os administradores»*(144) ou fiscalizadores, deve reconhecer-se que estamos perante uma concretização ou densificação da dimensão procedimental daquelas obrigações(145).

Esta dimensão procedimental decorre da configuração de tais obrigações como obrigações de meios, cujo cumprimento só tem lugar quando o resultado é *adequadamente tentado*(146). O Direito exige, assim, a observância de um procedimento adequado. A escolha que, por mera sorte — e não por decorrência de um procedimento adequado —, foi acertada, não corresponde ao cumprimento da obrigação de administração ou da obrigação de vigilância. Traduz um comportamento negligente com as consequências que daí advêm(147). Na medida em que o devedor prove, em juízo, que atuou em termos informados, livre de interesses pessoais e segundo critérios de raciona-

---

(144) Carneiro da Frada, *A business judgment rule*, 95.

(145) No mesmo sentido, Carneiro da Frada, *A business judgment rule*, 94-95, Nuno Trigo Reis, *Os deveres de lealdade*, 326 (n. 142).

(146) Cf. Ferreira Gomes, *Da Administração à Fiscalização das Sociedades*, 713-722.

(147) No mesmo sentido, afirma Carneiro da Frada, *A business judgment rule*, 95-96, que a exclusão de responsabilidade depende da demonstração positiva da conformidade da conduta do devedor com os critérios do art. 72.º/2: *«[os administradores] têm o dever de adequar o seu comportamento a essas regras, só essa adequação os salva da responsabilidade»*. O autor alerta, porém, para o facto de esta interpretação constituir, *na prática*, um estímulo aos administradores para adequarem as suas práticas de gestão empresarial aos *standards* normalmente reconhecidos e adquiridos como práticas de boa gestão, prejudicando a busca de mais audazes formas de a levar a cabo. Parece-nos que este é um risco que deve ser tido em consideração, sem prejuízo de, *tecnicamente*, a norma impor apenas que os administradores e fiscalizadores fundamentem adequadamente as suas opções no *iter* decisional, não se limitando a seguir acriticamente o seu instinto ou intuição na gestão de bens alheios.

lidade empresarial, em princípio demonstra o cumprimento da *dimensão procedimental* da sua obrigação, sem prejuízo de se poder ver forçado ainda a demonstrar que o resultado produzido se enquadra dentro das alternativas normativamente admissíveis, *i.e.*, dentro da sua margem de discricionariedade *(dimensão substantitva ou de mérito)*([148]).

III. Como ensina CASTANHEIRA NEVES, a racionalidade traduz a relação entre uma certa posição ou conclusão e certos pressupostos, sejam materiais, sejam formais, que discursivamente a sustentam([149]). É a característica de um pensamento que tem ou se propõe ter validade objetiva, aferida pela "capacidade de fundamentação" e pela "criticibilidade" da medição racional-discursiva das suas posições ou conclusões([150]).

Assim, o dever de atuação segundo critérios de racionalidade económica impõe uma *atuação* racional — não baseada em critérios de mera intuição — e não uma decisão num sentido ou noutro. A delimitação das opções de gestão ou de vigilância normativamente admissíveis decorre da concretização das obrigações administração e de vigilância perante a bitola de diligência normativa e não perante um padrão de racionalidade empresarial([151]).

Tanto na obtenção de informação, como na sua avaliação e na reação aos problemas eventualmente detetados, o devedor deverá pautar a sua atuação por critérios de racionalidade empresarial.

Em suma, trata-se de saber se, no *iter* decisional, foram adequadamente ponderadas todas as alternativas, os riscos inerentes,

---

([148]) Caso a sociedade alegue não ter sido alcançado um resultado subalterno que o deveria ter sido. Sobre a distribuição do ónus da prova, FERREIRA GOMES, *Da Administração à Fiscalização das Sociedades*, 899-902 (n. 3238).

([149]) As suas antíteses são a "intuição" e a "emoção", atitudes vivenciais sem pressupostos de fundamentação e justificação.

([150]) ANTÓNIO CASTANHEIRA NEVES, *Metodologia jurídica: Problemas fundamentais* (1993), 34-35.

([151]) Contrariamente ao sustentado por CARNEIRO DA FRADA, *A business judgment rule,* 93, para quem os elementos do n.º 2 do art. 72.º são de tomar como distintos entre si, deve reconhecer-se que pelo menos o dever de obtenção de informação (reforçado por esta norma) se cruza necessariamente com o dever de atuar segundo critérios de racionalidade empresarial.

as vantagens e desvantagens ou se, pelo contrário, a decisão se baseou apenas no instinto ou na intuição do devedor ou se, pior ainda, traduziu a opção que lhe exigia menor esforço.

Não se pretende com isto negar a importância do instinto e da intuição dos administradores e fiscalizadores para o sucesso da empresa. Simplesmente, por estar em causa a gestão de bens alheios (entendida agora em sentido amplo), deve o devedor sujeitar as conclusões decorrentes do seu instinto e intuição a um processo racional de confirmação(152).

10. Os deveres de cuidado como "novidades" da reforma de 2006?

I. Será que estes "deveres de cuidado" constituíram, em 2006, novidades no nosso sistema, como pretende alguma doutrina? Será que se pode afirmar que, antes da reforma de 2006, os administradores e fiscalizadores não tinham que revelar disponibilidade, competência técnica e o conhecimento da atividade da sociedade adequados às suas funções? Podiam ser indisponíveis, tecnicamente incompetentes e sem conhecimento do que se passava na sociedade? Não nos parece(153).

---

(152) Neste sentido, cf., *v.g.*, Holger Fleischer, Die "business judgment rule": vom Richterrecht zur Kodifizierung, *Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, 25:15 (2004), 685-692 (691), Matthias Graumann, Der Entscheidungsbegriff in § 93 Abs. 1 Satz 2 AktG — Rekonstruktion des traditionellen Verständnisses und Vorschlag für eine moderne Konzeption", *Zeitschrift fur Unternehmens- und Gesellschaftsrecht*, 40:3 (2011), 293-303 (299), Gerald Spindler, Prognosen im Unternehmensrecht, *Die Aktiengesellschaft*, 51:16 (2006), 677-689 (681-682).

(153) No mesmo sentido, cf. Menezes Cordeiro, *Direito das sociedades*, 13, 983, Catarina Pires Cordeiro, Algumas considerações críticas sobre a responsabilidade civil dos administradores perante os accionistas no ordenamento jurídico português, *O Direito*, 137:1 (2005), 81-135, 107-112, Vânia Magalhães, *A conduta dos administradores*, 379-380 (onde sustenta que os deveres de cuidado já estavam assimilados; não é correta a referência posterior da autora a uma "ampliação" dos deveres dos administradores, a p. 387), Moredo Santos e Vogler Guiné, *Deveres fiduciários*, 695.

Sem prejuízo da sua importância clarificadora na densificação dos conceitos, não deve aceitar-se como inovadora a redação dada pela reforma de 2006 ao art. 64.º. Esta traduz uma transposição da "dinâmica" dos deveres fiduciários dos administradores nos sistemas anglo-saxónicos(154). Ou seja, tem apenas um cariz densificador (que poderia resultar já do labor do intérprete-aplicador)(155) e um importante valor pedagógico(156).

Dito isto, o administrador/fiscalizador diligente deverá demonstrar, nomeadamente, disponibilidade, competência técnica e conhecimento da atividade da sociedade. Com a positivação destas concretizações das obrigações de administrar e de fiscalizar diligentemente a sociedade clarificam-se aspetos que, historicamente, foram objeto de intensa discussão jurisprudencial, em diferentes quadrantes.

II. Da mesma forma, o art. 72.º/2 — que alegadamente introduz entre nós a chamada *business judgment rule* — corresponde a uma concretização ou densificação da obrigação de prestar, na sua dimensão procedimental, que não exclui a necessidade de determinação dos resultados subalternos (que se podem dizer de "mérito") que se imponham (pela aplicação da bitola de diligência normativa) e da atuação em conformidade com os mesmos. Com exceção do dever de atuar livre de quaisquer interesses pessoais, reconduzível ao dever de lealdade hoje positivado no art. 64.º/1, *b*), estamos perante deveres de cuidado.

Dito isto, podemos concluir que também o art. 72.º/2 positiva soluções que já antes decorreriam de uma adequada interpretação das diferentes normas aplicáveis. Não corresponde, portanto, a um privilégio de limitação de responsabilidade civil, a uma suavização ou intensificação desta face ao regime precedente, nem a um qualquer teste ou padrão de revisão judicial. Corresponde apenas,

---

(154) Referimo-nos aqui ao conceito de "deveres fiduciários" nos termos desenvolvidos no sistema americano, sem paralelo no sistema britânico. Cf., sobre a questão, Barreto Menezes Cordeiro, *Deveres fiduciários de cuidado*, 617-640.

(155) Neste sentido, cf. STJ 1-abr.-2014 (Fonseca Ramos), Proc. 8717/06, analisado no ponto seguinte deste texto.

(156) Ferreira Gomes, *Conflitos de interesses*, 205-206.

repita-se, a uma concretização parcial das obrigações de administração e de vigilância, na sua dimensão procedimental(157).

Estas, sendo obrigações de meios, vinculam o devedor a *tentar adequadamente causar o resultado definidor*. Delas resulta a exigência de cumprimento de um procedimento diligente. A escolha que, por mera sorte — e não por decorrência de um procedimento adequado —, fosse acertada, não corresponderia ao cumprimento das suas obrigações.

(157) Cf. Ferreira Gomes, *Da Administração à Fiscalização das Sociedade,* 887-904, sobre as principais orientações doutrinais acerca do sentido do art. 72.º/2, e 913-915 sobre a nossa conclusão sobre o mesmo.

DIRECTIVAS ANTECIPADAS DE VONTADE: ANÁLISE PROSPECTIVA([1])

Pela D.ra Sandra Horta e Silva([2])

Sumário:

I. Introdução. II. Regime Legal. 1. Directivas Antecipadas de Vontade (DAV). *1.1.* Capacidade. 1.1.1. A Menoridade. *1.2.* Forma. *1.3.* Prazo, Modificabilidade, Revogação e Eficácia. *1.4.* Testamento Vital. *1.5.* Procurador de Cuidados de Saúde. **III. LADV: Uma Lei Necessária? IV. Conclusões. Bibliografia.**

I. Introdução

Um dos maiores desafios da bioética prende-se com o direito a morrer com dignidade respeitando a vontade da pessoa que se encontre num estágio incurável, irreversível, amputada da sua qualidade de vida e na estrita dependência de terceiros.

Dentro destes desafios, um assume especiais contornos, que se reporta às situações em que o doente se encontra incapaz de aceitar ou recusar certo tratamento, ou mesmo optar entre várias alternativas de tratamento, o mesmo será dizer, não está em condições de prestar o seu consentimento informado.

([1]) Trabalho apresentado em Julho de 2013 no VI Curso pós-graduado de Direito da Bioética da Faculdade de Direito de Lisboa e Associação Portuguesa de Direito Intelectual.

([2]) Advogada.

Dele emerge uma questão problemática que se prende com o direito do doente deixar consignada a sua pretensão de abdicar de quaisquer cuidados de saúde que não se mostrem hábeis a promover a cura, mas antes, tenham em vista somente o propósito de prolongar a vida de uma forma indigna, o que terá como única consequência retardar indefinidamente a morte.

Não admira por isso que tenha sido a Associação Portuguesa de Bioética uma das principais impulsionadoras do debate em torno das Directivas Antecipadas de Vontade e que culminou com a apresentação por parte daquela de um projecto de lei que tornasse legítima a sua execução.

Ao contrário do sucedido em Itália, onde a discussão parlamentar em torno das Directivas Antecipadas de Vontade caracterizou-se pela polémica, em Portugal primou pela consensualidade dando origem à aprovação da lei por unanimidade.

Está-se em crer que tal foi possível, porquanto desde logo ficou claro não se tratar de legalizar a eutanásia ou o suicídio assistido, mas antes, conferir aos cidadãos o direito de decidirem sobre a actuação dos prestadores de cuidados de saúde quando confrontados com o facto de o processo de morte já se encontrar instalado, sendo que qualquer terapêutica aplicável não mais lograria do que postergar por determinado período, mais ou menos longo, o inevitável momento da morte, a maior parte das vezes à custa do sofrimento e degradação física e mental do doente.

A morte nestes casos não é provocada pelo médico, constituindo antes uma fatalidade determinada pela própria doença ou sua evolução.

A Lei das Directivas Antecipadas de Vontade (LDAV), vem assim reforçar o direito à autodeterminação dos doentes como titulares que são dos bens da personalidade cuja preservação se pretende, colocando-os no centro decisor dos cuidados de saúde a serem aplicados e desde que estejam munidos das informações necessárias que lhes permita optar pelas alternativas de tratamento e das possíveis consequências que a aceitação ou rejeição possam acarretar.

II. Regime Legal

1. Directivas Antecipadas de Vontade (DAV)

As Directivas Antecipadas de Vontade são instruções elaboradas antecipadamente por uma pessoa maior de idade e capaz, em relação a tratamentos médicos que deseja aceitar ou recusar num momento futuro em que se encontre incapacitada de transmitir as suas próprias decisões.

Desta forma consagra-se o direito dos utentes de cuidados de saúde a optarem pela submissão ou não a qualquer tipo de intervenção médica, através da redacção de um documento no qual se estabelece orientações para o futuro que deverão ser observadas caso determinadas situações hipotéticas se venham a verificar.

Essas orientações, como se viu, podem assumir a forma de recusa de um determinado tratamento (recusa de uma cesariana, de quimioterapia, de transfusões de sangue, por exemplo), ou de pedido expresso para aplicação de um determinado tratamento, desde que, se revele adequado face à situação clínica actual e concreta em que o testador se encontre.

Desta constatação desde logo resulta que pedidos de tratamentos extraordinários desprovidos de esperança, que causem sofrimento e em nada contribuam para o bem-estar e prolongamento da vida, não vinculam o médico.

Ao contrário, desde que se comprove o estágio terminal e irreversível do doente, a interrupção do tratamento que o mantém vivo não configura qualquer acto ilícito, porquanto a morte é consequência natural e inevitável, pelo que, deixar o doente morrer é o único meio de se preservar a dignidade da pessoa humana.

De realçar que as Directivas Antecipadas de Vontade permitem orientar o prestador de cuidados de saúde não apenas quanto ao tipo, mas também quanto à intensidade do tratamento a adoptar.

As directivas são expressas pelo próprio através de documento escrito (Testamento Vital)([3]) ou por intermédio de um pro-

---

([3]) Art. 2.º, n.º 1 — *"As diretivas antecipadas de vontade, designadamente sob a forma de testamento vital, são o documento unilateral e livremente revogável a qualquer*

curador especificamente nomeado para tal fim, ao qual a lei designa de Procurador de Cuidados de Saúde(4).

Importa ainda referir que a eficácia das Directivas Antecipadas de Vontade não dependem tão só da comprovação de que em determinado momento o seu autor não está apto para decidir sobre os cuidados com sua saúde, mas também, da inexistência de probabilidade séria e efectiva de que venha a adquirir a sua capacidade decisória em tempo útil.

O diploma legal aplica-se a cidadãos nacionais, bem como, a estrangeiros e apátridas que residam em território português(5).

Sendo a adopção desta legislação sugerida pelo Conselho da Europa, na Recomendação 1418 (1999) sobre a Protecção dos Direitos do Homem e da Dignidade dos Doentes Incuráveis e dos Moribundos, associada ao facto de um considerável número de países que integram a União Europeia disporem de regulamentação sobre Directivas Antecipadas de Vontade, crê-se que a tendência evolutiva será a de ampliar o âmbito da aplicação da lei aos cidadãos da União Europeia, assim como, a estrangeiros e apátridas residentes com título de residência válido num Estado-Membro da União Europeia.

Deste modo e no que às Directivas Antecipadas de Vontade diz respeito, se garantirá o exercício desses direitos dos cidadãos da União Europeia, sempre que acederem a cuidados de saúde transfronteiriços.

---

momento pelo próprio, no qual uma pessoa maior de idade e capaz, que não se encontre interdita ou inabilitada por anomalia psíquica, manifesta antecipadamente a sua vontade consciente, livre e esclarecida, no que concerne aos cuidados de saúde que deseja receber, ou não deseja receber, no caso de, por qualquer razão, se encontrar incapaz de expressar a sua vontade pessoal e autonomamente".

(4) Art. 11.º, n.º 1 — *"Qualquer pessoa pode nomear um procurador de cuidados de saúde, atribuindo -lhe poderes representativos para decidir sobre os cuidados de saúde a receber ou, a não receber, pelo outorgante, quando este se encontre incapaz de expressar a sua vontade pessoal e autonomamente".*

(5) Art. 15.º, n.º 1 — *"É criado no ministério com a tutela da área da saúde o Registo Nacional do Testamento Vital (RENTEV), com a finalidade de rececionar, registar, organizar e manter atualizada, quanto aos cidadãos nacionais, estrangeiros e apátridas residentes em Portugal, a informação e documentação relativas ao documento de diretivas antecipadas de vontade e à procuração de cuidados de saúde".*

1.1. Capacidade

No que à capacidade respeita, a pessoa que pretender redigir Directivas Antecipadas de Vontade tem de preencher três requisitos cumulativos: ser maior de idade, não estar interdita ou inabilitada por anomalia psíquica e encontrar-se em condições de dar o seu consentimento consciente, livre e esclarecido para a prática de cuidados de saúde.

Tal resulta do disposto no art. 4.º da LDAV(6) que — sem querer tecer comentários à técnica legislativa utilizada — mais não é do que uma repetição do inserto no n.º 1 do art. 2.º do diploma legislativo em apreço.

Destes requisitos, aquele que poderá suscitar dúvidas no tocante à aplicação prática da lei, prende-se em averiguar se no momento em que o testador redige as suas directivas se encontra em condições de dar o seu consentimento consciente, livre e esclarecido para a prática de cuidados de saúde, o mesmo será dizer, se o mesmo possui aptidão para perceber a natureza de quaisquer tratamentos propostos no Testamento Vital, as suas consequências e efeitos adversos, assim como, os efeitos de recusa dos mesmos.

Tutelando a LDAV um conjunto de bens fundamentais do paciente assentes na doutrina do consentimento, este requisito permite assegurar que não se está perante uma decisão voluntarista, mas antes, perante uma directiva reflectida, única que poderá ser vinculativa para o prestador de cuidados de saúde.

Não se pode olvidar que foi a doutrina do consentimento informado, assente no princípio da autodeterminação, quem abriu as portas à criação das Directivas Antecipadas de Vontade, sendo inclusivamente muito ténue o plano de distinção entre ambas as

---

(6) Art. 4.º — *"Podem outorgar um documento de diretivas antecipadas de vontade as pessoas que cumulativamente:*

a) *Sejam maiores de idade;*

b) *Não se encontrem interditas ou inabilitadas por anomalia psíquica;*

c) *Se encontrem capazes de dar o seu consentimento consciente, livre e esclarecido."*

figuras jurídicas: enquanto naquele acto há a aceitação ou rejeição a determinado tratamento proposto para uma doença presente, nestas ocorre um consentimento ou dissentimento que se irá reportar a situações futuras.

Motivo pelo qual se aceitam algumas das críticas que visam este diploma legal e que se prendem com esta problemática.

Essas críticas vão no sentido de não se assegurar mecanismos que fomentem uma compreensão suficiente de quem redige as Directivas Antecipadas de Vontade, atendendo a que a maioria das pessoas são leigas nas matérias em apreço e não compreendem a complexidade técnica dos riscos associados a determinada terapêutica, desconhecendo ainda que cuidados se afiguram medicamente adequados para as situações em causa.

Efectivamente, não resulta do diploma qualquer norma que garanta esse esclarecimento, ao contrário por exemplo, do que ocorre na legislação austríaca([7]).

Timidamente se prevê que o outorgante possa recorrer a um médico para elaboração das Directivas Antecipadas de Vontade([8]).

Todavia, na falta de um dispositivo que preveja a participação obrigatória de um médico, entende-se que se deveria ter consagrado o envolvimento dos hospitais e demais entidades de saúde no sentido de transmitirem aos utentes que a eles recorrem, informações respeitantes às Directivas Antecipadas de Vontade.

Crê-se que o afastamento destes "parceiros", a par de outras circunstâncias que se esbaterão ao longo do presente trabalho, contribui para a fraca mobilização em torno desta lei por parte dos seus destinatários.

Porém, ainda se está a tempo de reverter a explanada situação e prestar ao cidadão informação adequada, mais concretamente aquando a publicação da aguardada regulamentação.

([7]) *"A instituição de uma disposição de paciente vinculativa tem de ser precedida de um amplo esclarecimento médico, incluindo uma informação sobre a natureza e consequências para o tratamento médico da disposição de paciente vinculativa (...)".*

([8]) Art. 4.º, n.º 2 — *"No caso de o outorgante recorrer à colaboração de um médico para a elaboração das diretivas antecipadas de vontade, a identificação e a assinatura do médico podem constar no documento, se for essa a opção do outorgante e do médico".*

E também consciencializar todas as partes interessadas para o facto da elaboração de Directivas Antecipadas de Vontade dever ser encarada como um processo reflexivo no qual o médico assistente e outros prestadores de cuidados de saúde, assumem um papel de particular relevância.

Por iniciativa governamental, poder-se-á, nomeadamente, promover programas e protocolos que visem acções informativas junto das populações, debates em associações e disseminação do formulário que vier a ser aprovado acompanhado de folhetos informativos sobre diversas opções individuais e quiçá inserção das questões relacionadas com as Directivas Antecipadas de Vontade em disciplinas escolares.

1.1.1. A Menoridade

Conforme já se referiu, para outorgar um documento de Directivas Antecipadas de Vontade, o utente dos cuidados de saúde tem de ser maior de idade.

Em bom rigor se apelarmos ao direito comparado, concluímos que noutros ordenamentos jurídicos é de dezoito anos o mínimo etário fixado para a redacção de Directivas Antecipadas de Vontade.

Conforme já foi referido, apesar de figuras distintas, os fundamentos que orientam o consentimento informado para a realização de um procedimento médico e as Directivas Antecipadas de Vontade assentam no mesmo princípio: o respeito pela autonomia pessoal do doente.

No entanto, e desde que se verifique competência e discernimento, a nossa ordem jurídica fixa os dezasseis anos como a idade em que se presume a capacidade para consentir e dissentir a realização de actos médicos — n.º 3, *in fine*, do art. 38.º do Código Penal.

Por isso, não nos parece coerente que a um menor com dezasseis anos, desde que consciente e com capacidade de discernimento quanto ao que pretende consentir ou dissentir possa aceitar ou recusar uma determinada terapêutica, mas não o possa fazer

através de um Testamento Vital, caso num momento futuro tenha a fatalidade de se encontrar num estado de inconsciência.

Motivo pelo qual algumas dúvidas se suscitam a propósito da incapacidade por menores de dezasseis anos, não se partilhando assim da solução legal encontrada, sabendo-se de antemão, que até com os maiores de idade há sempre a necessidade de se aferir o grau de reconhecimento da autodeterminação.

É certo que o ordenamento civil coloca a fasquia da maioridade nos dezoito anos — art. 122.º do Código Civil — mas não menos certo é que a lei civil encerra numerosas excepções, que lhe atribuem capacidade jurídica, nomeadamente em sede de direitos pessoais, como por exemplo, casar e testar.

Expoente máximo dessas excepções está patente no estatuto da emancipação plena, previsto no art. 132.º do Código Civil, de acordo com o qual a criança, maior de dezasseis anos de idade se pode emancipar pelo casamento, desde que realizado com a autorização dos progenitores.

A lei nestes casos equipara essas crianças aos maiores de dezoito anos.

À legislação nacional acrescem um sem número de instrumentos que conferem aos menores o direito a serem ouvidos, como é exemplo o art. 24.º, n.º 1, da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia([9]) e o art. 28.º da Declaração de Helsínquia da Associação Médica Mundial([10]).

Assim, defende-se que ao menor de dezasseis anos, na qualidade de sujeito de direitos fundamentais a quem é atribuído o direito de participar no processo de decisão sobre a sua vida e integridade pessoal, deveria ser dada a faculdade de redigir as suas próprias Directivas Antecipadas de Vontade.

([9]) *"As crianças têm direito à protecção e aos cuidados necessários ao seu bem-estar. Podem exprimir livremente a sua opinião, que será tomada em consideração nos assuntos que lhes digam respeito, em função da sua idade e maturidade".*

([10]) *"Quando se trate de um potencial sujeito de investigação considerado incapaz para decidir mas que pode dar assentimento a decisões acerca da sua participação na investigação, o médico deve procurar esse assentimento em acréscimo ao consentimento do representante legal. O dissentimento do potencial sujeito deve ser respeitado".*

1.2. Forma

As Directivas Antecipadas de Vontade têm de ser formalizadas através de um documento escrito, assinado presencialmente no notário ou quando este vier a ser criado, no "Registo Nacional de Testamento Vital" (RENTEV)([11]) perante um funcionário devidamente habilitado para o efeito.

O documento deverá conter a identificação completa do outorgante, o lugar, a data e a hora da assinatura e as opções e instruções relativas aos cuidados de saúde que se pretende ou não receber.

Já que se optou por um instrumento particular, porquanto o notário ou o funcionário do RENTEV só intervêm no acto de reconhecimento presencial da assinatura, acto que é permitido aos Advogados, não se compreende a exclusão destes últimos do procedimento.

Tal como os notários, os Advogados estão investidos de especiais deveres de prossecução de fins de utilidade pública.

À semelhança do que ocorre entre o médico e o paciente, existe uma especial relação de confiança entre o Advogado e o seu cliente (e que dificilmente se encontra na relação existente entre o autor das Directivas Antecipadas de Vontade e o notário) que permitiria orientar o outorgante não só na redacção, mas também na formalização do Testamento Vital.

Não foi esta a opção do legislador, o que se lamenta porquanto é desígnio da advocacia assegurar os direitos, liberdades e garantias dos cidadãos, também em apreço neste diploma legislativo.

1.3. Prazo, Modificabilidade, Revogação e Eficácia

As Directivas Antecipadas de Vontade são eficazes por um prazo de cinco anos a contar da sua assinatura, não se renovando

---

([11]) Art. 3.º, n.º 1 — *"As diretivas antecipadas de vontade são formalizadas através de documento escrito, assinado presencialmente perante funcionário devidamente habilitado do Registo Nacional do Testamento Vital ou notário(...)"*.

automaticamente sem que haja por parte do outorgante uma manifestação de vontade nesse sentido([12]).

Daí assumir especial interesse o expresso dever dos serviços responsáveis pelo registo informarem por escrito o outorgante das Directivas Antecipadas de Vontade e caso exista, o procurador de cuidados de saúde, da data de caducidade do documento, até sessenta dias antes do término do prazo([13]).

O Outorgante, desde que esteja capaz, tem ainda a possibilidade de revogar o documento a qualquer momento e sem qualquer formalidade.

As declarações de renovação, alteração ou revogação das Directivas Antecipadas de Vontade são sempre registadas no processo clínico do doente.

Igual registo se impõe sobre qualquer decisão de iniciar, não iniciar ou de interromper a prestação de um cuidado de saúde([14]), bem como, as decisões médicas que desatendam ao disposto na directiva antecipada de vontade e respectiva justificação (dando igualmente conhecimento das mesmas ao procurador de cuidados de saúde e ao RENTEV)([15]).

Como se vê, o processo clínico assume uma relevância decisiva no diploma regulador das Directivas Antecipadas de Vontade, em especial no registo de actos que atendam à alteração ou incumprimento da vontade expressa do seu outorgante.

Do processo clínico se inferirá a violação (ou não) do princípio da autodeterminação do doente.

([12]) Art. 7.º *"1 —O documento de diretivas antecipadas de vontade é eficaz por um prazo de cinco anos a contar da sua assinatura. 2 — O prazo referido no número anterior é sucessivamente renovável mediante declaração de confirmação do disposto no documento de diretivas antecipadas de vontade, de acordo com o disposto no n.º 1 do art. 3.º"*.

([13]) Art. 7.º, n.º 4 — *"Os serviços de RENTEV devem informar por escrito o outorgante de DAV, e, caso exista, o seu procurador, da data de caducidade do documento, até 60 dias antes de concluído o prazo referido no n.º 1"*.

([14]) Art. 6.º, n.º 3 — *"A decisão fundada no documento de diretivas antecipadas de vontade de iniciar, não iniciar ou de interromper a prestação de um cuidado de saúde, deve ser inscrita no processo clínico do outorgante"*.

([15]) Art. 6.º, n.º 3 — *"O responsável pelos cuidados de saúde regista no processo clínico qualquer dos factos previstos nos números anteriores, dando conhecimento dos mesmos ao procurador de cuidados de saúde, quando exista, bem como ao RENTEV"*.

Tal leva-nos a defender o carácter vinculativo das Directivas Antecipadas de Vontade, abrindo-se porém, algumas excepções legais que se poderão dividir em três grupos.

No Grupo I encontramos as excepções previstas no n.º 2 do art. 6.º([16]) da LADV:

— Quando se comprove que o outorgante não desejaria manter as DAV;

— Quando se verifique evidente desactualização da vontade manifestada em virtude do progresso dos meios terapêuticos;

— Quando as DAV não correspondam às circunstâncias de facto previstas pelo outorgante no momento da sua assinatura.

No Grupo II temos as excepções previstas no n.º 4 do art. 6.º([17]) da LADV que se prendem com situações de urgência em que as diligências para acesso ao conteúdo das Directivas Antecipadas de Vontade possam fazer perigar seriamente o estado de saúde ou a vida do outorgante.

Por último, no Grupo III temos a excepção prevista no art. 9.º, n.º 1 da LADV que ocorre sempre que seja invocado o direito à objecção de consciência.

Quando recorrer a este direito, o profissional de saúde deve indicar concretamente a que disposição ou disposições se refere, segundo o disposto no n.º 2 do art. 9.º.

A lei exige ainda que os estabelecimentos de saúde onde existam profissionais objectores de consciência que impossibilite o

---

([16]) *"As diretivas antecipadas de vontade não devem ser respeitadas quando:*
a) Se comprove que o outorgante não desejaria mantê-las;
b) Se verifique evidente desatualização da vontade do outorgante face ao progresso dos meios terapêuticos, entretanto verificado;
c) Não correspondam às circunstâncias de facto que o outorgante previu no momento da sua assinatura".

([17]) *"Em caso de urgência ou de perigo imediato para a vida do paciente, a equipa responsável pela prestação de cuidados de saúde não tem o dever de ter em consideração as diretivas antecipadas de vontade, no caso de o acesso às mesmas poder implicar uma demora que agrave, previsivelmente, os riscos para a vida ou a saúde do outorgante".*

cumprimento do disposto no documento das Directivas Antecipadas de Vontade, providenciem pela garantia do cumprimento do mesmo, adoptando formas adequadas de cooperação com outros estabelecimentos de saúde ou com profissionais de saúde legalmente habilitados — n.º 3 do art. 9.º.

Enquanto no Grupo III se pretende dar cumprimento a um direito constitucionalmente garantido, no Grupo I há uma preocupação decorrente do prazo de validade das directivas, garantindo que o teor daquelas espelhe a valoração passada e contemporânea do outorgante.

Por outro lado, pretende-se evitar que os avanços da medicina, porventura desconhecidos ou inexistentes à época da redacção da directiva, não traiam a real e efectiva vontade do outorgante, sendo que este conhecedor das novas alternativas de tratamentos médicos entretanto surgidas, não manteria a directiva nos termos em que a redigiu.

1.4. Testamento Vital

Quando expressas pelo próprio através de documento escrito as Directivas Antecipadas de Vontade assumem a forma de Testamento Vital.

Por se ter consagrado o uso da expressão "Testamento Vital", tem também sido esta a terminologia empregue, embora se discorde da mesma.

O Testamento Vital não se trata em bom rigor de um testamento, pois este acto jurídico apesar de realizado em vida destina-se a produzir efeitos jurídicos *postmortem*.

Assim, seria inoperante a inclusão num testamento de instruções acerca dos cuidados médicos a ter em conta, na medida em que este tem a sua eficácia jurídica suspensa até que se verifique a morte do testador.

Ao invés, o testamento vital tem eficácia *inter vivos* e as disposições que nele se encontram inseridas, são válidas e produzem os seus efeitos no período anterior à morte do testador.

Outra significativa distinção entre ambas as figuras prende-se com o facto do Testamento Vital incidir sobre direitos da personalidade, enquanto o testamento encontra-se essencialmente associado a direitos patrimoniais.

O termo "testamento" é de fácil apreensão por parte do cidadão comum que não só compreende a dimensão do instrumento jurídico, como facilmente o associa à possibilidade de em vida poder indicar a quem os seus bens serão adstritos no momento posterior à sua morte.

Por seu turno, a expressão "vital" não é suficiente esclarecedora para alterar este estado perceptivo.

Compreende-se que a natureza jurídica do acto não está no seu *nomen iuris*, mas sim no seu conteúdo, porém esta imprecisão terminológica não concorre para a promoção da utilização do instrumento jurídico "testamento vital" por parte dos utentes de cuidados de saúde e consequentemente obstaculiza que este novo direito dos cidadãos comece a ser conhecido e exercido com uma maior amplitude.

1.5. Procurador de Cuidados de Saúde

Um procurador de cuidados de saúde é uma pessoa nomeado pelo outorgante para interpretar e implementar as instruções escritas contidas no Testamento Vital ou na ausência deste, tomar decisões acerca dos cuidados de saúde, baseadas nos valores e intenções conhecidos do outorgante, quando este não estiver em condições de o fazer.

Neste sentido, em caso de conflito entre o documento de Directivas Antecipadas de Vontade e o procurador, é o conteúdo daquele que prevalece([18]), sob pena de se proceder a uma ilegítima substituição da vontade do outorgante.

([18]) Art. 13.º, n.º 2 — "*Em caso de conflito entre as disposições formuladas no documento de diretivas antecipadas de vontade e a vontade do procurador de cuidados de saúde, prevalece a vontade do outorgante expressa naquele documento*".

A procuração de cuidados de saúde assegura que a vontade do outorgante seja realmente executada, garantia que não é conferida a um mero Testamento Vital no qual inexista um representante que verifique se os procedimentos médicos adoptados são os efectivamente pedidos pelo outorgante.

Outra vantagem prende-se com uma maior viabilidade de adequar a vontade do outorgante a qualquer caso omisso que se venha a verificar no decurso do processo de cumprimento das directivas apostas no Testamento Vital.

Porém, um Testamento Vital bem redigido, garante uma maior fidelidade ao cumprimento da vontade do outorgante, evitando que o procurador venha a adulterar os reais interesses do doente.

Revela-se vantajosa esta opção de escolha do Procurador de Cuidados de Saúde uma vez que na sua ausência, em regra, será chamado a pronunciar-se um familiar com o qual o doente pode não ter qualquer tipo de relação de proximidade ou mesmo estar com ele desavindo.

Por outro lado, afasta-se qualquer problemática decorrente da definição de família, instituto cada vez mais mutável numa sociedade em constante transformação.

Qualquer pessoa maior de idade e na posse das suas capacidades e direitos pode ser constituída Procurador de Cuidados de Saúde.

É o que resulta da leitura conjugada dos n.os 1 e 2 do art. 11.º, resolvendo-se desta forma a aparente contradição existente entre estes dois números, uma vez que a formulação aposta no n.º 1([19]) prevê que "Qualquer pessoa pode nomear …" e a aposta no n.º 2([20]) refere "Só podem nomear e ser nomeadas procurador de cuidados de saúde as pessoas que preencham os requisitos do art. 4.º …".

([19]) Art. 11.º, n.º 1 — *"Qualquer pessoa pode nomear um procurador de cuidados de saúde, atribuindo-lhe poderes representativos para decidir sobre os cuidados de saúde a receber, ou a não receber, pelo outorgante, quando este se encontre incapaz de expressar a sua vontade pessoal e autonomamente"*.

([20]) Art. 11.º, n.º 2 — *"Só podem nomear e ser nomeadas procurador de cuidados de saúde as pessoas que preencham os requisitos do art. 4.º, com exceção dos casos previstos no número seguinte"*.

Defende-se igualmente (e pelos fundamentos já expostos aquando o tratamento da temática sobre a capacidade) que a procuração de cuidados de saúde poderia ser outorgada a menores a partir dos dezasseis anos de idade.

Tal solução em nada colidiria com o regime geral da representação voluntária, atendendo-se ao conteúdo do art. 263.º do Código Civil que sob a epígrafe Capacidade do Procurador dispõe que *"O procurador não necessita de ter mais do que a capacidade de entender e querer exigida pela natureza do negócio que haja de efectuar"*.

A lei igualmente prevê quem não pode ser nomeado procurador: os funcionários do RENTEV e do cartório notarial que intervenham nos actos regulados pela LADV e os proprietários e os gestores de entidades que administram ou prestam cuidados de saúde, a menos que tenham uma relação familiar com o outorgante.

A procuração de cuidados de saúde extingue-se por revogação do outorgante ou renúncia do procurador([21]).

Poderá ainda a procuração extinguir-se automaticamente sempre que cesse *"...a relação jurídica que lhe serve de base, excepto se outra for, neste caso, a vontade do representado"* — art. 265.º, n.º 1, *in fine*, do Código Civil por remissão do n.º 2 do art. 12.º da LDAV.

Poderá enquadrar esta previsão legal, a situação em que o outorgante seja vítima de um crime perpetrado pelo procurador de cuidados de saúde e contra este venha a apresentar queixa-crime.

([21]) Art. 14.º — *"1 — A procuração de cuidados de saúde é livremente revogável pelo seu outorgante. 2 — A procuração de cuidados de saúde extingue-se por renúncia do procurador, que deve informar o outorgante por escrito"*.

III. LADV: Uma Lei Necessária?

Também no âmbito do Direito, têm sido inúmeras as reflexões em torno das questões que vida e a morte suscitam.

Grande parte dessas questões encontrou resposta anteriormente à publicação do diploma que regula as Directivas Antecipadas de Vontade: poderia um utente de cuidados de saúde declarar, válida e antecipadamente, qual o tipo de tratamento que pretende ou não se submeter, caso futuramente se encontre em situação que o impossibilite de prestar seu consentimento?

Diante desta perspectiva de impossibilidade futura, poderia nomear um procurador, a quem caberia o ónus de em seu nome consentir ou dissentir sobre as intervenções médicas aplicáveis?

Esta constatação tem levado a que se levantem algumas vozes críticas sobre a necessidade deste diploma normativo, considerando-o um documento inútil que traduz a repetição de condutas que já poderiam ser adoptadas, porque admitidas pela legislação nacional e supra nacional.

O art. 9.º da Convenção para a protecção dos Direitos do Homem e da Dignidade do ser Humano face às aplicações da Biologia e da Medicina e ratificada pela República Portuguesa em Dezembro de 2001, diz que a vontade anteriormente manifestada no tocante a uma intervenção médica por um paciente que, no momento da intervenção, não se encontre em condições de expressar a sua vontade, será tomada em conta.

Segundo o nosso ordenamento jurídico, em regra, uma intervenção ou tratamento médico-cirúrgico apenas pode ser efectuado com o consentimento do paciente, valorando-se o consentimento expresso se prestado por quem tiver mais de 16 anos e possuir o discernimento necessário para avaliar o seu sentido e alcance no momento em que o presta.

E por equiparação, valora-se ainda o consentimento presumido, invocado sempre que não se mostre possível obter a manifestação expressa da vontade do doente ou esperar por essa obtenção por haver perigo sério para a sua vida ou saúde na demora. Perante estas situações, a intervenção realizada sem o consenti-

mento actual do paciente não é punida, se efectuada nos termos do n.º 2 do art. 156.º do Código Penal.

Por outro lado, o disposto no n.º 2 do art. 46.º do Código Deontológico da Ordem dos Médicos, impõe a obrigação de se atentar nas directivas escritas.

No que à possibilidade de se nomear Procurador de Cuidados de Saúde respeita, o direito vigente em Portugal admite o regime de representação legal em matéria de direitos de personalidade, nomeadamente, através da permissão de outorga de procuração para efeitos de celebração do casamento e de perfilhação.

Assim sendo, não se vislumbra nenhum impedimento específico no que concerne à matéria de prestação de cuidados de saúde.

Para fundamentar a tese de inutilidade da LDAV, tem-se igualmente criticado a redundância de disposições insertas no n.º 2 do art. 2.º([22]): ora, *"não ser submetido a tratamentos que se encontrem em fase experimental"* e *"autorizar ou recusar a participação em programas de investigação científica ou ensaios clínicos"* constituem práticas já regulamentadas quer por instrumentos internacionais — o Código de Nuremberga, por exemplo — quer por diplomas nacionais.

Por outro lado, a prática de distanásia (prolongamento da vida de um doente incurável através de meios artificiais, inúteis e desproporcionados) é expressamente vedada no n.º 2 do art. 57.º do

---

([22]) *"Podem constar do documento de diretivas antecipadas de vontade as disposições que expressem a vontade clara e inequívoca do outorgante, nomeadamente:*

a) *Não ser submetido a tratamento de suporte artificial das funções vitais;*

b) *Não ser submetido a tratamento fútil, inútil ou desproporcionado no seu quadro clínico e de acordo com as boas práticas profissionais, nomeadamente no que concerne às medidas de suporte básico de vida e às medidas de alimentação e hidratação artificiais que apenas visem retardar o processo natural de morte;*

c) *Receber os cuidados paliativos adequados ao respeito pelo seu direito a uma intervenção global no sofrimento determinado por doença grave ou irreversível, em fase avançada, incluindo uma terapêutica sintomática apropriada;*

d) *Não ser submetido a tratamentos que se encontrem em fase experimental;*

e) *Autorizar ou recusar a participação em programas de investigação científica ou ensaios clínicos".*

Código Deontológico da Ordem dos Médicos([23]) e as Ordens de Não-Reanimar([24]) constituem actualmente a realidade da boa prática médica estando incorporadas nas *leges artis* da profissão.

Efectivamente, pode-se concluir que em Portugal já existe legislação que contempla e regula as Directivas Antecipadas de Vontade, bem como, a possibilidade de nomear um procurador de cuidados de saúde.

Porém, no seu cumprimento por parte dos profissionais de saúde continua a ser considerado o livre arbítrio de acordo com o melhor interesse da pessoa doente.

Na ausência de legislação específica, tem-se dado primazia ao princípio *in dubio pro vita*, conferindo-se às directivas antecipadas, um valor indiciário na determinação da vontade presumida do doente.

Este diploma tem assim o mérito de garantir a protecção do direito à autodeterminação do cidadão, reforçando a sua autonomia prospectiva no âmbito da prestação de cuidados de saúde, conferindo às Directivas Antecipadas de Vontade um efeito compulsivo na decisão médica e não meramente indicativo.

Partindo-se da premissa de que, por desconhecer a linguagem técnica, o doente é a parte frágil na relação estabelecida com o médico, este diploma tem a capacidade de promover o exercício duma liberdade esclarecida e responsável.

O doente não é um *infirmus*, mas a realidade demonstra que em muitos dos momentos em que se vê obrigado a tomar decisões sobre a sua saúde, se encontra deveras debilitado, reacção natural para quem se vê confrontado com a doença e/ou com a morte.

([23]) *"[n]as situações de doenças avançadas e progressivas cujos tratamentos não permitem reverter a sua evolução natural, o médico deve dirigir a sua acção para o bem-estar dos doentes, evitando utilizar meios fúteis (...) que podem, por si próprios, induzir mais sofrimento, sem que daí advenha qualquer benefício"*.

([24]) *"as Ordens de Não-Reanimar (DNR-Order — Do-No-Resuscitate Order, ou mais correctamente DNAR-Order — Do Not Attempt Resuscitation Order) são a expressão mais visível da evolução recente da ética médica. De facto, não é hoje considerado má prática médica este tipo de instrução, ainda que o decurso natural da doença conduza inevitavelmente à morte da pessoa. Noutras palavras as Ordens de Não-Reanimar são hoje o standard da boa prática médica tendo sido plenamente incorporadas nas leges artis da profissão médica"* in Rui Nunes, Estudo n. E/17/APB/10: testamento vital. Parecer da Associação Portuguesa de Bioética.

Dá-se agora ao cidadão a possibilidade de redigir as suas directivas numa altura em que não só goza da plenitude de suas faculdades mentais, como também não se vê na iminência de tomar decisões apressadas num momento de particular dificuldade da sua vida, sobre os cuidados de saúde a serem-lhe ministrados.

IV. Conclusões

As Directivas Antecipadas de Vontade, quer assumam a forma de Testamento Vital, quer assumam a forma de Procuração de Cuidados de Saúde, são importantes instrumentos de afirmação da autonomia colocados à disposição dos cidadãos.

Esta lei tem o mérito de reconhecer inequivocamente validade e eficácia à possibilidade de qualquer pessoa antecipar o seu consentimento quanto aos cuidados médicos que deverão ser aplicados caso futuramente se encontre impossibilitada de manifestar a sua vontade.

Apresentam também a conveniência de eliminar eventuais conflitos entre a verdadeira intenção do doente e a de terceiros que venham a ser chamados para dar o consentimento ou dissentimento quanto a determinadas práticas médicas.

Poderá ainda constituir um estímulo para universalizar os cuidados paliativos e estreitar as relações médico-doente.

Porém, está-se em crer que a publicação da presente lei não alcançou o mérito de levar ao conhecimento da população a existência das figuras nela consagradas, perdendo-se uma oportunidade de consciencializar os cidadãos para um poder que não exercem.

A Lei aprovada na Assembleia da República, previa um prazo de 180 dias para a sua regulamentação([25]). Aguarda-se que com a publicação desta regulamentação a lei conheça alguns avanços no que respeita à sua disseminação junto dos cidadãos a que se destina.

([25]) Art. 19.º — *"O Governo regulamenta a presente lei no prazo de 180 dias a partir da entrada em vigor"*.

Bibliografia

FRADA, CARNEIRO DA, *A própria vida como dano? Dimensões civis e constitucionais de uma questão-limite*. Estudos em honra do Professor Doutor José de Oliveira Ascensão, [org.] Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, [ed. lit.] António Menezes Cordeiro; Pedro Pais Vasconcelos e Paula Costa e Silva, vol. I, Coimbra, Almedina, 2008.

LOUREIRO, JOÃO CARLOS, *Saúde no fim da vida: entre o amor, o saber e o direito*. In: Revista Portuguesa de Bioética, n. 4, Abril/Maio 2008.

MIRANDA, JORGE e RUI MEDEIROS, *Constituição Portuguesa Anotada*, Tomo I, 2.ª ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2010.

NETO, LUÍSA, *O direito fundamental à disposição sobre o próprio corpo (a relevância da vontade na configuração do seu regime)*, Coimbra, Coimbra Editora, 2004.

NEVES, MARIA DO CÉU PATRÃO, *Comissões de ética: das bases teóricas à actividade quotidiana*, Centro de Estudos de Bioética/Pólo Açores, 1996.

PEREIRA, ANDRÉ GONÇALO DIAS, *O consentimento informado na relação médico-paciente.* Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra — Centro de Direito Biomédico. Coimbra: Ed. Coimbra, 2004.

RAPOSO, VERA LÚCIA, *Directivas Antecipadas de Vontade: em busca da lei perdida*. Lisboa: Revista do Ministério Público, n. 125, Janeiro/Março 2011.

RIBEIRO, GERALDO ROCHA, *Quem decide pelos menores? (algumas notas sobre o regime jurídico do consentimento informado para actos médicos)*, Lex Medicinae — Revista Portuguesa de Direito da Saúde — Ano 7, N.º 14, 2011, Coimbra Editora, 2011.

SILVEIRA, MARIA MANUELA F. BARATA VALADÃO, *Sobre o Crime de Incitamento ou Ajuda ao Suicídio*, A.A.F.D.L., 1997.

SUPREMO TRIBUNAL DE JUSTIÇA

PROCESSO N.º 660/15.8YRLSB.L1.S1

Acordam no Supremo Tribunal de Justiça:

1. AA HOLDING II, SGPS, S.A veio propor contra BB — ESTACIONAMENTOS, S.A., CC, DD, EE e FF **acção especial de anulação de acórdão arbitral**, nos termos dos arts. 46.º e 59.º da Lei da Arbitragem Voluntária, aprovada pela Lei n.º 63/2011, de 14 de Dezembro, e dos arts. 644.º e segs. do CPC, pedindo que fosse anulado o Acórdão Arbitral de 26-03-2015, proferido no processo que, sob o n.º 8/2014/INS/AVS, correu termos no Centro de Arbitragem Comercial da Associação Comercial de Lisboa, da Câmara de Comércio e Indústria Portuguesa, em que foram partes a ora autora, como demandada, e os ora réus, como demandantes.

Alegou como fundamento de tal pretensão que:

Em 2002.09.04, a sociedade AA Imobiliária, SGPS, SA celebrou um contrato-promessa de compra e venda de acções com os ora RR, nos termos e condições constantes do documento que identificou e deu por reproduzido.

Na cláusula 14.ª do referido contrato-promessa de compra e venda de acções, de 2002.09.24, estipulou-se o seguinte:

"1. O presente contrato fica sujeito à lei portuguesa.

2. A resolução de qualquer litígio emergente do presente contrato será sujeita às regras do Tribunal de Arbitragem Comer-

cial do Centro de Arbitragem Comercial da Câmara de Comércio e Indústria Portuguesa/Associação Comercial de Lisboa, constituído por um ou mais árbitros designados pelas partes, de acordo com as referidas regras.

3. O Tribunal Arbitral apreciará os factos e julgará as questões de direito de acordo com o direito constituído, sendo as respetivas decisões irrecorríveis" (v. fls. 57 e segs. do Vol. I do Processo Arbitral n.º 9/2006/INS/AVS).

Em 2006.07.06, a sociedade AA Imobiliária, SGPS, SA, requereu ao Senhor Presidente do Conselho de Arbitragem do Centro de Arbitragem Comercial, a constituição de Tribunal Arbitral e apresentou a respectiva petição inicial.

Em 2009.07.14, o Tribunal Arbitral proferiu decisão arbitral do seguinte teor:

"6.º Julgar procedente o pedido de indemnização formulado pela Autora na parte relativa a:

a) *Danos emergentes resultantes das despesas realizadas pela Autora, ou por sua conta, no montante de € 656.386,83 (cf. supra III, n.º 6.1.1.);*

b) *Perda de lucros futuros calculados em função da participação da Autora em 52% do lucro que a sociedade GG, S.A. provavelmente irá auferir pela promoção e realização de um empreendimento imobiliário na Feira Popular, resultante da permuta com os terrenos do Parque Mayer, ou de um empreendimento a realizar nesses terrenos, considerando porém que o Tribunal não dispõe de elementos para a sua determinação actual (cf. supra III, n.º 6.3.).*

7.º Julgar procedente o pedido de aplicação da cláusula penal de indemnização mínima de cinco milhões de euros, estipulada no referido contrato-promessa, e, em consequência, condenar solidariamente os Réus no pagamento imediato à Autora de uma indemnização provisória de cinco milhões de euros,

nos quais já se incluem os provados danos emergentes de € 656.386,83 (cf. supra III, n.º 6.5.).

8.º Julgar procedente o pedido relativo a juros de mora legais e, em consequência, condenar solidariamente os Réus ao pagamento à Autora de juros sobre o montante de cinco milhões de euros, calculados, a partir da data da citação dos Réus para a presente acção, às taxas que resultarem da aplicação do artigo 102.º § 3.º, do Código Comercial (cf. supra III, n.º 7.2.).

9.º Remeter para decisão ulterior a liquidação do eventual dano excedente, que não poderá ultrapassar o valor de € 10.101.259,45, atualizado ao tempo da decisão, resultante dos lucros futuros a que se refere o n.º 6, alínea b), desta decisão, acrescido do montante de eventuais despesas extrajudiciais com honorários causadas pelo incumprimento que a Autora venha a provar (cf. supra III, n.os 6.5. e 7.3.)" (v. fls. 103-104 do acórdão; cf. Doc. 2, adiante junto e Processo Arbitral n.º 9/2006/INS/AVS).

Na fundamentação do acórdão do Tribunal Arbitral, de 2009.07.14, foram especificados os factos dados como provados no referido processo e referiu-se, além do mais, o seguinte:

"De harmonia com o que já se decidiu, a Autora alegou e provou danos no montante de € 656.386,83, emergentes do incumprimento do contrato-promessa (n.º supra III, n.º 6.1.1.).

Além disso, o Tribunal admitiu como muito provável que a Autora sofra outros prejuízos causados por aquele incumprimento, resultantes dos lucros cessantes futuros que podem advir da sua participação (em 52%) nos lucros que a sociedade emitente das acções que os Réus lhe prometeram vender provavelmente virá a auferir. Tais lucros serão provenientes do resultado da promoção do empreendimento imobiliário dos terrenos da Feira Popular, que a GGS.

A. adquiriu por permuta com os terrenos de que era proprietária no Parque Mayer, ou da promoção destes mesmos terrenos, se a permuta ficar sem efeito.

Mas o Tribunal não conseguiu apurar o montante de tais danos futuros, cujo cálculo está dependente do modo como se concretizem os vários factores de incerteza enunciados no ponto 6.3.

Com os dados disponíveis no processo, verifica-se que é altamente provável que o dano total da Autora causado pelo incumprimento dos Réus venha a atingir e a exceder o montante mínimo de indemnização estipulado na cláusula penal, visto que a diferença entre este valor (€ 5.000,000) e o montante que já é líquido (€ 656.386,83) deixa uma margem de € 4.343.612.17, que é muito inferior aos valores calculados no relatório pericial para os lucros cessantes futuros menos de metade do valor mais baixo (€ 8.777.687.80), que foi apontado pelo perito designado pelos Réus, e cerca de um quinto do valor mais alto (€ 21.548.017,40), que foi subscrito pelos dois peritos com a opinião maioritária.

Não há pois risco sério de o valor da cláusula penal ultrapassar o valor do prejuízo resultante do incumprimento (cf. art. 811.º, n.º 3).

Assim, o Tribunal julga procedente o pedido de indemnização na parte em que conduz à condenação imediata dos Réus no pagamento em regime de solidariedade do montante de cinco milhões de euros, contemplados na cláusula penal (nos quais já se incluem os danos emergentes de € 656.386,83).

Além disso, nos termos dos arts. 564°, n.º 2, e 565°, do Código Civil, e do artigo 661.º, n.º 2, do Processo Civil (seguindo de resto a sugestão das alegações de direito da Autora, pp. 94, 99 e 113), o Tribunal remete para execução de sentença a liquidação do eventual dano excedente" (v. fls. 97 e 98 do acórdão; cf. Doc. 2, adiante junto e Processo Arbitral n.º 9/2006/INS/AVS).

Em 2010.07.21, a A. na presente acção celebrou com a sociedade HH IMOBILIÁRIA, SGPS, S.A., (anteriormente denominada AA IMOBILIÁRIA, SGPS, SA), um contrato de cessão de direito litigioso, abrangendo todos os créditos daquela sociedade sobre os ora RR — BB — ESTACIONAMENTO, S.A., CC, DD, EE E FF —, "incluindo indemnizações, compensações e juros, que vierem a ser fixados".

2. Em 2014.02.11, os RR propuseram contra a A., no Centro de Arbitragem Comercial, acção que correu termos sob o n.º 8/ /2014/INS/AVS, tendo por objecto a **alteração ou modificação do decidido no precedente acórdão arbitral**, de 2009.07.14, tendo deduzido os seguintes pedidos, principais e subsidiários:

"a) Modificar os efeitos da Decisão Arbitral proferida em 14--07-2009, por forma a reduzir a prestação indemnizatória dos Demandantes ao valor do dano efectivamente sofrido pela Demandada, no valor de € 656.386,83,00, nos termos do disposto no art. 621° do Código de Processo Civil;

b) Condenar a Demandada na restituição aos Demandantes do que por estes tiver sido prestado em cumprimento da Decisão Arbitral de 2009, na parte que exceda o valor de € 656.386,83, acrescido de juros de mora, vencidos e vincendos, até ao efectivo cumprimento;

c) Condenar a Demandada no pagamento aos Demandantes das custas do litígio arbitral, incluindo honorários e despesas devidamente documentadas de árbitros, peritos e técnicos do presente litígio, incluindo honorários dos árbitros e despesas do processo, bem como os custos processuais conexos com a acção executiva em que a Demandada visa satisfazer o crédito indemnizatório, incluindo as despesas com a emissão e manutenção de garantia bancária prestada a título de caução para que a penhora fosse substituída e a execução suspensa, bem assim as quantias suportadas pelos Demandantes a título de imposto do selo.

Ou, caso improcedam estes pedidos por se entender não ser admissível a modificação da decisão arbitral transitada em julgado:

d) Condenar a Demandada na restituição aos Demandantes do que por estes tiver sido prestado em cumprimento da Decisão Arbitral de 2009, na parte que exceda o valor de € 656.386,83, acrescido de juros de mora, vencidos e vin-

cendos, até ao efectivo cumprimento, nos termos do enriquecimento sem causa (arts. 473.º, n.os 1 e 2, 479.° e 480.° do Código Civil);

e) *Condenar a Demandada no pagamento aos Demandantes das custas do litígio arbitral, incluindo honorários e despesas devidamente documentadas de árbitros, peritos e técnicos do presente litígio, incluindo honorários dos árbitros e despesas do processo, bem como os custos processuais conexos com a acção executiva em que a Demandada visa satisfazer o crédito indemnizatório, incluindo as despesas com a emissão e manutenção de garantia bancária prestada a título de caução para que a penhora fosse substituída e a execução suspensa, bem assim as quantias suportadas pelos Demandantes a título de imposto do selo" (v. fls. 69-70 da p.i. que aqui se dá por integralmente reproduzida; cf. no Processo Arbitral n.º 8/ /2014/INS/AVS).*

O pedido de alteração ou modificação do acórdão arbitral, de 2009.07.14, foi deduzido ao abrigo e sob expressa invocação do "art. 621.º do Código de Processo Civil, fundamentando-se no que os RR invocaram ser ***"factos jurídicos que sobrevieram ao trânsito em julgado da decisão arbitral"*** e que, na sua tese, "consistem no proferimento do Acórdão do Tribunal Central Administrativo Sul, que declarou a nulidade do loteamento municipal e, consequentemente, do contrato de permuta entre a P. GG, SA e o Município de Lisboa, a divulgação da intenção da Câmara Municipal vir a adquirir os terrenos do Parque Mayer e de recorrer à via da expropriação, caso tal se revele necessário, e a aprovação de um Plano de Pormenor para o Parque Mayer.

Em 2014.04.15, a ora A. apresentou contestação, impugnando motivadamente as razões de facto e de direito invocadas pelos ora RR, pugnando pela inadmissibilidade e improcedência da referida acção, deduzindo excepções, juntando documentos e requerendo a audição de testemunhas para prova dos factos que alegou e contraprova da matéria de facto invocada pelos ora RR.

Em 2014.06.20, os ora RR apresentaram resposta às excepções invocadas pela A., aproveitando ainda para responder à matéria de impugnação deduzida na contestação, bem como para juntar novos documentos aos autos, nomeadamente cópia do acordo de "transacção judicial e compromisso arbitral" outorgado, em 2014.04.15, com o Município de Lisboa, e já judicialmente homologado.

Em 2014.10.16 e em 2014.12.03, realizaram-se audiências arbitrais preliminares, com intervenção dos mandatários de ambas as partes, destinadas à discussão de questões suscitadas nos despachos, de 2014.09.12 e de 2014.10.29 Na sequência dos despachos arbitrais, de 2014.12.15 e de 2015.01.08, a A. e os ora RR apresentaram alegações finais escritas, em 2015.02.03.

Em 2015.03.26, o Tribunal Arbitral proferiu acórdão arbitral, em que apreciou e decidiu o mérito da acção proposta pelos ora RR contra a A., concluindo nos seguintes termos:

"Acordam, pelo exposto, neste Tribunal Arbitral, em:

1. Julgar a acção parcialmente procedente e reduzir o montante da pena estabelecida na cláusula penal de indemnização fixada, no anterior acórdão arbitral, em € 5.000.000 (Nos quais se incluíam os danos emergentes de € 656.386,83) para € 2.000.000 (nos quais se incluem os danos emergentes de € 656.386,83), acrescida de juros de mora sobre o montante de € 2.000.000, calculados às taxas que resultarem da aplicação do artigo 102.º § 3.º, do Código Comercial;

2. Decidir que a redução da pena determinada nos termos do número anterior produz efeitos a contar de 29 de Março de 2012.

Nestes termos:

a) *Os Demandantes continuarão obrigados a pagar à Demandada, desde 14 de Julho de 2009 (data do acórdão arbitral) até 29 de Março de 2012, juros sobre € 5.000.000, calculados às taxas que resultem da aplicação do artigo 102.º, § 3, do Código Comercial;*

b) *Os Demandantes ficarão obrigados a pagar à Demandada € 2.000.000, acrescidos, a contar de 29 de Março de*

2012, de juros sobre este montante, calculados às taxas que resultem da aplicação do artigo 102.º, § 3, do Código Comercial.

3. Condenar a Demandada a restituir aos Demandantes o que deles tiver recebido ou vier a receber relativamente à efectivação da cláusula penal, no que exceder o montante da pena agora fixado e respectivos juros, acrescido de juros, à taxa legal, até efectivo pagamento.

4. Julgar a acção improcedente, na parte restante"

3. Sustenta, na presente acção, a A. que este acórdão deverá ser **anulado,** com os fundamentos que a autora desenvolve, sintetizados nas seguintes conclusões:

1.ª O douto acórdão arbitral, de 2015.03.26, ao omitir por completo a discriminação dos factos considerados provados e não provados, bem como qualquer decisão sobre a matéria de facto, violou frontalmente o disposto no art. 205.º/1 da CRP e no art. 42.º/3 da LAV 2011 (cf. art. 23.º/3 da LAV 1986 e arts. 154.º e 607.º do NCPC), pelo que deverá ser anulado (v. art. 46.º/3/a)/VI da LAV 2011 e art. 615.º/1/b) do NCPC; cfr., neste sentido, Ac. Rel. Lisboa de 2014.06.17, Proc. 27984.12.3T2SNT.L1-A; Ac. Rel. do Porto de 2014.11.25, Proc. 245/14.6YRPRT, in <www.dgsi.pt>) — cf. arts. 23.º a 46.º do presente articulado;

2.ª O douto acórdão arbitral, de 2015.03.26, ao decidir "reduzir o montante de pena correspondente à cláusula processual", julgando a causa "segundo a equidade" (v. fls. 77 e segs. do acórdão; cf. Doc. 1, adiante junto), violou frontalmente a convenção de arbitragem, o art. 39.º da LAV 2011 e o art. 35.º do RCAC 2008, pelo que deverá ser anulado (v. art. 46.º/3/a)/III e IV da LAV 2009; cfr., neste sentido, Ac. Rel. do Porto de 2007.04.17, Proc. 721539; Ac. Rel. Lisboa de 2007.10.25, Proc. 7469/2007-6, in <www.dgsi.pt>) — cf. arts. 48.º a 60.º do presente articulado;

3.ª Contrariamente ao decidido no douto aresto em análise, o meio processual instaurado pelos RR é absolutamente inadmissível e inidóneo, destinando-se, em primeira linha, a afrontar o caso julgado da decisão arbitral, de 2009.07.14, bem como das demais decisões judiciais identificadas no art. 79.º deste articulado, pelo que nunca poderia deixar de ser rejeitado, com fundamento na sua manifesta impropriedade e inadmissibilidade — cf. arts. 61.º a 93.º do presente articulado;

4.ª O douto acórdão recorrido violou assim frontalmente a convenção de arbitragem, os arts. 1.º, 2.º e 39.º e 46.º/3/a)/iii da LAV 2011, os arts. 27.º e 28.º da LAV 1986, o art. 31.º do Regulamento de Arbitragem de 1987 e os arts. 40.º e 55.º do Regulamento de Arbitragem de 2008, pelo que deverá ser anulado (v. art. 46.º/3/a)/III e IV da LAV 2009; cf. Ac. Rel. Coimbra de 2015.04.21, Proc. 3486/12.7TBLRA.C1, in <www.dgsi.pt>) — cf. arts. 61.º a 94.º do presente articulado;

5.ª O douto acórdão arbitral, de 2015.03.26, foi proferido sem que previamente tenha sido concedida oportunidade à ora A. de produzir prova no que se refere a diversos factos relacionados com a acção de indemnização proposta pela ora R. BB, SA, que corre actualmente termos, sob o n.º. 290/11.3 TVPRT, na 3.ª Secção da 1.ª Vara Cível do Porto (v. arts. 100.º a 105.º da contestação), e com posições assumidas publicamente pelo R. CC, quanto ao valor da indemnização reclamado contra o Município de Lisboa, na acção arbitral proposta em execução do acordo de transacção, de 2014.04.15 (v., nomeadamente, arts. 116.º, 117.º e 153.º da contestação) — cf. arts. 96.º a 107.º do presente articulado;

6.ª A não realização das diligências de prova requeridas pela ora A. e a preterição dos princípios fundamentais referidos no art. 30.º/1 da LAV 2011 assumiram influência decisiva na resolução do litígio, tendo o douto acórdão arbitral, de 2015.03.26, violado frontalmente os princípios do contraditório, da igualdade e da proibição de indefesa, o disposto no art. 20.º da CRP, no art. 30.º/1 da LAV 2011 e nos arts. 29.º e 30.º do RCAC 2008 (cf. art. 16.º da LAV 1986), pelo que deverá ser anulado (v. art. 46.º/3/a)/ii da LAV 2011; cf. Ac. Rel. Coimbra de 2010.07.14, Proc. 102/10.5

TBSRE.C1; Ac. STJ de 2012.05.29, Proc. 5971/ /09.9. TBOER.S1, in <www.dgsi.pt>) — cf. arts. 96.º a 107.º do presente articulado;

7.ª As normas dos arts. 1.º, 2.º, 30.º, 39.º, 42.º/3 e 46.º/3/a) *da LAV 2011 e dos arts. 29.º, 30.º, 38.º/e), 40.º e 55.º do RCAC 2008, com o sentido e alcance normativo que lhes foi atribuído e aplicado no douto acórdão arbitral, de 2015.03.26, sempre seriam manifestamente inconstitucionais, por violação do disposto nos arts. 2.º, 9.º, 20.º, 203.º e 205.º/1 da CRP (cf. art. 204.º da CRP) — cf. arts. 47.º, 95.º e 108.º do presente articulado;*

8.ª A douta decisão arbitral em análise enferma ainda de manifestas omissões de pronúncia (v. arts. 46.º/3/a)/v) da LAV 2011 e arts. 23.º e 27.º da LAV 1986; cf. Ac. STJ de 2008.07.10, Proc. 08A1698; Ac. Rel. do Porto de 1997.06.12, Proc. 9730030, in <www.dgsi.pt>), pois não apreciou nem decidiu as seguintes questões, suscitadas pela A. na contestação apresentada no Processo Arbitral n.º 8/2014/INS/AVS, em 2014.04.15 e nas alegações, de 2015.02.03:

a) *O douto acórdão do TCA (Sul), de 2012.03.19, não constitui qualquer facto imprevisível, dado que foi proferido no âmbito de acção popular proposta, em 2005.07.20, que foi expressamente referida e considerada na douta decisão arbitral, de 2009.07.14 (v. n.º 6.3 dos fundamentos e n.os 108-K e 108-L dos FA);*

b) *O Acórdão do TCA (Sul), de 2012.03.19, nunca será objecto de execução ou cumprimento, pois a composição do litígio foi negociada extrajudicialmente pelos RR e pelo Município de Lisboa, nos termos do acordo de transacção celebrado, em 2014.04.15, encontrando-se actualmente exauridas quaisquer consequências lesivas que do citado aresto pudessem resultar para os ora RR.;*

c) *Face ao alcance e conteúdo do acordo de transacção, de 2014.04.15, e em que se regularam, além do mais, os termos da resolução "da questão dos lucros cessantes", dos "danos por quebra de oportunidade" e do "ressarcimento dos encargos com a imobilização do capital"*

(v. Cláusula 7.ª/2/b)), é manifesto que se encontram actualmente exauridos quaisquer efeitos dos pretensos factos supervenientes invocados pelos RR, que pretendem ser os únicos beneficiários das indemnizações acordadas com o Município de Lisboa;

d) *Na apreciação da questão da verificação e indemnização dos lucros cessantes ou danos futuros não pode desconsiderar-se que a reparação daqueles danos já foi judicialmente reclamada na acção proposta pela R. BB, S.A., que corre actualmente termos, sob o n.º 290/11.3 TVPRT, na 3.ª Secção da 1.ª Vara Cível do Porto (v. arts. 100.º a 105.º da contestação) — cf. arts. 109.º a 117.º do presente articulado.*

4. Citados, os réus contestaram, defendendo a improcedência da acção, tendo concluído nos seguintes termos:

— O douto Acórdão arbitral de 2015.03.26, assentou num Acórdão anterior que alterou só em partes específicas.

Tudo tem de ser visto neste contexto.

Pelo que o Acórdão não omitiu (muito menos, por completo) a discriminação dos factos provados e não provados, bem como qualquer decisão sobre a matéria do facto.

— O douto Acórdão arbitral de 2015.03.26 não julgou segundo a equidade. E se tivesse aplicado critérios de equidade, estaria a fazê-lo ao abrigo do art. 612.º do Código Civil, portanto, a aplicar o Direito Constituído.

— O meio processual invocado pelos ora Demandados, é admissível, idóneo e próprio, como acção modificativa do objecto de acção pretérita, como o decidiu o douto Acórdão de 2015.03.26, e sempre o entenderam a jurisprudência e os autores referidos supra (vd. nomeadamente Parecer do Professor Doutor Henrique Mesquita) — não tendo, consequentemente, o Acórdão violado a convenção de arbitragem.

— Não se vê que relação há entre o caso usado pelo Acórdão e a acção de indemnização proposta pela BB, relação afastada pelo douto acórdão de 2015 — vd. supra arts. 176.º e segs.

Compete ao tribunal julgar sobre a necessidade de prova quanto a elementos externos à acção.

Também não se vê qualquer relação entre eventuais (e não provadas) declarações do Senhor CC e o presente caso.

— As normas referidas como inconstitucionais na douta petição da Demandante são constitucionais, em si mesmas e na aplicação que delas faz o Acórdão em causa.

— Não se entende e não se aceita a relação estabelecida entre o Acórdão em causa, o acordo de transação realizado, a ação proposta pela BB no Porto, conexão afastada pelo Acórdão de 2015 (vd. supra arts. 176.º a 180.º)

5. No acórdão ora objecto de revista — em que se **julga a acção improcedente, absolvendo os RR. dos pedidos formulados —** apreciou a Relação os vários fundamentos da pretendida anulação do acórdão arbitral, tendo-os por improcedentes, nos seguintes termos:

I — A falta de fundamentação

A autora começou esta parte das suas alegações com uma análise, bem fundada em doutrina e abundante jurisprudência, da obrigatoriedade da fundamentação das decisões jurisdicionais, em termos que não mereceram oposição relevante por parte dos réus, nem suscitam maiores dúvidas ou reservas.

Subscrevem-se, pois, as seguintes considerações, extraídas dos arts. 23.º a 29.º da petição inicial:

«A obrigatoriedade de fundamentação das decisões judiciais encontra-se constitucionalmente consagrada no art. 205.º da CRP — "As decisões dos tribunais que não sejam de mero expediente são fundamentadas na forma prevista na lei" —, entendendo-se pacificamente que a exigência de fundamentação das decisões judiciais corresponde sem dúvida a um imperativo constitucional e constitui uma garantia integrante do conceito de Estado de Direito Democrático.

Cumprindo este imperativo, os arts. 23.º/3 e 27.º/1/d) *da LAV 1986, o art. 42.º/3 da LAV 2011, e o art. 38.º/e*) *do RCAC 2008 dispõem que a sentença arbitral "deve ser fundamentada" e indicar "os fundamentos da decisão", determinando a violação deste imperativo legal a anulação daquela decisão (v. art. 46.º/3/a)/VI da LAV 2011 e, anteriormente, art. 27.º/1/d*) *da LAV 1986).*

Nesta linha, a nossa doutrina tem considerado pacificamente que "no que respeita à falta de fundamentação da decisão arbitral não se verifica nenhuma especialidade relativamente a idêntico vício das decisões judiciais, pelo que tudo quanto se refere a estas será aplicável àqueles, pelo que a decisão arbitral "será anulável, por falta de fundamentação, se não forem enunciadas as razões em que se baseia.

Além disso, como tem também constituído jurisprudência pacífica, no domínio da impugnação judicial de decisões arbitrais e relativamente à aplicação dos citados arts. 23.º e 27.º da LAV 1986 e dos arts. 42.º/3 e 46.º da LAV 2011:

a) *O dever de fundamentar previsto na Lei da Arbitragem Voluntária corresponde integralmente ao idêntico dever previsto na Constituição da República e no CPC quanto aos Juízes dos Tribunais do Estado, e que é válido indistintamente tanto no que respeita à fundamentação, em matéria de facto e de direito, do decreto judicial proferido através da sentença ou acórdão sob escrutínio, como para a motivação do julgamento relativo à indicação dos factos provados e não provados na acção.*

b) *Procede a acção de anulação da sentença arbitral, por falta de fundamentação, sempre que seja completamente omissa quanto à motivação da decisão de facto e à discriminação dos factos não provados alegados pelo requerente como fundamento da reclamação e as partes não tenham acordado em sentido diverso.*

c) *A sentença arbitral, sob pena de anulabilidade carece de fundamentação de facto, ainda que sumária, que evidencie de molde concretizado a ponderação dos meios probatórios e o modo como, com base neles o julgador formou a sua convicção. E, também à semelhança do prescrito no*

art. 659.º do Código de Processo Civil, o art. 23.º 27.º da L. 31/86, de 29/08 impõe que seja feito um juízo apreciativo, motivado e justificado, quer dos factos quer do direito que, em termos interpretativos vai aplicar àqueles.

Como já se referiu, estas considerações não mereceram oposição relevante por parte dos réus, nem suscitam maiores dúvidas, não sendo questionável que a validade da decisão arbitral ora impugnada depende da sua fundamentação, de facto e de direito.

Não se justificando, pois, maiores considerações.

O que está verdadeiramente em causa é saber se a decisão arbitral não se mostra fundamentada, no que respeita a matéria de facto, em termos de justificar a sua anulação. O que passa, por um lado, pela determinação da medida da fundamentação necessária para assegurar a validade da decisão e, por outro, pela verificação dos termos em que a decisão foi fundamentada.

Em relação à primeira questão, da medida da fundamentação necessária para assegurar a validade da decisão, ou obstar à verificação do vício por falta de fundamentação, julga-se que deve ser reconhecida razão aos réus quando defendem que isso varia de caso para caso, afigurando-se que deve ser a necessária e adequada à compreensão do litígio e da decisão proferida. Sabendo-se que, como resulta da jurisprudência invocada pela autora, as meras insuficiências de fundamentação de facto não são fundamento de anulação.

Para além deste princípio geral, julga-se que a fundamentação de facto de determinada decisão jurisdicional não obedece a um modelo obrigatório, nem a forma legal, sendo apenas relevante que cada decisão especifique, de forma inteligível, a matéria de facto em que se funda.

A indicação de meios de prova só se torna necessária no caso de se pretender fixar matéria de facto impugnada. O que não é o caso dos autos, em que, ao menos aparentemente, a matéria de facto considerada não foi objeto de impugnação, para além de assentar em meios de prova plena, constituídos por documentos autênticos.

Por fim, a desconsideração de alguns factos, que não foram julgados provados nem não provados, não releva enquanto fundamento do pedido de anulação da decisão arbitral. Posto que, nos termos já referidos, essa desconsideração apenas é suscetível de configurar uma situação de insuficiência de fundamentação, que não é causa de anulabilidade.

Assim, a falta de uma decisão formal a fixar os factos provados e não provados e a respetiva fundamentação não é necessariamente fundamento de anulabilidade da decisão arbitral. Esse vício não ocorrerá se a decisão contiver a indicação segura dos fundamentos de facto em que assentou. Insistindo-se em que a desconsideração, mesmo que não justificada, de alguns factos apenas pode ser valorada como insuficiência de fundamentação, não sendo fundamento de anulabilidade.

Posto isto, julga-se que o acórdão arbitral identificou, de forma inteligível ainda que um pouco dispersa, a matéria de facto em que assentou a decisão.

Para este efeito importa considerar, como objetam os réus, que estamos perante uma ação modificativa de uma decisão arbitral anterior, fundada na superveniência de alguns factos que alteraram os pressupostos da verificação do dano reconhecido na primeira decisão. Pelo que decisão arbitral se movimentou entre a análise do sentido e alcance da primeira decisão, proferida no ano de 2009, e a valoração dos factos supervenientes que foram invocados para fundar a modificação do decidido.

A referida análise do acórdão de 2009 ocupou as primeiras onze páginas do acórdão agora impugnado. Nessa análise foram, designadamente, identificadas as pretensões deduzidas pelas partes, a decisão dada a cada uma delas e a respetiva motivação. E tudo isso constitui matéria de facto relevante para a nova decisão, sendo, assumidamente, um dos seus pressupostos essenciais.

Dessa matéria destaca-se o teor da decisão condenatória proferida no acórdão de 2009 e a respetiva fundamentação, que constam de fls. 6 a 11. Das quais resultou evidente que nessa decisão condenatória apenas foram considerados, para além das despesas relativas ao projeto imobiliário do Parque Mayer, os lucros cessantes futuros que proviriam da promoção do empreendimento

imobiliário previsto realizar nos terrenos da Feira Popular, ou, subsidiariamente, nos terrenos do Parque Mayer.

No seguimento, o acórdão fez a síntese das posições das partes nos articulados da nova ação, que visava modificar parcialmente a decisão de 2009. No que respeita à petição inicial, identificou, a fls. 13 a 17, os factos supervenientes em que a ação era fundada. Não sobrando dúvidas de que tais factos foram ali identificados como assentes, por documentados e não impugnados. De resto, em momento posterior, já na fase decisória, o acórdão dedica bastante atenção a estes factos, no sentido de verificar a sua efetiva superveniência e relevância para a decisão a proferir — cf. fls. 50 a 65 do acórdão — em termos que evidenciam que sempre foram considerado factos assentes.

E nada permite questionar esse pressuposto. Afigurando-se não ser questionável que esses factos, julgados supervenientes, integram a fundamentação de facto do acórdão agora impugnado. Tendo sido com base neles que o acórdão concluiu que a pena se tornou, à luz da própria decisão arbitral, manifestamente excessiva.

Prosseguindo, no que respeita à factualidade alegada na contestação, consta no acórdão:

— A fls. 21, a tramitação da ação de anulação do acórdão arbitral de 2009, e também da ação executiva requerida com base no mesmo acórdão, e respetiva oposição. O acórdão voltou a referir-se às decisões proferidas nestes dois processos, a propósito da questão da preclusão da invocação dos factos supervenientes, a fls. 66 a 68. Não é assim verdade que o acórdão tenha omitido qualquer referência aos concretos termos da ação de anulação e do processo executivo, como a autora alegou no art. 35.º das suas alegações.

— De fls. 22 a 29, outros factos alegados na mesma contestação, em especial a "minuta da transação judicial e compromisso arbitral", que pôs fim à ação popular e à ação administrativa especial referidas nos autos, de que foram transcritas as cláusulas que tinham significado processual para a presente ação arbitral. Expressão que traduz uma forma de fixação de matéria de facto considerada relevante.

Julga-se, assim, que o acórdão arbitral contém fundamentação de facto, e que, designadamente, estão bem identificados, e foram objeto de apreciação individualizada, os factos considerados supervenientes, em que assentou a conclusão de que a pena se tinha tornado manifestamente excessiva, à luz da própria decisão arbitral.

Conclusão que, contendendo com o mérito da ação arbitral não é suscetível de reapreciação nesta instância de simples anulação. E que, se o fosse, propenderíamos a confirmar inteiramente.

A autora alega ainda que não foram especificados os factos em que foi fundada a medida da redução da pena de € 5.000.000,00 para € 2.000.000,00. Mas, ainda aqui, a questão coloca-se nos mesmos termos. Como a própria autora reconhece, o tribunal teve em consideração a reparação dos lucros cessantes que os ali autores poderiam vir a obter nos termos admitidos na transação extrajudicial.

Para além disso, o tribunal teve em consideração, a fls. 77, o número e a complexidade dos litígios, os montantes envolvidos, o cruzamento entre operações negociais e atos regulamentares, o espetro de incerteza em que o tribunal arbitral confessadamente operou, e a necessidade de preservar a eficácia compulsória da cláusula penal.

Ou seja, a redução da cláusula penal foi justificada com fundamento nos elementos de facto identificados no acórdão, mostrando-se, pois, fundamentada, de facto e de direito. Não sendo, nessa medida, anulável. E não cabe nesta ação a apreciação do mérito do assim decidido.

No mais, reafirma-se que a falta de consideração de alguns factos alegados não constitui fundamento de anulação. Não relevando, assim, a falta de referência a determinada ação de indemnização que terá sido intentada pela sociedade BB SA contra os anteriores administradores da sociedade Parque Mayer SA, referida nos arts. 100.º a 105.º da contestação apresentada pela ora autora na ação modificativa. O mesmo devendo concluir-se em relação às posições que terão sido publicamente assumidas pelo aqui réu Domingos Névoa relativamente ao valor da indemnização peticionada contra o Município de Lisboa. Não cabe na economia

da presente ação apreciar a eventual relevância desses factos para a decisão, pois que isso contende com o mérito da decisão. E a esta não pode ser imputado o vício de falta de fundamentação.

Nas suas alegações a autora refere ainda que a falta da decisão sobre matéria de facto conduziu a conclusões de direito contraditórias. Pois que, por um lado, concluiu-se que foi o acórdão do Supremo Tribunal Administrativo, de 09-06-2014 que fez transitar em julgado o acórdão do Tribunal Central, de 29-03-2012, e, por outro, considerou-se ser esta data, (29-03-2012), a relevante para efeitos de verificação da superveniência.

Mas não se afigura possível estabelecer qualquer ligação entre a forma como foi fixada a matéria de facto, designadamente a respeitante aos referidos acórdãos do TCA e do STA e as referidas conclusões de direito. E, sobretudo, não se reconhece a existência da apontada contradição. Parecendo seguro que uma decisão judicial só transita, e se torna definitiva, depois de não ser passível de reclamação ou de recurso ordinário. Mas que, depois de transitada, produz efeitos por referência à data em que foi proferida, e não a partir do seu trânsito em julgado, a menos que tenha sido alterada nesse sentido.

Finalmente não parece que este entendimento dos limites da ação de anulação ofenda regras ou princípios constitucionais. O recurso à arbitragem está na disponibilidade das partes, que, como a autora também refere nas suas alegações, sabem com o que contam, designadamente quanto aos meios de impugnação da decisão arbitral. No art. 68.º das suas alegações, a própria autora escreveu, em citação de Manuel Pereira Barrocas, na obra ali identificada:

«A adopção do princípio da definitividade da sentença arbitral é, assim, um tema de identidade e de cultura da arbitragem (...)

Quem prefere a arbitragem à jurisdição judicial sabe com o que conta, por isso lhe é dada a faculdade de escolher os árbitros, definir as regras do processo e obter as vantagens próprias da arbitragem.

Ficará para a acção de anulação a impugnação da sentença arbitral naqueles casos alarmantes de má administração da justiça, sobretudo a violação dos princípios fundamentais do procedimento arbitral e da ordem pública (...).

Afigurando-se seguro que o acórdão ora impugnado não pode ser considerado como " um caso alarmante de má administração da justiça, ou de violação dos princípios fundamentais do procedimento arbitral e da ordem pública".

Pelo que se conclui pela improcedência deste fundamento do pedido de anulação.

II — A decisão segundo a equidade.

Muito brevemente, julga-se que também não deve ser reconhecida razão à autora na questão aqui suscitada.

De facto, ao decidir como decidiu, o Tribunal Arbitral limitou-se a aplicar a disposição legal contida no art. 812.º do C. Civil, que estabelece a possibilidade de redução da cláusula penal de acordo com a equidade quando for manifestamente excessiva, ainda que por causa superveniente, ferindo de nulidade qualquer estipulação em sentido contrário.

Pelo que o entendimento da ora autora, de que a celebração de convenção arbitral excluía a possibilidade de redução equitativa da cláusula penal abrangida por essa convenção terá de ser considerado infundado. Ou a convenção arbitral seria nula nessa parte, por ofensa direta ao preceituado na referida disposição legal.

Não podendo, em qualquer caso, ser recusada a possibilidade de redução equitativa da cláusula penal.

Improcedendo também este fundamento da impugnação.

III — A impropriedade e a inadmissibilidade de uma ação modificativa de um acórdão arbitral transitado em julgado.

Lendo as alegações da autora numeradas do arts. 61.º a 95.º, onde é fundada a conclusão ora em apreço, verifica-se que toda a sua argumentação se funda na inalterabilidade do caso julgado formado pela decisão arbitral transitada, que abrange não apenas a decisão, mas também os seus pressupostos fundadores.

Em seu entender, uma vez que a decisão arbitral de 2009 já não podia ser alterada através dos meios admissíveis de impugnação, também não poderá sê-lo através de uma forma atípica, que não estava, nem poderia estar abrangida pela convenção de arbitragem.

E o preceituado no art. 621.º do CPC não seria aplicável no caso.

Mas também aqui não se reconhece razão à autora.

Começando pelo fim, parece seguro que o preceituado no art. 621.º do CPC, que define o alcance do caso julgado, é aqui aplicável. É o que resulta do preceituado no art. 42.º, n.º 7 da LAV de 2011 nos termos do qual, a decisão arbitral que já não seja suscetível de alteração nos termos do art. 45.º tem o mesmo caráter obrigatório entre as partes que a sentença de um tribunal estadual transitada em julgado. Ou seja, os efeitos do caso julgado formado por uma decisão arbitral são idênticos aos produzidos pelas decisões dos tribunais estaduais. Incluindo, portanto, a norma do referido art. 621.º do CPC, que integra a definição desses efeitos.

Depois, o que está em causa no caso dos autos, é a admissibilidade de uma ação modificativa do caso julgado formado por uma decisão arbitral, com fundamento em factos jurídicos supervenientes, questão a que o tribunal arbitral respondeu afirmativamente, também com base no parecer junto aos autos, da autoria do Professor Henrique Mesquita. E, salvo erro, a autora não enfrentou diretamente esta questão, limitando-se a insistir na intangibilidade do caso julgado formado pela decisão arbitral.

Ora, sendo a primeira vez que nos vemos confrontados com esta questão, não vemos como poderá ser recusada a possibilidade de uma decisão jurisdicional ser modificada se os factos em que assentou vierem a sofrer alteração relevante posterior, designadamente, deixando de se verificar. Sendo evidente que o trânsito em julgado da decisão não tem a virtualidade de conformar a realidade ao que nela foi pressuposto. E se alteração da realidade relevante, verificada na pendência da causa, deve ser atendida na decisão a proferir, se for oportunamente invocada pela parte interessada, também devem poder ser atendidas as alterações de facto supervenientes, que contendam com a verificação dos pressupostos de facto da decisão já proferida, mesmo depois transitada.

Como se ponderou no acórdão ora impugnado, é apodítico que uma tal situação é merecedora de tutela jurisdicional e, por

conseguinte, não deve deixar de ser reconhecido o correspondente direito de ação.

Nesse sentido se pronuncia, em termos convincentes, o Professor Henrique Mesquita no parecer já referido. E também Paula Costa e Silva e Nuno Trigo dos Reis, no estudo citado a fls. 42 do acórdão arbitral, publicado na Revista da Ordem dos Advogados, ano 74 — Abril/Junho, fls. 425 e ss.

Sendo esse direito de ação que foi exercido pelos ora réus e reconhecido pelo acórdão agora impugnado.

Não se reconhecendo razão à autora também nesta parte.

IV — Da violação de princípios fundamentais do processo arbitral

Nestas conclusões a autora questiona o facto de não lhe ter sido dada a oportunidade de produzir prova sobre factos que alegou, nomeadamente relacionados com a ação de indemnização proposta pela ora R. BB, SA, (v. arts. 100.º a 105.º da contestação), e com posições assumidas publicamente pelo réu CC, quanto ao valor da indemnização reclamado contra o Município de Lisboa, na ação arbitral proposta em execução do acordo de transação, de 2014.04.15 (v., nomeadamente, arts. 116.º, 117.º e 153.º da contestação).

Concluindo que o acórdão arbitral violou frontalmente os princípios do contraditório, da igualdade e da proibição de indefesa, o disposto no art. 20.º da CRP, no art. 30.º/1 da LAV 2011 e nos arts. 29.º e 30.º do RCAC 2008 (cf. art. 16.º da LAV 1986), pelo que deverá ser anulado (v. art. 46.º/3/a)/ii da LAV 2011).

Está, assim, em causa saber se deveria ser dada à ora autora a oportunidade de produzir prova sobre determinados factos que alegou, e que não foram considerados no acórdão impugnado.

O que, segundo se julga, passa pela apreciação prévia da relevância desses factos para a decisão da causa. Ou seja, passa por um juízo sobre o mérito da causa.

Que não tem cabimento no âmbito de uma ação de anulação, em face do disposto no art. 46.º, n.º 9 da LAV de 2011.

Assim, não podendo o acórdão arbitral ser anulado por ter desconsiderado alguns factos alegados por uma das partes, a

questão apenas poderia ser equacionada em termos de erro de julgamento, o que apenas seria admissível no âmbito de um recurso, mas não de uma ação de anulação. Ao menos sem se evidenciar que o acórdão arbitral incorreu em erros grosseiros, que pudessem ser valorados como "um caso alarmante de má administração da justiça". O que não é, evidentemente, o caso, vista também a reconhecida autoridade dos senhores Árbitros.

Não podendo, assim, ser reconhecido o desrespeito de qualquer princípio processual, fundado no direito à produção de prova.

V — A questão de inconstitucionalidade

Muito brevemente julga-se que continua a faltar razão à autora, o que já se deduzia das respostas que foram sendo dadas às diversas questões suscitadas na presente ação de anulação.

A autora questiona, fundamentalmente, a admissibilidade da ação modificativa de anterior decisão transitada. Mas, com todo o respeito, inconstitucional seria não admitir a possibilidade dessa ação, uma vez assente que determinado segmento da anterior decisão assentou na pressuposição de factos futuros que acabaram por não se verificar.

No mais, não se vê que seja questionável a constitucionalidade das normas legais que suportam o entendimento de que a mera insuficiência de fundamentação não é causa de anulabilidade de qualquer decisão jurisdicional, ou que não permitem a reapreciação do mérito da causa no âmbito de uma ação de anulação.

VI — A omissão de pronúncia

Nesta última conclusão está em causa saber se o acórdão arbitral em análise omitiu pronúncia sobre as questões enunciadas nas alíneas a) *a c*). *E se na questão da verificação e indemnização dos danos futuros deve ser considerado o pedido de indemnização formulado na ação intentada pela R. BB, S.A., alegada nos arts. 100.º a 105.º da contestação.*

Com todo o respeito, julga-se que continua a não assistir razão à autora.

Em relação às questões referidas nas alíneas a) *a c*), *que estão interligadas e se reconduzem, afinal, à verificação da superveniência do acórdão do TCA de 19-03-2012, e à sua relevância como facto modificativo, o acórdão arbitral pronunciou-se, nos termos que constam do capítulo 4.1.1., onde consta, designadamente:*

«A Demandada alega que, extinta a instância nos termos da transacção, as decisões proferidas na acção administrativa não foram nem poderão ser objecto de execução:

O acordo teria "exaurido" os efeitos que poderiam extrair-se da acção administrativa especial que, ao tempo da decisão arbitral, se encontrava ainda em fase de recurso (alegações, p. 33).

Esta afirmação merece análise.

Recordemos os termos da acção administrativa que teve o seu epílogo no Supremo Tribunal Administrativo.

A acção foi proposta, no Tribunal Administrativo de Círculo de Lisboa, sendo Autor II e Réus o Município de Lisboa, GG e Epul — Empresa Pública de Urbanização de Lisboa.

Da sentença de primeira instância, foi interposto recurso para o Tribunal Central Administrativo Sul que declarou a nulidade da deliberação n.º 307/CM/2005 (que aprovara a operação de loteamento), do alvará de loteamento n.º 3/2005 e do contrato de permuta.

Interposto recurso de revista excepcional para o Supremo Tribunal Administrativo, pelo Município de Lisboa e por P. GG, foi, na parte que interessa, declarada extinta a instância, por desistência do recurso (decisão de 9 de Junho de 2014). Sendo assim, é de notar, com o devido respeito, que é excessivo afirmar que a transacção, com causa próxima no compromisso arbitral, "exauriu os efeitos que se poderiam extrair da acção administrativa".

Não sucedeu assim.

Na parte útil da decisão do Supremo Tribunal Administrativo, escreve-se:

"Analisada a pretensão dos requerentes:

— considerando que os Recorrentes, supra mencionados, no ponto 2 "(Município de Lisboa e Parque Mayer)" podem, de

acordo com o previsto no art. 632.º, n.º 5, do CPC, desistir parcialmente dos respectivos recursos de revista, nos termos por eles acordados;

— considerando que as demais partes na acção declararam, todas elas, nada ter a opor aos termos do acordo de transacção judicial e compromisso arbitral celebrado pelos Recorrentes, bem como ao pedido que os mesmos ora formulam ao tribunal;

— considerando que, de acordo com o previsto, respectivamente, nos arts. 283.º, n.º 2 e 280.º, n.º 1 do CPC, podem as partes transigir sobre o objecto da causa e acordar em que a decisão de toda ou parte dela seja cometida a um ou mais árbitros à sua escolha;

— considerando que o objeto da transacção e do compromisso arbitral se contém nos limites da disponibilidade das partes para acordarem quanto ao modo de dar execução às decisões anulatórias;

— considerando ainda o disposto nos arts. 27.º, n.º 1, al. e) do CPTA e dos arts. 277.º, alíneas b) e d), 28.º, 283.°, n.º 2, 284.º e 290.º, n.os 1, 3 e 4, do CPC, aplicável por força do artigo 1.° do CPTA, homologo o acordo dos Recorrentes, julgando válida a transacção judicial e o compromisso arbitral e declaro extinta a instância, nos termos requeridos, por desistência parcial dos recursos pendentes, transacção judicial e compromisso arbitral".

II não interveio no acto, salvo para manifestar a sua não oposição quer à transacção judicial quer ao compromisso arbitral.

Resulta deste quadro processual que as nulidades declaradas pelo Tribunal Central Administrativo Sul relativas ao loteamento e ao contrato de permuta se estabilizaram.

A transacção não destruiu nem inverteu o efeito destas nulidades, não sendo legítimo conceber que os factos reverteram à situação que existia anteriormente à propositura da acção administrativa especial.

Por outro lado, as sentenças declarativas de nulidade gozam sempre de eficácia erga omnes (ver, por todos, Paulo

Otero, Legalidade e Administração Pública, Coimbra, Almedina, 2003, pp. 1044 e 1045).

Assim também, a declaração judicial de nulidade de um acto administrativo (mesmo sob a forma de contrato) é oponível a terceiros (cf. Vieira de Andrade, loc. cit., pp. 62, 55, e Luís Cabral de Moncada, A nulidade do acto administrativo).

Efectivamente, nos termos do art. 283.º do Código dos Contratos Públicos, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 18/2008, de 29 de Janeiro, "os contratos são nulos se a nulidade do acto procedimental em que tenha assentado a sua celebração tenha sido judicialmente declarada ou possa ainda sê-lo".

O art. 185.º do CPA, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 442/91, de 15 de Novembro, com a alteração introduzida pelo Decreto-Lei n.º 6/96, de 31 de Janeiro, continha idêntica disposição.

Neste contexto, a declaração de nulidade do loteamento e da permuta que inviabilizou a promoção imobiliária dos terrenos da Feira Popular satisfaz aos critérios que enunciámos para a verificação da superveniência de factos.»

Assim, a questão da superveniência do acórdão do TCA foi apreciada e resolvida. E o mérito dessa apreciação não é sindicável no âmbito da presente ação, não havendo como apreciar aqui argumentos que não tenham sido considerados na decisão proferida. Uma vez que os meros argumentos não constituem questões a resolver, mas simples razões de decidir, cuja desconsideração apenas pode configurar erro de julgamento que, repete-se, não pode ser objeto de apreciação no âmbito da presente ação de anulação.

E o mesmo deve concluir-se em relação à questão, suscitada na al. d), de saber se na verificação e valoração dos danos futuros devia ser considerado o pedido de indemnização formulado pela R. BB, S.A., noutra ação. O que, passando pela apreciação da relevância desse facto para a decisão, consubstancia apreciação de mérito que, nos termos já referidos, não tem cabimento no âmbito da presente ação.

Ou seja, não cabe no âmbito da presente ação apreciar e decidir se determinado facto alegado deve ser atendido na decisão, posto que isso contende com o mérito da causa. Que só poderia ser reapreciado em via de recurso.

6. Inconformada com esta decisão, interpôs a A. o presente recurso de revista, que encerra com as seguintes conclusões que, como é sabido, lhe definem e delimitam o objecto:

A — DA NULIDADE DO ACÓRDÃO RECORRIDO

1.ª O douto acórdão recorrido não especificou, não declarou, nem discriminou os fundamentos de facto que justificariam a decisão proferida (v. arts. 607.º/4, 615.º/1/*b*), 663.º/2 e 666.º do NCPC; cf. art. 46.º/2/*e*) da LAV2011), limitando-se a:

i) Descrever o invocado pela ora recorrente na p.i. que deu origem à presente acção (v. fls. 1 a 10 do acórdão);

ii) Indicar a posição assumida na contestação apresentada pelos ora recorridos (v. fls. 10 e 11 do acórdão);

iii) E, sem declarar ou discriminar os factos considerados provados, a proceder de imediato à apreciação das questões de mérito, pela ordem "estabelecida nas alegações e conclusões formuladas pela autora" (v. fls. 12 e segs. do acórdão) — cf. texto n.os 1 e 2;

2.ª O douto acórdão recorrido é assim claramente nulo, pois não especificou, não declarou, nem discriminou os fundamentos de facto que justificariam a decisão proferida (v. arts. 607.º/4, 615.º/1/*b*), 663.º/2 e 666.º do NCPC: cf. art. 46.º/2/*e*) da LAV2011) — cf. texto n.os 2 e 3;

B — DA FALTA DE FUNDAMENTAÇÃO DO ARESTO ARBITRAL

3.ª Contrariamente ao decidido no douto acórdão recorrido, é manifesto que o aresto arbitral, de 2015.03.26, ao omitir por completo a discriminação ou especificação dos factos controvertidos que foram considerados provados e não provados, bem como a motivação de qualquer decisão sobre a matéria de facto, violou frontalmente o disposto no art. 205.º/1 da CRP e no art. 42.º/3 da LAV 2011 (v. art. 46.º/3/*a*)/VI da LAV 2011 e arts. 154.º, 607.º e 615.º/1 /*b*) do NCPC) — cf. texto n.os 4 a 7;

4.ª Impondo-se ao "juiz discriminar os factos que considere provados e indicar, interpretar e aplicar as normas jurídicas correspondentes, concluindo pela decisão final" (v. art. 607.º/3 do NCPC), é manifesto que não pode deixar de "proceder a acção de anulação da sentença arbitral, por falta de fundamentação, sempre que seja completamente omissa quanto à motivação da decisão de facto e à discriminação dos factos não provados alegados pelo requerente", como se verifica in casu (v. Ac. Rel. do Porto de 2014.11.25, Proc. 245/14.6YRPRT; cf. Acs. Rel. do Porto de 2013.06.04, Proc. 119/13.8 YRPRT; de 2013.11.12, Proc. 284/13.4 YRPRT, in <www.dgsi.pt>, Acs. STJ de 1987.12.02, BMJ 372/ /369; de 1986.07.03, BMJ 359/726; de 1975.04.08, BMJ 246/131; de 1974.05,14, BMJ 237/132) — cf. texto n.os 7 a 9;

5.ª As normas do art. 42.º/3 da LAV 2011 e do art. 38.º/*e*) do RCAC 2008, com o sentido e alcance normativo que agora lhes foi atribuído e aplicado no douto acórdão recorrido, dispensando a discriminação dos factos dados como provados e a motivação da decisão sobre a matéria de facto controvertida, ou a "exposição concisa e completa dos motivos de facto" (v. Ac. TC n.º 151/99, Proc. 857/98), sempre seriam manifestamente inconstitucionais, por violação do disposto nos arts. 2.º, 9.º, 20.º e 205.º/1 da CRP (v. art. 204.º da CRP; cf. Acs. TC n.º 503/10, de 2010.12.21, Proc. 670/10, e de 1999.03.09, Proc. 857/98, ambos in <www.tribunalconstitucional.pt>: e Ac. Rel. Porto de 2014.11.25, Proc. 245/14.6 YRPRT, in <www.dgsi.pt>) — cf. texto n.os 10 e 11;

C — DA VIOLAÇÃO DA CONVENÇÃO DE ARBITRAGEM

6.ª Contrariamente ao decidido no douto acórdão recorrido, a possibilidade de decisão arbitral segundo a equidade depende, em primeira linha, da existência de convenção arbitral ou acordo das partes que expressamente o permita (v. arts. 1.º, 2.º e 39.º da LAV 2011; cf. arts. 4.º/*c*), 236.º, 238.º e 406.º do C. Civil; Ac. STJ de 1995.05.11, Proc. 86342), pois "o tribunal arbitral (voluntário) assenta na autonomia da vontade, na iniciativa das partes, que acordam em submeter a resolução de um litígio a uma estrutura de natureza privada a que

a lei reconhece poderes jurisdicionais" (v. Ac. Trib. Rel. Lisboa de 2013.12.17, Proc. 659/13.9 YRLSB-2) — cf. texto n.os 12 a 14;

7.ª No processo arbitral que culminou com a prolação do aresto arbitral, de 2015.03.26, não era admissível julgamento com recurso à equidade, por força da convenção arbitral, de 2002.09.04. pois as partes, em absoluto, não acordaram, nem autorizaram a aplicação daquele parâmetro ou critério de decisão (v. art. 39.º da LAV 2011 e art. 4.º/*c*) do C. Civil), ficando assim "excluída a possibilidade de o tribunal arbitral voluntário poder intervir em situações em que o Tribunal comum pode julgar" aplicando critérios de equidade (v. Ac. Trib. da Relação do Porto de 2007-04-17, Proc. 721539; cf. Ac. STJ de 1995.05.11, Proc. 86342, todos in <www.dgsi.pt>), sob pena de, por vias indirectas, se "deixar entrar pela janela o que saiu pela porta" (v. Ac. STJ de 2010.05.27, Proc. 118/1999.L1S1, <www.dgsi.pt>), como se verificou in casu — cf. Texto n.os 14 e 15;

8.ª O aresto arbitral decidiu "reduzir o montante de pena correspondente à cláusula processual", julgando a causa "segundo a equidade" (v. fls. 77 e segs. do acórdão), pelo que, contrariamente ao decidido no douto acórdão recorrido, violou frontalmente a convenção de arbitragem, de 2002.09.04 — "o Tribunal Arbitral apreciará os factos e julgará as questões de direito de acordo com o direito constituído" —, o art. 4.º/*c*) do C. Civil, o art. 39.º da LAV 2011 e o art. 35.º do RCAC 2008, devendo ser anulado (v. art. 46.º/3/*a*)/III e IV da LAV 2009) — cf. Texto n.os 12 a 16;

D — DA VIOLAÇÃO DE PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS DO PROCESSO ARBITRAL

9.ª Contrariamente ao decidido no douto acórdão recorrido, a questão da violação dos princípios previstos no art. 30.º/1 da LAV 2011 nunca poderia constituir "questão de mérito" excluída do "âmbito de uma acção de anulação" (v. fls. 23 do acórdão recorrido), pois está precisamente em causa um dos fundamentos taxativos e legalmente tipificados da acção especial de anulação da decisão arbitral (v. art. 46.º/3/*a*)/*ii*) da LAV 2011 — cf. texto n.os 17 e 18;

10.ª Em 2014.04.15, a ora recorrente apresentou contestação no Processo Arbitral n.º 8/2014/INS/AVS, invocando matéria de facto que tinha sido omitida pelos ora recorridos (v. arts. 44.º a 134.º da contestação), impugnando motivadamente as razões de facto e de direito invocadas pelos ora recorridos (v. arts. 138.º, 141.º, 147.º, 149.º, 153.º a 155.º, 161.º e 167.º e segs. da contestação), pugnando pela inadmissibilidade e improcedência da referida acção, juntando documentos e requerendo a audição de testemunhas para prova dos novos factos alegados naquele articulado e contraprova da matéria de facto invocada pelos ora recorridos (v. Processo Arbitral n.º 8/2014/INS/AVS) — cf. texto n.os 19 e 20;

11.ª O aresto arbitral, de 2015.03.26. foi proferido sem que previamente tenha sido concedida oportunidade à ora recorrente de produzir prova sobre a referida matéria de facto controvertida, pelo que é manifesto que, ao contrário do decidido no acórdão recorrido, foram frontalmente violados os princípios fundamentais do contraditório, da igualdade e da proibição de indefesa, o disposto no art. 20.º da CRP, no art. 30.º/1 da LAV 2011 e nos arts. 29.º e 30.º do RCAC 2008 (cf. art. 16.º da LAV 1986), devendo aquele aresto ser anulado (v. art. 46.º/3/*a*)/*ii* da LAV 2011) — cf. texto n.os 20 e 21;

12.ª As normas do art. 30.º/*l* da LAV 2011 e dos arts. 29.º e 30.º do RCAC 2008, com o sentido e alcance normativo que lhes foi atribuído e aplicado no acórdão recorrido, permitindo a prolação de decisão de mérito sem que previamente seja conferida às partes — in casu, à ora recorrente —, a possibilidade de produzir prova e contraprova de factos controvertidos na acção arbitral, sempre seriam manifestamente inconstitucionais, por violação do disposto nos arts. 2.º, 9.º e 20.º da CRP (cf. art. 204.º da CRP) — cf. texto n.os 22 e 23;

E — DAS OMISSÕES DE PRONÚNCIA DO ARESTO ARBITRAL

13.ª O aresto arbitral, de 2015.03.26. não apreciou, nem decidiu as seguintes questões jurídicas, suscitadas pela ora recor-

rente na contestação apresentada no Processo Arbitral n.º 8/2014/ /INS/AVS, em 2014.04.15, e nas alegações, de 2015.02.03:

a) O douto acórdão do TCA (Sul), de 2012.03.19. não constituiu qualquer facto imprevisível, pois foi proferido no âmbito de acção popular proposta, em 2005.07.20, que foi expressamente referida e considerada no primeiro aresto arbitral, de 2009.07.14 (v. n.º 6.3 dos fundamentos e n.os 108-K e 108-Ldos FA);

b) O Acórdão do TCA (Sul), de 2012.03.19. nunca será objecto de execução ou cumprimento, pois a composição do litígio foi negociada extrajudicialmente pelos ora recorridos e pelo Município de Lisboa, nos termos do acordo de transacção celebrado, em 2014.04.15. encontrando-se actualmente exauridas quaisquer consequências lesivas que do citado aresto pudessem resultar para os recorridos;

c) Face ao alcance e conteúdo do acordo de transacção, de 2014.04.15, em que se regularam, além do mais, os termos da resolução "da questão dos lucros cessantes", dos "danos por quebra de oportunidade" e do "ressarcimento dos encargos com a imobilização do capital" (v. Cláusula 7.ª/2/*b*)), é manifesto que se encontram actualmente exauridos quaisquer efeitos dos pretensos factos supervenientes invocados pelos ora recorridos, que pretendem ser os únicos beneficiários das indemnizações acordadas com o Município de Lisboa;

d) Na apreciação da questão da verificação e indemnização dos lucros cessantes ou danos futuros não pode desconsiderar-se que a reparação daqueles danos já foi judicialmente reclamada na acção proposta pela ora recorrida BB. S.A., e actualmente pendente — cf. texto n.os 24 a 26;

14.ª Contrariamente ao decidido no douto acórdão recorrido, é assim manifesto que aquele aresto arbitral enferma de omissões de pronúncia (v. art. 46.º/3/*a*)/*v*) da LAV 2011 e arts. 23.º

e 27.º da LAV 1986: cf. Ac. STJ de 2008.07.10, Proc. 08A1698; Ac. Rel. do Porto de 1997.06.12, Proc. 9730030, in <www.dgsi.pt>), não estando em causa a apreciação de qualquer questão de mérito (V. Paula Costa e Silva, Os meios de Impugnação .... ROA, Ano 56, I/185; Luis de Lima Pinheiro, Apontamento sobre a Impugnação da Decisão Arbitral. ROA, Ano 67, pp. 1029; Ac. STJ de 2008.07.10, Proc. 08A1698; Ac. Rel. do Porto de 1997.06.12, Proc. 9730030, ambos in <www.dgsi.pt>) — cf. texto n.º 26.

NESTES TERMOS,

Deverá ser dado provimento ao presente recurso, revogando-se o douto acórdão recorrido, com as legais consequências.

SÓ ASSIM SE DECIDINDO SERÁ CUMPRIDO O DIREITO E FEITA JUSTIÇA.

Os recorridos contra alegaram, concluindo, por sua vez, nos seguintes termos:

A. Da não característica de alegações de recurso do acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa.

O recurso ora apresentado é contra o acórdão arbitral de 2015, servindo o acórdão do TRLxa de mero pretexto formal. Pelo que deve ser indeferido.

B. Da não nulidade de acórdão recorrido.

O douto acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa especificou, declarou e discriminou os fundamentos de facto, pelo que é válido (vd. supra ...).

C. Da fundamentação do aresto arbitral.

O aresto arbitral de 2015.03.06 enquanto proferido na ação modificativa de acórdão anterior, cumpriu todas as disposições legais, discriminando ou especificando os factos controvertidos que foram considerados provados e não provados, bem como contendo motivação suficiente sobre a decisão da matéria de facto, pelo que o acórdão recorrido é válido.

A decisão arbitral tem a fundamentação suficiente, nunca lhe podendo ser assacada completa omissão sobre qualquer matéria. Pelo que o acórdão recorrido é válido.

As normas do art. 42.º da LAV 2011 e art. 38.º/*e*) do RCAC foram bem interpretadas pelo acórdão recorrido, não o sendo pela ora Recorrente.

D. Não violação da convenção de arbitragem.

O tribunal arbitral nunca utilizou a equidado enquanto tal, mas só como apelo ao juízo de justiça sobre o caso concreto, como manda o art. 812.º do Código Civil.

Não violou assim qualquer norma legal e muito menos a convenção de arbitragem.

E. Da não violação de princípios fundamentais do processo arbitral.

Nas doutas alegações da Recorrente repetem-se factos e argumentos já longamente invocados.

A questão da pretensa violação dos princípios previstos no art. 30.º, 1 da LAV 2011 não tem lugar.

Os factos foram descritos nos dois acórdãos arbitrais. Sobre uns, pronunciou-se o primeiro acórdão.

Sobre os outros, o acórdão de 2015. Pelo que este só tinha de se pronunciar sobre alguns dos factos e não sobre a totalidade.

O aresto arbitral de 2015, assentando sobre o anterior, completa, no quadro de uma ação modificativa, o elenco dos factos ora relevantes, sobre os quais mo tribunal arbitral se pronunciou.

A prova e contraprova foram produzidas no acórdão de 2015.

F. Das não omissões de pronúncia do aresto arbitral.

Mais uma vez aqui as doutas alegações da Recorrente se referem ao acórdão arbitral de 2015 — sem mencionarem o acórdão recorrido a não ser como ponto para a arbitragem (n.º 14.º).

As observações visam uma revisão do acórdão de 2015 e não a anulação do acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa.

O acordo de transação celebrado em 2014.04.15 não tem relevo para a questão a decidir.

A acção de reparação de danos proposta pela BB contra terceiros, também é irrelevante neste caso.

Pelo que o acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa é válido.

Nestes termos

Não deverá ser dado provimento ao recurso apresentado, mantendo-se o douto acórdão recorrido do Tribunal da Relação de Lisboa com as legais consequências

7. Como é sabido, a LAV actualmente vigente apenas permite a impugnação da sentença arbitral pela via do ***pedido de anulação*** dirigido ao competente tribunal estadual — só prevendo, como forma de reacção à dita sentença, a via do *recurso* nos casos em que as partes tiverem acordado na recorribilidade da decisão dos árbitros para os tribunais estaduais; o pedido de anulação — que origina uma forma procedimental autónoma, moldada pelas regras da apelação no que se não mostre especialmente previsto no n.º 2 do art. 46.º da LAV — pressupõe a verificação de algum ou alguns dos ***fundamentos taxativamente previstos*** na lei, cumprindo, em regra, à parte que faz o pedido o ónus de demonstrar a respectiva verificação; e tal pretensão não envolve um amplo conhecimento do mérito da decisão que se pretende anular, estando a competência do tribunal estadual circunscrita à matéria da ***verificação do específico fundamento*** da pretendida anulação, cabendo, mesmo nos casos em que proceda a pretensão anulatória, a *reapreciação do mérito a outro tribunal arbitral*, nos termos do n.º 9 do citado art. 46.º.

Por outro lado, resulta claramente do disposto no art. 59.º da LAV que as funções cometidas nesta sede aos tribunais judiciais são exercidas pela **Relação em cujo distrito se situe o lugar da arbitragem** — no caso, o Tribunal da Relação de Lisboa, onde correu termos a acção anulatória — cabendo do acórdão proferido pela Relação *recurso para os tribunais hierarquicamente superiores, sempre que tal recurso seja admissível segundo as normas aplicáveis à recorribilidade das decisões em causa* (n.º 8 do refe-

rido art. 59.º): e é precisamente nesta norma que encontra suporte a presente revista, já que — tendo a Relação proferido a primeira decisão acerca da pretensão anulatória — não se verificam obviamente as limitações à recorribilidade para o STJ, nos casos de *dupla conforme*, decorrentes do disposto no art. 671.º, n.º 3, do CPC: ou seja, no caso dos autos, a presente revista representa o exercício do duplo grau de jurisdição sobre a decisão que *conheceu, a final, do mérito da acção anulatória* — nada obstando, pois, à sua admissibilidade, nos termos gerais da lei de processo.

Não parece, por outro lado, que a circunstância de a entidade recorrente esgrimir fundamentalmente com as *nulidades e vícios procedimentais* que imputa, em primeira linha, ao próprio acórdão arbitral — assim impugnando, apenas em termos consequenciais, o decidido pela Relação na acção anulatória, que teve por improcedente, ao considerar inverificadas tais nulidades — possa, por alguma via, precludir a admissibilidade da revista: na verdade, o objecto fundamental da acção intentada é a verificação da existência ou inexistência dos vícios que são especificamente imputados à sentença arbitral, pelo que — estando aqui situado o cerne da matéria litigiosa — não pode a parte deixar de centrar o núcleo fundamental da sua alegação na existência de tais vícios e nulidades que constituem, em última análise, *causa petendi* da pretensão anulatória.

E, deste modo, o objecto fulcral da revista não poderá deixar de se centrar na questão da *ocorrência, em concreto, dos vícios e nulidades que constituem fundamento específico do efeito anulatório pretendido*, impugnando o recorrente o segmento ou segmentos do acórdão recorrido que consideraram insubsistentes tais vícios ou nulidades.

Considera-se, pois, que nada obsta à apreciação da presente revista — cujo objecto consistirá, portanto, em *apurar da verificação ou inverificação dos específicos fundamentos de anulação da sentença arbitral*, invocados pela A. na acção que propôs e naturalmente incluídos no âmbito das conclusões que formulou na revista que interpôs do acórdão da Relação que julgou a acção totalmente improcedente.

Quanto a este ponto, importa referir que, na alegação ora apresentada, a entidade recorrente *abandonou ou deixou cair* a

questão da *impropriedade / inadmissibilidade de uma acção arbitral, modificativa — com base na alegada superveniência de factos essenciais — de um precedente acórdão arbitral, transitado em julgado* (dirimido pelo acórdão recorrido, a fls. 2229/2231).

As questões a dirimir na presente revista, face ao teor da alegação e conclusões da entidade recorrente, podem assim circunscrever-se a três:

— a questão *da violação da convenção de arbitragem*, decorrente de o acórdão arbitral impugnado ter **decidido segundo a equidade**, ao reduzir o montante da cláusula penal estipulada, em aplicação da norma constante do art. 812.º do CC, num caso em que inexistia convenção arbitral que expressamente permitisse o recurso à equidade — o que preencheria o fundamento tipificado no art. 46.º, n.º 3, al. *a*), *iii*) e *iv* da LAV;

— a questão da verificação de **nulidades relevantes no acórdão arbitra**l, traduzidas, por um lado, **na falta de especificação e de fundamentação ou motivação da matéria de facto;** e, por outro, na **omissão de pronúncia** sobre determinadas questões, suscitadas pela A — o que integraria os fundamentos anulatórios previstos no art. 46.º, n.º 3 al. *a*) *v*) e *vi*);

— a questão da verificação de relevantes **nulidades de processo**, implicando violação dos princípios fundamentais do processo arbitral, consagrados no art. 30.º, n.º 1, da LAV (princípios do contraditório, da igualdade, da proibição da indefesa) — e que, sendo obviamente dotados de relevância constitucional, na óptica da garantia fundamental do acesso aos tribunais, têm de ser respeitados em qualquer processo de natureza jurisdicional — art. 46.º, n.º 3, al. *a*), *ii*).

8. Considera-se que o primeiro argumento esgrimido pela recorrente é claramente improcedente.

Efectivamente, o art. 39.º da LAV condiciona a possibilidade de os árbitros julgarem segundo a *equidade* à existência de acordo das partes, deixando, aliás, de se exigir que tal opção das partes constasse da própria convenção de arbitragem ou ocorresse antes

da aceitação do primeiro árbitro — nada obstando a que, mesmo em fase adiantada do litígio, as partes possam ainda optar pelo *julgamento segundo critérios de equidade*, apenas cumprindo acautelar, neste caso, a aceitação de tais critérios decisórios pelos árbitros.

É, porém, evidente, que este regime **específico não pode ser convocado e aplicado quando o tribunal arbitral tiver de aplicar uma norma legal cuja *fattispecie* contiver uma específica remissão para a aplicação pelo tribunal — por qualquer tribunal, estadual ou arbitral, que for chamado a aplicar essa norma — de critérios de equidade no julgamento do pleito**: na verdade, neste tipo de situações, o apelo à equidade não resulta de *opção das partes*, tomada no exercício da sua *autonomia da vontade* acerca dos critérios que devem presidir à composição do litígio, mas de **opção do próprio legislador** que considerou mais adequada à peculiar fisionomia do caso a dirimição do litígio segundo critérios que ultrapassam o direito estrito.

Tal distinção encontra, aliás, e desde há muito, suporte na norma constante do art. 4.º do CC, destrinçando-se aí claramente os casos em que o recurso à equidade decorre de **disposição expressa que o permite** das situações em que tal apelo resulta do **exercício da autonomia privada**, no campo das relações disponíveis: ora, como parece evidente, a norma constante do art. 39.º da LAV tem de se relacionar com aquele *exercício da autonomia privada*, previsto nas alíneas *b*) e *c*) do art. 4.º do CC — e não com a **aplicação de uma norma que expressamente comete ao julgador o encargo de decidir, não segundo critérios de juridicidade e legalidade estrita, mas antes de acordo com a equidade,** ou seja, com a busca essencial de uma *justiça do caso concreto*.

É que, neste caso, o tribunal arbitral, ao apelar à equidade como critério decisório, em cumprimento do expressamente previsto na norma legal convocada e aplicada, ***está a fazer exactamente o mesmo que qualquer tribunal estadual a que cumprisse aplicar essa norma, obedecendo, não á vontade das partes, mas a uma específica determinação legislativa.***

No caso dos autos, a aplicação da norma constante do art. 812.º do CC envolve necessariamente o apelo a juízos concre-

tos de equidade — pelo que qualquer tribunal, ao aplicá-la, não poderá deixar de acatar a determinação do legislador contida naquele preceito legal, operando consequentemente a redução da cláusula penal tida por excessiva segundo juízos ou critérios de equidade.

Não se mostra, deste modo, infringida a convenção arbitral, já que o dito apelo à equidade decorre de *expressa previsão legislativa*, insusceptível, aliás, de estipulação em contrário das partes, nos termos da parte final do n.º 1 do referido art. 812.º do CC.

9. Insurge-se a entidade recorrente contra a circunstância de o acórdão arbitral não ter procedido à ***especificação dos fundamentos de facto*** que justificam a solução preconizada para o litígio, *discriminando os factos controvertidos que considerou provados e não provados e fundamentando ou motivando tal decisão acerca da matéria de facto*, cuja fixação teria inteiramente omitido.

A reforma do CPC, realizada em 1995/96, implicou um claro alargamento e aprofundamento do dever de fundamentação das decisões judiciais, no que toca à matéria de facto.

Assim, por um lado, estabeleceu-se que tal dever de fundamentação abarca, quer a decisão que julga certo facto provado, quer a que o considera não provado: uma vez que foi produzida e livremente valorada prova sobre os factos que o tribunal, na sua livre convicção, considerou não provados, entendeu-se que não existiria razão bastante para que o julgador ficasse dispensado de indicar os motivos racionais e objectivos que abalaram a credibilidade dos meios probatórios produzidos, conduzindo à sua insuficiência para se dar como provada a matéria factual a que respeitavam.

Por outro lado, optou-se claramente por uma maior exigência do dever de fundamentação ou motivação da decisão proferida acerca da matéria de facto — relativamente ao que a jurisprudência claramente dominante vinha entendendo anteriormente — não bastando a simples indicação dos concretos meios de prova que o julgador teve em conta para formar a sua convicção: a fundamentação da decisão sobre a matéria de facto provada e não provada deverá fazer-se por indicação dos fundamentos que foram decisivos para a

convicção do juiz, o que compreenderá não só a especificação dos concretos meios de prova tidos por relevantes, mas também a enunciação das razões ou motivos substanciais por que eles relevaram e obtiveram credibilidade no espírito do julgador — implicando esta motivação a realização de uma real *análise crítica das provas*.

Saliente-se que este reforço do dever de fundamentação assentou numa autónoma opção legislativa — que não teve, à época, subjacente um claro julgamento de *inconstitucionalidade* acerca do regime adjectivo restritivo que vigorava antes daquela reforma, já que anteriormente o TC — acs. 310/94 e 56/97 — havia emitido, por maioria, um juízo de conformidade constitucional acerca do regime que se extraía dos arts. 653.º, n.os 2 e 5, e 712.º, n.º 3, do CPC, na redacção anterior à reforma iniciada em 1996.

Este *dever de fundamentação* não sofreu alteração relevante no actual CPC, apenas importando realçar que a especificação dos factos e a motivação da convicção formada pelo tribunal constarão agora da sentença, que passou a conter os próprios juízos factuais e probatórios, formulados pelo julgador em matérias sujeita à livre apreciação, bem como a respectiva fundamentação, traduzida na referida análise crítica das provas — realçando-se ainda (art. 607.º, n.º 4) que nessa *motivação* da sentença devem ser também incluídas as *presunções judiciais*, alicerçadas nas regras ou máximas da experiência, tiradas de *factos instrumentais* considerados provados.

Como bem refere o acórdão proferido pela Relação, a entidade recorrente aborda este tema — o da necessária **fundamentação da sentença**, no plano da apreciação da facticidade relevante, envolvendo naturalmente um elenco dos factos considerados provados e não provados e uma análise crítica das provas que conduziram a tal juízo probatório, decorrente, quer do conteúdo de normas processuais fundamentais, quer no próprio âmbito, constitucionalmente tutelado, do dever de fundamentação das decisões judiciais — num *plano puramente abstracto e genérico*, desligado das especificidades ou particularidades do caso concreto *sub juditio.*

São, pois, essas ***particularidades relevantes da concreta situação litigiosa*** que importa analisar e ponderar, de modo a verificar se os alegados vícios/nulidades têm, no caso concreto, *a relevância substancial que a recorrente lhes pretende atribuir*, em termos de

determinar — atenta a sua **influência decisiva na composição do litígio** — o gravoso efeito pretendido, traduzido na *anulação do acórdão* arbitral.

Ora, quais são essas especificidades do caso concreto?

— em primeiro lugar, importa atentar na **natureza dos factos essenciais** articulados pelos AA. na acção modificativa do precedente acórdão arbitral, transitado em julgado: no dizer expresso dos AA., os ***factos essenciais, supervenientes*** ao trânsito em julgado, em que se funda a pretensão deduzida, são:

— o **acórdão final**, proferido na jurisdição administrativa no termo da acção popular intentada em 2005 — que, ao decretar a nulidade do contrato de permuta celebrado em 5/7/2005, bem como do alvará de loteamento n.º 3/2005, teria inviabilizado a realização do projecto imobiliário perspectivado pelas partes, abalando decisiva e consequencialmente a existência de lucros cessantes futuros, tidos por prováveis na primeira arbitragem realizada;

— a actuação da autarquia, plasmada definitivamente no **novo plano de pormenor para o Parque Mayer,** que — ao prever uma *utilização daquele espaço orientada, em larga medida, para fins de interesse público, — teria identicamente inviabilizado qualquer hipótese de exploração privada de um empreendimento imobiliário, objecto de permuta.*

Os **factos essenciais** que constituem causa de pedir na acção modificatória são, assim constituídos por uma **decisão jurisdicional, transitada em julgado**, e por um **acto normativo, de índole regulamentar, dotado de eficácia externa,** proveniente da autarquia.

Ora, como é evidente e decorre desta sua natureza peculiar, tais factos essenciais provam-se por **documento autêntico**: a respectiva certidão judicial e a página do Jornal Oficial em que foi publicado o referido plano de pormenor; ou seja, os *factos essenciais* que integram a matéria litigiosa são, deste modo, **factos plenamente provados por documento autêntico,** não podendo naturalmente deixar de se determinar o ***nível de fundamentação e especificação exigíveis quanto à decisão da matéria de facto em***

termos funcionalmente adequados, em consonância com a natureza dos factos essenciais controvertidos e com o carácter pleno da prova documental que os suporta.

Como atrás se realçou, o aprofundamento do dever de motivação da decisão proferida acerca da matéria de facto teve essencialmente em vista permitir o *controlo substancial da* ***livre convicção do juiz***, vinculando-o — através da *análise crítica das provas* produzidas em audiência — a expressar claramente, em termos apreensíveis pelos destinatários das decisões e pelos cidadãos em geral, o *iter* que conduziu à formação da referida livre convicção, tornando-a perceptível e, portanto, sindicável, de modo a obstar a que a *livre convicção* se pudesse transmutar numa*apreciação puramente discricionária* das provas.

Deste modo, o âmbito e o conteúdo deste dever de fundamentação tem de ser adequado e moldado em conformidade com a especificidade da matéria litigiosa, nomeadamente nos casos em que esta se circunscrever a factos essenciais documentados nos autos por *provas dotadas de valor legal ou tarifado*, cuja apreciação está retirada do âmbito dos poderes de livre apreciação do julgador — bastando-se, neste caso, a motivação com a invocação deste valor probatório legal pleno.

Tal natureza dos factos essenciais controvertidos ditou, aliás, de forma decisiva a tramitação da referida acção arbitral, que **não comportou a realização de uma audiência de julgamento, com produção de provas sujeitas a livre apreciação do julgador:** após a realização de audiência preliminar, o Tribunal considerou que *dispunha de todos os elementos para proferir decisão final, notificando as partes para apresentarem alegações finais,* o que estas efectivamente fizeram.

Ora, percorrido o acórdão arbitral impugnado — e apesar de, na estrutura lógico argumentativa deste, *se não ter autonomizado formalmente um capítulo em que se enunciam os factos considerados provados* — decorre que, em primeiro lugar, se tomou posição clara e perfeitamente inteligível sobre a questão da existência dos ***factos essenciais articulados pela A. na acção modificativa*** do anterior acórdão de 2009, centrados decisivamente no teor do acórdão do TCA/Sul de 29/3/12 e no significado da aprovação de novo

plano urbanístico para os lucros cessantes futuros perspectivados no primeiro aresto arbitral.

Ou seja: numa lide com a fisionomia da dos presentes autos, a matéria litigiosa acabou por traduzir-se essencialmente na ***valoração, segundo regras ou máximas de experiência, do previsível impacto daquele acórdão definitivo e da aprovação do novo plano urbanístico no projecto imobiliário perspectivado para o local e na qualificação de tais actos como supervenientes***, relativamente ao trânsito da decisão proferida na arbitragem inicial (cf. pp. 2052/ /2063): feita esta operação, de modo perfeitamente apreensível, pelo tribunal arbitral não parece que a mera circunstância de o acórdão que proferiu não ter começado por enunciar, em segmento formalmente autónomo, os factos essenciais que considerava provados (e que, como se viu, decorriam de prova documental plena) possa conduzir ao pretendido efeito anulatório, o qual pressupunha que tal vício formal tivesse influência decisiva na composição do litígio — o que entendemos que manifestamente não ocorre.

Por outro lado, afigura-se que o acórdão impugnado ***tomou posição sobre as questões essenciais suscitadas pela contestante, em objecção à posição assumida pela A.***, pronunciando-se nomeadamente sobre o significado para a presente acção dos *concretos termos seguidos no processo executivo*, em articulação com o alegado na acção modificatória (fls.2063/2068), sobre a relevância, significado e efeitos para a lide da *transacção realizada na acção administrativa pendente* (fls. 2052/2055), abordando ainda aprofundadamente a questão fulcral da*superveniência*, questionada pela contestante, e que constituía, como é óbvio, tema fundamental para a composição do litígio.

Considera-se, deste modo, que o acórdão impugnado, ao identificar claramente os **factos essenciais** que constituíam causa de pedir na acção modificatória, tendo-os naturalmente por plenamente provados face à sua natureza (decisão jurisdicional definitiva, regulamento administrativo) e ao documento (autêntico) em que se corporizavam, centrando-se na discussão do que considerou ser o cerne da matéria litigiosa, envolvendo a qualificação de tais factos essenciais como *supervenientes* relativamente ao primeiro acórdão arbitral e na apreciação da relevância provável de tais fac-

tos na sorte do projecto imobiliário perspectivado, feita à luz de regras ou máximas de experiência, abordando ainda as objecções fundamentais que, em sede de contestação /impugnação, a R. havia deduzido quanto ao significado de tais factos essenciais para o objecto do litígio — satisfaz as exigências constitucionais e legais do dever de fundamentação das decisões judiciais.

Não parece, por outro lado — concordando-se aqui com o decidido pela Relação — que possa ter-se por verificada a nulidade do acórdão por **omissão de pronúncia**, já que as questões fundamentais enunciadas pela entidade recorrente encontraram resposta suficientemente adequada e perceptível no acórdão arbitral — e cujo mérito, como é evidente, não cumpre apreciar no âmbito de uma acção anulatória: na verdade, o acórdão pronunciou-se, de forma exaustiva, sobre a questão da previsibilidade e superveniência do acórdão TCA/Sul, analisou as incidências que era possível extrair da celebração de um acordo de transacção, projectando-as, nos termos que teve por adequados, na problemática dos lucros cessantes — sendo certo que a pendência de uma acção de indemnização, proposta pela BB, envolvendo eventual necessidade de articulação da sentença que aí venha a ser proferia com o decidido na presente acção anulatória, não constitui em rigor, *questão actual* a que o acórdão arbitral carecesse de dar resposta cabal e antecipada…

Considera-se, deste modo, inverificada a nulidade do acórdão por omissão de pronúncia.

10. Invoca ainda a recorrente, como fundamento anulatório, a violação de *princípios fundamentais do processo arbitral*, traduzida em não ter sido ***concedida oportunidade à recorrente de produzir prova e contraprova sobre matéria controvertida***, sendo proferida logo decisão de mérito, com desconsideração de tais diligências probatórias, oportunamente requeridas.

Efectivamente, ambas as partes requereram nos articulados a realização de diligências probatórias, arrolando, nomeadamente, várias testemunhas.

Sucede que, no termo da audiência preliminar, o Tribunal arbitral proferiu **decisão interlocutória**, considerando, após debate,

que ***dispunha de todos os elementos para proferir decisão final, notificando as partes para apresentação de alegações finais — que foram efectivamente produzidas.***

Era, pois, claro, face ao teor de tal *despacho interlocutório,* que **o Tribunal considerava desnecessário para a boa composição do litígio a produção da prova indicada pelas partes nos respectivos requerimentos probatórios**: ou seja, tal despacho implica um **juízo negativo acerca da relevância desses factos e das respectivas provas,** requeridas nos articulados, para a apreciação do mérito da causa.

Ora, por um lado, é manifesto que este **juízo de utilidade e relevância de factos e de meios probatórios é insindicável no âmbito de uma acção anulatória** — cabendo ao Tribunal arbitral decidir definitivamente acerca de quais são os factos relevantes e necessitados de prova em audiência final e quais os meios probatórios que, face à especificidade da matéria litigiosa, tem sentido e utilidade produzir.

Verifica-se, por outro lado, que **não consta dos autos que as partes tenham, por qualquer modo, reagido a tal decisão interlocutória**, invocando a essencialidade dessa matéria de facto e das provas requeridas para a justa composição do litígio — opondo-se ao despacho que — na sua óptica, precipitadamente — considerara possível conhecer, ***sem mais diligências***, do mérito: pelo contrário, não questionaram tal despacho, apresentando inclusivamente as respectivas alegações finais, **sem reiterarem, nesse momento, ao Tribunal, a essencialidade e relevância dos factos aduzidos e das provas requeridas.**

Saliente-se que a lei de processo procura obstar a que, neste tipo de situações, a não impugnação oportuna da decisão interlocutória que considera irrelevantes determinados factos alegados ou rejeita determinado meio de prova possa ser apenas invocada a final, após prolação da sentença: na verdade, no actual regime de recursos — em que, em regra, as decisões interlocutórias apenas são impugnadas conjuntamente com a decisão final — constitui objecto de ***apelação autónoma*** o *despacho que admita ou rejeite algum articulado ou meio de prova* (art. 644.º, n.º 2, al. *d*) do CPC) — cabendo, pois, à parte que se considere prejudicada o

ónus de, imediata e autonomamente, impugnar tal decisão interlocutória.

É certo que, no regime da LAV, as decisões arbitrais não serão, em regra, passíveis de recurso, nos termos do art. 46.º: porém, essa *irrecorribilidade* para o tribunal estadual não significa obviamente que a parte prejudicada com a rejeição de factos articulados ou de meios probatórios requeridos ***não possa e deva questionar perante o próprio tribunal arbitral o despacho que considere tal matéria irrelevante para a justa composição do litígio*, reclamando ou pedindo a reforma de tal decisão**, reiterando aos juízos árbitros a essencialidade de tal matéria factual e probatória e opondo-se fundadamente a que o processo contenha efectivamente todos os elementos que permitam decisão final do pleito.

Saliente-se que a LAV, com vista a aumentar a eficiência dos processos arbitrais e a dificultar práticas tendentes a permitir a utilização *a posteriori presume a renúncia à impugnação perante comportamentos processuais que se não podem compatibilizar com a vontade de, mais tarde, obter a anulação da sentença final*. Com tal desiderato, o n.º 4 do art. 46.º estabelece que ***se a parte, sabendo que não foi respeitada uma disposição da lei que as partes podem derrogar, prosseguir apesar disso com a arbitragem sem deduzir oposição de imediato, considera-se que renunciou ao direito de impugnar, com esse fundamento, a sentença arbitral que venha a ser proferida a final.***

Ora, quer a alegação de factos nos articulados apresentados, que a indicação ou requerimento de meios probatórios, constituem matéria que está na livre disponibilidade do alegante ou requerente, que pode, conformemente ao princípio dispositivo, abandonar ou prescindir da essencialidade ou relevância de tais alegações ou requerimentos probatórios: e daí que se considere que o silêncio — a não oposição imediata da parte interessada — ao despacho que considera determinada matéria factual ou probatória, por ela invocada, irrelevante deva produzir um efeito preclusivo idêntico ao que está cominado na referida disposição legal.

Ou seja: a parte que — confrontada com um juízo do tribunal acerca da irrelevância de certos factos articulados ou da desnecessidade de produção dos meios probatórios requeridos — ***não deduz***

qualquer oposição imediata a tal despacho interlocutório, conformando antes a sua subsequente actuação processual com o teor tal decisão, **sem reiterar claramente ao Tribunal nesse momento a essencialidade das diligências probatórias requeridas**, vê precludida a possibilidade de, após prolação da decisão final, vir invocar a anulabilidade da sentença arbitral com fundamento num juízo de irrelevância factual ou probatória com que se conformou, por não ter deduzido, no momento próprio, qualquer oposição ao juízo de desnecessidade formulado pelo tribunal arbitral.

Nestes termos — e por este fundamento específico — considera-se que improcedem as nulidades procedimentais invocadas, não constituindo o referido efeito preclusivo qualquer violação das regras fundamentais da igualdade e do contraditório, susceptível de implicar influência decisiva na composição do litígio.

11. Nestes termos e pelos fundamentos apontados nega-se provimento à revista, confirmando o decidido no acórdão recorrido.

Custas pela recorrente.

Lisboa, 22 de Setembro de 2016
Lopes do Rego (Relator)
Orlando Afonso

Sumário:

I. O regime específico constante do art. 39.º da LAV não pode ser convocado e aplicado quando o tribunal arbitral tiver de aplicar uma norma legal cuja *fattispecie* contiver uma específica remissão para a aplicação pelo tribunal — por qualquer tribunal que for chamado a aplicar essa norma, estadual ou arbitral — de critérios de equidade, já que, neste tipo de situações, o apelo à equidade não resulta de *opção das partes*, tomada no exercício da sua *autonomia da vontade* acerca dos critérios que devem presidir à composição do litígio, mas de opção do próprio legislador, que considerou mais adequada à peculiar fisionomia do caso a dirimição do litígio segundo critérios que ultrapassam o direito estrito.

II. O preciso âmbito do dever de fundamentação, no que toca à decisão proferida em sede de matéria de facto, tem de atender, em termos funcionalmente adequados, às particularidades relevantes da concreta situação litigiosa, cumprindo verificar se os alegados vícios / nulidades têm, no caso concreto, *a relevância substancial susceptível de* determinar — atenta a sua influência decisiva na composição do litígio — o gravoso efeito pretendido, traduzido na *anulação do acórdão* arbitral.

III. Num litígio em que os factos essenciais alegados como causa de pedir são factos plenamente provados por documento, não tendo sido produzida prova sujeita a livre apreciação do tribunal, deve considerar-se suficientemente fundamentado o acórdão arbitral quando — apesar de, na sua estrutura lógico argumentativa, *se não ter autonomizado formalmente um capítulo em que se enunciam os factos considerados provados e não provados* — se tomou posição clara e perfeitamente inteligível sobre a questão da existência e significado dos factos essenciais articulados pelo A., valorados segundo regras ou máximas de experiência, apreciando ainda as objecções fundamentalmente deduzidas pelo R. na contestação que apresentou.

IV. Em processo arbitral, a parte que — confrontada com um juízo explícito do tribunal acerca da irrelevância de certos factos articulados e com a desnecessidade de produção dos meios probatórios requeridos — ***não deduz qualquer oposição imediata a tal despacho interlocutório***, conformando a sua subsequente actuação processual com o teor tal decisão, sem reiterar claramente ao Tribunal a essencialidade das diligências probatórias requeridas, vê precludida a possibilidade de, após prolação da decisão final, vir invocar a anulação da sentença arbitral com fundamento num juízo de irrelevância factual ou probatória com que se conformou.

ANOTAÇÃO(*)

Revisitando a estabilidade e a modificação do caso julgado arbitral: quando o futuro desmente a prognose

Relatores: Paula Costa e Silva
Nuno Trigo dos Reis

1. Em 22 de setembro foi proferido pelo Supremo Tribunal de Justiça o Acórdão objeto da anotação que se seguirá. Conforme afirmação do próprio Supremo, tratou-se do primeiro caso em que foi requerida a anulação de um acórdão arbitral que procedera à modificação de acórdão pretérito e que transitara em julgado. No presente contexto, não releva a circunstância de estar em causa a anulação de um acórdão arbitral. Aquilo que nos interessa é o facto de ter sido considerada admissível, quer pelo tribunal arbitral que julgou a ação modificativa do caso julgado formado por acórdão arbitral anterior, quer pelos tribunais estaduais que sobre este juízo de admissibilidade vieram a pronunciar-se, a modificação do caso julgado arbitral. Tanto o tribunal arbitral que julgou a ação modificativa, como os tribunais estaduais enfrentaram um problema que, no contexto em que foi colocado, é novo. Meio de alteração de uma decisão pouco conhecido no contexto da arbitragem voluntária([1]), a

---

(*) Anotação ao Acórdão Processo n.º 660/15.8YLSB.L1.S1 do Supremo Tribunal de Justiça.

([1]) Sobre esta matéria, cf. o nosso *Acção modificativa do caso julgado arbitral —*

modificação do caso julgado encontra previsão expressa no contexto da impugnação das decisões proferidas por tribunais estaduais (cf. art. 619.º, CPC). Este seria já motivo bastante para a presente anotação que visa chamar a atenção para este enorme avanço da nossa jurisprudência numa matéria central: a da tensão entre a estabilidade da decisão e a erosão dos seus fundamentos(2).

2. O caso e a solução que as diversas instâncias lhe deram são singulares e compreendem-se perante uma peculiaridade do direito positivo português da responsabilidade. Numa regra de verdadeira antecipação de tutela por adjudicação imediata de uma indemnização por danos a verificar no futuro (cf. art. 564.º, n.º 2, CC), o direito português permite, de forma expressa, que o tribunal condene o lesante na indemnização imediata desses danos, desde que prováveis(3). Fazendo o tempo do processo correr em benefício do lesado — porque o direito material escolhe ser *imediatamente exigível a indemnização de danos ainda não verificados*, o lesante não precisa aguardar pela respetiva consumação para, através de nova ação, os demonstrar e liquidar, aí conseguindo obter nova condenação do lesante —, a condenação em dano futuro acaba por compartilhar do fundamento de modificação de uma composição heterónoma tendencialmente imutável, apesar de escapar à respetiva previsão legal, o já referido art. 619.º, CPC). Na verdade, o sistema não prevê, *expressis verbis*, a modificação do caso julgado quando, tendo havido condenação em indemnização de dano futuro, o tempo venha a revelar o desacerto desta condenação. Perceba-se, não porque o dano, apesar de futuro, fosse de verificação improvável aquando da condenação: nesta hipótese, a decisão modificando padeceria de *error in iudicando* porquanto, movimentando-se fora dos parâmetros e, mais grave, das razões materiais de atribuição imediata de uma prestação a que só no

---

um meio de impugnação esquecido, Revista da Ordem dos Advogados, Ano 74 (2014), II, pp. 425-441.

(2) Sobre este problema, cf. o nosso *Estabilidade e caso julgado no direito da obrigação de indemnizar*, in Estudos em homenagem a Miguel Galvão Teles, volume II, Almedina, 2012.

(3) V. o nosso *Acção modificativa...*, *cit*., p. 426.

futuro se saberá ter o credor efetivamente direito, teria afinal aplicado a norma do art. 564.º, n.º 2, CC, a casos não análogos àqueles que justificam aquela regra. O conjunto de hipóteses que nos interessa e no contexto do qual foi proferida a decisão do Supremo que agora se anota é distinto: trata-se de situações em que, aquando da condenação, o dano podia ser qualificado como provável ou, dito de outro modo, todos os elementos do processo denotavam a probabilidade da sua verificação. Mas *tempus rerum imperator*! A previsão pode falhar, o que se pensou ser provável quanto à sua verificação pode verificar-se insuscetível de ocorrer. Como fazer nestes casos? Manter uma decisão que condenou a parte a indemnizar a outra por dano futuro que afinal se vem a saber insuscetível? Mas nesta hipótese não há qualquer indemnização porque não há nenhum dano; quando muito, haverá um empobrecimento do lesante em benefício do lesado. Mas qual seria a causa possível de tal atribuição patrimonial? Material, será difícil de identificar. Será esta causa estritamente processual? Será, afinal, a atribuição patrimonial justificada por uma decisão que, prevendo o que não veio a suceder, atribui ao lesado um direito em que o direito material o não encabeça? Terá o caso julgado eficácia constitutiva de situações jurídicas ausentes de pressupostos materiais?

Foi este o universo de questões enfrentadas na decisão arbitral de que acaba por emergir o acórdão do Supremo que comentaremos. Mas, atrás de si, este aresto tem uma longa história. Será revelada porquanto demonstra como *a necessidade aguça o engenho* e como *a justiça tarda mas não falha*.

3. O caso que agora culmina com o acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 22 de setembro de 2016, começou em julho de 2009. Aquela que, no acórdão sob anotação, é a parte recorrida, fora demandada em ação arbitral. Contra ela era proferida, naquela data (julho de 2009) acórdão que a condenava no pagamento de uma indemnização. Até aqui, nenhuma particularidade. Esta surge na medida em que o tribunal arbitral não apenas lhe impôs o pagamento de indemnização por danos verificados à data do encerramento da instrução, como ainda a condenou no pagamento de danos futuros. Estes correspondiam ao lucro expectado pela venda

na sequência de urbanização de dois lotes de um determinado prédio. A frustração da parte demandante de poder beneficiar, por conduta então imputada à demandada, do produto da venda, determinou a condenação desta na indemnização por um dano futuro, aquele que, no entender do tribunal arbitral, se verificaria quando viessem a ocorrer a urbanização e a venda. A demandada entendia não ser possível considerar o dano futuro em cuja indemnização fora condenada como provável; porém, porque havia renunciado ao recurso, consultados sobre este caso afirmámos que a decisão, porque insuscetível de impugnação com fundamento em *error in iudicando*, deveria manter-se.

Se bem que, na época, nada se pudesse fazer, o caso nunca deixou de estar no nosso horizonte. Impressionava a possibilidade de a parte ter de suportar o pagamento imediato de uma indemnização no valor de dezenas de milhões de euros, quando o dano ainda não se havia consumado. E mais, na posse da decisão arbitral, a demandante instaurara execução, na qual pedia a agressão do património da demandada em € 5 milhões, correspondentes ao valor da cláusula penas inserta no contrato originário. Diversos factos, todos eles desfavoráveis à demandada, se foram sucedendo no tempo. O primeiro, a declaração de nulidade do loteamento pelos tribunais estaduais competentes. O segundo, a anulação da hasta pública através da qual a demandada adquirira um dos lotes a urbanizar. Nulidade do loteamento e anulação da aquisição, factos que, na sua aparência, se revelavam totalmente desfavoráveis à demandada, acabavam por determinar uma consequência: o fundamento de que partira o tribunal arbitral para condenar a demandada em indemnização por dano futuro era, naquele preciso momento, de verificação juridicamente impossível. Isto porque a urbanização e a venda pressupunham o encabeçamento da demandada no direito de propriedade, encabeçamento que, por invalidade dos títulos de aquisição, afinal não ocorrera. O dano futuro, ainda que pudesse considerar-se provável, mostrou-se naquela data juridicamente impossível.

4. Perante este estado de coisas, tem aplicação o provérbio: *a necessidade aguça o engenho*.

Quando a demandada nos relata que fora anulada a hasta pública, perguntando-se como poderia suportar uma indemnização que pressupunha o que ela afinal não tinha como fazer (urbanizar e vender o que, juridicamente, se declarou não lhe pertencer), a resposta emergiu: seria injusto que a indemnização tivesse de ser suportada com fundamento na decisão arbitral condenatória uma vez que esta pressupunha uma razão — a urbanização e a venda com certo lucro estimado — que se concluía não poder verificar-se. Porém, numa análise *prima facie*, a barreira do caso julgado parecia impedir a reposição do equilíbrio: a decisão arbitral condenatória tornara-se imutável. Mas logo avultava nova pergunta: sendo certo que o efeito constitutivo do caso julgado não pode ser desconsiderado, aceitaria o Sistema uma solução tão injusta quanto aquela que impunha a indemnização de um dano que se sabia, na altura e perante o estado de coisas então existente, não poder verificar-se? A resposta surgiu-nos como evidente: o Sistema repudiava esta solução. E permitia a correção do resultado flagrantemente injusto através da modificação do caso julgado. Instituto relativamente pouco conhecido mesmo na área da jurisdição estadual, tinha aqui plena aplicação. Ou, pelo menos, assim nos pareceu desde o primeiro instante: a falta de previsão legal quanto à modificabilidade do caso julgado em situações como aquela que fora submetida à nossa apreciação — a disposição normativa apenas parece prever a modificação nos casos em que o réu tenha sido condenado a prestar alimentos ou à realização de prestações dependentes, na sua medida e duração, de circunstâncias especiais — não podia impedir a força da metodologia, nomeadamente no que respeitava ao raciocínio — ou argumento, se assim se preferir — analógico. O nosso caso, não sendo externamente em nada igual a nenhum dos outros em que a lei admite a modificação, era-lhes em tudo semelhante, de um ponto de vista valorativo: o que justificava a modificabilidade nas hipóteses cobertas pelos arts. 619.º, n.º 2, CPC, e 282.º, n.º 2, CPC, eram exatamente os mesmos índices críticos que estavam presentes no nosso caso. Deste modo, resolvê-lo de modo equivalente colocava-nos *intra ius*. Com todos os riscos apontados às soluções que rompem com os limites decorrentes dos enunciados normativos a fim de atribuir coerência axio-

lógica ao sistema(4), havia que alargar o âmbito de aplicação literal das regras pois casos idênticos haverão de ser resolvidos pela mesma norma. Neste sentido emitimos a nossa posição junto da então demandada, agora recorrida. A relativa segurança com que então lhe enunciámos a solução para o problema posto — criação de um estado jurídico de coisas que impossibilitava a verificação do dano futuro em cuja indemnização a demandada havia sido condenada cinco anos antes –, quanto à ação a propor e à pretensão a formular — ação modificativa do caso julgado arbitral, com necessária alegação dos factos essenciais de que dependia a decisão pretérita e do modo como estes vieram a verificar-se no tempo —, foi sendo adquirida ao longo do tempo.

5. Dois marcos foram fundamentais na construção e na consolidação do nosso pensamento: o primeiro, a integração de um dos autores do presente texto em júri de provas de doutoramento da Doutora Isabel Alexandre, ocorridas em final de janeiro de 2012, ou seja, perto de seis meses depois de termos tomado contacto com o acórdão arbitral. Apresentando-se a provas com uma tese muito interessante sobre *Modificação do caso julgado material civil por alteração das circunstâncias*, a então candidata retomava um tema que, em tese de doutoramento, havíamos deixado relativamente em suspenso: o impacto da alteração das circunstâncias nos negócios processuais entretanto homologados por decisão transitada em julgado(5).

Praticamente em simultâneo com a preparação da arguição da Doutora Isabel Alexandre, trabalhámos o problema da *Estabilidade e caso julgado no direito da obrigação de indemnizar*, destinado a integrar nos Estudos em homenagem a Miguel Galvão Teles, datados de 2012. Tudo confluía num mesmo sentido: a busca

---

(4) Por último, entre nós, sobre os problemas da subdeterminação deôntica e da inconsistência, concluindo pela inadmissibilidade de decisões *contra legem* justificada pela coerência axiológica do sistema, assente numa *ratio iuris* constituída por princípios e valores fundamentais e baseada em critérios indeterminados, José Lamego, *Elementos de metodologia jurídica*, Almedina, 2016, §5.º [p. 130].

(5) Paula Costa e Silva, *Ato e Processo*, Coimbra Editora, 2003, pp. 617 e segs., onde nos ocupámos da ligação entre os atos postulativos e a alteração de circunstâncias.

de uma resposta para os casos em que a decisão pressupõe *circunstâncias* — termo que, aqui, usamos com ambiguidade já que foi tratado no estudo acabado de referir — que, ao longo do seu tempo de provocação de efeitos, se alteram.

Adquirida a resposta a dar ao entrosamento entre o caso julgado e a obrigação de indemnizar, pelos anotações de que dispomos *já em 2012 comunicámos ao então consulente, o demandado e agora recorrido, que estava aberta a via da modificação do caso julgado caso se verificassem factos que pudessem determinar a erosão dos fundamentos da sua condenação em indemnização de danos futuros*.

6. E tais factos adversos ao demandado/recorrido vieram efetivamente a ocorrer ao longo do tempo que se seguiu. Neste contexto, apresentámos definitivamente a solução do caso ao consulente: havia que instaurar uma ação modificativa do caso julgado no momento em que as decisões de declaração de nulidade do loteamento e de anulação da hasta pública adquiriram estabilidade. Não obstante as resistências iniciais — que não podem deixar de se compreender atendendo à circunstância de ter sido, porquanto pudemos apurar na altura, entre nós pela primeira vez trilhado o caminho da modificação do caso julgado arbitral por meio de ação própria — o então demandado aceitou o parecer que lhe demos: instaurou a ação modificativa, fundada nos factos que havíamos identificado como factos essenciais.

O tempo veio a dar-lhe razão: tanto o tribunal arbitral, quanto os tribunais estaduais que sobre o caso se pronunciaram, julgaram admissível a modificação do caso julgado arbitral. Estava fundamentado o segundo provérbio: *a justiça tarda mas não falha*.

7. No *interim*, publicámos o estudo *Acção modificativa do caso julgado arbitral — um meio de impugnação esquecido*, datado de 2014. Este mais não era do que a transposição, para um só texto, de todas as conclusões que havíamos até então alcançado quanto à modificabilidade do caso julgado, com uma pequena expansão: se a modificação do caso julgado foi, desde sempre, aceite como meio de adaptação de decisões estaduais à conforma-

ção futura do estado de coisas pressuposto, seria este meio aplicável à decisão arbitral? A pergunta parece tão espúria que mal se justificaria o texto. Mas havia que lhe dar resposta direta já que, pela primeira vez, se desafiava, também, o aparente fechamento dos meios de impugnação de decisões arbitrais. Para não falar já no corte de amarras que o direito da arbitragem, como todos os direitos que visam autonomizar-se(6), pretende operar face à teoria geral do processo, construída sobre as formas de realização da justiça por intermédio de órgãos estaduais. Como veremos, o facto de se ter afirmado, logo em 2014, que não haveria razão para excluir a pretensão modificativa quando o suporte fosse, não uma decisão estadual, mas sim uma decisão arbitral, revelou-se crucial: os tribunais estaduais que tiveram de se pronunciar acerca da admissibilidade deste meio fundaram esta valoração na equivalência entre decisão de tribunal arbitral e decisão de tribunal estadual.

8. Feita a arqueologia, passemos, então, ao passado recente. O que nos vai interessar, em primeiro lugar, é o *iter* que liga a decisão modificativa do caso julgado ao acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, proferido em setembro de 2016. Mas, para a exata compreensão do caso, é essencial que se tenham presentes os factos que arrumámos sob a nossa descrição arqueológica. Ocorre pensar que a palavra verdade tinha, em grego clássico, dois termos de expressão: transliterados, *aletheia* e *mnemosine*. Sem memória ou com memória adulterada, a realidade permanece velada, sendo a verdade — ou, talvez com maior rigor, o juízo de verdade — congenitamente intangível.

9. Inconformado com a decisão arbitral, datada de 2014, que determinou a modificação do *quantum respondeatur* em que havia sido condenada pela decisão arbitral de 2009, o então demandado requereu a anulação do acórdão arbitral. Como era

---

(6) Sobre os métodos de que se socorrem os juristas sempre que pretendem criar ramos ou áreas no Direito, assim justificando a emergência de novos atores, cf. PAULA COSTA E SILVA, *Ato e Processo*, Coimbra Editora, 2003, pp. 123 e ss., quanto à autonomização do contencioso administrativo.

expectável(7), a então demandante invocou, entre outros, a inadmissibilidade da ação modificativa como meio de impugnação da decisão arbitral, a violação do caso julgado da decisão anteriormente proferida e a não inclusão da pretensão anulatória no conteúdo da convenção de arbitragem. O Tribunal da Relação julgou improcedente o pedido de anulação(8), considerando justificada uma *«ação modificativa de uma decisão arbitral anterior, fundada na superveniência de alguns factos que alteraram os pressupostos da verificação do dano reconhecido na primeira decisão»*. Não haveria, assim, qualquer violação do caso julgado, porquanto a decisão arbitral se movimentava *«entre a análise do sentido e alcance da primeira decisão, proferida no ano de 2009, e a valoração dos factos supervenientes que foram invocados para fundar a modificação do decidido»*. Os factos essenciais de que dependia a procedência da primeira ação, nomeadamente, a verificação de certos danos — os lucros cessantes futuros que proviriam da promoção do empreendimento imobiliário previsto realizar nos terrenos da Feira Popular, ou subsidiariamente, nos terrenos do Parque Mayer —, haviam sido primeiramente julgados como assentes. A prova de tais factos permanecia indiscutida: de facto, na ação modificativa, o tribunal arbitral não procedera à correção do juízo de prognose do primeiro decisor acerca da verificação futura do dano que estava em causa, limitando-se a apreciar, de forma individualizada e criteriosa, *«os factos considerados supervenientes, em que assentou a conclusão de que a pena se tinha tornado excessiva, à luz da própria decisão arbitral»*. O Tribunal da Relação considerou que a demarcação do alcance do caso julgado da sentença arbitral não poderia deixar de fazer-se de acordo com o disposto no art. 621.º do CPC, uma vez que a decisão arbitral é funcionalmente equiparável à decisão proferida por um tribunal estadual

---

(7) Os fundamentos em que a agora recorrente estribou a anulação foram alguns dos obstáculos que o então consulente e aqui recorrido opunha ao sentido da opinião que lhe veiculámos quando ocorreu a preparação da ação modificativa. Por esta razão dizemos que a sua dedução era expectável.

(8) V. Ac. do TRLx. de 28-Jan.-2016 (Farinha Alves), Proc. n.º 660/15.8YRLSB-2, disponível em <www.dgsi.pt>.

(art. 42.º, n.º 7 da LAV): a sentença arbitral constitui caso julgado nos precisos limites e termos em que julga, não obstando à dedução de um novo pedido, fundado em factos essenciais ocorridos em momento ulterior à fixação definitiva do objeto do processo.

10. Considerando ser aquela a primeira vez que se confrontava com a questão da relevância dos factos supervenientes ao trânsito em julgado da ação condenatória no pagamento de uma indemnização por um dano futuro, concluiu o Tribunal que não via *«como poderia ser recusada a possibilidade de uma decisão jurisdicional ser modificada se os factos em que assentou vierem a sofrer alteração relevante posterior, designadamente, deixando de se verificar», sendo «evidente que o trânsito em julgado da decisão não tem a virtualidade de conformar a realidade ao que nela foi pressuposto»*. A invocabilidade dos factos ulteriores ao trânsito em julgado da decisão que afectarem os seus pressupostos seria, na substância, comparável à invocabilidade da «alteração relevante, verificada na pendência da causa», a qual deve ser atendida na decisão a proferir, se for oportunamente invocada pela parte interessada: ambas as situações seriam, portanto, manifestações da relevância processual da superveniência dos factos essenciais à apreciação do mérito da pretensão. A possibilidade de invocar os factos supervenientes ao trânsito em julgado a fim de requerer a modificação ou a adaptação dos efeitos da decisão transitada ao novo enquadramento fáctico, talqualmente ele se apresenta no presente, encontra-se, de resto, materialmente ancorada no direito à tutela jurisdicional: *«[...] é apodíctico que tal situação é merecedora de tutela jurisdicional e, por conseguinte, não deve deixar de ser reconhecido o correspondente direito de ação»*.

11. Uma vez mais inconformada com a decisão que julgou improcedente o pedido de anulação da decisão arbitral modificativa(9),

---

(9) Chamando a atenção para esta decisão e acentuando os riscos de uma aceitação da ação modificativa do caso julgado arbitral, Duarte G. Henriques, *Arbitral Awards modifying Arbitral Awards? The Principle of "Equilibrium" of arbitral awards*, publicado em European International Arbitration Review, 2016, vol. 4.2., pp. 59-68.

a então autora da ação de anulação — recorde-se, demandante na ação arbitral cujo acórdão foi proferido em 2009 — dela interpôs recurso.

O Supremo Tribunal de Justiça, através do acórdão que agora se anota, veio a julgar improcedente o recurso, reafirmando a inexistência de quaisquer vícios do acórdão arbitral que justificassem a sua anulação. O Supremo não se limitou, no entanto, a reconhecer a admissibilidade da ação modificativa do caso julgado: foi mais longe, a ponto de afirmar que a tese contrária, ao restringir injustificadamente o direito de ação, se afigura como uma interpretação das normas sobre o alcance do caso julgado *desconforme com a Constituição*, afirmando: *«a autora questiona fundamentalmente, a admissibilidade da ação modificativa de anterior decisão transitada. Mas, com todo o respeito, inconstitucional seria não admitir a possibilidade dessa ação, uma vez assente que determinado segmento da anterior decisão assentou na pressuposição de factos futuros que acabaram por não se verificar»*. Na fundamentação, não deixou de sublinhar as *especificidades do caso concreto*, traduzidas, por um lado, na circunstância de os factos supervenientes ao trânsito em julgado surgirem como factos essenciais para a procedência do pedido indemnizatório: (*i*) o proferimento do Acórdão do Tribunal Central Administrativo do Sul proferido na ação popular proposta em 29-Mar.-2012, e que, ao declarar a nulidade do contrato de permuta do Parque Mayer e dos terrenos da Feira Popular, teria inevitavelmente inviabilizado a realização do projeto imobiliário perspectivado pelas partes, *«abalando decisiva e consequencialmente a existência de lucros cessantes futuros, tidos por prováveis na primeira arbitragem realizada*»; (*ii*) a atuação do Município de Lisboa, consubstanciado na aprovação de um novo Plano de Pormenor para o Parque Mayer, o qual, «*ao prever uma utilização daquele espaço orientada, em larga medida, para fins de interesse público, teria identicamente inviabilizado qualquer hipótese de exploração privada de um empreendimento imobiliário, objeto de permuta*». A verificação, cumulativa, destes factos implicava a impossibilidade de verificação do dano futuro. Por outro lado, tais factos supervenientes — uma decisão jurisdicional, transitada em julgado, e um ato normativo de natureza regulamentar —

eram facilmente demonstráveis no processo: eles eram suscetíveis de prova documental e encontravam-se, na verdade, provados por documento autêntico junto aos autos da ação modificativa.

12. Os três acórdãos a que nos referimos, nos seus aspetos essenciais, não podem deixar de merecer a nossa inteira concordância. Neles encontramos confirmada a justeza da nossa construção, que expusemos em momento anterior ao proferimento da decisão arbitral modificativa. No direito português, a obrigação de indemnização compreende os danos que o lesado vier a sofrer em momento ulterior ao momento da definitiva estabilização do objeto processual (ao termo da audiência de discussão e julgamento), *vg*., os danos futuros (danos emergentes ou lucros cessantes), conquanto a sua verificação se mostre *ex ante* como um facto *previsível* para o decisor, ainda que tais não sejam já determináveis (art. 564.º, n.º 2 do CC). A decisão condenatória na indemnização do dano futuro, assente no juízo de prognose, uma vez transitada em julgado, torna indiscutível entre as partes o acerto do juízo de prognose quanto à probabilidade de verificação futura do dano. Como sucede em qualquer ação, os efeitos do caso julgado limitam-se aos pressupostos fácticos essenciais da decisão, mais precisamente, aos factos essenciais que, constando do objeto do processo, puderam ser alegados pelas partes num contexto de plena contraditoriedade. A verificação de factos ulteriores com incidência no crédito indemnizatório, seja no sentido de um agravamento dos danos face ao que era previsível, seja no sentido do impedimento da sua verificação, devem poder ser invocados ulteriormente, por duas ordens de razão.

13. A invocabilidade dos factos supervenientes que agravem, diminuam ou impeçam a ocorrência do dano futuro, impõem-se como única solução compatível com os dados do *direito substantivo*: a manutenção dos efeitos da decisão transitada significaria a violação do princípio da compensação, na sua expressão positiva — o princípio do ressarcimento integral dos danos — quando a evolução ulterior dos acontecimentos revelasse que a situação real do lesado era afinal mais desfavorável do que o previsto, ou na sua

expressão negativa — o princípio da proibição do enriquecimento do lesado — quando a situação real do lesado fosse mais favorável do que o previsto, no limite, quando ela ilustrasse que o dano futuro, afinal, não se verificara([10]).

Era esta última hipótese que se verificava no caso concreto.

Na parte em que exceda o valor do dano real e comprovadamente suportado pelo lesado, a obrigação perde o sentido de uma indemnização, por colocá-lo numa situação melhor do que aquela em que ele se encontraria se o evento não se tivesse verificado, traduzindo-se num enriquecimento injustificado para o lesante. Cabe, assim, concluir que os benefícios da intangibilidade da decisão sobre o crédito indemnizatório e o valor da paz jurídica que a concentração dos juízos possíveis sobre o dever de indemnizar num único momento pretende assegurar devem ser articulados e conciliados com outros princípios relevantes do direito da indemnização. É justamente o mais relevante desses princípios na escala de valorações da ordem jurídica — o princípio do ressarcimento integral dos danos ou da realização da finalidade ressarcitória da responsabilidade —, que justifica a possibilidade de condenação do devedor na indemnização de um dano futuro. Mas este não permite sacrificar a natureza estritamente ressarcitória dessa mesma responsabilidade, o que equivale a afirmar que à parte condenada a indemnizar danos futuros tem de ser reconhecida a possibilidade de demonstrar que, em concreto, a situação real do lesado diverge da previsão anterior([11]).

De resto, a invocabilidade de factos supervenientes, relevantes para o apuramento do dano real reconduz-se a um conjunto de problemas de direito substantivo mais geral, qual seja o da *relevân-*

([10]) O sentido da norma que permite o ressarcimento dos danos futuros é, assim, apenas o atribuir ao credor o benefício da tutela indemnizatória, ao mesmo tempo que mitiga o risco da insuficiência dos meios do devedor para satisfazer o crédito indemnizatório no futuro. Neste sentido, por ex., A. Vaz Serra, «Anotação ao Ac. do STJ de 22-05-1979», *RLJ*, 112.º, n.º 3654, pp. 328-9, «[o] *tribunal não pode atender a um momento posterior ao da sentença, a não ser que o dano futuro seja previsível e possa já ser calculado no momento desta. Se não o puder ser então, pode o tribunal reservar o dano ulterior, e, de qualquer modo, pode o credor exigir nova indemnização quando o dano só depois da sentença se tiver verificado ou puder ser apreciado*.

([11]) De novo, «Estabilidade e caso julgado...», *cit*., pp. 301 e ss.

cia do tempo na obrigação de indemnizar e, em especial, o momento relevante para a fixação do objeto da prestação indemnizatória(12).

---

(12) No direito alemão, o entendimento dominante é hoje o de que o termo da audiência de discussão e julgamento, como último momento em que é admissível aduzir-se factos novos para proceder ao cômputo da indemnização, constitui um referente meramente processual, não sendo possível extrair dele uma norma material sobre o momento relevante para apurar a situação real do lesado; a posição contrária, tributária da teoria da diferença, na sua versão original, foi defendida, além de F. MOMMSEN, *Zur Lehre von dem Interesse*, Schwetschke, Braunschweig, 1855, p. 199, também por F. LEONHARD, *Allgemeines Schuldrecht des BGB*, I, Duncker & Humblot, München und Leipzig, 1929, p. 214; H.-J. KNAPPE, *Das Problem der überholenden Kausalität*, Schwartz, Göttingen, 1954, p. 89, n. 53, mas encontra-se hoje ultrapassada. A estabilidade da obrigação de indemnizar apenas se atinge no momento do cumprimento da prestação indemnizatória; em consonância com isso, admite-se não apenas a possibilidade de valoração como dano de um estado de coisas anterior ao termo da audiência de discussão e julgamento, mas também a ponderação de ocorrências posteriores àquele momento, sacrificando-se a estabilidade da acção em homenagem à finalidade reparatória da obrigação de indemnização: LENT, «Welcher Zeitpunkt ist für die Bemessung des Schadensersatzes massgebend?» *DJ*, 1941, pp. 770 e ss.; STAUDINGER/*Werner*, § 249, Rdr. 23 e ss.; H. MÖLLER, *Summen- und Einzelschaden — Beiträge zur Erneuerung der Schadenslehre vom Wirtschaftsrecht*, de Gruyter, Hamburg, 1937, pp. 17 e ss.; P. DETLEFSEN, *Schadensersatz für entgangene Gebrauchsvorteile*, Verlag Versicherungswirtschaft e. V., Karlsruhe, 1969, pp. 30-40; A. ZEUNER, «Schadensbegriff und Ersatz von Vermögensschäden», *cit*., p. 400; B. LEMHÖFER, «Die überholende Kausalität und das Gesetz», *JuS*, 1966, pp. 337 e ss. (p. 344); H. LANGE/G. SCHIEMANN, *Schadensersatz*[3], Mohr Siebeck, Tübingen, 2003, pp. 45 e ss.; J. ESSER/E. SCHMIDT, *Schuldrecht*[8], I/2, *cit*., pp. 184-5; W. FIKENTSCHER/A. HEINEMANN, *Schuldrecht*[10], *cit*., p. 343; ALT-KOMM/*Rüssmann*, Vor §§ 249-253, Rdr. 82; STAUDINGER/*Medicus*, § 249, Rdr. 240, pp. 108--9; MÜNCHKOMM/*Grunsky*, Vor § 249, Rdr. 129, p. 367; MÜNCHKOMM/*Oetker*, § 249, Rdr. 307, p. 381; STAUDINGER/*Schiemann*, Vor § 249, Rdr. 80, p. 44; SOERGEL/*Mertens*, Vor § 249, Rdr. 290, p. 314; P. GOTTWALD, *Schadenszurechnung und Schadensschätzung: zum Ermessen des Richters im Schadensrecht und im Schadensersartzprozess*, C. H. Beck, München, 1979, pp. 126 e ss.; M. SCHULTZ, « Schadensfortentwicklung und Prozessrecht», *AcP*, 191 (1991), p. 433 e ss. (455); BRIGITTE KEUK, *Vermögensschaden und Interesse*, L. Rohrscheid, Bonn, 1972, pp. 24 e ss. e 100 e ss.; SUSANNE WÜRTHWEIN, *Schadensersatz für Verlust der Nutzungsmöglichkeit einer Sache oder für entgangene Gebrauchsvorteile?*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2001; p. 228. Na doutrina processualista: A. BLOMEYER, *Zivilprozessrecht*, Springer, Berlin — Göttingen — Heidelberg, 1963, p. 435; MÜNCHKOMMZPO/*Gottwald*, § 323, Rdr. 7, p. 2055; H. ROTH, «Richterliche Prognoseentscheidung, Rechtskraftwirkung und materielle Gerechtigkeit im Fall der Abänderungsklage nach § 323 ZPO», *NJW*, 1988, pp. 1233 e ss., e WIECZOREK/SCHUTZE/*Büscher*, § 323, Rdr. 1, pp. 358-9. Entre nós, v., nesse sentido, também A. VAZ SERRA, «Obrigação de indemnização Obrigação de indemnização (Colocação. Fontes. Conceito e espécies de dano. Nexo causal. Extensão do dever de indemnização). Direito de abstenção e de remoção», *BMJ*, 84 (1959), pp. 5-303 (p. 259); P. MOTA PINTO, *Interesse contratual negativo e interesse contratual positivo*,

14. Em favor da suscetibilidade de modificação da decisão incidente sobre a pretensão indemnizatória depõem igualmente *ponderosas razões de ordem processual*.

Os factos supervenientes ao trânsito em julgado com relevância para o apuramento das consequências reais e concretas da lesão têm de poder ser invocados, por algum meio processual: trata-se de factos essenciais que, pela natureza das coisas, não podiam ter sido alegados pelas partes e que relevam para apreciação do mérito das suas pretensões. Neste sentido, não se pode deixar de aplaudir o entendimento do Supremo Tribunal de Justiça: a admissibilidade da ação modificativa encontra justificação na perspectiva do direito de ação da parte, em termos que a prevalência de uma ideia de imunidade da decisão condenatória às superveniências que impedissem o ocorrência do dano constituiria um insuficiência de tutela daquele direito fundamental. Quer dizer, ante a inexistência *ex lege stricta* de um meio processual idóneo a fazer valer a pretensão da parte em invocar os factos supervenientes ao trânsito em julgado da decisão e que afectam os pressupostos que constituem o seu fundamento, esse meio teria de ser desenvolvido *praeter legem* pelo intérprete-aplicador, de modo a assegurar a possibilidade do exercício jurisdicional da situação jurídica material de que aquela é titular (art. 2.º do Código de Processo Civil).

15. Se é certo que não encontramos tipificada na lei processual a ação modificativa como um meio processual geral, não deixamos de encontrar no sistema indícios fortes no sentido do sua vigência. Nesse sentido depõe não apenas a norma que delimita objetivamente o caso julgado aos factos essenciais que integram o objeto da ação (art. 621.º do CPC), mas igualmente as disposições processuais que, versando sobre decisões que têm por base um estado de coisas futuro, admitem e regulam a sua modificabilidade,

---

Coimbra Editora, Coimbra, 2008, pp. 565-7. Mais restritivo, defendendo a ininvocabilidade da causa virtual em momento ulterior ao encerramento da discussão, de modo a que sentença corresponda ao estado de coisas existente nesse momento, ditada «por ponderosas razões de segurança jurídica», F. Pereira Coelho, *virtual na responsabilidade civil*, Almedina, Coimbra, 1998 (Reimp.), p. 220, n. 80. V., com maior desenvolvimento, «Estabilidade e caso julgado...», *loc. cit*., pp. 289 e ss.

após o trânsito em julgado, como aquelas que preveem a modificabilidade das decisões que condenem no cumprimento de obrigações de alimentos ou outras prestações dependentes de circunstâncias especiais quanto à sua medida ou à sua duração (arts. 282.º, n.º 1 e 619.º, n.º 2 do Código de Processo Civil), ou aquela que, com um alcance geral, determina a possibilidade de modificar a providência decretada num processo de jurisdição voluntária (art. 988.º, n.º 1, do Código de Processo Civil). No domínio da obrigação de indemnizar, o legislador civil admite a possibilidade de revisão do crédito indemnizatório fundada na superveniência nas situações em que indemnização tiver sido fixada sob a forma de renda (art. 567.º, n.º 2 do Código Civil)([13]).

16. Quando submetidas a uma interpretação integrada, as sobrecitadas disposições desvelam o acolhimento pelo sistema de um *princípio de modificabilidade* (ou de adaptabilidade) das decisões cujos efeitos, por incidirem sobre prestações duradouras ou futuras, se acham dependentes da verificação de um estado de coisas futuro([14]).

Este tipo de decisões, proferidas no âmbito de uma ação com um *«objeto processual temporalmente conformado»*, comportam uma inevitável margem de incerteza quanto à sua estabilidade, pois uma alteração sensível da factualidade subjacente determina, nesse momento, a falta de justeza ou a incorreção da decisão transitada([15]). Ao contrário do que sucede tipicamente, os factos essenciais que compõem o objeto do processo não se reportam ao passado (por referência ao momento da propositura da ação); o objeto

---

([13]) O problema é aprofundado por ISABEL ALEXANDRE, *Modificação do caso julgado material civil por alteração das circunstâncias*, Policopiado, 2010, pp. 531 e ss.

([14]) *Acção modificativa...*, *cit*., pp. 431 e ss.

([15]) O fenómeno não é, aqui, diverso da caducidade do caso julgado: M. TEIXEIRA DE SOUSA, *Estudos sobre o Novo Processo Civil*[2], Lex, Lisboa, 1997, pp. 586-7: «*a decisão reporta-se à situação de facto existente no momento do encerramento da discussão (art. 663.º, n.º 1), mas não pode ser indiferente uma alteração ocorrida posteriormente. Quer dizer: também o caso julgado se encontra submetido ao princípio rebus sic stantibus e, por isso, deixa de valer quando se alteram os condicionalismos de facto em que a decisão foi proferida. […] A caducidade do caso julgado ocorre quando deixa de se verificar a situação de facto subjacente à decisão*».

do processo tem, aqui, *a potencialidade de se projetar no futuro*, para além do momento em que a decisão deve ser proferida. Uma vez que as partes hão de poder alegar nesse processo todos os factos essenciais, e defender-se dos factos essenciais alegados pela parte contrária, a justaposição entre as fronteiras do objeto do processo e os pressupostos para a constituição das situações jurídicas processuais determina o reconhecimento da faculdade de modificar o próprio objeto processual.

17. O aspeto especial em todos os conjuntos de casos anteriormente identificados reside na circunstância de a modificação de factos essenciais ser *póstuma* ao próprio encerramento da instância em virtude do trânsito em julgado de uma decisão que haja conhecido do mérito da causa([16]). Não admitindo a lei processual a possibilidade modificar, na instância entretanto extinta, o objeto da ação com fundamento na ocorrência de factos supervenientes ao trânsito em julgado, cabe concluir que a invocabilidade de tais factos terá de ocorrer por via de uma nova ação — uma ação modificativa — cujo objeto, sendo diverso do da ação anterior, é com ele parcialmente coincidente([17]): o pedido traduz-se na modificação dos efeitos jurídicos produzidos pela decisão transitada e o objeto da ação modificativa nos factos jurídicos essenciais ocorridos após o momento em que se fixou definitivamente o objeto da primeira ação.

18. Conforme escrevemos anteriormente([18]), a natureza da jurisdição é neutra quanto à modificabilidade das decisões. Por radicar numa exigência de justiça material, a pretensão à modificação da decisão jurisdicional fundada em factos relevantes cuja verificação supera, temporalmente, o momento do proferimento da decisão deve ser reconhecida tanto na jurisdição estadual quanto na jurisdição arbitral. A celebração da convenção de arbitragem

---

([16]) V. o nosso «Estabilidade e caso julgado...», *cit*., pp. 320 e ss.

([17]) *Acção modificativa...*, *cit*., p. 432. Com desenvolvimentos, ISABEL ALEXANDRE, *Modificação...*, *cit*., pp. 770 e ss., pp. 825 e ss.

([18]) *Acção modificativa...*, *cit*., pp. 438 e ss.

não pode ter o efeito de retirar às partes a pretensão à reposição do acerto da decisão arbitral a proferir: além de não ser esse o sentido que subjaz à vontade de vinculação à convenção, o efeito positivo desta não pode ser imune às exigências de justiça impostas pelo direito objectivo, incluindo a limitação dos efeitos das decisões jurisdicionais à regra *rebus sic stantibus*. É justamente por essa ordem de razões que, além de se admitir a modificabilidade do caso julgado arbitral, se deve partir do pressuposto de que a jurisdição competente é, à partida, a jurisdição arbitral.

19. No caso visado pelos três acórdãos, encontrava-se preenchida a *factispecies* própria da ação modificativa: o pressuposto fáctico em que assentou a decisão arbitral condenatória no pagamento de uma indemnização — a suportação na esfera do lesado de um dano secundário e futuro — não se verificou, tendo ao invés ocorrido após o trânsito em julgado daquela factos que, por atingirem os pressupostos da aquisição do proveito futuro pelo lesado, impossibilitavam a ocorrência do lucro cessante anteriormente julgado como provável. Tais factos conferiam ao então demandado um meio de defesa novo, que não poderia ter sido exercido no processo anterior: um facto impeditivo da suportação, pelo lesado, do dano futuro.

20. Se descontarmos a circunstância de, no caso concreto que fundou as decisões e o acórdão sob comentário, os factos que servem de fundamento a *exceptio* serem de fácil demonstração, por via de prova documental, ele não revela qualquer especificidade, nem reclama qualquer solução de exceção: a possibilidade de requerer a modificação da decisão, adaptando-a ao novo enquadramento fáctico essencial, é admissível sempre que o objeto processual revelar uma conformação temporal idêntica, *ie*., sempre que se projetar para o futuro, envolvendo juízos de prognose incidentes sobre estados de coisas ainda não ocorridos.

Importa abandonar de vez o dogma da imutabilidade da decisão como suposto argumento contra a possibilidade de modificação ou de adaptação dos efeitos da decisão fundada na superveniência objetiva ao último momento em que se admite a alteração

do objeto da ação pretérita: a decisão é, na verdade, definitiva e o caso julgado imutável sempre por referência a determinado objeto, sem excluir a possibilidade de surgimento de uma nova ação, com um objeto diverso, que as partes conformam no exercício do direito fundamental à ação e no respeito pelo princípio do contraditório.

21. Não resistimos a suscitar a questão de saber se o fundamento último da pretensão à modificação ou adaptação dos efeitos da decisão radica efetivamente na circunstância de o objeto da ação envolver "factos futuros" e de a decisão pressupor um juízo de prognose, cuja falibilidade decorre da natureza das coisas e que é imediatamente intuída por todos. Na verdade, a legitimação da ação modificativa pode ser procurada alhures, numa ideia mais geral de limitação dos efeitos da decisão proferida em ambiente de incerteza, e segundo um princípio de congruência entre o nível da convicção formada sobre os factos integrantes do objeto e a imunidade dos efeitos da decisão à discussão ulterior e exauriente sobre os mesmos factos. A ser assim, o problema ultrapassa em muito a análise da recente decisão do Supremo Tribunal de Justiça e o respetivo comentário.

Apesar de, uma vez mais e porque nunca deixámos de ir pensando conjugadamente o problema do tempo, da natureza dos juízos e dos efeitos da decisão, remetermos o seu desenvolvimento para um estudo autónomo, deixamos já enunciada a solução testanda: em casos como o que foi submetido à nossa consideração em 2009, vem-se dizendo que *a decisão forma caso julgado* por simpatia: se toda a decisão proferida em processo com conhecimento exauriente e contraditório forte forma caso julgado, também aquela que se projeta no futuro ou que pressupõe a realidade com uma certa configuração no futuro provoca este efeito (ou, para quem assim prefira, tem esta qualidade). Mas, se nos distanciarmos e pensarmos tudo a partir da periferia ou dos casos periféricos, percebemos que, apesar de assim se vir dizendo, não há de poder dizer-se assim. Na verdade, repudiando, por insuficientes, as justificações institucionais ou formais, aceitamos substancialmente o efeito de caso julgado porque a decisão é a melhor decisão possí-

vel, atendendo ao procedimento percorrido para a alcançarmos: um processo equitativo, com igualdade e contraditório forte e uma decisão fundada em conhecimento exauriente e proferida por um decisor que é necessariamente imparcial e neutro. Se assim é — e intuímos que assim deverá ser porquanto sempre se defendeu que as decisões proferidas em procedimentos que, não obstante subordinados aos princípios processuais fundamentais, determinavam o proferimento de decisões com base em juízos de probabilidade, não formavam, por esta razão caso julgado —, o problema do caso não era de modificação de caso julgado porque só se modifica o que preexiste. Em rigor, não há caso julgado em casos como o que foi julgado. Porque o caso julgado, tão draconianamente fatal no que dita, há de pressupor uma certeza sobre o adjudicando, incompatível com a mera prognose. Ora, porque *o futuro é incerto e a Deus pertence*, ao homem o que é do homem, a Deus o que é de Deus. Ao homem, a pretensão — ilusão ainda aceitável porque ordenada a permitir-lhe suportar a fragilidade dos seus juízos num sistema falível de acesso ao conhecimento? — de conhecer a realidade; a Deus, na parábola de BOCCACCIO, a que Urbano Tavares Rodrigues deu o título de *Trespasse de um pecador* e que bem acentua a contingência do juízo humano, o mistério(19).

Outubro de 2016

(19) Decameron, I.1: "(m)a per ciò che questo n´è oculto, secondo quello che ne può apparire ragiono (...)." [Na tradução de Urbano Tavares Rodrigues: "Mas isto é um mistério. Raciocino segundo as aparências (...)"].

PUBLICIDADE DA ACTIVIDADE DO ADVOGADO; DIVULGAÇÃO NO RESPETIVO SÍTIO NA INTERNET INFORMAÇÃO; CRIAÇÃO DE LOGOTIPO

Processo N.º 4/PP/2016-G

Relator: Dr. Miguel Salgueiro Meira

Relatório

Vem a Requerente pedir parecer a este Conselho Geral para esclarecimento das seguintes questões relacionadas com o exercício da sua actividade profissional, nomeadamente no que se refere ao disposto na alínea *d*) do n.º 2 do art. 94.º do Estatuto da Ordem dos Advogados (EOA):

a) Em escritório partilhado por vários colegas, não estando organizado em sociedade, e sob a coordenação do advogado fundador do escritório (concretamente, o Exmo. Sr. Dr. A. … , Advogado, com domicílio profissional no (…), em Oeiras, portador da cédula profissional n.º XXXX) é admissível a criação de um logotipo composto pelas iniciais do Advogado fundador, concretamente, "ACT", seguido de termos como "Legal", "Law", "Advogado" ou "Advogados"?

b) É admissível a utilização de tal designação para a criação de página de Internet, concretamente, www....”?

c) Na eventualidade de tal designação poder ser adotada, poderá ser solicitado o registo de marca da designação junto das entidades competentes?

As questões suscitadas prendem-se, assim, com a forma e meios de publicitação da actividade profissional de advogado.

Parecer

O regime jurídico respeitante à informação e publicitação do exercício da actividade de advogado encontra-se regulado no art. 94.º do EOA.

De acordo com o seu n.º 1, *“Os advogados e as sociedades de advogados podem divulgar a sua atividade profissional* ***de forma objetiva, verdadeira*** *e* ***digna****, no rigoroso* ***respeito dos deveres deontológicos, do segredo profissional e das normas legais sobre publicidade e concorrência****”*.

De entre os diversos conteúdos que são considerados “informação objectiva” pelo EOA, encontra-se *“A denominação, o* ***logotipo*** *ou outro sinal distintivo do escritório”*, bem como *“A indicação do respetivo sitio na Internet”* (art. 94.º, n.º 2, al. *d*) e *l*) do EOA).

Por seu turno, nos termos da alínea *c*), do n.º 4 do art. 94.º do EOA, são actos ilícitos de publicidade “*A prestação de informações erróneas ou enganosas”*.

Ora, de acordo com as disposições supra-citadas, não há dúvida que a criação de um logotipo e de um site pretendido pelo advogado é informação reputada por objectiva e, como tal, lícita.

Importa, no entanto, debruçarmo-nos sobre as concretas propostas de logotipo e de designação de site que são propostas.

Desde logo, é importante notar que a Requerente refere que o escritório em que trabalha é *“partilhado por vários colegas, não*

estando este organizado em sociedade", estando sob a *"coordenação do advogado fundador do escritório (concretamente, o Ex.mo Sr. Dr. A (...)"*.

Não obstante esse facto, pretendem a Requerente, o advogado fundador do escritório e (depreende-se) os demais advogados que aí partilham o espaço, criar um logotipo e um site "inclusivo" d todos os advogados que laboram em conjunto.

Relativamente ao logotipo, propõe-se usar as iniciais do advogado fundador, "ACT" (de A. …), adicionando-lhe as expressões "Legal", "Law", "Advogado" ou "Advogados".

Relativamente ao site na internet pretendem designações que incluam as inicias do advogado fundador "ACT", seguidas de expressões *"legal"*, *"law"*, *"advogado"* ou *"advogados"*.

Ora, como acima se referiu, a divulgação da actividade deve ser feita de forma objectiva, verdadeira e digna.

Nessa medida, deverão ser evitados todos os conteúdos ou actos que possam gerar dúvidas ou confusão sobre a actividade exercida ou a forma como a mesma é exercida.

Atentas as propostas apresentada, duas questões se nos colocam: por um lado a inclusão no logotipo e no site da expressão *"Advogados"* (no plural), a qual pode criar a ideia de um exercício em forma societária da actividade de advogado, o que não corresponde à realidade do caso concreto e poderá criar a confusão e ideias erradas dos clientes sobre a responsabilidade civil dos profissionais que trabalham em conjunto; por outro lado, a utilização da expressão "ACT", a qual, associado a expressões como "legal" ou "law" pode criar a confusão com a "Autoridade para as Condições de Trabalho", que usa idêntica sigla no seu *website*.

Não exercendo os advogados a sua profissão em forma de sociedade, cada advogado deverá ter o seu próprio logotipo.

Assim, entendemos que do logotipo e *website* pretendidos não deverão ser incorporadas expressões ou frases como "Advogados", "ACT" ou outras expressões que possam criar ideias erradas ou confusão sobre a forma de exercício da advocacia pelos diversos advogados bem como a confusão do respectivo escritório com outras instituições públicas ligadas ao direito, sob pena de se violar o disposto no art. 94.º, n.º 1 do EOA.

Relativamente ao registo de "Marca" da designação/logotipo junto das entidades competentes, a mesma poderá ser feita nos termos do disposto no art. 225.º, al. *e*) do Cód. Propriedade Industrial, cumpridos os requisitos dos arts. 222.º e ss. do mesmo diploma, desde que sejam observadas as normas do EOA respeitantes à informação e publicidade da actividade do advogado, tal como foi supra-expendido.

Conclusões

1.ª — De acordo com o seu art. 94.º, n.º 1 do Estatuto da Ordem dos Advogados (EOA), *"Os advogados e as sociedades de advogados podem divulgar a sua atividade profissional de forma objetiva, verdadeira e digna, no rigoroso respeito dos deveres deontológicos, do segredo profissional e das normas legais sobre publicidade e concorrência"*.

2.ª — De entre os diversos conteúdos que são considerados "informação objectiva" pelo EOA, encontra-se *"A denominação, o* ***logotipo*** *ou outro sinal distintivo do escritório"*, bem como *"A indicação do respetivo* ***sítio na Internet****"* (art. 94.º, n.º 2, al. *d*) e *l*) do EOA).

3.ª — Por seu turno, nos termos da alínea *c*), do n.º 4 do art. 94.º do EOA, são actos ilícitos de publicidade "*A prestação de informações erróneas ou enganosas"*.

4.ª — Nessa medida, a divulgação do exercício da actividade de advogado deve ser feita de forma objectiva, verdadeira e digna, devendo ser evitados todos os conteúdos ou actos que possam gerar dúvidas ou confusão sobre a actividade exercida ou a forma como a mesma é exercida.

5.ª — Não exercendo os advogados a sua profissão na forma de sociedade de advogados, mas sim individualmente ocupando um mesmo espaço, cada advogado deverá ter o seu próprio logotipo.

6.ª — De outra forma, a inclusão no logotipo e no site da expressão *"Advogados"* (no plural), pode criar a ideia de um exercício em forma societária da actividade de advogado, o que não corresponde à realidade do caso concreto e poderá criar a confusão e ideias erradas dos clientes sobre a responsabilidade civil dos profissionais que trabalham em conjunto.

7.ª — A utilização no logotipo e no endereço *"web"* da expressão "ACT" pode criar a confusão com a "Autoridade para as Condições de Trabalho" — que usa idêntica sigla —, ainda mais quando associado a expressões como *"legal"* ou *"law"*.

8.ª — No caso concreto em apreciação, na criação de um logotipo e *website* não deverão ser incorporadas expressões ou frases como "Advogados", "ACT" ou outras expressões que possam criar ideias erradas ou confusão sobre a forma de exercício da advocacia pelos diversos advogados bem como a confusão do respectivo escritório com outras instituições públicas ligadas ao direito, sob pena de se violar o disposto no art. 94.º, n.º 1 do EOA.

9.ª — O registo de "Marca" da designação/logotipo distintivo do advogado junto das entidades competentes, poderá ser feita nos termos do disposto no art. 225.º, al. *e*) do Cód. Propriedade Industrial, cumpridos os requisitos dos arts. 222.º e ss., do mesmo diploma, desde que sejam observadas as normas do EOA respeitantes à informação e publicidade da actividade do advogado, tal como foi supra-expendido.

É este o nosso parecer.

Viana do Castelo, 29 de Julho de 2016.

O Relator,
MIGUEL SALGUEIRO MEIRA

Aprovado em sessão do Conselho Geral de 1 de Setembro de 2016.

RECURSO DA DELIBERAÇÃO DO CONSELHO DE DEONTOLOGIA DE FARO

Processo n.º 86 — CS/R

Relatora: D.ra Maria Emília Morais Carneiro

Recorrente: Dr. (…)
Recorrido: Conselho Deontologia de Faro

PARECER

1. Relatório

O Senhor Dr. (…), com a cédula profissional n.º (…) arguido nos presentes autos, veio interpor Recurso para este Conselho Superior, do Acórdão de 14 de Março de 2016 do Conselho de Deontologia de Faro (fls. 103) que lhe determinou a aplicação de uma pena disciplinar de "**Advertência**".

Os autos foram iniciados pelo Conselho de Deontologia de Faro aqui recorrido na sequência de uma participação apresentada por (…), em 26 de Março de 2013, na qualidade de administrador da Sociedade (…) — Sociedade de Advogados RL, contra o Sr. Advogado Dr. (…) — participado — dando conhecimento que:

a referida sociedade intentou uma injunção ao Sr. (…), para pagamento de despesas e honorários, que o mesmo deduziu oposição a qual foi subscrita pelo seu mandatário Dr. (…), participado, o qual, *na audiência de discussão e julgamento e para defesa do seu constituinte, juntou aos autos uma comunicação recebida por telecópia (fax) relativo a um outro processo que lhe fora enviado pela mandatária* da participante. *Fax este no âmbito de negociações malogradas entre a sociedade participante e a empresa administrada pelo constituinte* do participado *e ali visado no requerimento injuntivo*.

Juntou um documento e arrolou uma testemunha.

Notificado para se pronunciar sobre o teor da participação, veio o Sr. Advogado participado fazê-lo a fls. 13 a 16 dos presentes autos, juntando 16 documentos e arrolando duas testemunhas. Em suma e com interesse para os presentes autos esclareceu que *o referido fax foi junto àqueles autos, juntamente com diversa outra documentação, para prova do comportamento (aliás reprovável) levado a cabo pela participante, para assim tentar obter do Sr. (...), um pagamento de um serviço que sabia não lhe ter prestado. (...) e que já* havia *sido liquidados por via da factura (...) emitida em 09/09/2010. (...) considerando que o Sr. (...) e sua mulher não liquidaram aquilo que a participante pretendia, intentou esta contra aqueles dois requerimentos de injunção. O participado foi mandatado para representar o Sr. (...) e sua mulher nos respectivos processos de injunção, tendo deduzido as respectivas oposições. Os processos movidos contra o Sr. (...) e sua mulher foram julgados improcedentes (...). E a (participante), na pessoa do seu representante legal, foi mesmo condenada como litigante de má-fé, no âmbito do processo (...), do 2.º Juízo Cível de Faro(...). O fax constante da participação apresentada foi junto ao processo com o n.º (...), juntamente para demonstração do comportamento altamente reprovável, levado a cabo pela participante (...) O fax constante da participação não contém pois qualquer matéria respeitante a negociações malogradas, uma vez que o mesmo configura, no entender do participado, uma mera ameaça/chantagem e não mais do que isso.*

Decorrida toda a fase de instrução foi proferido Despacho de Acusação (fls. 80) contra o Sr. Advogado participado, por violação do dever deontológico de Segredo Profissional, consagrado na alínea *f)* do n.º 1 do art. 87.º do EOA (redacção da Lei 15/2005, de 26 de Janeiro). Vindo este apresentar a sua defesa a fls. 88 a 91 dando por integralmente reproduzida toda a sua resposta à pronúncia de fls. 13 a fls. 16.

A 05 de Fevereiro de 2016 foi proferido respectivo Relatório Final, vindo o Sr. Advogado arguido a ser condenado numa pena de **Advertência** por violação dos deveres consagrados na alínea *f)* do n.º 1 do art. 87.º do EOA (na redacção anterior) por Acórdão de fls. 103, conforme se propõe no Relatório Final.

Inconformado, alegou o Recorrente nos termos constantes de fls. (…) tendo concluído conforme segue:

a) *O Acórdão recorrido não se encontra devidamente fundamentado, devendo ser considerado nulo, com as legais consequências;*

b) *Por outro lado, sempre se dirá que o arguido não cometeu qualquer infracção disciplinar;*

c) *Com efeito, o fax dos autos não configura o conceito de transacção malograda, uma vez que constitui, apenas, uma ameaça levada a cabo por uma sociedade de advogados para tentar obter o pagamento de um alegado crédito junto de uma sociedade insolvente, que se encontrava impedida de efectuar quaisquer pagamentos a credores, em detrimento dos restantes, atenta a sua situação processual!*

d) *Uma negociação, ainda que malograda, pressupõe uma qualquer tentativa de resolução amigável de um assunto, manifestando-se por norma, numa vontade diferente daquela que corresponde ao direito a que a parte se arroga,*

e) *Configurando o fax dos autos uma mera pretensão do recebimento de um alegado crédito, sob pena de apresentação de um queixa-crime, sendo tal pretensão ilegítima e*

ilegal, uma vez que assenta na tentativa de obtenção de um benefício económico que a sociedade de advogados participante sabia não lhe poder ser atribuído,

f) *O fax dos autos não está assim sujeito a dever de sigilo, pelo que o arguido não violou qualquer norma deontológica do EOA, nomeadamente o art. 87.º, alínea f).*
Nestes termos, deverá o Acórdão recorrido ser revogado e substituído por um outro que absolva o arguido da prática da infracção disciplinar em que foi condenado.

Notificada ao abrigo do n.º 6 do art. 160.º do EOA (redacção anterior), a Sociedade recorrida não contra-alegou.

2. Apreciação

a) Do mérito do Recurso

Nas suas conclusões o Senhor Advogado arguido vem arguir a nulidade do *Acórdão recorrido* invocando que o mesmo *não se encontra devidamente fundamentado, devendo ser considerado nulo, com as legais consequências.* Sobre esta matéria não lhe assiste razão pois como se constata do Relatório Final de fls. (…) o mesmo obedece aos requisitos legais previstos no n.º 1 do art. 154.º do EOA (Lei 15/2005, de 26 de Janeiro) aplicável, está fundamentado, contém os factos apurados, a sua qualificação e gravidade e a pena que entende dever ser aplicada.

Nos termos do n.º 1 do art. 155.º da referida lei, *"Não havendo lugar a audiência pública e se todos os membros do conselho ou da secção se considerarem para tanto habilitados, é votada a deliberação e lavrado e assinado o acórdão"*.

Pelo exposto, consideramos que **o Acórdão não padece assim de qualquer vício de violação da lei pelo que se mantém**.

b) Da violação dos deveres deontológicos

Resta-nos então apreciar os restantes elementos vertidos nos autos a fim de tomarmos uma decisão conscienciosa e sem necessidade de produção de quaisquer outros meios de prova, no que concerne à conduta do Sr. Advogado participado, enquanto violadora dos seus deveres profissionais. A principal questão de cariz deontológico colocada, diz respeito ao incumprimento dos deveres do Sr. Advogado arguido, constantes na alínea *f*) do n.º 1 do art. 87.º do EOA na sua anterior redacção, sob a epígrafe *"Segredo profissional"*.

O qual menciona: 1 — *O advogado é obrigado a guardar segredo profissional no que respeita a todos os factos cujo conhecimento lhe advenha do exercício das suas funções ou da prestação dos seus serviços, designadamente:*

f) *A factos de que tenha tido conhecimento no âmbito de quaisquer negociações malogradas, orais ou escritas, em que tenha intervindo.*

Já o Parecer do Conselho Geral de 21/04/1981 se referia a este dever, como *timbre da advocacia e condição sine qua non da sua plena dignidade* (ROA, n.º 41,900).

O *sigilo profissional* a que o Advogado está obrigado é assim uma das matérias mais delicadas da deontologia.

É assim sobre este dever profissional que devem ser subsumidos os factos vertidos e devidamente documentados nestes autos, de forma a decidir se a junção do referido *documento* em causa, viola, ou não, o dever exposto.

O teor do *fax* objecto dos presentes autos que instrui a participação sob a designação de *"documento junto"* (fls. 8), permite-nos desde logo concluir que não se trata de uma transacção malograda entre as partes, nem sequer de correspondência trocada entre advogados (n.º 1 do art. 108.º EOA — Lei 15/2005).

Nem mesmo lhe será aplicável qualquer dos dispositivos estatutários previstos nas restantes alíneas *a*), *b*), *c*), *d*) ou *e*) do art. 87.º.

Resta-nos então analisar se o *fax* dos autos integra o pressuposto previsto na referida ***alínea f)*** *— factos de que tenha tido conhecimento no âmbito de quaisquer negociações malogradas, orais ou escritas, em que tenha intervindo*.

Reza assim o *fax* cuja junção deu origem aos presentes autos disciplinares:

> *"Para: Ex.mo Senhor Dr. (...) MI Advogado*
>
> *Prezado Colega,*
>
> *Fui mandatada para apresentar queixa-crime por insolvência dolosa, favorecimento de credores e dissipação de bens contra a (...), administradores e sócios.*
>
> *Eventualmente poderia a minha cliente perder o interesse quando visse pago o seu crédito.*
>
> *Querendo, poderá o meu Ex.mo Colega contactar-me sobre o assunto.*
>
> *Subscrevo-me com os melhores cumprimentos,*
>
> *A Advogada*
>
> *(...)"*

Como se constata, o teor do *fax não* integra o pressuposto previsto na referida *alínea f*) pois nos expressos termos aí consignados, o Advogado só está obrigado ao segredo profissional relativamente a factos de que tenha tido conhecimento durante negociações prévias com vista a um acordo amigável que nunca se veio a concretizar, e em que tenha intervindo.

Ora o *fax* cuja junção se contesta tem como conteúdo, não factos revelados durante qualquer negociação malograda (a qual nunca existiu), nem a tentativa de resolução amigável de uma questão, mas sim, circunstâncias relativas ao pagamento de um crédito por parte da constituinte do Sr. Advogado participado, crédito esse que sabe não existir! O conteúdo do *fax* em causa, revela antes uma proposta para pagamento em *laia de ameaça* da qual se subentende *ou paga o crédito ou ser-lhe-á instaurado um processo-crime.* O que diga-se em abono da verdade não ser a atitude mais correcta do ponto de vista deontológico de um colega se dirigir a outro, colocando até em causa o próprio *dever geral de urbanidade* para com o colega previsto no art. 90.º do cit. EOA.

Até por que analisando os documentos dos autos se constata que a participante não logrou requerer o desentranhamento do documento dos autos judiciais, o qual em nada poderia colocar em crise a resolução do processo ou beneficiar uma parte em detrimento da outra. Somos assim em crer que é de afastar a aplicabilidade da alínea *f*) do n.º 1 do art. 87.º do EOA (anterior versão) por não se tratar de documento que respeite a negociações malogradas, no âmbito das quais tenha intervindo o Sr. Advogado participado. O mesmo é dizer que, o conteúdo revelado no *fax em* causa só estaria abrangido pela violação das regras deontológicas impostas no art. 87.º se tratasse em concreto de factos dados a conhecer pela parte contrária na pendência em causa e no decurso das negociações. O que de todo não se verifica.

Por todo o exposto somos de concluir que não se mostrando preenchido o pressuposto constante do referido preceito, não existiu, em consequência qualquer violação por parte do Sr. Advogado participado do dever de sigilo profissional pelo que neste ponto lhe assiste razão.

Nestes termos não sendo susceptível de censura o comportamento do ora Recorrente CONCEDE-SE PROVIMENTO AO PRESENTE RECURSO E EM CONSEQUÊNCIA REVOGA-SE O ACÓRDÃO RECORRIDO COM A CONSEQUENTE ABSOLVIÇÃO DO SENHOR ADVOGADO ARGUIDO.

À 3.ª secção.
Tavira, aos 11 de Julho de 2016

A Relatora: Maria Emília Morais Carneiro

Aprovado em Reunião da 3.ª Secção do Conselho Superior, de 13 de Julho de 2016.

RECURSO DA DECISÃO DE DISPENSA DO SEGREDO PROFISSIONAL

Processo n.º 25/2015-CS/RD

Relator: Doutor António Pinheiro Gonçalves

Recorrente: Senhor Dr. […]
Recorrido: Conselho Distrital […]

Parecer

1. No então denominado Conselho Distrital do […] foi instruído um processo de Dispensa de Segredo Profissional, no qual é requerente o Sr. Dr. […].

2. Nesse processo, pedia o referido Sr. Dr. […] a dispensa de segredo profissional relativamente a uma carta que lhe havia sido dirigida pelo agora recorrente, mandatário da parte contrária, antes da propositura da respectiva acção e no âmbito de negociações malogradas que visaram a resolução extrajudicial do litígio que depois passaram a discutir no tribunal.

3. Por decisão de […], do Vogal daquele Conselho Distrital, com competência delegada pela respectiva Presidente, foi deferido o pedido de dispensa do segredo profissional, autorizando o requerente, Sr. Dr. […], na acção nº […], a juntar cópia da comunicação datada de […] e remetida pelo Colega, agora recorrente.

4. Ao tomar conhecimento desse deferimento da dispensa do segredo profissional, o agora recorrente, Sr. Dr. […], dirigiu uma comunicação à Sra. Presidente do Conselho Distrital […], na qual manifestou o seu desagrado pela decisão tomada e solicitou certidão do respectivo processo, com vista a interpor recurso dessa decisão.

5. Todavia, por despacho do Vogal daquele Conselho Distrital (hoje Conselho Regional […]) foi indeferido o requerimento do agora recorrente, com fundamento em que apenas o advogado que pretende fazer cessar o segredo profissional tem legitimidade para intervir no procedimento de dispensa do sigilo profissional. E, sendo o recorrente terceiro ou eventual interessado no procedimento de dispensa do sigilo, estaria ele impedido de aceder ao mesmo.

6. Dessa decisão do Conselho Distrital […] recorre agora o Sr. Dr.[…] para este Conselho Superior, com a respectiva motivação e conclusões.

7. Com o expediente do recurso, foi junto despacho da Sra. Presidente do Conselho Distrital […], a admitir o referido recurso.

8. De acordo com o disposto no n.º 1, alínea *b*) do art. 44.º do actual EOA (n.º 1, al. *b*) do art. 43.º do anterior EOA) compete ao Conselho Superior, reunido em sessão plenária, julgar os recursos das deliberações dos conselhos regionais (antes conselhos distritais).

9. Está em causa o despacho proferido no Conselho Distrital […], o qual negou ao recorrente o acesso aos autos do processo de dispensa do segredo profissional, pugnando o recorrente pela sua revogação e substituição por outro que permita ao recorrente acesso aos autos, para que o mesmo possa recorrer da decisão nele proferida quanto à dispensa do segredo profissional requerida pelo Sr. Dr. […] e deferida pelo referido Vogal do Conselho Distrital.

10. Constitui dever do advogado guardar segredo profissional no que respeita a todos os factos cujo conhecimento lhe advenha do exercício das suas funções ou da prestação dos serviços de advogado.

Este dever de guardar segredo profissional é considerado como direito-dever fundamental e condição da dignidade da advocacia. Como escreveu o Dr. António Arnaut, é a regra de ouro da advocacia e um dos sagrados princípios deontológicos (*in Iniciação à Advocacia*, Coimbra Editora, 9.ª ed. revista, p. 107).

11. Mas sendo um direito-dever do advogado, ele não é absoluto, podendo o advogado, excepcionalmente, revelar factos cobertos pelo segredo profissional.

Contudo, só o poderá fazer desde que, por um lado, tal seja absolutamente necessário para a defesa da dignidade, direitos e interesses legítimos do próprio advogado ou do cliente ou seus representantes e, por outro lado, desde que para tal obtenha prévia autorização do presidente do conselho regional respectivo.

12. Dir-se-á então que, nesses casos, poderá excepcionalmente o advogado revelar factos ou documentos do seu conhecimento e que estariam cobertos pelo dever de segredo profissional.

Mas os factos e documentos que o advogado poderá excepcionalmente revelar são os cobertos pelo seu dever de segredo e não os que estão cobertos pelo dever de segredo de outros advogados.

13. Actualmente, a matéria do segredo profissional do advogado está regulada no art. 92.º do EOA, o qual tem correspondência com o art. 87.º do anterior Estatuto. No Estatuto aprovado pelo Decreto-Lei n.º 84/84, de 16 de Março, o segredo profissional estava regulado no art. 81.º.

No que respeita ao segredo profissional relativamente à correspondência e mais comunicações dirigidas a outro advogado ou a solicitador, sempre que o advogado remetente pretenda que a comunicação tenha carácter confidencial, deve ele exprimir claramente tal intenção. É o que agora decorre do disposto no art. 113.º do EOA e também se encontrava já consagrado no art. 108.º do anterior EOA (aquele que vigorava na data em que foi requerida a dispensa do dever de segredo por parte do Dr. […]).

Nestes casos, em que o advogado exprime claramente que a sua comunicação ao colega tem carácter confidencial, passa ela a estar duplamente protegida pelo dever de guarda do segredo pro-

fissional do advogado destinatário e não pode, em qualquer caso, constituir meio de prova, não lhe sendo aplicável o disposto no n.º 4 do art. 92.º. Isto é, não poderá sequer o advogado destinatário da comunicação requerer a dispensa de segredo ao Presidente do Conselho Regional.

Mas não se pense que a correspondência enviada por um advogado a outro advogado só tem carácter confidencial nos casos em que é aposta menção de confidencialidade ou expressão semelhante. Na verdade, toda a correspondência trocada entre advogados tem carácter reservado, no sentido em que ela está protegida pelo dever de segredo profissional. A diferença é que, se o advogado remetente não apôs nota de confidencialidade à comunicação enviada ao colega, poderá este, mediante autorização do presidente do conselho regional e reunidas as condições estabelecidas no n.º 4 do art. 92.º, vir a revelar o conteúdo de tal comunicação. Mas já não poderá solicitar a dispensa e, por conseguinte, revelar a comunicação se efectivamente foi previamente advertido do seu carácter confidencial.

14. Todavia, nem sempre foi assim. De facto, o EOA aprovado pelo Decreto-Lei n.º 84/84 não estabelecia a possibilidade de o advogado poder impor ao colega destinatário das suas comunicações caráter confidencial dessas mesmas comunicações. Mas, em contrapartida, regia o disposto no n.º 1, alínea *e*) do art. 86.º, o qual estabelecia que, nas relações recíprocas entre advogados, constituía dever dos mesmos não invocar publicamente, em especial perante os tribunais, quaisquer negociações transaccionais malogradas, quer verbais, quer escritas, em que tenha intervindo advogado. Ou seja, na vigência do EOA aprovado pelo Decreto-Lei n.º 84/84 o que contava para aferir da existência de segredo profissional não era a participação do próprio advogado nas negociações malogradas, mas apenas o facto de algum advogado nelas haver participado.

15. Ora, o pedido de dispensa de segredo profissional apresentado ao Presidente do Conselho Distrital […] e deferido pelo Vogal em quem haviam sido delegados os respectivos poderes, tem a ver com uma carta que o ora recorrente enviara ao Colega Dr. […],

no decurso de negociações malogradas em que ambos tiveram intervenção, anteriormente à propositura da acção à qual se pretende agora juntar o documento em questão.

Tratava-se então de dispensar o requerente — Dr.[…] — do dever de segredo profissional relativamente a uma carta que lhe fora enviada pelo Colega, ora recorrente, no âmbito das ditas negociações malogradas.

Os autos dão conta de que tal carta foi enviada ao Dr. […] sem carácter confidencial.

À luz do disposto no n.º 4 do art. 87.º do EOA então em vigor, era, pois, lícito ao referido Dr. […] requerer a dispensa do dever de segredo profissional, para poder juntar aos autos tal carta, até porque não se aplicava o n.º 2 do art. 108.º do EOA de então.

16. Diremos nós que o segredo profissional cuja dispensa o Sr. Dr. […] solicitou era aquele a que o próprio estava vinculado e decorrente da carta de que ele é possuidor, carta essa enviada pelo recorrente e não o segredo a que está vinculado o próprio recorrente.

Por isso, não é verdade que o Conselho Distrital […] tenha autorizado o Dr. […] a revelar o segredo profissional do próprio recorrente.

17. Pretende agora o recorrente ter acesso aos autos do procedimento para dispensa do segredo profissional, para recorrer da decisão que deferiu a dispensa.

18. Entendeu o Conselho Distrital […] que apenas o advogado que pretende fazer cessar o segredo profissional tem legitimidade para intervir no respectivo procedimento.

19. De facto, o Regulamento n.º 94/2006, publicado no Diário da República, 2.ª Série, n.º 113, de 25 de Maio de 2006, o qual regula o procedimento de dispensa de segredo profissional, não prevê a intervenção de outros interessados, além do próprio requerente.

E, de acordo com o disposto no n.º 2 do art. 5.º, a decisão de deferimento da dispensa é irrecorrível. Já a decisão de indeferimento é recorrível para o Bastonário, sendo que apenas o reque-

rente de dispensa de segredo profissional tem legitimidade para interpor recurso dessa decisão de indeferimento.

20. A própria essência do segredo profissional e o interesse público que subjaz à sua instituição também apontam para a necessidade de garantir a intervenção apenas ao respectivo advogado requerente, pois é ele que está obrigado ao dever de segredo. De resto, mesmo quando autorizado pelo Presidente do Conselho Regional, poderá o advogado, se assim o entender, manter o segredo.

Por outro lado, a particular natureza da matéria em apreço e a unipessoalidade do órgão deliberativo (o Presidente do Conselho Distrital ou o Vogal a quem tenha sido delegada a competência para o efeito, como sucedeu no caso dos autos) também reforçam a conclusão de que a mesma se deve revestir de confidencialidade e, até, inevitavelmente de algum subjectivismo — o que não se compadece com a prévia audição de terceiros eventualmente interessados.

21. De harmonia com o disposto no art. 92.º, n.º 4 do EOA, cessa a obrigação de guardar segredo profissional desde que a sua revelação se mostre absolutamente necessária para a defesa da dignidade, direitos e interesses legítimos do próprio advogado ou do seu cliente ou seus representantes e mediante prévia autorização do Presidente do Conselho Regional respectivo, com recurso para o bastonário, nos termos do respectivo regulamento.

O legislador atribuiu, assim, à Ordem dos Advogados o dever de pronúncia, em cada caso concreto de cessação do dever de segredo profissional, por razões de interesse público.

Por isso, mais do que uma dimensão pessoal inter-individual, o segredo profissional abrange uma dimensão institucional, que é a garantia da relação de confiança da generalidade dos cidadãos na classe profissional dos advogados. Daí que o legislador tenha, de facto, limitado a possibilidade de desvinculação do advogado do dever de guardar segredo a casos absolutamente excepcionais.

Então, a determinação em concreto da legitimidade para o recurso a essa medida excepcional de desvinculação também não poderá deixar de ser feita à luz do carácter excepcional da norma contida no preceito do n.º 4 do art. 92.º do EOA e da dimensão supra-individual atribuída ao dever de guardar segredo profissional.

Assim, a determinação da legitimidade para intervir no recurso para o Bastonário, previsto no referido n.º 4 do art. 92.º também terá que ser feita à luz do mesmo carácter excepcional da norma contida nesse preceito e da dimensão supra-individual do dever de guardar segredo profissional por parte do advogado.

E assim, no pedido de levantamento do dever de guardar segredo profissional só podem ser admitidos a intervir a Ordem dos Advogados, como garante da defesa do interesse público da profissão e do dever de guardar segredo e o próprio advogado que pede a dispensa, enquanto titular dos interesses que estão subjacentes às excepções à referida regra.

Para além desses interesses, não deve a Ordem dos Advogados cuidar de quaisquer outros, designadamente, não pode ela ocupar-se dos interesses de terceiros ou mesmo do interesse dos outros advogados a quem a dispensa do dever de segredo possa afectar.

Por isso, sempre foi entendimento da Ordem dos Advogados que, não tem, de facto, legitimidade para recorrer outro interessado no processo, ainda que se considere prejudicado com o despacho de autorização de cessação do segredo profissional.

Esta doutrina perfilhada pela Ordem dos Advogados apenas foi posta em causa no acórdão do Supremo Tribunal Administrativo de 4-05-1993 e mais recentemente no acórdão do Tribunal Central Administrativo do Sul, de 24-04-2013, citado pelo recorrente.

Dir-se-á ainda em abono da não admissão do recurso por eventuais contra-interessados e do acesso dos mesmos ao processo de dispensa do dever de segredo profissional, que, se fosse admissível tal intervenção, então seria através dela que o segredo deixaria de existir, porque seria através do próprio processo, antes mesmo de qualquer decisão judicial neste, que se verificaria a cessação do segredo profissional, porque é pública a natureza do processo administrativo contencioso. (Veja-se, neste sentido, a posição defendida pelo Dr. Orlando Guedes da Costa, *in Direito Profissional do Advogado*, 6.ª ed., Almedina, p. 358).

22. O recorrente faz referência ao acórdão de 24 de Abril de 2013, proferido pelo Tribunal Central Administrativo do Sul,

o qual efectivamente decidiu que quer o advogado, quer o cliente ou o seu representante, quer aqueles a quem a dispensa do sigilo profissional possa directamente prejudicar, têm legitimidade para recorrer da decisão que autorize a dispensa de segredo profissional.

Todavia, esse acórdão foi proferido no âmbito de um processo em que a dispensa de segredo profissional fora decidida quando ainda vigorava o EOA aprovado pelo Decreto-Lei n.º 84/84. E, como já referido, esse Estatuto não continha norma semelhante à que hoje se encontra consagrada no art. 113.º do actual EOA, estando, por outro lado, em vigor a norma do n.º 1, alínea *e*) do art. 86.º, que estabelecia o dever recíproco entre os advogados de não invocar publicamente e em especial perante os tribunais, quaisquer negociações transacionais malogradas, nas quais tivesse tido intervenção advogado. De facto, ao eliminar esta norma, o legislador, em contrapartida introduziu a prerrogativa de o advogado poder exigir carácter confidencial absoluto às comunicações enviadas aos demais advogados.

23. Por conseguinte, ao remeter a carta em questão ao Colega Dr. […], sem que o agora recorrente tivesse comunicado ao referido Dr. […] que a mesma comunicação tinha carácter reservado ou confidencial, deixou ele de poder impedir que essa carta viesse a ser revelada uma vez obtida a autorização da Senhora Presidente do Conselho Distrital […].

24. Por outro lado, estando em causa o segredo profissional de um advogado, que apenas foi dele dispensado para efeitos de poder juntar cópia da carta à acção n.º […], mas continuando, obviamente, no mais, tal carta abrangida pelo segredo profissional, haverá que ponderar e sopesar o interesse público do referido dever de segredo que importa preservar, em confronto com o interesse particular do ora recorrente e da empresa sua cliente. E do confronto desses interesses sempre resultará que a proporcionalidade do objectivo do interesse público a preservar é francamente muito superior à dos interesses particulares afectados pela autorização da dispensa do segredo decidida no Conselho Distrital […].

25. Assim sendo, não será de dar provimento ao recurso, mantendo-se o despacho proferido pelo Senhor Vogal do Conselho Distrital […], o qual indeferiu os requerimentos do ora recorrente, não lhe deferindo a passagem de certidão do procedimento de dispensa de sigilo profissional.

À próxima reunião Plenária.
Funchal, 24 de Abril de 2016

O Relator: António Pinheiro Gonçalves

Aprovado em reunião do Plenário do Conselho Superior, de 29 de Abril de 2016.

ORDEM DOS ADVOGADOS

REGULAMENTO N.º 9/2016 (SÉRIE II), DE 6 DE JANEIRO DE 2016

A Assembleia Geral da Ordem dos Advogados reunida em 21 de dezembro de 2015, ao abrigo do disposto na alínea *d*), do n.º 2, do artigo 33.º do Estatuto da Ordem dos Advogados (EOA), aprovado pela Lei n.º 145/2015, de 9 de setembro, deliberou aprovar a proposta de Regulamento Geral das Especialidades, elaborada pelo Conselho Geral da Ordem dos Advogados, nos termos do disposto na alínea *g*), do n.º 1, do artigo 46.º do EOA:

Preâmbulo

Considerando o tempo decorrido desde a entrada em vigor do Regulamento n.º 204/2006, de 30 de outubro e ainda a recente entrada em vigor do novo Estatuto da Ordem dos Advogados (Lei n.º 145/2015, de 9 de setembro) justifica-se a adequação do regime das especialidades à nova realidade legal, atendendo à experiência adquirida, à recente reavaliação concretizada de todos os processos de Advogados especialistas nos últimos três anos, bem como, pela crescente diferenciação das várias áreas do Direito perante a complexidade das relações sociais e económico-financeiras que vem sendo acompanhada pela Ordem dos Advogados e que demanda, desde logo, a ampliação das áreas de especialidade reconhecidas,

um rigor e uma exigência acrescidos na verificação do preenchimento dos requisitos necessários para a atribuição e confirmação do título de especialista aos candidatos.

REGULAMENTO GERAL DAS ESPECIALIDADES

SECÇÃO I

Parte geral

Artigo 1.º
Âmbito e aplicação

1. O presente regulamento define o regime de atribuição do título de Advogado especialista e define as áreas de prática que, dentro do exercício da Advocacia, são consideradas especialidades.

2. As disposições deste diploma aplicam-se a todos os Advogados com inscrição em vigor na Ordem dos Advogados.

Artigo 2.º
Natureza do título

1. O título de Advogado especialista constitui uma certificação de competência específica na área da respetiva especialidade e não limita a prática jurídica geral do titular, nem impede qualquer Advogado de exercer a Advocacia na área das especialidades reconhecidas pelo presente Regulamento.

2. O Advogado especialista pode usar e divulgar o seu título, nos termos permitidos pelo Estatuto da Ordem dos Advogados.

Artigo 3.º
Requisitos mínimos

Podem adquirir o título de Advogado especialista os Advogados com inscrição em vigor na Ordem dos Advogados, ininterrupta há mais de dez anos, com igual período mínimo de exercício efetivo da Advocacia na área da especialidade invocada e a quem seja reconhecida competência específica, teórica e prática.

Artigo 4.º
Exercício da Especialidade

1. O Advogado especialista, enquanto tal, deve manter a prática e adquirir formação contínua na área da respetiva especialidade.

2. No fim de cada período de cinco anos, iniciados a partir da atribuição do título, o Advogado especialista entregará, junto do Conselho Geral, um *curriculum* profissional, elaborado nos termos do artigo 7.º deste Regulamento, demonstrativo da prática exercida e da formação adquirida na área da especialidade respetiva, nos cinco anos anteriores, sob pena de perda automática do título, sem prejuízo da possibilidade de apresentação de nova candidatura.

Artigo 5.º
Definição das especialidades

1. As áreas de prática jurídica consideradas especialidades são estabelecidas pelo Conselho Geral, que definirá também os respetivos conteúdos.

2. A lista anexa a este Regulamento, que é parte integrante deste, contém as especialidades atualmente reconhecidas, cabendo ao Conselho Geral, em qualquer altura, reconhecer outras especialidades ou eliminar qualquer das existentes.

SECÇÃO II

Da atribuição do título

Artigo 6.º
Da candidatura

1. O pedido de atribuição do título de Advogado especialista deverá ser formalizado através de requerimento, dirigido ao Conselho Geral.

2. No requerimento, o candidato demonstrará possuir capacidade para a aquisição do título, devendo descrever, circunstanciadamente, a sua formação e prática jurídicas, na área de especialidade pretendida.

3. O candidato fará acompanhar o requerimento com os documentos, em suporte físico ou digital, confirmativos da descrição curricular, com especial relevância para os atos de prática jurídica, sob pena de indeferimento liminar da pretensão, não obstante a faculdade de o Conselho Geral poder solicitar informação ou documentação adicional.

4. O candidato poderá apresentar declarações de pessoas e entidades abonadoras das suas qualidades profissionais ou da sua formação e prática.

Artigo 7.º
Curriculum profissional

1. Na descrição curricular o candidato evidenciará a formação académica adquirida e a participação em ações formativas na área da especialidade a que se candidata, juntando a certificação documental respetiva que possua.

2. A prática efetiva na área da especialidade deverá ser circunstanciadamente descrita, com a identificação de casos e assuntos que o candidato tenha patrocinado como Advogado, indicando o tipo de assessoria prestada e apresentando cópias de peças escritas que o candidato tenha produzido no exercício dessa assessoria específica.

3. As informações prestadas ao abrigo do número anterior estão sujeitas a sigilo profissional, nos termos do artigo 92.º do Estatuto da Ordem dos Advogados.

4. O candidato indicará, ainda, os trabalhos que tenha publicado e as publicações em que, comprovadamente, tenha participado, juntando um exemplar de cada, quando a publicação não seja de grande divulgação ou de fácil acesso ou sempre que lhe seja solicitado pelo relator do processo de candidatura.

Artigo 8.º
Autuação do processo de candidatura

1. O processo de candidatura, uma vez autuado, é apresentado ao Conselho Geral, que para ele nomeia um relator, de entre os seus membros.

2. O Conselho Geral pode rejeitar liminarmente a candidatura se constatar que não se verificam os requisitos relativos aos períodos mínimos de inscrição ou de prática efetiva da Advocacia, previstos no artigo 3.º, se o título pretendido for para uma especialidade não reconhecível ou se o candidato não reunir, manifestamente, as condições para lhe ser atribuído o título pretendido.

3. Se o Conselho Geral não rejeitar a candidatura, o relator nomeado envia o processo para o júri da especialidade em questão, a fim de ser marcada prova oral pública para acesso à especialidade.

4. O Conselho Geral pode solicitar ao candidato, aos Conselhos Regionais, às Delegações, a Advogado ou a qualquer entidade pública ou privada, informações adicionais sobre o *curriculum* profissional daquele.

Artigo 9.º
Júri da especialidade

1. Os júris das diversas áreas de especialidade reconhecidas, serão compostos por três Advogados designados pelo Conselho Geral, aquando da deliberação de aprovação da sua admissão à prova oral pública.

2. Os membros do júri serão nomeados de entre Advogados especialistas e Advogados de reconhecida competência e prática na área da especialidade da candidatura.

3. O Conselho Geral nomeia para cada uma das áreas de especialidade um presidente do júri, que exercerá as suas funções enquanto não for substituído pelo Conselho Geral, implicando a sua substituição a cessação das funções dos restantes membros dos júris.

4. O Presidente tem a seu cargo a coordenação geral do funcionamento do júri, dirigir os trabalhos da prova pública, zelar pela observância do respetivo Regimento e pela satisfação das necessidades logísticas junto dos serviços da Ordem dos Advogados.

5. Os membros dos júris das especialidades têm a incumbência de assegurar a realização da prova oral pública nos termos do artigo 10.º e do n.º 1, do artigo 11.º e de determinar as datas da sua realização, aprovando ou não o candidato no final da prova.

6. O Advogado especialista está obrigado a integrar o júri, quando para tal for nomeado.

7. Não deverão ser nomeados para o júri os Advogados cujo relacionamento com o candidato seja suscetível de influenciar a avaliação.

Artigo 10.º
Da prova pública

1. A prova oral pública é prestada pelo candidato perante três Advogados que constituirão o júri da prova, nos termos definidos no artigo anterior.

2. A prova oral pública consiste em:

a) Debate sobre o currículo profissional apresentado pelo proponente;

b) Debate sobre questões, à escolha do júri, relacionadas com a especialidade em candidatura.

3. O júri decide, por maioria, considerar o candidato aprovado ou não aprovado.

4. O júri pode, na preparação da prova oral pública, solicitar ao candidato, aos órgãos da Ordem dos Advogados ou a qualquer

entidade, informações adicionais sobre o *curriculum* profissional daquele.

5. Depois de concluída a prova oral pública, o processo é remetido ao Conselho Geral, com a informação da avaliação atribuída pelo júri.

Artigo 11.º
Atribuição do título

1. O título de Advogado especialista é atribuído por deliberação do Conselho Geral, precedida necessariamente da aprovação do candidato na prova oral pública, prestada perante o júri da especialidade.

2. A não atribuição do título de Advogado especialista inibe o candidato de se recandidatar durante os dois anos seguintes.

SECÇÃO III

Recursos

Artigo 12.º
Recursos

1. Das deliberações do Conselho Geral, que rejeitem liminarmente a candidatura, que não atribuam o título de Advogado especialista ou que determinem a perda desse título, cabe recurso para o Conselho Superior.

2. O Conselho Superior pode solicitar ao candidato, ou a qualquer entidade, informações sobre o *curriculum* profissional daquele ou sobre o objeto específico do recurso.

3. Não há recurso da qualificação dada pelo júri ao candidato em resultado da prova oral pública.

SECÇÃO IV

Perda do título de especialidade

Artigo 13.º
Perda do título

1. O Advogado especialista perde o respetivo título de especialista:

a) Com a suspensão da inscrição na Ordem dos Advogados;

b) Se não remeter periodicamente, ao Conselho Geral, o *curriculum* previsto no n.º 2 do artigo 4.º;

c) Se da análise do *curriculum* profissional entregue nos termos do disposto no n.º 2 do artigo 4.º, se constatar que o Advogado especialista não manteve uma prática, nem adquiriu formação consistente com o título de especialidade que lhe foi atribuído.

2. A perda do título de Advogado especialista, prevista nas alíneas *a*) e *b*) do número anterior é automática, e no caso da alínea *c*) do mesmo número, precedida de deliberação do Conselho Geral.

SECÇÃO V

Disposições finais

Artigo 14.º
Revogação

Fica revogado o Regulamento Geral das Especialidades, aprovado em sessão plenária do Conselho Geral de 14 de julho de 2006, Regulamento n.º 204/2006, publicado no Diário da República, 2.ª Série, n.º 209, de 30 de outubro de 2006.

Artigo 15.º
Aplicação no tempo

1. O presente regulamento aplica-se aos processos de candidatura que sejam autuados após a sua entrada em vigor.

2. A confirmação dos títulos de Advogado especialista atribuídos ao abrigo do Regulamento n.º 15/2004, de 9 de janeiro e do Regulamento n.º 204/2006, de 30 de outubro, será feita com observância e cominação do disposto no n.º 2, do artigo 4.º, e nas alíneas *a*), b) e *c*), do n.º 1 e do n.º 2, do artigo 13.º, do presente Regulamento.

Artigo 16.º
Entrada em vigor

O presente regulamento entra em vigor no dia seguinte ao da sua publicação.

Lisboa, 22 de dezembro de 2015.

A Presidente da Assembleia Geral e
Presidente do Conselho Geral,

Elina Fraga

ANEXO

Especialidades reconhecidas (a que se refere o n.º 2 do artigo 5.º)

— Direito Administrativo;
— Direito Fiscal;
— Direito do Trabalho;
— Direito Bancário e Financeiro;
— Direito Europeu;
— Direito da Propriedade Intelectual, Industrial e da Concorrência;
— Direito Constitucional;
— Direito Criminal;
— Direito Societário;
— Direito da Família e Menores;
— Direito do Consumo;
— Direito do Ambiente;
— Direito da Igualdade de Género; Direito da Saúde e Bioética.

ORDEM DOS ADVOGADOS

REGULAMENTO N.º 602/ 2016

A Assembleia Geral da Ordem dos Advogados, reunida em 30 de maio de 2016, ao abrigo do disposto na alínea *d*), do n.º 2, do artigo 33.º do Estatuto da Ordem dos Advogados (EOA), aprovado pela Lei n.º 145/2015, de 9 de setembro, deliberou aprovar a proposta de Regulamento Eleitoral, elaborada pelo Conselho Geral da Ordem dos Advogados:

Regulamento Eleitoral

Artigo 1.º
Das eleições em geral

1. As eleições para Bastonário, Conselho Geral, Conselho Superior, Conselho Fiscal, Conselhos Regionais, Conselhos de Deontologia e direção da Caixa de Previdência, quando os órgãos desta assim o deliberarem, realizar-se-ão, simultaneamente, no mesmo dia e com o mesmo horário no Continente e Regiões Autónomas, nos termos do artigo 13.º do Estatuto da Ordem dos Advogados.

2. A eleição para os órgãos da Ordem dos Advogados referidos no número anterior, realizase entre os dias 15 e 30 de novembro do ano imediatamente anterior ao do início do triénio subsequente, em data a designar pelo Bastonário.

Artigo 2.º
Eleição do Bastonário e do Conselho Geral

A eleição para Bastonário é feita em simultâneo com a eleição para o Conselho Geral, sendo eleita a lista que obtiver mais de metade dos votos validamente expressos, não se considerando como tal os votos nulos ou em branco, e designado como Bastonário o primeiro candidato da lista vencedora.

Artigo 3.º
Segundo sufrágio

Se nenhuma das listas concorrentes a Bastonário e Conselho Geral obtiver o número de votos referidos no artigo anterior, procede-se a segundo sufrágio, a realizar até ao vigésimo dia subsequente à primeira votação, ao qual concorrem as duas listas mais votadas no primeiro sufrágio, em data a designar pelo Bastonário.

Artigo 4.º
Da eleição para os Conselhos de Deontologia

A eleição para os Conselhos de Deontologia é efetuada de forma a assegurar a representação proporcional de acordo com o método da média mais alta de Hondt.

Artigo 5.º
Das candidaturas

1. As propostas de candidatura deverão ser apresentadas perante o Bastonário em exercício até ao dia 30 de setembro do ano imediatamente anterior ao do início do triénio subsequente, nos termos do artigo 12.º do Estatuto da Ordem dos Advogados.
2. Às eleições concorrerão as candidaturas aceites pelo Bastonário em exercício, identificadas por listas concorrentes inseridas nos boletins de voto.

Artigo 6.º
Das propostas dos candidatos

Os proponentes das diversas candidaturas aos órgãos nacionais e regionais da Ordem dos Advogados devem subscrever as propostas dos candidatos identificados pelo nome e número de cédula profissional.

Artigo 7.º
Dos processos dos candidatos

Nos processos de candidatura a apresentar à Ordem dos Advogados devem constar unicamente candidatos efetivos aos diversos órgãos.

Artigo 8.º
Dos mandatários e das notificações

Com a apresentação das candidaturas devem, igualmente, ser indicados os respetivos mandatários com plenos poderes para decidir, que indicarão os respetivos números de fax e endereço de correio eletrónico, de onde e para onde deverão ser remetidas todas as notificações e citações, ou um único mandatário, no caso de os candidatos assim o indicarem.

Artigo 9.º
Da verificação da regularidade das candidaturas

Findo o prazo para a apresentação das candidaturas, o Bastonário verificará, dentro dos cinco dias úteis subsequentes, a regularidade do processo, a autenticidade dos documentos que o integram e a elegibilidade dos candidatos.

Artigo 10.º
Das irregularidades

Verificando-se irregularidades processuais, o Bastonário mandará notificar imediatamente o mandatário do candidato, que

deverá supri-las no prazo máximo de vinte e quatro horas a contar da notificação.

Artigo 11.º
Da rejeição dos candidatos

São rejeitados os candidatos inelegíveis.

Artigo 12.º
Da notificação ao mandatário

O mandatário da lista é imediatamente notificado para proceder à substituição do candidato ou candidatos inelegíveis, no prazo de vinte e quatro horas a contar da notificação, sob pena de rejeição de toda a lista.

Artigo 13.º
Do complemento de lista

No caso de a lista não conter o número total de candidatos o mandatário deve completála, no prazo de vinte e quatro horas a contar do momento da notificação, sob pena de rejeição de toda a lista.

Artigo 14.º
Das retificações ou aditamentos

Findos os prazos estipulados nos artigos 12.º e 13.º do presente regulamento, o Bastonário deve decidir, em vinte e quatro horas, das retificações ou aditamentos mencionados nesses artigos.

Artigo 15.º
Da interposição de recurso

Das decisões do Bastonário relativas à apresentação das candidaturas cabe recurso para o Presidente do Conselho Superior da Ordem dos Advogados, subscrito pelo mandatário, a interpor no prazo de vinte e quatro horas a contar da notificação da decisão.

Artigo 16.º
Da motivação do recurso

O requerimento de interposição de recurso deverá conter a fundamentação e as conclusões do interessado.

Artigo 17.º
Da recusa do despacho de admissão

Tratando-se de recurso apresentado contra o despacho de admissão de qualquer candidatura, o Presidente do Conselho Superior manda notificar imediatamente o mandatário da respetiva lista para responder, querendo, no prazo de vinte e quatro horas a contar da notificação para o efeito.

Artigo 18.º
Da recusa do despacho de não admissão

Tratando-se de recurso apresentado contra a não admissão de qualquer uma das candidaturas, o Presidente do Conselho Superior manda notificar imediatamente os mandatários das respetivas listas, ainda que não admitidas, para, querendo, responderem no prazo de vinte e quatro horas a contar da notificação.

Artigo 19.º
Da decisão do recurso

O Presidente do Conselho Superior decide o recurso no prazo de vinte e quatro horas a contar do termo dos prazos previstos nos artigos 17.º e 18.º do presente regulamento.

Artigo 20.º
Do sorteio das listas

1. Até ao 15.º dia após o fim do prazo para a apresentação das candidaturas, o Bastonário procederá ao sorteio das listas, para efeitos de lhes ser atribuída uma letra identificadora, que corresponderá ao conjunto de listas representadas por cada mandatário.

2. Os mandatários das listas serão notificados com, pelo menos, quarenta e oito horas de antecedência para, querendo, estarem presentes no ato do sorteio.

Artigo 21.º
Das publicações

As listas definitivas dos candidatos serão publicadas no Diário da República, 2.ª Série, no Boletim da Ordem dos Advogados, no endereço Internet da Ordem dos Advogados — <www.oa.pt> e afixadas na sede da Ordem dos Advogados e nos Conselhos Regionais.

Artigo 22.º
Dos boletins de voto

Os boletins de voto para o Bastonário e Conselho Geral, para o Conselho Superior, para o Conselho Fiscal, para os Conselhos Regionais, para os Conselhos de Deontologia e para a Direção da Caixa de Previdência, se for o caso, serão de forma retangular com as dimensões apropriadas para neles se conter a indicação das letras correspondentes a cada lista e os nomes dos respetivos candidatos.

Artigo 23.º
Dos cadernos eleitorais

O Conselho Geral fornecerá a cada um dos Conselhos Regionais, até à véspera da data designada para as eleições, cadernos eleitorais atualizados dos advogados inscritos na Ordem dos Advogados.

Artigo 24.º
Do envio dos boletins de voto

O Conselho Geral enviará a cada advogado carta explicativa sobre o processo eleitoral, um exemplar de cada uma das listas concorrentes, boletins de voto e envelopes, com indicação do

número da cédula profissional, seguido da letra inicial correspondente ao conselho regional da primeira inscrição.

Artigo 25.º
Do envio dos boletins de voto relativos à Caixa de Previdência

Do mesmo modo procederá a Direção da Caixa de Previdência para a respectiva eleição, se aquela assim o deliberar.

Artigo 26.º
Das secções eleitorais

São criadas sete secções eleitorais correspondentes a cada Conselho Regional, como subdivisão dentro da assembleia geral ordinária destinada à eleição do Bastonário e do Conselho Geral, do Conselho Superior e do Conselho Fiscal, nos termos das disposições conjugadas do n.º 1 do artigo 34.º, do n.º 1 do artigo 35.º, e do n.º 3 do artigo 13.º do Estatuto da Ordem dos Advogados.

Artigo 27.º
(Da organização das secções)

Cada Conselho Regional organizará, sob a supervisão e coordenação do Bastonário, o processo de votação dentro da área da sua jurisdição, para todos os órgãos referidos no artigo 1.º, podendo constituir tantos desdobramentos da secção, dentro da mesma sede, quantos os necessários ao regular funcionamento do ato eleitoral.

Artigo 28.º
Da organização das mesas de votos na sede da Ordem dos Advogados

1. Na sede da Ordem dos Advogados funcionarão oito mesas de voto, com cinco urnas cada, destinando-se uma das urnas aos votos para Bastonário e Conselho Geral, outra para o Conselho Superior, outra para o Conselho Fiscal, outra para o Conselho Regional de Lisboa e outra para o Conselho de Deontologia de Lisboa.

2. Nas oito mesas de voto, poderá haver uma sexta urna para a Caixa de Previdência, se assim for deliberado pela respetiva Direção.

3. As 5.ª, 6.ª, 7.ª e 8.ª mesas destinam-se, exclusivamente, aos votos enviados por correspondência.

4. Os eleitores serão distribuídos pelas quatro mesas de voto, atendendo ao número da respetiva cédula profissional.

Artigo 29.º
Da composição das mesas de voto

Para cada uma das mesas será nomeado um presidente e quatro secretários, bem como um representante de cada uma das listas concorrentes.

Artigo 30.º
Da distribuição dos cadernos eleitorais pelas mesas

A cada presidente de mesa serão distribuídos três cadernos eleitorais relativos aos advogados com direito de voto e três relativos aos advogados sem direito de voto.

Artigo 31.º
Da distribuição dos cadernos eleitorais pelas listas concorrentes

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 32.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 e após ser dada baixa do mesmo eleitor nos cadernos eleitorais, pelo secretário da mesa, o presidente da mesa procederá à entrega ao eleitor dos boletins de voto correspondentes às listas concorrentes a cada uma das eleições.

2. O eleitor dirigir-se-á à câmara de voto, onde selecionará os boletins correspondentes às listas onde pretende votar, os quais, devidamente dobrados em quatro, deverão ser entregues ao presidente da mesa, que os introduzirá nas urnas respetivas.

Artigo 33.º
Da afixação das listas nas secções eleitorais

Em todas as secções eleitorais deverão ser afixadas, em local visível, as listas concorrentes e a respetiva composição.

Artigo 34.º
Dos votos nulos e em branco

1. São nulos os boletins de voto que tenham qualquer desenho, rasura ou escrito, ou aqueles cujos sobrescritos contenham mais do que uma lista.

2. São, no entanto, considerados válidos os boletins de voto que apenas apresentem sublinhados ou assinalados os nomes de quaisquer candidatos constantes das listas.

3. São considerados votos em branco os boletins ou os sobrescritos que não contenham qualquer lista.

Artigo 35.º
Dos delegados das listas

Os delegados das listas concorrentes deverão ser indicados ao Conselho Geral e aos respetivos Conselhos Regionais, pelos mandatários das mesmas listas, até uma semana antes do dia designado para as eleições.

Artigo 36.º
Da identificação dos eleitores

A identificação dos eleitores será efetuada através da apresentação da respectiva cédula profissional.

Artigo 37.º
Do voto por correspondência

Pode ser exercido voto por correspondência, observando-se o disposto nos números 1, 2 e 3, do artigo 14.º do Estatuto da Ordem dos Advogados, devendo o sobrescrito enviado ao Conselho Regional respetivo, identificar exteriormente a entidade a quem se dirige, o nome profissional do remetente e o número da sua cédula profissional.

Artigo 38.º
Da data da validade do voto por correspondência

1. O voto por correspondência, previsto no artigo 14.º do Estatuto da Ordem dos Advogados, deverá ser expedido, em relação a todos os órgãos referidos no artigo 1.º do presente Regulamento, para a sede de cada um dos Conselhos Regionais em que os advogados eleitores se achem inscritos, com exceção dos advogados inscritos no Conselho Regional de Lisboa, os quais remeterão os seus votos para a sede do Conselho Geral.

2. O voto por correspondência deverá ser expedido de modo a que dê entrada até ao fecho da votação presencial.

Artigo 39.º
Da descarga dos votos por correspondência

1. Os serviços de secretaria registarão obrigatoriamente a entrada diária dos votos por correspondência, em ato que poderá ser acompanhado por uma pessoa a designar por cada uma das listas, os quais devem ser ordenados por número de cédula profissional e devidamente guardados.

2. A relação das entradas diárias de votos por correspondência é enviada diariamente e antes do encerramento dos serviços ao Bastonário em exercício, bem como, aos mandatários das listas concorrentes aos órgãos nacionais e dos conselhos da respetiva região.

Artigo 40.º
Da contagem dos votos por correspondência

No dia designado para as eleições funcionará em cada Conselho Regional e, no caso de Lisboa, na sede da Ordem dos Advogados, um serviço especial para abertura dos votos por correspondência, que serão remetidos à mesa a que correspondam e serão abertos e escrutinados após o termo da votação presencial.

Artigo 41.º
Do apuramento eleitoral

Logo que em qualquer sede de Conselho Regional se encerre a votação na secção eleitoral, proceder-se-á ao apuramento final dos votos.

Artigo 42.º
Das formalidades referentes à contagem dos votos

1. Na contagem dos votos poderão intervir os secretários das mesas e os representantes das listas, devidamente credenciados pelos Presidentes dos respetivos conselhos regionais.
2. Sempre que a contagem dos votos não possa prosseguir em condições de normalidade, devem os trabalhos de apuramento ser suspensos e os boletins de voto devidamente acondicionados até ao dia imediato, sendo a correspondente decisão tomada nos termos do disposto no artigo 45.º do presente Regulamento.

Artigo 43.º
Do encerramento das mesas de voto

Terminado o apuramento, o presidente, os secretários e os representantes das listas concorrentes, em cada secção, deverão proceder ao encerramento, em recipiente adequado, dos votos entrados nas urnas, dos cadernos eleitorais, da respetiva ata provisória e de outros documentos, os quais serão lacrados e assinados pelos membros e representantes presentes.

Artigo 44.º
Da comunicação dos resultados eleitorais

Os resultados apurados serão comunicados ao Bastonário, na sede da Ordem dos Advogados, em Lisboa, onde funcionará a assembleia-geral sob sua presidência, secretariado por outros dois elementos designados pelo Conselho Geral, com a presença de um representante de cada uma das listas concorrentes.

Artigo 45.º
Das reclamações no decurso do ato eleitoral

1. As reclamações que se suscitarem no decurso do ato eleitoral serão decididas, pelos Presidentes dos respetivos Conselhos Regionais no prazo de duas horas após a apresentação da reclamação.
2. Caso os Presidentes dos Conselhos Regionais estejam impedidos por constarem nas listas em votação, as reclamações serão decididas respetiva e sucessivamente pelos 1.º, 2.º ou 3.º vice-presidentes, havendo-os, ou, na falta destes, pelo vogal mais antigo.
3. Nas decisões das reclamações deverão ser ouvidos os mandatários das listas concorrentes, desde que contactáveis.

Artigo 46.º
Dos recursos no decurso do ato eleitoral

Da decisão proferida nos termos do artigo anterior, caberá recurso imediato, a decidir no prazo de vinte e quatro horas:

a) Para o Bastonário, no que respeita às eleições para Bastonário e Conselho Geral, para o Conselho Superior, para o Conselho Fiscal e para a Direção da Caixa de Previdência;
b) Para o Presidente do Conselho Superior, no que respeita às eleições para os Conselhos Regionais e Conselhos de Deontologia.

Artigo 47.º
Do resultado oficial do apuramento

O resultado oficial do apuramento será obtido após a receção, pelas mesas da assembleia geral ordinária eleitoral, das atas de todas as secções eleitorais, as quais poderão ser transmitidas por fax, ou para o endereço de correio eletrónico do Bastonário — <bastonario@cg.oa.pt>, sem prejuízo do envio subsequente do original.

Artigo 48.º
Da publicação oficial dos resultados eleitorais

Uma vez recebidos os resultados correspondentes a todas as secções eleitorais pela mesa da assembleia geral, o Bastonário fará publicar no Diário da República, 2.ª Série, bem como no endereço Internet da Ordem dos Advogados — <www.oa.pt>, o resultado oficial do apuramento.

Artigo 49.º
Prazos

Todos os prazos previstos neste Regulamento são contínuos, com exceção do mencionado no artigo 9.º, não se suspendendo ao sábado, domingo, dias feriados e férias judiciais.

Artigo 50.º
Revogação

É revogado o Regulamento Eleitoral aprovado em sessão plenária do Conselho Geral de 4 de junho de 2007, Regulamento n.º 146/2007, publicado no Diário da República, 2.ª Série, n.º 129, de 6 de julho de 2007, alterado e republicado por Deliberação do Conselho Geral de 26 de julho de 2007, Deliberação n.º 1640/ /2007, publicada no Diário da República, 2.ª série, n.º 164, de 27 de agosto de 2007.

Artigo 51.º
Início de vigência

O presente Regulamento entra em vigor no dia seguinte ao da sua publicação em Diário da República.

Lisboa, 6 de junho de 2016.

A Presidente da Assembleia Geral e
Presidente do Conselho Geral,

ELINA FRAGA